

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD
CATÓLICA DEL PERÚ**

Escuela de Posgrado



El contenido constitucional de la autonomía reconocida a
las comunidades campesinas y nativas

Tesis para obtener el grado académico de Magíster en Derecho
con mención en Derecho Constitucional que presenta:

Laureano del Castillo Pinto

Asesor:

Miguel David Lovatón Palacios

Lima, 2025

INFORME DE SIMILITUD

Yo, Miguel David Lovatón Palacios, docente de la Escuela de Posgrado de la Pontificia Universidad Católica del Perú, asesor(a) de la tesis titulada “El contenido constitucional de la autonomía reconocida a las comunidades campesinas y nativas”, del autor Laureano del Castillo Pinto, dejo constancia de lo siguiente:

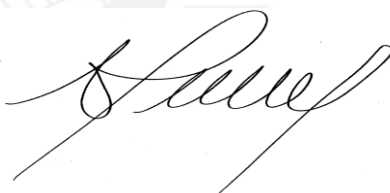
El mencionado documento tiene un índice de puntuación de similitud del 13%. Así lo consigna el reporte de similitud emitido por el *software* Turnitin el 14/11/2025.

He revisado con detalle dicho reporte y la Tesis, y no se advierten indicios de plagio.

Las citas a otros autores y sus respectivas referencias cumplen con las pautas académicas.

Lugar y fecha:

Lima, 14 de noviembre del 2025

Apellidos y nombres del asesor: Lovatón Palacios, Miguel David	
DNI: 07900393	
ORCID: 0000-0002-5529-1226	
Firma:	

DEDICATORIA

A Ana María, mi esposa, fuente permanente de estímulo,
por su paciencia e invaluable apoyo.



AGRADECIMIENTOS

A las comuneras y comuneros de nuestro país, en especial de las comunidades campesinas, por compartir sus ricas experiencias, sus aspiraciones y esperanzas, así como también sus frustraciones. Agradezco también a los integrantes del equipo de CEPES y a todos aquellos que allí y en otras muchas organizaciones del país me permitieron introducirme en el vasto y apasionante mundo comunal. Agradezco a David Lovatón, por su paciencia y asesoramiento en este proceso, así como al doctor Armando Guevara, por sus valiosos comentarios. Como es entendible, las limitaciones que pueden encontrarse en el trabajo son de mi exclusiva responsabilidad.



RESUMEN

Las comunidades campesinas y las comunidades nativas gozan del reconocimiento constitucional de sus derechos desde 1920. Los últimos textos constitucionales reconocen expresamente su autonomía en distintos campos, como la organización interna y el uso y disposición de sus tierras, además de reiterar, en forma excepcional, el reconocimiento de su existencia legal y de su personalidad jurídica. En este trabajo se revisan esos tres aspectos de la autonomía reconocida constitucionalmente a las comunidades. Aunque dicha autonomía está recogida expresamente en la carta de 1993, la normativa infraconstitucional, así como algunos defectos en la redacción del artículo 89 de esa carta, han generado una serie de mecanismos que, en la práctica, recortan e incluso niegan las facultades que tal reconocimiento constitucional debería aparejar, vaciando así de contenido a la referida autonomía. Particularmente, al regular sus tierras o territorios, en sentido contrario a la tendencia marcada por los organismos internacionales y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se han producido marcados retrocesos en el reconocimiento de este aspecto, sustancial para su identidad, su mantenimiento y el futuro de estas organizaciones. Se incluyen algunas recomendaciones para superar esos problemas, lo que supone una revisión profunda tanto del texto constitucional como de la legislación infraconstitucional.

ABSTRACT

Peasant and native communities have enjoyed constitutional recognition of their rights since 1920. Recent constitutional texts expressly recognize their autonomy in various areas, such as internal organization and the use and disposal of their lands and exceptionally reiterate the recognition of their legal existence and legal personality. This paper reviews these three aspects of the constitutionally recognized autonomy of these communities. Although this autonomy is expressly enshrined in the 1993 Constitution, sub-constitutional regulations, as well as certain flaws in the drafting of Article 89 of that Constitution, have generated a series of mechanisms that, in practice, curtail and even deny the powers that such constitutional recognition should entail, thus rendering this autonomy meaningless. In particular, by regulating their lands or territories, contrary to the trend established by international organizations and the jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights, there have been marked setbacks in the recognition of this essential aspect for their identity, their maintenance, and the future of these organizations. It includes some recommendations to overcome these problems, which involves a thorough review of both the constitutional text and the sub-constitutional legislation.



ÍNDICE DE CONTENIDO

Dedicatoria	iii
Agradecimientos.....	iv
Resumen	v
Abstract	vi
Introducción.....	1
Capítulo I. Tratamiento constitucional de las comunidades en la historia	3
1.1. Sobre el origen de las comunidades	3
1.2. Inicios de la república y los decretos de Bolívar sobre las comunidades	7
1.3. Las comunidades en las constituciones de 1920, 1933 y 1979.....	12
1.3.1. La Constitución de 1920.....	12
1.3.2. La Constitución de 1933.....	14
1.3.3. La Constitución de 1979.....	16
1.4. El tratamiento de las comunidades en la Constitución de 1993	18
Capítulo II. Contenido constitucionalmente protegido del derecho a la autonomía de las comunidades.....	22
2.1. ¿Comunidades o pueblos indígenas?.....	22
2.2. Noción del contenido constitucionalmente protegido de los derechos fundamentales	26
2.3. Los derechos colectivos de las comunidades en tanto pueblos indígenas.....	28
2.4. El contenido de la autonomía de las comunidades	30
2.5. Los instrumentos internacionales aplicables	34
Capítulo III. El reconocimiento legal de las comunidades y el derecho a la autonomía.....	46
3.1. El debate en el Código Civil	47
3.2. El actual tratamiento legislativo.....	48
3.3. El contenido constitucionalmente protegido del derecho al reconocimiento.....	52
3.4. Posición de la Corte y de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos	55

Capítulo IV. Autonomía y organización interna.....	59
4.1. Un modelo único para todas las comunidades.....	60
4.1.1. Regulación de las comunidades campesinas y de las comunidades nativas	62
4.1.2. Las distintas categorías de comuneros	67
4.1.3. Las mujeres comuneras	70
4.1.4. Representación de los anexos comunales	73
4.2. Autonomía comunal y autonomías indígenas	75
4.3. Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos	78
Capítulo V. Autonomía y tratamiento de las tierras comunales	83
5.1. Evolución del régimen de protección de las tierras comunales	83
5.2. El contenido constitucionalmente protegido del derecho de propiedad comunal	84
5.3. Imprescriptibilidad de las tierras comunales.....	86
5.4. Limitaciones para la titulación de los territorios comunales.....	91
5.4.1. Las tierras eriazas de la comunidad y su definición	93
5.4.2. Las tierras de bosques	96
5.4.3. Independización de anexos comunales y centros poblados.....	101
5.5. El Convenio 169 de la OIT y otras normas internacionales.....	108
5.6. Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos	113
Capítulo VI. Los alcances de la autonomía comunal	127
6.1. Una autonomía limitada	127
6.2. El <i>ius imperium</i> frente a la autonomía comunal	131
6.3. Hacia una armonización del bloque de constitucionalidad con las normas del derecho internacional de los derechos humanos	133
6.3.1. El reconocimiento de las comunidades	134
6.3.2. La autonomía respecto de la organización interna de las comunidades.....	141
6.3.3. La autonomía en el uso y disposición de las tierras comunales	150

6.4. La relevancia del reconocimiento de la autonomía de las comunidades.....	157
Conclusiones.....	161
Recomendaciones.....	165
Referencias bibliográficas	166



LISTA DE TABLAS

Tabla 1 <i>Texto de las constituciones de 1920, 1933, 1979 y 1993</i>	46
---	----



LISTA DE FIGURAS

Figura 1 <i>Base normativa de los derechos colectivos de los pueblos indígenas u originarios</i>	29
Figura 2 <i>Contenido constitucionalmente protegido de derechos colectivos de pueblos indígenas u originarios</i>	32



INTRODUCCIÓN

En el Perú existían 6277 comunidades campesinas y 1322 comunidades nativas, que ocupaban alrededor del 60 % de la superficie agropecuaria, según datos del IV Censo Nacional Agropecuario, de 2012 (Instituto Nacional de Estadística e Informática [INEI], 2013). Aunque esas cifras han aumentado en estos años, no tenemos un número oficial certero de su número actual. Estas organizaciones son las guardianas de nuestra rica agrobiodiversidad y de nuestra cultura: el Ministerio de Cultura tiene registrados a 55 pueblos indígenas, tanto en la región andina y la Amazonía como en la costa. Pero, de acuerdo con datos de la Encuesta Nacional de Hogares 2020, la tasa de pobreza entre la población que habla lenguas indígenas asciende al 38,5 %, más del doble de la población hispanoparlante.

Nuestra Constitución se refiere a las comunidades campesinas y nativas en el artículo 89, a las que reconoce autonomía en cuanto a su organización y uso de la tierra. Históricamente, estos grupos sociales fueron conocidos como *pueblos de indios* o *comunidades indígenas* hasta 1969, denominación que cambió con ocasión de la reforma agraria. A partir de la Base de Datos Oficial del Ministerio de Cultura y de información del directorio del Instituto del Bien Común, Pajuelo (2019, p. 45) encuentra que el 57 % del total de comunidades existentes pueden ser consideradas como comunidades indígenas, dejando un 43 % de comunidades que no lo serían.

La evolución del derecho internacional de los derechos humanos y de nuestra propia legislación reconoce que estas comunidades hacen parte de los pueblos indígenas, por lo que en su tratamiento debemos considerar esta condición, a pesar de la literalidad de la referida norma constitucional. Así lo reconoció el Tribunal Constitucional: “Podemos afirmar que la actual denominación de las comunidades, tanto campesinas como nativas, tiene su antecedente inmediato en lo que eran las comunidades indígenas” (Expediente 02765-2014-PA/TC, fundamento 29). Es que, como señala Zambrano (2024), aunque los sistemas de protección de derechos humanos no han establecido una definición formal de pueblos indígenas, se suele recurrir a la fórmula que Martínez Cobo propuso:

379. Son comunidades, pueblos y naciones indígenas los que, teniendo una continuidad histórica con las sociedades anteriores a la invasión y precoloniales que se desarrollaron en sus territorios, se consideran distintos de otros sectores de la sociedad que ahora prevalecen en esos territorios o parte de ellos. (p. 138)

En el presente trabajo pretendemos mostrar hasta qué punto la disposición constitucional que afirma reconocer la autonomía de ambas formas de comunidades

está siendo inaplicada en la práctica, siguiendo un curso contrario a los avances que se vienen produciendo en el campo de los derechos de los pueblos indígenas a través de diferentes instrumentos internacionales y, en especial, de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

La hipótesis de la que partimos es que, a pesar de la existencia de normas constitucionales como la que acabamos de citar, el Estado peruano ha venido recortando en las últimas décadas la protección a las tierras de estas organizaciones, así como también su propia organización, que no es sino una expresión de su cultura. El plan, finalmente, concordaría con los planteamientos enunciados desde el siglo XIX de desaparecer a estas comunidades, integrándolas a la sociedad y cultura occidental, y, en el camino, tomando el control de sus tierras y de los recursos naturales allí existentes.



CAPÍTULO I. TRATAMIENTO CONSTITUCIONAL DE LAS COMUNIDADES EN LA HISTORIA

Las comunidades campesinas y las comunidades nativas han sido objeto de numerosos estudios, especialmente desde las ciencias sociales y de la historia, siendo relativamente pocos los trabajos sistemáticos que se han elaborado desde la perspectiva del derecho. Por ello, en el presente capítulo se intenta revisar la manera como han sido tratadas a lo largo de la historia en nuestro derecho las comunidades campesinas y nativas, denominadas hasta 1969 como “comunidades de indígenas”.

Para hacer esta breve revisión histórica hemos considerado tres grandes momentos: el de la formación de las comunidades, el cual ubicamos en los inicios de la Colonia; el periodo de formación del Estado peruano y la legislación liberal que reconoció su existencia, aunque desconociéndolas en la práctica; y, en tercer término, el periodo marcado por la vigencia de un régimen de protección que se inicia en 1920 y podemos considerar que, aunque con importantes modificaciones, llega hasta el presente.

1.1. Sobre el origen de las comunidades

Existen dos marcadas posiciones sobre el origen de las actuales comunidades, sin que se haya logrado consenso en torno a este asunto. El historiador Carlos Contreras (1989) considera que es un tema “harto espinoso” (p. 17), lo que explica por la escasez de trabajos acerca de este particular en la perspectiva de la larga duración y por la existencia de idealizaciones sobre estas comunidades.

Por un lado, encontramos a quienes sostienen que las comunidades, especialmente las comunidades campesinas, son herederas de los viejos ayllus preincaicos, que en su momento habrían sido incorporados como parte de la organización social del incanato. Contreras considera esta postura como “la más antigua de estas idealizaciones”, y agrega: “Esta concepción buscaba legitimar a estas instituciones como reducto irrenunciable de una suerte de *identidad nacional*, perdida y perturbada a través de siglos de colonialismo y neocolonialismo” (1989, p. 17). En esta postura encontramos sobre todo a Castro Pozo en *Nuestra comunidad indígena* (1924), posición que influye en el mundo jurídico; entre otros, en Ruiz Eldredge, quien afirmó que “la Comunidad Campesina es el antiguo *ayllu* y, por tanto, una institución milenaria” (Ruiz, 1982, como se citó en Figallo, 2007, p. 29).

Por otro lado, encontramos la postura que identifica el origen de las comunidades con el establecimiento de las “reducciones de indios” dispuesta por el virrey Toledo en

sus Ordenanzas de la década de 1570. En esta posición puede ubicarse a Fuenzalida. Según Alejandro Diez (2011), Fuenzalida postula que “el origen de las comunidades indígenas debe buscarse en las reducciones toledanas antes que en los ayllus, insistiendo en el origen colonial de la comunidad indígena” (p. 240). Basándose en los trabajos de Fuenzalida, Arguedas y Mishkin, Urrutia (1992) afirma que:

En primer lugar, la comunidad, antes que ser una institución derivada del *ayllu* prehispánico, contiene suficientes elementos estructurales producto del orden impuesto por la administración española como para señalar que la institución tiene un origen básicamente colonial. El trabajo de Arguedas sobre comunidades de España y el Perú propone esta afirmación a partir de su investigación específica, contribuyendo a corregir la percepción sobre la historia de las comunidades. (p. 10)

Diez, a partir de una rigurosa revisión, en cambio, postula que las comunidades campesinas surgen en el periodo republicano, descartando así las dos posturas que acabamos de reseñar. En el mismo artículo citado líneas antes escribe:

Los cabildos coloniales serían solo excepcionalmente antecesores de las comunidades contemporáneas, la mayor parte de las comunidades indígenas del país tienen su origen en la constitución de grupos territoriales que reivindican y defienden la propiedad de la tierra en el marco de las disputas por la tierra y los ciclos de expansión de las haciendas desde la segunda mitad del siglo XIX. (Diez, 2011, p. 241)

En la misma línea podríamos mencionar a Dobyns (1970), quien refiere que Metraux también habría observado “que hay comunidades que fueron creadas artificialmente con el solo propósito de ser inscritas como tales en un registro” (p. 36) y así beneficiarse de la protección del Estado.

No obstante, la mayor parte de autores coinciden en considerar que las actuales comunidades campesinas encuentran su origen en las reducciones toledanas, a las que se habría sumado la influencia del antiguo ayllu.

El origen de las comunidades nativas asentadas en la región amazónica estaría, según señala la legislación (Decreto Ley 22175), en los grupos tribales de la selva y la ceja de selva. Sin embargo, Remy (2013) apunta una diferencia mayor: “Afuera del territorio colonial, existe un territorio poblado por pueblos que no fueron conquistados ni por los incas ni tampoco por los españoles. Eran los araucanos en el actual Chile; son los indígenas de la selva peruana o boliviana”. Y agrega: “Se mandan misiones (a

‘civilizarlos’) que de vez en cuando entran: si tienen suerte, se quedan —como los jesuitas—, o desaparecen... Es una frontera” (pp. 12-13).

Chirif (2021) comparte las ideas de Remy, pero añade otros procesos que se encontrarían a la base de la existencia de las actuales comunidades nativas, por lo que afirma:

Las comunidades no son organizaciones tradicionales, sino consecuencia de sucesivos procesos de colonización que se han realizado en la Amazonía peruana desde la conquista. La mejor manera de definir las es calificándolas como “reducciones” que, al desaparecer las causas que les dieron origen y convertirse sus pobladores en sujetos de derecho, se convirtieron en comunidades autónomas. Las reducciones deben ser entendidas principalmente como concentraciones de personas en centros poblados. (p. 16)

En el mismo texto, Chirif agrega, luego de brindar ejemplos de los distintos procesos, cuál sería el panorama que se vivía al inicio de la aplicación de la Ley de Comunidades Nativas, Decreto Ley 20653 (esto es, a partir de 1974): “En muchas partes de la Amazonía peruana era de poblaciones indígenas concentradas por misioneros, por el avance avasallador de colonos, por patronos que requerían mano de obra y por escuelas que exigían un número de alumnos para funcionar” (2021, p. 18). Estas distintas concentraciones o reducciones, señala Chirif, fueron consideradas comunidades nativas según dicha ley.

Volviendo a la formación de las reducciones o pueblos de indios, también llamados “común de indios” —es decir, los indios “tributarios”, conquistados por los españoles (como indica Remy)—, Contreras (1989) considera que los objetivos de su formación serían básicamente dos: “de un lado, tener un control efectivo de la población conquistada, a fin de planificar adecuadamente la exacción de sus excedentes; y de otro, poder aleccionarlos en las costumbres *civilizadas* de la vida urbana y la religión católica” (p. 18). Por su parte, Cotler (2021) añade que “la reducción buscaba aislar a los indígenas de los brotes insurreccionales y quebrar su identidad étnica. Esta suponía, también, la concesión de tierras comunales a los pueblos así organizados a fin de asegurar su existencia” (pp. 52-53). Resultaba así conveniente a los intereses coloniales la preservación de las reducciones. Siguiendo esas ideas, Contreras (1989) afirma:

Las reducciones se constituyeron en unidades fiscales para la aplicación de diversas cargas tributarias. Cada pueblo de indios, en efecto, estaba gravado con una determinada cantidad de tributo en favor del corregidor (que se pagaba tanto en bienes como en moneda), y con la obligación de entregar determinado

número de mitayos de manera rotativa para el laboreo de minas, obrajes o empresas agrarias. Estas imposiciones no afectaban de manera individual a los miembros de la reducción, sino de modo colectivo. (p. 19)

Dichos pueblos o reducciones de indios, también llamados “comunes de indios”, fueron organizados bajo el esquema de gobierno de los asentamientos rurales de Castilla (con alcaldes de vara, regidores, etc.) y, como se ha mencionado, se los aisló, en la medida de lo posible, del resto de la sociedad colonial. Los indios eran, pues “considerados legalmente menores de edad y no se les permitía celebrar contratos con los españoles sin la aprobación del Rey” (Cotler, 2021, p. 64).

Siendo el mantenimiento de los pueblos de indios un mecanismo que garantizaba la tributación colectiva y la obtención de mano de obra, se explicaría la preocupación de las autoridades de la metrópoli hispana por preservar estas organizaciones, evitando los abusos de los encomenderos y luego de los corregidores (algo que Cotler desarrolla extensamente en la obra citada). Contreras resume así el interés de la corona española por el mantenimiento de estos pueblos de indios:

La privatización de los recursos productivos hubiera eliminado la posibilidad de que la economía campesina indígena subsidiase a los sectores económicos del “territorio español” de la economía colonial. Convertidos en pequeños propietarios rurales y extinguido el tejido social étnico, las autoridades coloniales no hubieran podido servirse más de los curacas locales para el control de la población colonizada. (1989, p. 20)

No obstante, parece no haber sido algo muy extraño el que algunos indios no se hubieran integrado en reducciones ni en pueblos, empezando a considerar como propiedad privada las tierras bajo su control directo:

Muchas veces eran prófugos que se habían refugiado en las partes altas donde los españoles no los lograron alcanzar, más adelante se les dará una extensión de hasta cuatro topos de tierra fértil para que ingresaran al mecanismo tributario. Cada indígena comenzó a considerar como propia la tierra que se le había asignado o que ya tenía y de este modo se difundió entre ellos el sistema de propiedad privada. (Mathews, 1984, p. 37)

Cotler anota, como ya está dicho, que los curacas cumplieron un rol importante en el mantenimiento de este esquema, considerando que eran el nexo articulador de la población indígena en sus ámbitos, “función que les facilitaba los medios para organizar su explotación” (2021, p. 75).

1.2. Inicios de la república y los decretos de Bolívar sobre las comunidades

La crisis de la dominación española en América Latina tiene en las reformas establecidas por la dinastía borbónica un punto de inflexión. Luego de las guerras napoleónicas y de la jura de la Constitución de Cádiz se produjeron en la América hispana una serie de movimientos independentistas. No obstante, a excepción de algunas normas promulgadas por Bolívar, no se produjeron en el Perú modificaciones sustantivas en el tratamiento de las comunidades en este periodo.

La Constitución de Cádiz, jurada en Lima el 4 de octubre de 1812, reconoce como españoles, en el primer inciso del artículo 5, a “todos los hombres libres nacidos y avecindados en los dominios de las Españas y los hijos de estos” (Ugarte, 1978, p. 40), dejando a todas luces fuera de esta condición a los indígenas.

Está bastante estudiado el papel que cumplieron los criollos en el mantenimiento de la colonia, así como las consecuencias derivadas del hecho de que Lima fuera la capital del virreinato del Perú, lo que les permitió mantener algunos privilegios respecto de las poblaciones asentadas en otros lugares de la colonia y retardar la ruptura del dominio español. Cotler (2021) lo expresa así:

Tal como se ha visto antes, la aristocracia criolla, sobre todo después de Túpac Amaru, percibía su existencia en función de la continuidad del andamiaje español. De allí que durante todo el lapso de las guerras napoleónicas, en el que se debilitaba la presencia española, esta aristocracia procuró recuperar las posiciones perdidas con las reformas borbónicas. (p. 82)

Esa postura de los criollos explica, en buena medida, la llegada de dos movimientos independentistas a estas tierras para asegurar la independencia de España. José de San Martín, luego de lograrla para Argentina y Chile, movilizó su ejército al Perú y declaró su independencia.

En el artículo 1 de la Sección Novena del Estatuto Provisional, dado por San Martín en octubre de 1821, se afirma que “son ciudadanos del Perú los que hayan nacido o nacieran en cualquiera de los Estados de América que hayan jurado la independencia de España” (Ugarte, 1978, p. 138). No encontramos aquí alusión a los pobladores indígenas, debiendo precisarse que la noción de ciudadanía de la época era la de la *democracia censitaria*, definida por el *Diccionario de la lengua española* como aquella “que restringe el derecho de voto al censo de contribuyentes de un cierto nivel patrimonial” (Real Academia Española [RAE], s. f.-b), condición que no se reconocía a los indígenas. No obstante, en el decreto del 27 de agosto del mismo año, según Figallo (1994a), luego de declarar abolido el tributo indígena, el libertador habría dispuesto que

“en adelante no se denominará a los aborígenes, indios o naturales; ellos son hijos y ciudadanos del Perú y con el nombre de peruanos deben ser conocidos” (p. 126).

San Martín dejó el gobierno en 1822, debido fundamentalmente a la oposición que generó su propuesta de traer un príncipe europeo para gobernar la nueva nación peruana. En diciembre de ese mismo año la Suprema Junta Gubernativa del Perú, encargada por el Congreso Constituyente, aprobó las Bases de la Constitución Política de la República Peruana, en cuyo artículo 9, inciso 6, se señaló que la Constitución debía proteger “la igualdad ante la ley, ya premie, ya castigue” (Ugarte, 1978, p. 152), aunque debemos interpretar que el texto alude también a quienes considera como ciudadanos. En la misma línea, nuestra primera Constitución Política, de 1823, afirma en el artículo 10 que son peruanos “1. Todos los hombres libres nacidos en el territorio del Perú” (Ugarte, 1978, p. 164).

Luego de lograr la independencia de la Gran Colombia, Simón Bolívar asumió la conducción del proceso independentista peruano, asegurado luego de las batallas de Junín y Ayacucho. Debemos hacer una rápida mención a los decretos que fueron dictados por él tanto en Colombia como en el Perú y Bolivia.

Los decretos de Bolívar, revisados por Guillermo Figallo (1994a) en un extenso artículo, muestran la influencia de las ideas liberales del libertador, pero también expresan la evolución de su pensamiento respecto de las comunidades indígenas. El primero de dichos decretos fue expedido en Cundinamarca (Colombia) en mayo de 1820; el de Trujillo, en abril de 1824; el de Cusco, en julio de 1825; y el de Chuquisaca (Bolivia), en diciembre de 1825.

Mostrando la influencia de las ideas del buen salvaje con el decreto dictado en Cundinamarca, Bolívar busca “corregir los abusos cometidos contra la mayor parte de los pueblos de naturales de la región, que han sido los más vejados, oprimidos y degradados” (Figallo, 1994a, p. 115). En tal sentido, conforme al artículo 1 del mencionado decreto, “ordena que se devuelvan a los naturales, *como propietarios legítimos*, todas las tierras que formaban los resguardos según sus títulos, cualquiera que sea el que aleguen para poseerlas los actuales tenedores” (Figallo, 1994a, p. 115)¹.

El autor continúa haciendo un recuento del contenido del decreto de Cundinamarca, mencionando un mecanismo que luego se repetirá en el Perú:

¹ Cabe precisar que en Colombia se sigue denominando “resguardos” a las comunidades indígenas.

Dispone que, una vez integrados los resguardos en lo que se les haya usurpado, se repartirá a cada familia tanta extensión de terreno cuanto cómodamente pueda cultivar cada una, teniendo presente el número de personas de que conste cada familia y la extensión total de los resguardos. (1994a, p. 116)

Como muestra de las dificultades que se encontraron para aplicar el aludido decreto, Figallo cita partes de un oficio que envió el ministro de Guerra de Bolívar al comandante general de Tunja, en el que señala lo siguiente:

Los indios, lejos de ser mejorados y haber adquirido sus tierras, y con ellas los medios de sostener sus familias, [han] sido despojados de ellas y confinados en muchas partes a terrenos estériles y reducidos a una menor extensión que la que gozaban antes. (p. 116)

Bolívar llegó al territorio peruano en setiembre de 1823. Tras algunos meses, en el Perú, en abril de 1824, desde Trujillo, tal como en el caso del decreto de Cundinamarca, dispuso la venta de todas las tierras de propiedad del Estado, con excepción de las que tuvieran en posesión los indios, a quienes declaró propietarios de dichas tierras para que pudieran “venderlas o enajenarlas de cualquier modo”, como recuerda Figallo (1994a, p. 118). Agrega a continuación este autor que el decreto dispone “que se repartan las tierras ‘llamadas de comunidad’ entre todos los indios que no gocen de alguna otra suerte de tierra, quedando dueños de ellas conforme a lo dispuesto en el artículo anterior y vendiéndose los sobrantes (artículo 3)”.

Muchos autores consideran esta disposición de Bolívar como su clara intención de desaparecer a las comunidades. Sin embargo, la decisión se puede explicar por su formación en las ideas liberales e incluso por la influencia de las ideas roussonianas en el Libertador, que consideraba a los resguardos y a las comunidades como rezagos del antiguo régimen, que impedían la formación de reales ciudadanos, al privárseles de la posibilidad de ser propietarios de tierras. Por otra parte, como puntualiza Diez, los decretos de Bolívar no anulaban a las comunidades, sino a las “tierras de comunidad” que, en el lenguaje de la época, correspondían a lo que hoy en día llamaríamos “tierras municipales”. Ello no afectó a la organización indígena, que persistió por mucho tiempo (comunicación personal el 7 de abril de 2025).

Una idea, sostenida en distintos trabajos de Figallo, es que el reconocimiento de propiedad de los indios de las tierras que poseían, contenido en los decretos de Bolívar, es de la máxima importancia. Citando a Jorge Eugenio Castañeda, afirma que se habría establecido allí el principio según el cual “la posesión equivale al título de propiedad” (1994a, p. 119).

Tal como refirió Figallo para el caso colombiano, se produjeron aquí también abusos de parte de los criollos y por ello en Cusco, en abril del año siguiente, Bolívar expidió un segundo decreto en el cual se estableció la prohibición de enajenar hasta por 25 años las tierras obtenidas por los indígenas en aplicación del decreto anterior. En efecto, se ordenó que se ponga en ejecución lo dispuesto en el decreto de Trujillo sobre el reparto de tierras comunales “debiendo incluirse en la masa repartible las que se hubieren aprovechado los caciques y recaudadores por razón de oficio” (Figallo, 1994a, p. 122). Figallo acota: “Agrega que la propiedad absoluta, declarada a los denominados indios en el artículo 2 del citado decreto de 8 de abril de 1824, se entienda con la limitación de no poder enajenar sus tierras hasta el año 1850 y jamás en favor de manos muertas, so pena de nulidad (artículo 9)”.

Coincidiendo con Figallo, se podría considerar este decreto como el intento de Bolívar de evitar abusos sobre los indios estableciendo la limitación de enajenación de sus tierras por 25 años, algo que es reiterado en Chuquisaca (Bolivia), en diciembre de 1825.

No obstante, cuando Bolívar partió del Perú estas normas a favor de los indígenas fueron rápidamente dejadas de lado. Figallo recuerda que el Congreso expidió una resolución legislativa, el 14 de agosto de 1827, suspendiendo la ejecución de los decretos de Bolívar mientras se dictara “la ley que decidiera definitivamente sobre su vigencia (1994a, p. 131). El cambio mayor se producirá luego:

Un año después, durante el gobierno del general don José La Mar, fue promulgada la ley de 31 de marzo de 1828 que ordenaba dar cumplimiento a lo establecido por los decretos bolivarianos, pero con una importante modificación que la convertía en una victoria pírrica de los sectores progresistas: exceptuaba de la prohibición de enajenación, hasta 1850, a los indios que supieran leer y escribir en idioma castellano. Esta excepción era, manifiestamente, una puerta entreabierta fácil de pasar con la complicidad de escribanos (notarios) venales, lo que dio lugar al *despojo legalizado de las tierras de los indios durante la primera mitad del siglo XIX*. (Figallo, 1994a, pp. 131-132)

Se sostiene con frecuencia que hubo cerca de un siglo de silencio oficial respecto del tratamiento legal de las comunidades de indígenas. Sin embargo, en su tesis doctoral, Figallo da cuenta de otras normas (2007). Menciona particularmente al artículo 76 de la Constitución de 1828, del que considera que “implícitamente liquidaba a las Comunidades al privarlas de su patrimonio entregándoselo a los organismos descentralizados” (p. 110). En efecto, el artículo referido de esa carta, al regular a las

Juntas Departamentales, señala que los fondos que “por ahora” podrán disponer las Juntas “son los derechos de pontazgos, y portazgos, los bienes y rentas de comunidad de indígenas, en beneficio de ellos mismos, los fondos de las Municipalidades, deducidos sus gastos naturales” (Ugarte, 1978, p. 238).

Asimismo, Figallo da cuenta de una resolución del Congreso Constituyente, de 28 de setiembre de 1831, por la que se “reconoció el dominio pleno de los indígenas sobre el territorio que ocupaban”, a lo que añade la creación del departamento de Amazonas, por ley de noviembre de 1832, por la que se habría instaurado una política de colonización de la Montaña y “reducción de los indígenas” (2007, p. 110).

Siguiendo con su recuento, Figallo recuerda la ley de mayo de 1845, que declaró el deber de la nación de proteger “la civilización de los salvajes existentes en sus montañas, de mejorar su suerte y de traerlos al seno de la sociedad” agregando que “todos los indígenas pobladores son dueños con pleno y absoluto dominio de las lotes [sic] de terreno que cultivaren” (p. 111). Añade a ese recuento el autor citado la ley de agosto de 1839, promulgada por Castilla, que declaró “la nulidad de las ventas de bienes nacionales y de establecimientos de instrucción, beneficencia, Comunidades Indígenas y religiosas hechas en 1835 por los generales Orbegoso y Santa Cruz” (p. 111). Según Figallo, mediante esa última ley, el Estado habría reconocido la existencia de las comunidades indígenas y derogado tácitamente las normas legales anteriores, al desconocer su existencia y disponían de sus bienes, así:

Rectificó el error de los legisladores liberales que sucedieron a Bolívar e ignoraron su último Decreto pensando que el Estado había conservado el dominio de las tierras comunales y que sin necesidad de declarar la disolución de las Comunidades, ignorando su existencia, podía ser difundida la pequeña propiedad. (p. 111)

Respecto de las poblaciones amazónicas, Ortega (2014) recuerda que en 1898 Piérola dictó “la Primera Ley Orgánica de Terrenos de Montaña”, pero regulando la forma en que dichas tierras serían adquiridas por particulares, no indígenas. Asimismo, la autora menciona que en noviembre de 1909 se promulgó la Ley 1220 (Legislación sobre Terrenos de Montaña), la misma que define su espacio de aplicación sobre aquellas tierras que están ubicadas en la “zona fluvial de la República” y que constituyen la “región de los bosques”, además de establecer cuatro modalidades (la venta, el denuncia, la adjudicación gratuita y la concesión), autorizando la cesión de terrenos de montaña en compensación a obras de colonización y ejecución de obras públicas. No

hay, pues, un reconocimiento de estas poblaciones indígenas como tales (Ortega, 2014, pp. 25-26).

Tomando expresiones de otros autores, Figallo califica de un “olvido célebre” la omisión de la existencia de las comunidades indígenas en el Código Civil de 1852, dejándolas “durante más de medio siglo en el ‘limbo’ jurídico [del derecho oficial]” (p. 114), con la única excepción, quizás, del Código de Aguas de 1902, que reconoció el derecho de las comunidades indígenas a usar el agua (Figallo, 1994a, p. 132).

1.3. Las comunidades en las constituciones de 1920, 1933 y 1979

La Constitución política de 1920 marca un punto de inflexión en el tratamiento de las comunidades indígenas. Con este texto se inicia el tratamiento proteccionista de las comunidades, traducido en el reconocimiento constitucional de su existencia y en el establecimiento de la protección constitucional de sus tierras, aunque, como se verá, muchas de esas prescripciones quedaron en el texto. Ese tratamiento de protección constitucional de las comunidades seguirá un curso claro hasta 1979, en que se produce un primer cambio, que la carta de 1993 profundizará.

1.3.1. La Constitución de 1920

Tras llegar a la presidencia por segunda vez, Leguía impulsó la aprobación de un nuevo texto constitucional. Bajo el influjo de su propuesta de una “Patria Nueva”, y tras autoproclamarse como “protector de la raza indígena”, Leguía lograría que en el artículo 58 de la Constitución de 1920 se incluyera un reconocimiento de las comunidades:

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.

Según Trivelli, el proyecto populista nacional del leguismo “implicaba reforzar la imagen de una identidad que era continuidad del imperio incaico, y ‘ese pasado glorioso’ necesitaba ser fortalecido a través del reconocimiento de los ayllus como ‘germen de nuestra peruanidad’” (1992, p. 31). Por ello, en cumplimiento del artículo 58, el Gobierno de Leguía decretó, a través de la Resolución Suprema de 28 de agosto de 1925, la creación del Registro Oficial de Comunidades de Indígenas de la República, bajo la jurisdicción del Ministerio de Fomento (el que luego quedaría a cargo de la Dirección General de Asuntos Indígenas del Ministerio de Trabajo y Asuntos Indígenas).

El mencionado decreto supremo estableció que las comunidades debían presentar una solicitud a la prefectura respectiva y esperar la aprobación del informe para poder ser reconocidas e inscribirse como tales en el citado registro. Inicialmente, la solicitud debía acompañarse con datos sobre la población, principales industrias, número de escuelas y superficie de los terrenos que se ocupaba, a lo que posteriores resoluciones supremas (de setiembre de 1925 y junio de 1936) agregaron otros datos.

Valiéndose de una cuidadosa revisión estadística, en el trabajo citado de Trivelli se destaca que los momentos de mayor reconocimiento de comunidades campesinas corresponden a los gobiernos de Leguía, Prado y Belaunde, a lo que se debe sumar el primer gobierno de García, a través de la redistribución de tierras en Puno (1992, p. 27).

Pedro Castillo (2007) recuerda que años antes de la creación del aludido registro oficial, Manuel Vicente Villarán había advertido de la necesidad de reconocer legalmente a las comunidades “para que pudieran ser parte en los tribunales” (p. 21). Castillo agrega que, pese a haberse logrado el reconocimiento constitucional, la situación de las comunidades seguía siendo la misma, para lo cual cita distintas jurisprudencias en las que solo se admitía su intervención en procesos judiciales previa inscripción en el registro oficial, de carácter administrativo.

No obstante, como recogió Revilla en su tesis (1985), el que las comunidades de indígenas lograran ser parte en los tribunales no significó para ellas más que un canal para ventilar sus conflictos, aunque sin encontrar solución a sus demandas:

Baste decir que el Dr. Roberto F. Garmendía, Presidente de la Corte Suprema de Justicia en 1963, expresaba que en ciento cuarenta años de existencia del Poder Judicial en el Perú —hasta ese entonces— ningún indio había ganado un juicio en el Perú. (p. 24)

Además del expreso reconocimiento de la existencia legal (y no solo sociológica) de las comunidades, es muy importante señalar que con este texto constitucional se inició el tratamiento tuitivo de las tierras comunales, expresado en el 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”.

La aprobación de tales disposiciones favorables a las comunidades de indígenas no estuvo exenta de debate, como recoge Pedro Castillo en el trabajo citado (2007, pp. 61-62). El autor expresa que, al ampliar de esta forma la protección de las tierras comunales, se quiso evitar la apropiación de estas por hacendados o terratenientes “que hacían crecer sus haciendas a costa de las tierras comunales” (p. 62). Pero esa

protección, añade, habría durado poco, pues durante el mismo gobierno de Leguía se facilitarían la legalización de la propiedad de tierras usurpadas a campesinos.

1.3.2. La Constitución de 1933

Concluido abruptamente el llamado “oncenio”, como suele ocurrir en el país, se planteó la elaboración de un nuevo texto constitucional para reemplazar el que Leguía había impulsado. Con tal fin, la Junta de Gobierno presidida por Samanez Ocampo designó una comisión para elaborar una nueva constitución, presidida por Manuel Vicente Villarán e integrada por otros notables juristas.

Con una marcada preocupación social, el anteproyecto preparado por dicha comisión abordó temas como la reforma agraria y la protección de la propiedad indígena, aspectos que, pese a que no se incluyeron en la Constitución que se estaba elaborando, fueron relevantes en debates posteriores. Aunque el texto no fue aprobado, sirvió de base para la carta de 1933. Como recuerda Jorge Basadre: “A pesar de todo, resulta una de las fuentes de la Constitución actual [1933], superior a esta, vale la pena repetirlo, porque fue concebido con criterio técnico e independiente” (Basadre, 1983, como se citó en Ramos, 2017, p. 13).

La carta de 1933 no solo recogió algunas de las disposiciones de la Constitución de 1920 respecto de las comunidades de indígenas, sino que las reordenó e incluso las amplió a seis artículos (207 al 212).

En el artículo 207 de la Constitución de 1933 se incluyó un nuevo atributo de las comunidades, el de su personería jurídica: “Las comunidades de indígenas tienen existencia legal y personería jurídica”. Ya no se trataba de una simple declaración de existencia legal, pues estas comunidades fueron reconocidas como personas jurídicas, con capacidad jurídica, un trato excepcional en nuestro sistema jurídico, aunque no libre de problemas, como veremos más adelante.

No obstante, Pedro Castillo (2007) califica como un despropósito que el artículo 193, inciso 9, del mismo texto constitucional estableciera la necesidad de inscribir a las comunidades en un registro especial a cargo de los Concejos Departamentales para poder gozar de capacidad jurídica, requisito que, según este autor, por tratarse de una norma de rango constitucional legitimaba la existencia de un registro oficial de carácter administrativo. Castillo encuentra una posible explicación de este hecho en una insuficiente técnica legislativa, al ubicarse el artículo 109 en el título referido a la administración departamental y municipal, mientras que los artículos relativos a las comunidades hacían parte del siguiente título (2007, pp. 22-23).

Es igualmente importante en esta nueva carta la ampliación del régimen de protección de las tierras comunales, contenido en los artículos 208 y 209. El primero de dichos artículos dispone que “el Estado garantiza la integridad de la propiedad de las comunidades. La ley organizará el catastro correspondiente”. El siguiente artículo incluye la protección más amplia de las tierras comunales, conocida como la de las tres íes: la imprescriptibilidad, la inalienabilidad y la inembargabilidad. “La propiedad de las comunidades es imprescriptible e inenajenable, salvo el caso de expropiación por causa de utilidad pública, previa indemnización. Es, asimismo, inembargable”.

Recordemos que la Constitución de 1920 permitía la enajenación de tierras comunales mediante ley (título público), esto es, en forma amplia, mientras que la carta de 1933 solo lo admite en caso de expropiación por razón de utilidad pública. No obstante, Pedro Castillo alude a una resolución suprema de enero de 1945 que permitía la cesión de tierras comunales siempre que fuese a favor de un concejo distrital, para ejecutar obras públicas de manifiesto interés colectivo. Asimismo, Castillo menciona, citando una ejecutoria suprema de 1941, que la jurisprudencia tenía claro que los plazos de prescripción debían expirar el 18 de enero de 1920, cuando se promulgó la Constitución de ese año (2007, p. 65).

Igualmente, fue novedosa en la normativa constitucional la introducción de una preferencia a favor de las comunidades en el artículo 211 (el cual fue modificado luego, en 1964): “El Estado procurará de preferencia dotar de 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, tierras de propiedad particular, previa indemnización” (Ugarte, 1978, p. 617). Esa disposición, reflejando la controversia que suscitó en su momento, recién fue reglamentada por Ley 12996 en mayo de 1958 aunque, como comenta Pedro Castillo (2007, p. 65), esa ley estuvo dirigida a los campesinos indígenas y no a las comunidades.

Pese a esos significativos avances en materia de protección de las tierras de las comunidades de indígenas en el texto constitucional, resultado en parte de la influencia del movimiento indigenista, tres años después, al promulgarse el Código Civil de 1936, su eficacia fue enervada.

Curiosamente, a pesar de la disposición del artículo 207 de la Constitución (que reconoció la existencia legal y la personería jurídica de las comunidades), el artículo 71 del Código Civil estableció que “es obligatoria la inscripción de estas comunidades en su registro especial. Son igualmente obligatorias la formación de catastros de las comunidades y la rectificación quinquenal de los padrones”.

En materia de protección de las tierras comunales, el Código Civil de 1936 mantuvo la orientación de las normas constitucionales, aunque de forma imprecisa, pues el artículo 74 solo aludía a la indivisibilidad de sus tierras.

Conviene recordar que en el tiempo de vigencia de la Constitución de 1933 se aprobaron distintas normas de menor rango, entre las que destacan tres “estatutos” de comunidades campesinas: el Estatuto de Comunidades de Indígenas del Perú de 1961, el Nuevo Estatuto de Comunidades Indígenas del Perú de 1966 y el Estatuto Especial de Comunidades Campesinas del Perú de 1970 (P. Castillo, 2007, p. 67). También correspondió al Gobierno militar la aprobación de la “Ley de comunidades nativas y de promoción agropecuaria de regiones de selva y ceja de selva” de 1974 (Decreto Ley 20653), que en sus primeros artículos se refirió a estas organizaciones definiéndolas como conjuntos de familias vinculadas por el idioma o dialecto, caracteres culturales y sociales, tenencia y usufructo común y permanente de un mismo territorio, como elementos principales. Respecto de sus tierras, a las que denominó “territorios”, estableció que “la propiedad territorial de las Comunidades Nativas es inalienable, imprescriptible e inembargable” (artículo 11).

Años después, en 1978, el mismo Gobierno militar modificó esa ley mediante el Decreto Ley 22175 (“Ley de comunidades nativas y de desarrollo agrario de la selva y de ceja de selva”), cuya principal novedad fue la de reconocer propiedad de las comunidades nativas únicamente sobre aquella parte del territorio sobre la que se ejercieran actividades agropecuarias, mientras que sobre el resto tan solo reconoció el derecho de cesión en uso, sin precisar su extensión ni límites (artículos 10 y 11).

1.3.3. La Constitución de 1979

Formalmente, la Constitución política de 1933 rigió hasta 1979, a pesar de los varios periodos en que su vigencia estuvo entre paréntesis. En junio de 1977, luego de una etapa de intensa agitación social a escala nacional, el Gobierno militar, encabezado por el general Morales Bermúdez, se vio obligado a convocar a una Asamblea Constituyente.

La Asamblea Constituyente se instaló en 1978 y recibió como parte de la convocatoria, contenida en el Decreto Ley 21949, el encargo de incorporar “las transformaciones estructurales” que habían realizado los militares, aludiendo básicamente a los años en que estuvo al frente del gobierno el general Velasco y una de cuyas principales transformaciones había sido la reforma agraria.

En lo que toca a las comunidades de indígenas, este texto constitucional introdujo importantes modificaciones. En cuanto a su tratamiento, incorporó la división

que había hecho en el plano legislativo el Gobierno militar, al distinguir entre comunidades campesinas (ubicadas en la costa y sierra del país) y comunidades nativas (asentadas en la selva y ceja de selva). Cabe destacar el cambio de denominación, que respondía a la voluntad del Gobierno de eliminar el término “indígena”, lo cual se plasmó en el discurso pronunciado por el general Velasco al promulgarse el Decreto Ley 17716 el 24 de junio de 1969 (Velasco, 1971): “La Ley de Reforma Agraria ha dado su respaldo a esa gran masa de campesinos que forman las comunidades indígenas que a partir de hoy —abandonando un calificativo de resabios racistas y de prejuicio inaceptable— se llamarán Comunidades Campesinas” (p. 49).

En el aspecto formal, la Constitución de 1979, al igual que su predecesora, incluyó el tratamiento de las comunidades en una sección especial, aunque esta vez se trató de un capítulo dentro del título relativo al régimen económico, dedicándole tres artículos.

El artículo 161 empieza prácticamente repitiendo el tratamiento de la Constitución de 1933, esto es refiriéndose al reconocimiento legal y personería jurídica de las comunidades tanto campesinas como nativas. En el mismo artículo se introduce el reconocimiento de la autonomía de las comunidades en lo relativo a “su organización, trabajo comunal y uso de la tierra, así como en lo económico y administrativo”, pero dentro del marco de la ley.

La parte final del artículo 161 fue criticada porque, pese a declarar que el Estado respeta y protege las tradiciones de las comunidades, expresa una postura de supremacía cultural: “Propicia la superación cultural de sus integrantes”.

El artículo 163 aborda el tratamiento de las tierras comunales, manteniendo la referencia a las tres mencionadas características del régimen de protección:

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.

Como se aprecia, la carta de 1979 introdujo una modificación a la inalienabilidad, consistente en la posibilidad de que la propia comunidad solicitase la transferencia de sus tierras, aunque sujeta a distintos requisitos: que los comuneros calificados por

mayoría absoluta soliciten la disposición de tierras, que se apruebe una ley especial y que esta se base en el interés de la comunidad.

El Código Civil vigente fue promulgado en 1984, esto es, al poco tiempo de entrar en vigor la Constitución de 1979. En la Comisión de Reforma se plantearon importantes cambios, pero no se habría seguido con el tratamiento en este texto de las comunidades campesinas y nativas. La redacción finalmente aprobada de la sección IV del Libro I (artículos 134 a 139) reinsertó normas del Código de 1936; esto es, reconocer la existencia legal de las comunidades, aunque exigiendo además la inscripción en el registro respectivo para su reconocimiento oficial.

Lo que sí fue novedoso en el Código Civil fue la inclusión en su artículo 136 de las características del régimen de protección: “Las tierras de las comunidades son inalienables, imprescriptibles e inembargables, salvo las excepciones establecidas por la Constitución Política del Perú”.

En 1986, el expresidente Alan García, reconociendo que existía una ley de comunidades nativas, pero no una para las comunidades campesinas, impulsó la aprobación de la Ley General de Comunidades Campesinas (Ley 24656) y de una ley especial, la “Ley de deslinde y titulación del territorio de las comunidades campesinas” (Ley 24657), las que finalmente se aprobaron en 1987. Se cumplía así con el mandato dispuesto por las constituciones.

En el texto de la Ley General de Comunidades Campesinas se introdujeron interesantes disposiciones, como la creación del Instituto Nacional de Desarrollo de Comunidades Campesinas (INDECC) y del Fondo Nacional de Desarrollo Comunal (FONDEC), que tuvieron una vigencia muy breve, hasta abril de 1990.

1.4. El tratamiento de las comunidades en la Constitución de 1993

Tras el golpe de Estado de abril de 1992, Alberto Fujimori anunció la modificación de la Constitución de 1979, para lo cual se conformó un llamado Congreso Constituyente Democrático, que, al cabo de aprobar una nueva carta constitucional, se convertiría en el nuevo parlamento.

La inspiración del nuevo texto respondió a las ideas de la mayoría del Congreso Constituyente, esto es, consagrando la idea de un Estado mínimo, dando mayor libertad a la iniciativa privada, supuestamente en el marco de la economía social del mercado. Distintos autores, como Kresalja y Ochoa, al revisar el resultado del régimen económico destacan más bien que el texto vigente responde a las ideas del llamado “neoliberalismo” (2012, p. 54).

En lo formal, la nueva carta redujo el tratamiento de las comunidades a un solo artículo, aparentemente condensando en este lo que establecían los artículos 161 a 163 de la Constitución de 1979. Sin embargo, hay cambios más profundos, que están contenidos en el segundo párrafo del artículo 89:

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.

La modificación principal que introdujo el artículo 89 es la eliminación de la inalienabilidad e inembargabilidad de las tierras comunales, pues ahora se garantiza su autonomía en el “uso y la libre disposición de sus tierras”, lo que involucra no solo la posibilidad de transferirlas por cualquier medio, sino también de darlas en garantía y, por esa vía, que sean objeto de embargo y posterior remate. Mención especial merece el haberse mantenido la imprescriptibilidad de las tierras comunales, pero con la clara limitación del abandono de tierras al que se refiere el artículo 88 de la Constitución.

El 2 de diciembre de 1993, esto es antes de la promulgación de la Constitución, el Congreso Constituyente Democrático ratificó (mediante la Resolución Legislativa 26253) el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, que fuera aprobado en 1989. Este convenio, que entró en vigor en el Perú el 2 de febrero de 1995, al registrarse ante la OIT, trae importantes normas aplicables a las comunidades campesinas y nativas, aunque en los últimos años se ha conocido mucho más el derecho a la consulta a los pueblos indígenas. Así, merece destacarse el primer inciso del artículo 7, ubicado en la primera parte del convenio:

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

Igualmente resulta trascendente para este trabajo el inciso primero del artículo 14 del convenio, ubicado en la parte dedicada a las tierras:

Deberá reconocerse a los pueblos interesados el derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan. Además, en los casos apropiados, deberán tomarse medidas para salvaguardar el derecho de los pueblos interesados a utilizar tierras que no estén exclusivamente ocupadas por ellos, pero a las que hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia. A este respecto, deberá prestarse particular atención a la situación de los pueblos nómadas y de los agricultores itinerantes.

No obstante, en los años siguientes a la entrada en vigor de la Constitución de 1993 y del Convenio 169 de la OIT se aprobaron diversas normas de distinto nivel que no guardan mucha relación con ambos cuerpos normativos. Dentro de ese conjunto debemos mencionar la Ley 26505, "Ley de la inversión privada en el desarrollo de las actividades económicas en las tierras del territorio nacional y de las comunidades campesinas y nativas" (aprobada en 1995 en las postrimerías del Congreso Constituyente Democrático), dispositivo legal que contiene cuatro artículos relacionados directamente con las comunidades campesinas y nativas.

El artículo 10 de la Ley 26505 introdujo dos mecanismos para la adquisición de tierras de las comunidades campesinas de la costa por parte de comuneros y de terceros, estableciendo como requisito el contar con el voto favorable de por lo menos 50 % de los comuneros poseedores asistentes, en el primer caso, y el voto a favor de no menos del 50 % los comuneros asistentes a la correspondiente asamblea de la comunidad, en el segundo caso. En el artículo 11 se estableció que, para disponer, gravar, arrendar o ejercer cualquier otro acto sobre las tierras comunales de la sierra o de la selva, se requerirá del acuerdo de la Asamblea General con el voto de no menos de los dos tercios de todos los miembros de la comunidad, manteniéndose en este caso el requisito de votación considerado en la Constitución de 1979.

Así, el artículo 10 de la Ley 26505 facilitó que las comunidades campesinas de la costa pudieran enajenar sus tierras a sus comuneros y a terceros. Ese interés de los legisladores se vio complementado dos años después, con la publicación de la Ley 26845, denominada "Ley de titulación de las tierras de las comunidades campesinas de la costa", que rebajó aún más los requisitos para la disposición de sus tierras por las comunidades campesinas de la costa e introdujo una discutible forma de abandono de tierras comunales, sobre lo que volveremos más adelante.

Durante los gobiernos posteriores se dieron una serie de leyes orientadas a facilitar las inversiones privadas en tierras agrícolas, afectando a pequeños agricultores,

pero también a las comunidades campesinas y nativas, como la recientemente aprobada Ley 32293. A algunas de ellas nos referiremos en los capítulos posteriores.



CAPÍTULO II. CONTENIDO CONSTITUCIONALMENTE PROTEGIDO DEL DERECHO A LA AUTONOMÍA DE LAS COMUNIDADES

En el capítulo primero hicimos el recuento de cómo el Estado peruano ha tratado a las comunidades indígenas y de cómo estas alcanzaron su pleno reconocimiento constitucional en las cartas de 1920, 1933, 1979 y en la vigente de 1993. Luego de revisar la forma como el Estado peruano ha abordado la temática de las comunidades campesinas y nativas, hasta hace relativamente poco denominadas “comunidades de indígenas”, corresponde intentar hacer la delimitación del contenido de la autonomía reconocida en la Constitución a dichas organizaciones.

Sin embargo, antes de abordar esta tarea nos vemos en la necesidad de esclarecer un tema muy importante. Nos referimos al tratamiento de las comunidades campesinas y nativas como pueblos indígenas. Consideramos que solo después de lograr clarificar esta relación estaremos en condición de acercarnos a lo que entendemos como el contenido constitucionalmente protegido del derecho a la autonomía de las comunidades.

2.1. ¿Comunidades o pueblos indígenas?

Desde fines de la primera década de este siglo ha surgido la polémica respecto de si las comunidades campesinas y las comunidades nativas se consideran pueblos indígenas, particularmente si las primeras lo son. En especial, luego del llamado “Baguazo”, en 2009, en determinados sectores del Estado se tiende a identificar a los pueblos indígenas tan solo con las comunidades nativas. Incluso en numerosos documentos se distingue entre pueblos indígenas, refiriéndose sobre todo a las comunidades nativas, asentadas en la región amazónica, y las comunidades “andinas”. Parecería así que a estas últimas se les niega su condición de indígenas; más aún, se desconoce la existencia de comunidades campesinas en la costa peruana.

Con la vigencia del Convenio 169 de la OIT, diferentes organizaciones y profesionales han cuestionado el uso de la expresión indígena y han preferido usar otros términos. Por ello, Francisco Ballón (2004) se pregunta respecto de la denominación más adecuada, es decir, si debemos referirnos a los pueblos “indígenas”, a los “originarios”, a los “ancestrales” o a los “nativos”, optando dicho autor por la expresión “pueblos indígenas” (p. 16). Citando el artículo 2 de la Ley 27811, el aludido autor reconoce que “en la legislación peruana se admite que los pueblos indígenas son aquellos que ‘tienen derechos anteriores a la formación del Estado peruano’” (p. 52). Ballón afirma que “las ‘comunidades legales’ han sido construidas —cual objeto plástico de la frondosísima normatividad del Estado colonial y republicano— sobre la ruina

jurídica de los antiguos pueblos indígenas andinos y la fragmentación de los amazónicos” (p. 60), pese a lo cual dicho autor no puede sino reconocer que la comunidad “es el sujeto más antiguo y persistente en el derecho constitucional peruano” (p. 61).

Parte de esa imprecisión terminológica se ha visto reflejada en las sucesivas modificaciones que ha sufrido el quinto párrafo del artículo 191 de la Constitución vigente. En efecto, al regular el proceso de descentralización, el texto original de dicho artículo señalaba: “La ley establece porcentajes mínimos para hacer accesible la representación de género, comunidades nativas y pueblos originarios en los Consejos Regionales. Igual tratamiento se aplica para los Concejos Municipales”, lo que la Ley 28607 cambió para incluir a las comunidades campesinas, en los siguientes términos: “La ley establece porcentajes mínimos para hacer accesible la representación de género, comunidades campesinas y nativas, y pueblos originarios en los Consejos Regionales. Igual tratamiento se aplica para los Concejos Municipales”.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) se ha referido en numerosos casos a problemas que afectaban a comunidades y pueblos indígenas, como veremos a lo largo de este trabajo. Destacamos ahora una sentencia de dicha corte (2020), en el caso de las comunidades indígenas miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina (sentencia del 6 de febrero de 2020), en la que la citada corte, refiriéndose al derecho de las personas y comunidades indígenas de pertenecer a uno o a varios pueblos indígenas, recogido en el artículo VIII de la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, ha establecido lo siguiente:

“Las personas y comunidades indígenas tienen el derecho de pertenecer a uno o varios pueblos indígenas, de acuerdo con la identidad, tradiciones, costumbres y sistemas de pertenencia de cada pueblo. Del ejercicio de ese derecho no puede resultar discriminación de ningún tipo”. De este modo, a efectos de este caso, la Corte entiende la palabra “comunidad” como voz que designa una unidad, en cuya integración hay personas o familias identificadas como indígenas, que pertenece a un “pueblo” indígena, o a varios².

Ahora bien, en nuestro país el Tribunal Constitucional (2017) ha establecido que “el reconocimiento jurídico de las comunidades campesinas y nativas se encuentra estrechamente vinculado con el caso de los denominados pueblos

² Véase “¿Nueva legislación sobre comunidades?” (CEPES, 2004).

indígenas” (Expediente 02765-2014-PA/TC, fundamento 23). Pero en ese mismo fundamento, el Tribunal Constitucional ha ido más allá, pues consideró que hay casos en que determinados colectivos, denominados formalmente como “comunidades campesinas”, resultan, en los hechos, pueblos indígenas, agregando que en esas situaciones esas comunidades “también deban ser beneficiados de los derechos y beneficios que se otorgan a esos colectivos” [los pueblos indígenas o tribales]. El tribunal añade en ese mismo fundamento:

Este criterio también ha sido compartido, por cierto, por la Comisión de Expertos de la OIT, la cual ha precisado que

el concepto de pueblo es más amplio que el de comunidad y las engloba y que, cualquiera sea su denominación, no debe haber ninguna diferencia a efectos de la aplicación del Convenio, en la medida en que las comunidades denominadas nativas, campesinas u otras estén comprendidas en el artículo 1, párrafo 1, a) o b), del Convenio, en cuyo caso corresponde aplicarles por igual todas las disposiciones del Convenio [por lo que] insta al Gobierno a que tome las medidas necesarias para garantizar que todos quienes estén comprendidos en el artículo 1 del Convenio queden cubiertos por todas sus disposiciones y gocen de los derechos contenidos en el mismo en igualdad de condiciones, y a proporcionar informaciones sobre el particular” [Comisión de Expertos de la Organización Internacional del Trabajo en aplicación de convenios y recomendaciones (CEACR) Observación individual dirigida al Perú, documento de febrero de 2009].

Antes de seguir con la revisión del tratamiento de este tema, aparentemente solo terminológico, queremos ofrecer alguna información que muestre lo imbricados que están estos conceptos. Para ello vamos a compartir la información recogida por Pajuelo (2019), quien, valiéndose de la base de datos elaborada por el Grupo Propuesta Ciudadana en 2018, registró, para ese año, un total de 10 164 comunidades: 6160 comunidades campesinas (61 % del total), 2991 comunidades nativas (29 % del total) y 1013 comunidades ribereñas (10 % del total) (p. 43). Conforme a la mencionada base de datos, el 57 % del total de comunidades existentes en el país pueden ser consideradas como indígenas (esto es, 5840 comunidades), y las no indígenas serían el restante 43 % (4324 comunidades). Complementariamente, al revisar la Base de Datos Oficial del Ministerio de Cultura, Pajuelo encuentra que los pueblos indígenas que concentran la mayor cantidad de comunidades pertenecientes a ellos son el pueblo quechua (2688 comunidades), seguido de los pueblos amazónicos asháninka (484

comunidades), kichwa (419 comunidades), awajún (341 comunidades) y del pueblo aimara (338 comunidades) (2019, p. 47).

Volviendo al plano jurídico, en la legislación nacional se puede encontrar más de un caso en el que queda plasmada la condición de pueblos indígenas de las comunidades, tanto campesinas como nativas. La primera e ineludible referencia es al Convenio 169 de la OIT, que señala en el numeral 1.b del artículo 1 que este se aplica:

a los pueblos en países independientes, considerados indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, *cualquiera que sea su situación jurídica* [énfasis añadido], conservan todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas.

Posteriormente, el artículo 2 de la Ley 27811, “Ley que establece el régimen de protección de los conocimientos colectivos de los pueblos indígenas vinculados a los recursos biológicos”, publicada en agosto de 2002, define a los pueblos indígenas así:

Son pueblos originarios que tienen derechos anteriores a la formación del Estado peruano, mantienen una cultura propia, un espacio territorial y se autorreconocen como tales. En éstos se incluye a los pueblos en aislamiento voluntario o no contactados, *así como a las comunidades campesinas y nativas* [énfasis añadido].

Por su parte, el artículo 64 de la Ley 29338, Ley de Recursos Hídricos, publicada en marzo de 2009, reconoce el derecho de las comunidades campesinas y nativas a utilizar las aguas existentes o que discurren por sus tierras, otorgándoles la condición de pueblos indígenas. El final de dicho artículo dispone que “ningún artículo de la Ley debe interpretarse de modo que menoscabe los derechos reconocidos a los pueblos indígenas en el Convenio 169 de la Organización Internacional de Trabajo”.

Más aún, en setiembre de 2011, la “Ley del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios, reconocido en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo”, número 29785, en el penúltimo párrafo del artículo 7 estableció 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”, a lo que agregó en el siguiente párrafo una afirmación contundente: “Las denominaciones empleadas para designar a los pueblos indígenas u originarios no alteran su naturaleza ni sus derechos colectivos”.

En base a ese reconocimiento, expresado en diferentes normas legales, en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, y recogiendo la opinión de historiadores, antropólogos y sociólogos que se han ocupado del tema, trataremos a lo largo de este trabajo a las comunidades campesinas y a las comunidades nativas como pueblos indígenas, en el entendido de que son la forma jurídica en la cual el Estado peruano ha reconocido a los pueblos indígenas. Ello no impide que, eventualmente en el futuro, puedan reconocerse otras formas jurídicas de organización de las comunidades y pueblos indígenas. La experiencia de la Nación Wampís, que revisaremos más adelante, podría ser un caso por analizar, lo mismo que interesará tomar en cuenta la experiencia de otros países de la región, lo que será objeto de mayor análisis en el capítulo 6.

2.2. Noción del contenido constitucionalmente protegido de los derechos fundamentales

Definamos primero lo que debemos entender por “contenido constitucionalmente protegido de los derechos fundamentales”, asumiendo que derechos fundamentales y derechos constitucionales aluden a lo mismo (L. Castillo, 2010, p. 93).

El Tribunal Constitucional de España (1981) trató de aproximarse a la noción de contenido esencial referido en el artículo 53 de la Constitución española, aunque usando una terminología ahora en desuso. Así, en el fundamento jurídico 8 de la sentencia del 8 de abril de 1981, el tribunal menciona la existencia de dos caminos: “El primero es tratar de acudir a lo que se suele llamar la naturaleza jurídica o el modo de concebir o de configurar cada derecho”, y agrega:

El segundo posible camino para definir el contenido esencial de un derecho consiste en tratar de buscar lo que una importante tradición ha llamado los intereses jurídicamente protegidos como núcleo y médula de los derechos subjetivos. Se puede entonces hablar de una esencialidad del contenido del derecho para hacer referencia a aquella parte del contenido del derecho que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos. De este modo, se rebasa o se desconoce el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección.

Por su parte, el profesor Luis Castillo (2010) considera que:

Hablar del contenido esencial del derecho humano será lo mismo que hablar del contenido esencial del derecho fundamental, contenido que al estar recogido en

la Constitución también puede ser llamado como contenido constitucional. De esta manera, el contenido esencial de un derecho fundamental *equivale al contenido constitucional del mismo* [énfasis añadido]. (p. 96)

En el mismo trabajo, el autor complementa su idea señalando que “el contenido constitucional de un derecho fundamental es su contenido esencial, y este es el conjunto de atribuciones que el derecho depara a su titular y hace que el derecho sea ese derecho y no un derecho diferente” (p. 99). Y, adicionalmente, hace una distinción: “El derecho humano positivado no está sólo conformado por su contenido esencial o constitucional, sino que puede llegar a tener también un contenido accidental, conformado por las exigencias meramente coyunturales o no esenciales del derecho” (p. 109).

Al tratar de definir el contenido constitucionalmente protegido de los derechos fundamentales, el Tribunal Constitucional (2005) ha distinguido lo que constituye el contenido constitucionalmente protegido de los derechos fundamentales y el contenido no esencial de los mismos. Así lo hizo en el fundamento 20 de la sentencia del Expediente 1417-2005-AA/TC, citando a Manuel Medina Guerrero:

En cuanto integrantes del contenido constitucionalmente protegido, cabría distinguir, de un lado, un contenido no esencial, esto es, claudicante ante los límites proporcionados que el legislador establezca a fin de proteger otros derechos o bienes constitucionalmente garantizados, y, de otra parte, el contenido esencial, absolutamente intangible para el legislador; y, extramuros del contenido constitucionalmente protegido, un contenido adicional formado por aquellas facultades y derechos concretos que el legislador quiera crear impulsado por el mandato genérico de asegurar la plena eficacia de los derechos fundamentales.

En la citada sentencia, el Tribunal Constitucional continuó desarrollando lo que debemos entender por el contenido constitucionalmente protegido de los derechos fundamentales y precisó, en el fundamento 21, que su determinación no puede efectuarse apriorísticamente:

Así las cosas, todo ámbito constitucionalmente protegido de un derecho fundamental se reconduce en mayor o menor grado a su contenido esencial, pues todo límite al derecho fundamental sólo resulta válido en la medida de que el contenido esencial se mantenga incólume. Este Tribunal Constitucional considera que la determinación del contenido esencial de los derechos fundamentales no puede efectuarse a priori, es decir, al margen de los principios, los valores y los demás derechos fundamentales que la Constitución reconoce.

En efecto, en tanto el contenido esencial de un derecho fundamental es la concreción de las esenciales manifestaciones de los principios y valores que lo informan, su determinación requiere un análisis sistemático de este conjunto de bienes constitucionales, en el que adquiere participación medular el principio-derecho de dignidad humana, al que se reconducen, en última instancia, todos los derechos fundamentales de la persona. En tal sentido, el contenido esencial de un derecho fundamental y los límites que sobre la base de éste resultan admisibles, forman una unidad.

El profesor Luis Castillo, tratando de problematizar en torno a estas diferencias, considera que el “contenido accidental no conforma el contenido constitucional del derecho fundamental, por lo que no viene recogido por la norma constitucional, sino por instancias normativas inferiores, así, normalmente viene o regulado o creado por la Ley y/o por el Reglamento” (2010, pp. 109-110).

La distinción que acabamos de revisar nos permitirá discernir en los siguientes capítulos cuánto del contenido constitucionalmente protegido de la autonomía de las comunidades tiene plena vigencia y cuánto el contenido accidental ha venido socavando las bases de dicha autonomía.

2.3. Los derechos colectivos de las comunidades en tanto pueblos indígenas

El Reglamento de la “Ley del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios, reconocido en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo” (Decreto Supremo 001-2012-MC), en el artículo 3, inciso f), trae un listado de distintos derechos colectivos de los pueblos indígenas, que incluyen, “entre otros”: los derechos a la identidad cultural; a la participación de los pueblos indígenas; a la consulta; a elegir sus prioridades de desarrollo; a conservar sus costumbres, siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos; a la jurisdicción especial; a la tierra y el territorio, es decir al uso de los recursos naturales que se encuentran en su ámbito geográfico y que utilizan tradicionalmente en el marco de la legislación vigente; a la salud con enfoque intercultural; y a la educación intercultural. El listado, entonces, no es taxativo sino solamente enumera varios de esos derechos, al usar la expresión “entre otros”.

César Landa (2016), en un estudio preparado para el Ministerio de Cultura, afirma que “las comunidades campesinas o nativas pueden ser parte de un pueblo indígena u originario, sin embargo, un pueblo no necesariamente se identifica como una comunidad campesina o nativa” (p. 10). Por ello, este reconocido constitucionalista

elaboró un cuadro en el que listó los derechos colectivos de los pueblos indígenas u originarios, en base al derecho interno peruano y a dos normas de derecho internacional (el Convenio 169 de la OIT y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas), el mismo que reproducimos en la figura 1.

Figura 1

Base normativa de los derechos colectivos de los pueblos indígenas u originarios

<i>Derecho colectivo</i>	Derecho Internacional de los Derechos Humanos		Derecho interno
	Convenio 169	Declaración de NN.UU. sobre los Derechos de los PP. II.	Constitución Política del Estado de 1993
<i>Derecho a la libre autodeterminación o autonomía</i>	Art. 7	Arts. 3, 4, 5 y 33	Art. 89
<i>Derecho a la identidad cultural</i>	Art. 5	Arts. 9, 11, 12 y 13	Arts. 2.19 y 89
<i>Derecho a la participación</i>	Arts. 2, 6.1.b y c, 7, 15, 22 y 23	Arts. 18, 23 y 36	Arts. 2.17, 31, 191 y 197
<i>Derecho a la consulta</i>	Arts. 6.1.a, 6.2 y 15.2	Arts. 17.2, 19, 36 y 38	Art. 2.17
<i>Derecho a decidir/elegir sus prioridades de desarrollo</i>	Art. 7	Art. 23	Art. 89
<i>Derecho a conservar sus costumbres e instituciones</i>	Arts. 4, 5, 6 y 8	Arts. 5, 20 y 33	Art. 139.8
<i>Derecho a la jurisdicción especial</i>	Art. 9	Art. 35	Arts. 149 y 139.8
<i>Derecho a la tierra y al territorio</i>	Arts. 13, 14, 17 y 18	Arts. 25, 26, 27, 28, 29, 30, 31 y 32	Arts. 88 y 89
<i>Derecho a los recursos naturales</i>	Art. 15	Arts. 26, 27, 28 y 29	Art. 89
<i>Derecho a la salud intercultural</i>	Art. 25	Art. 24	Arts. 7 y 9
<i>Derecho a la educación intercultural y a la lengua/idioma</i>	Arts. 26 y 27	Arts. 14 y 15	Arts. 13, 14, 17 y 48

Nota. Tomado de *Derecho a la consulta previa. Derechos colectivos de los pueblos indígenas u originarios*, por César Landa, 2016, p. 13.

El objeto del presente trabajo es la determinación del contenido constitucional de la autonomía reconocida a las comunidades campesinas y nativas. Por tal razón, en el siguiente apartado de este capítulo intentaremos definir el contenido del derecho de autonomía de las comunidades, que en el cuadro que hemos reproducido, así como en la literatura, encontramos definido como “derecho a la libre autodeterminación o autonomía”.

En efecto, como recuerda Lovatón (2024), tanto en la bibliografía jurídica como en la de las ciencias sociales se utilizan distintos términos para referirse a este derecho fundamental de los pueblos indígenas: “libre determinación”, “autodeterminación” o “autonomía indígena” (p. 25). Preferimos emplear *autonomía de las comunidades o pueblos indígenas*, por considerar que los dos primeros, mencionados por Lovatón, resultan más aplicables a otras situaciones jurídicas. Coincidiendo con Landa, el profesor Gattás Abugattás, en comunicación personal³, se inclina por usar el término libre autodeterminación, para evitar la confusión con el uso en el derecho internacional para las relaciones entre los Estados.

2.4. El contenido de la autonomía de las comunidades

Coincidimos con César Landa cuando, siguiendo con la lógica con la que presentó el cuadro que reproducimos líneas arriba, considera que el derecho a la autodeterminación o autonomía de los pueblos indígenas es un derecho fundamental, recogido en el Convenio 169 de la OIT. El autor precisa que, “si bien el derecho a la autodeterminación o autonomía de los pueblos indígenas u originarios no cuenta con un reconocimiento expreso en el Convenio, ello no impide señalar que se desprendería de lo establecido en el artículo 7.1” (2016, p. 13).

En el mismo texto, Landa estima que la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas reconoce el derecho de autodeterminación o autonomía de estos pueblos en sus artículos 3 y 4, a los que nombra “como derecho a la libre determinación, o derecho a la autonomía, o autogobierno con referencia a sus asuntos locales o internos” (2016, p. 14). Añade a continuación el autor citado que igualmente el Tribunal Constitucional “ha reconocido el derecho a la libre determinación o autonomía como un derecho colectivo de los pueblos indígenas u originarios a organizarse autónomamente y decidir sus prioridades”, en forma libre, aunque respetando los derechos fundamentales, citando en este caso la Sentencia 3343-2007-PA, fundamento 32:

Entonces, la libre autodeterminación es 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

³ Comunicación personal, 2 de agosto de 2025.

fundamentales de terceros, de los cuales el Estado es garante, por ser guardián del interés general y, en particular, de los derechos fundamentales.

Aunque puede surgir nuevamente la objeción de que la mencionada sentencia del Tribunal Constitucional se está refiriendo a pueblos indígenas y no a comunidades campesinas y nativas, a efectos de avanzar en este tema debemos recordar la distinción que Landa trae a colación (2016, p. 40), en base a la doctrina (citando a Carlos Bernal) entre la disposición, la norma y la posición de derecho fundamental.

Así, la disposición del derecho fundamental referida al derecho a la autonomía de las comunidades estaría contenida en el artículo 89 de la Constitución, al afirmar que las comunidades campesinas y las comunidades nativas “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”.

Siguiendo a Landa, la norma de derecho fundamental (el sentido o sentidos interpretativos) sería que “las comunidades campesinas y nativas tienen derecho a que se respete su autonomía organizativa, administrativa y económica, así como el trabajo comunal y el uso y libre disposición de sus tierras” (2016, p. 41). En este caso, prosiguiendo con el planteamiento de Landa, el sujeto pasivo, vinculado por el derecho, sería el Estado.

Por último, la posición de derecho fundamental, entendida como el objeto protegido por el derecho (esto es, aquello que el sujeto pasivo debe hacer a favor del titular), estaría dada por la obligación del Estado de “respetar la autonomía organizativa, administrativa y económica de las comunidades campesinas y nativas, así como el trabajo comunal y el uso y la libre disposición de sus tierras” (Landa, 2016, p. 41).

Como puede resultar evidente, la posición del derecho fundamental protegido es muy amplia y casi termina repitiendo la redacción de la disposición constitucional. Es por ello por lo que el autor citado intenta precisar en un cuadro las conductas que el Estado debe desarrollar a favor de los pueblos indígenas y originarios, que en nuestro caso consideramos que deben desarrollarse a favor de las comunidades. Así, Landa muestra el contenido constitucionalmente protegido de derechos colectivos de dichos pueblos en una larga lista (2016, pp. 42-49) que incluye el derecho a la libre autodeterminación o autonomía, el derecho a la identidad cultural, el derecho a la participación, el derecho a la consulta previa, el derecho a decidir y elegir sus prioridades de desarrollo, el derecho a conservar sus costumbres e instituciones, el derecho a la jurisdicción especial, el derecho a la tierra y al territorio, el derecho a los recursos naturales, el derecho a la salud intercultural y el derecho a la educación intercultural y a

la lengua o idioma. Con ligeras diferencias ese listado coincide con los derechos que se mencionan (entre otros) en el Reglamento de la “Ley del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios” (Decreto Supremo 001-2012-MC), que mencionamos en el apartado anterior.

Reproducimos a continuación la porción inicial del cuadro presentado, referida tan solo al derecho a la libre autodeterminación o autonomía.

Figura 2

Contenido constitucionalmente protegido de derechos colectivos de pueblos indígenas u originarios

Derecho Colectivo	Contenido constitucionalmente protegido <i>Los pueblos indígenas u originarios tienen derecho a:</i>
Derecho a la libre autodeterminación o autonomía	<ul style="list-style-type: none"> - Que se reconozca su existencia legal y su personería jurídica (artículo 89 de la Constitución). - Su autonomía organizativa, económica y administrativa (artículo 89 de la Constitución). - El uso y libre disposición de sus tierras (artículo 89 de la Constitución). - Que se reconozca y proteja los valores y prácticas sociales, culturales, religiosos y espirituales propias de dichos pueblos (artículo 5 del Convenio). - Que toda medida que pueda afectarles sea debidamente consultada (artículo 6 del Convenio). - Decidir su determinación política y buscar su desarrollo económico, social y cultural (artículo 3 de la Declaración). - El autogobierno en sus asuntos internos o locales (artículo 4 de la Declaración). - Determinar su propia identidad o pertenencia conforme a sus costumbres y tradiciones (artículo 33 de la Declaración). - 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 (sentencia del Tribunal Constitucional, EXP 03343-2007-PA, fundamentos 32-33). - Organizarse de manera autónoma, sin intervenciones de índole política o económica por parte de terceros (Tribunal Constitucional, EXP 1126-2011-HC/TC, fundamento 23). - Autoidentificar su pertenencia étnica o el nombre de su comunidad (sentencia de la Corte IDH, caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay, párrafo 37).

Nota. Tomado de *Derecho a la consulta previa. Derechos colectivos de los pueblos indígenas u originarios*, por César Landa, 2016, p. 42.

Resulta muy difícil distinguir entre la lista de obligaciones que tendría el Estado (y que nosotros consideramos que ellas obligan también a los particulares) frente a las comunidades y pueblos indígenas que Landa incluye en el cuadro que mostramos. Más aún, algunas de dichas obligaciones hacen parte propiamente de otros derechos

específicos, desarrollados por el autor en los otros casilleros. En efecto, él lo reconoce en otra parte de su texto, al referirse al derecho a la libre autodeterminación o autonomía afirmando que, al igual que el derecho a la consulta, “tiene la particularidad de ser transversal, pues la libre determinación o autonomía presenta otras manifestaciones que identifican a otros derechos”, añadiendo que, “a pesar de estas conexiones necesarias con otros derechos colectivos, el derecho a la libre autodeterminación tiene un contenido propio, distinguible y diferenciable de otros” (Landa, 2016, p. 34).

Como parte del contenido constitucionalmente protegido, afirma Landa en el cuadro que hemos reproducido que los pueblos indígenas tienen derecho, entre otras cosas, a que se reconozca su existencia legal y su personería jurídica, y a su autonomía organizativa, económica y administrativa (artículo 89 de la Constitución). Similar postura tiene Lovatón (2024), recordando la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, para quien la libre determinación supone otros contenidos “sin los cuales no es posible que los pueblos indígenas determinen libremente su condición política ni persigan libremente su desarrollo económico, social y cultural”, agregando que el derecho a la autonomía en las cuestiones relacionadas con sus asuntos internos tiene dos aspectos: “el autogobierno de los asuntos internos de la comunidad u organización indígena, y el gobierno autónomo o autogobierno de sus tierras o territorios a nivel local” (p. 38).

Landa, sin embargo, reconoce que, como todo derecho, la autonomía tiene también límites, y señala: “Así, este no les otorga la facultad de desligarse del Estado, ni de los mandatos constitucionales, en especial aquellos que reconocen derechos fundamentales, los que actúan como límites al autogobierno” (2016, p. 34), tema que retomaremos en el siguiente apartado de este mismo capítulo. Eso es algo que ha quedado plenamente establecido por el Tribunal Constitucional en la sentencia del 19 de febrero de 2009, en el Expediente 03343-2007-PA/TC, al afirmar en el fundamento 32 que la autodeterminación “no debe ser confundida con pretensiones autárquicas, separatistas o antisistémicas”, agregando:

Entonces, la libre autodeterminación es 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.

Llegados a este punto, podemos asegurar que el contenido constitucionalmente protegido del derecho de autonomía de las comunidades campesinas y nativas es múltiple, el cual incluye distintos derechos específicos, igualmente protegidos. De esta forma, el derecho a la libre autodeterminación o autonomía de las comunidades y pueblos indígenas resulta una suerte de derecho-continente, como ocurre con otros derechos fundamentales, como el derecho al debido proceso o a la libertad individual. Precisamente por ese carácter múltiple optamos por abordar en forma separada algunos de esos derechos o aspectos específicos del derecho de la autonomía reconocida a las comunidades.

En los siguientes capítulos abordaremos tres de esos derechos que componen el contenido constitucionalmente protegido del derecho de autonomía de las comunidades campesinas y comunidades nativas. El primero de los que analizaremos es el de su existencia legal y personería jurídica, luego de lo cual trataremos sobre el derecho a organizarse autónomamente y el tercer derecho, que tiene que ver con la autonomía respecto del uso y la disposición de sus tierras o territorios. Antes de ello, sin embargo, creemos importante revisar los diversos instrumentos internacionales que se han aprobado en las últimas décadas, que vienen enriqueciendo nuestra comprensión del contenido del derecho a la autonomía de las comunidades y pueblos indígenas.

2.5. Los instrumentos internacionales aplicables

Queremos destacar el carácter evolutivo de los instrumentos de derechos humanos. Así, el profesor boliviano Ramiro Orias Arredondo (2008) considera que la cuestión de la libre determinación de los pueblos indígenas en el derecho internacional

no es —como a veces se cree— un tema nuevo [pues los pueblos indígenas] durante el último siglo se han convertido progresivamente en un actor de creciente importancia en la agenda internacional, habiendo recorrido un largo y a veces lento camino para asentar sus demandas de reconocimiento ante los organismos internacionales. (p. 2)

Orias Arredondo se remonta al Pacto de la Sociedad de Naciones, que fuera adoptado con el Tratado de Versalles de 1919, en el cual el autor considera que, desde un enfoque tutelar, en su artículo 23 establecía que “los miembros de la Sociedad de Naciones: (b) se comprometerán a asegurar un trato equitativo de las **poblaciones indígenas** en los territorios sometidos a su administración” [las negritas son del autor]. Unos párrafos más adelante, Orias Arredondo señala que ese instrumento internacional, “que perseguía el modelo de desarrollo occidental” (p. 2), habría sido la guía para los nuevos Estado, aunque sin referirse directamente a los pueblos indígenas.

En línea con las ideas que acabamos de citar, Luis Mendoza, en su tesis de licenciatura (2017), encuentra una “línea de continuidad entre el derecho a la libre determinación de los pueblos en general y el derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas en particular” (p. 9), distinguiendo tres etapas (pp. 9-10). En la primera de esas etapas (entre 1945 y 1966), las Naciones Unidas (ONU) reconocieron el derecho de libre determinación de los pueblos, “entendido como la posibilidad de ejercer el derecho de secesión, y dejó a la jurisdicción interna de los Estados la posibilidad del reconocer la existencia de pueblos indígenas subestatales”. En la segunda etapa (1966-1989), la ONU habría extendido los alcances de la primera etapa diseñando “criterios para el reconocimiento internacional de la existencia de pueblos indígenas subestatales, aunque sin hacer mención explícita del reconocimiento del derecho de libre determinación de los pueblos indígenas subestatales”, mientras que en la tercera etapa (1989-2016) “reconoció explícitamente el derecho de libre determinación de los pueblos indígenas, entendido como libre determinación interna, es decir dentro de los límites territoriales de los Estados”.

Esa línea evolutiva fue recogida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2001) en el emblemático caso de la comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua, cuando en el fundamento 146 afirmó que los tratados de derechos humanos deben “adecuarse a la evolución de los tiempos y, en particular, a las condiciones de vida actuales”, planteamiento que se ha repetido en otras sentencias, como en el caso de los pueblos Rama y Kriol, Comunidad Negra Creole Indígena de Bluefields y otros vs. Nicaragua (2024a), en el fundamento 113, a lo que, refiriéndose al caso del pueblo indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador, agregó en la nota a pie de página 151):

La Corte ha indicado que “[e]l *corpus juris* del Derecho Internacional de los Derechos Humanos está formado por un conjunto de instrumentos internacionales de contenido y efectos jurídicos variados (tratados, convenios, resoluciones y declaraciones). Su evolución dinámica ha ejercido un impacto positivo en el Derecho Internacional, en el sentido de afirmar y desarrollar la aptitud de este último para regular las relaciones entre los Estados y los seres humanos bajo sus respectivas jurisdicciones. Por lo tanto, esta Corte debe adoptar un criterio adecuado para considerar la cuestión sujeta a examen en el marco de la evolución de los derechos fundamentales de la persona humana en el derecho internacional contemporáneo.

Para comprender mejor, entonces, la manera como la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos han ido configurando

la forma de proteger los derechos de las comunidades y pueblos indígenas, debemos hacer un rápido repaso a los distintos instrumentos internacionales relacionados con el reconocimiento de la autonomía que son invocados por dichas comunidades y pueblos indígenas y que son recogidos por ambas instituciones. Esto nos permitirá, en los capítulos siguientes, incorporar algunos de los pronunciamientos producidos por estas dos instancias de justicia en años pasados, que en no pocos casos han recogido las demandas de las organizaciones indígenas.

Debemos empezar por la **Carta de las Naciones Unidas**, que se firmó el 26 de junio de 1945 en San Francisco y entró en vigor el 24 de octubre del mismo año. Siendo considerada un tratado internacional, es un instrumento de derecho internacional vinculante para los Estados miembros de la Organización de las Naciones Unidas.

El artículo 1 de la Carta de las Naciones Unidas señala los propósitos de esta organización internacional. De los cuatro propósitos mencionados en dicho artículo, destacamos estos dos:

2. Fomentar entre las naciones relaciones de amistad basadas en el respeto al principio de la igualdad de derechos y al de la libre determinación de los pueblos, y tomar otras medidas adecuadas para fortalecer la paz universal;
3. Realizar la cooperación internacional en la solución de problemas internacionales de carácter económico, social, cultural o humanitario, y en el desarrollo y estímulo del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión.

“Es decir, la carta no define la libre determinación como un derecho colectivo en sí mismo. Dicha acepción sería abrazada por la comunidad internacional a partir de la década de 1960, bajo el impulso de los procesos de descolonización” (Ramírez Espinosa & Cerqueira, 2021, p. 4), coincidiendo con la periodización de Luis Mendoza, líneas más atrás.

Tres años después de la aprobación de la Carta de las Naciones Unidas, en diciembre de 1948, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó la **Declaración Universal de Derechos Humanos**, la cual, en sus 30 artículos, recoge los derechos humanos considerados básicos e inviolables. Aunque en su momento no fue reconocida como un tratado internacional, con la aprobación de otros instrumentos, como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) y los protocolos facultativos, que

conforman la Carta Internacional de Derechos Humanos, se logró que su contenido resulte vinculante para los Estados.

Del contenido de la Declaración Universal de Derechos Humanos debemos destacar lo consignado en el primer párrafo del artículo 2 y en el artículo 29, inciso 2:

Artículo 2. Toda persona tiene los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición.

Artículo 29. In. 2. En el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades, toda persona estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la ley con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás, y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática.

Ramírez Espinosa y Cerqueira (2021), conforme vimos en la cita líneas más arriba, marcando el avance en el reconocimiento de los pueblos indígenas a nivel internacional, estiman que:

La progresiva emancipación colonial en el tercer mundo llevó a que la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptara, el 14 y 15 de diciembre de 1960, las resoluciones 1514 (XV) y 1541 (XV), respectivamente, las cuales reconocen la autonomía de los pueblos coloniales para expresar su voluntad libremente, al margen de su potencial de independizarse. Tales resoluciones inauguran el reconocimiento internacional de los pueblos, y no de los territorios independientes o en proceso de emancipación, como titulares del derecho a la libre determinación. (p. 4)

No obstante, los autores citados consideran que esas declaraciones tienen un claro límite (2021):

Desde las primeras resoluciones emitidas en 1960, prevaleció la posición según la cual el reconocimiento de la libre determinación no es aplicable a las minorías étnicas al interior de los Estados que ya habían alcanzado su independencia. Dicha posición es conocida como la doctrina del agua salada o del agua azul, en alusión a la aplicación del marco legal sobre descolonización solamente a los enclaves ultramarinos y no así a los pueblos y minorías étnicas al interior de los Estados. (p. 5)

El **Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos** (PIDCP) fue adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966 y entró en vigor el 23 de marzo de 1976. Queremos resaltar los siguientes artículos de dicho Pacto:

Artículo 1, inciso 1. 1. Todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación. En virtud de este derecho establecen libremente su condición política y proveen asimismo a su desarrollo económico, social y cultural.

Artículo 2, inciso 1. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

Artículo 2, inciso 2. Cada Estado Parte se compromete a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones del presente Pacto, las medidas oportunas para dictar las disposiciones legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos reconocidos en el presente Pacto y que no estuviesen ya garantizados por disposiciones legislativas o de otro carácter.

Artículo 5, inciso 2. No podrá admitirse restricción o menoscabo de ninguno de los derechos humanos fundamentales reconocidos o vigentes en un Estado Parte en virtud de leyes, convenciones, reglamentos o costumbres, so pretexto de que el presente Pacto no los reconoce o los reconoce en menor grado.

El **Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales** (PIDESC) fue adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966, el mismo día que se aprobó el PIDCP, y entró en vigor el 3 de enero de 1976. En dicho instrumento internacional llamamos la atención sobre los siguientes artículos:

Artículo 1, inciso 1. Todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación. En virtud de este derecho establecen libremente su condición política y proveen asimismo a su desarrollo económico, social y cultural.

Artículo 2: 1. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos

los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos.

2. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

En el plano regional, la **Convención Americana sobre Derechos Humanos** fue adoptada en San José, Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969. La Constitución peruana de 1979 ratificó constitucionalmente dicha convención, en la decimosexta Disposición General y Transitoria. Dicho instrumento tiene dos grandes partes, la primera sobre los derechos civiles y políticos y la segunda sobre los derechos económicos, sociales y culturales. Allí, en su artículo primero, que menciona la obligación de los Estados de respetar los derechos, se declara lo siguiente, entre otros deberes de los Estados:

1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

2. Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano.

A continuación de esta disposición, en el artículo 2, la Convención Americana sobre Derechos Humanos recuerda igualmente a los Estados su deber de adoptar disposiciones de derecho interno, previendo los casos en que los derechos fundamentales no estuvieren ya garantizados y lo expresa de esta forma:

Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.

Volviendo al plano global, debemos referirnos al Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes. Interesa en este recuento hacer referencia al proceso que llevó a la aprobación de este instrumento internacional. Orias

Arredondo (2008) plantea que inicialmente la OIT tomó interés por los pueblos indígenas y tribales “principalmente en su papel de trabajadores” (p. 3), por lo que adoptó en 1930 el Convenio 29, para regular los trabajos forzados a los que eran sometidas las “poblaciones nativas”. Según el mismo autor, por iniciativa de otros organismos de las Naciones Unidas, en 1957 se adoptó el Convenio 107 sobre Poblaciones Indígenas y Tribales. Citando al ex relator especial James Anaya, Orias Arredondo afirma: “Este primer instrumento jurídico internacional sobre los pueblos indígenas, si bien promovía sus derechos, lo hacía desde una perspectiva que busca la asimilación de éstos en el Estado, diluyendo sus identidades dentro las sociedades mayoritarias” (2008, p. 3). Para ilustrar este dicho, el autor señala:

Así, si tomamos algunas de sus disposiciones, encontramos párrafos que dicen, por ejemplo: Este convenio es aplicable “a los miembros de las poblaciones tribales o semitribales en los países independientes, cuyas condiciones sociales y económicas correspondan a una etapa menos avanzada que la alcanzada por los otros sectores de la colectividad nacional”. Por lo que, “con miras a la protección de las poblaciones en cuestión y a su integración progresiva en la vida de sus respectivos países” ... “se deberá tener en cuenta el grado de evolución cultural de dichas poblaciones” así como sus “dificultades de la adaptación” ... a los “métodos modernos de producción y comercio”. (Orias Arredondo, 2008, p. 3)

Comenta, además, que entre los aspectos que generaron mayor discusión estaba “el supuesto de que la integración a la sociedad nacional mayoritaria era el único futuro posible para los pueblos indígenas y tribales” (p. 3). Del mismo modo, se criticaba que “todas las decisiones relacionadas con el desarrollo correspondían sólo al Estado y no a los propios pueblos que podían verse afectados por ellas”. Agrega el citado autor que, debido a la creciente toma de conciencia por parte de los pueblos indígenas durante los decenios de los años sesenta y setenta, “y con la participación creciente de las organizaciones indígenas en el plano internacional, estos supuestos empezaron a ser cuestionados” (p. 3).

De esta forma, el 27 de junio de 1989 la Conferencia Internacional del Trabajo de la OIT adoptó el **Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes**. Orias Arredondo comenta:

Lo novedoso de este Convenio es que reconoce derechos colectivos de los indígenas, en su calidad de pueblos y no solamente como derechos individuales. Otro cambio fundamental que se introdujo fue el reconocimiento de que estos

pueblos y sus organizaciones tradicionales deben estar estrechamente involucrados en la planificación y ejecución de los proyectos de desarrollo que los afecten, y sin duda en todas las medidas adoptadas para aplicar el Convenio. (2008, p. 3)

Coincidiendo con una cita de César Landa (2016) que hicimos en el numeral 2.4 de este capítulo, en el sentido de que el derecho a la autodeterminación o autonomía de los pueblos indígenas u originarios “no cuenta con un reconocimiento expreso en el Convenio” (p. 13), Ramírez Espinosa y Cerqueira (2021) señalan: “Aunque el Convenio no establece expresamente el derecho a la libre determinación, consagra la autonomía de los pueblos indígenas para determinar libremente sus formas de vida y sus prioridades de desarrollo económico, social y cultural” (p. 6).

Como escribió la directora regional para América Latina y el Caribe, Elizabeth Tinoco (OIT, 2014), al conmemorarse los 25 años de su adopción:

El Convenio núm. 169 es hoy un punto de referencia a nivel internacional no solo para los organismos de las Naciones Unidas y las instituciones financieras internacionales, sino también para organismos regionales sobre derechos humanos y tribunales nacionales de justicia. Su efecto se deja sentir en las reformas constitucionales llevadas a cabo en varios países de la región, así como en el desarrollo legislativo de muchos otros países. (p. 12)

La primera parte del aludido Convenio de OIT trae normas sumamente importantes, de las que extraemos algunos numerales, como el artículo 1, inciso 1.b, que dispone que el Convenio se aplica:

a los pueblos en países independientes, considerados indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conservan todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas.

En el mismo artículo 1, inciso 3, se señala con toda claridad que la utilización del término pueblos en el Convenio no tiene implicación alguna en lo que atañe a los derechos que pueda conferirse a dicho término en el derecho internacional. Mientras que en el inciso 1 del artículo 2 del Convenio se establece que “los gobiernos deberán asumir la responsabilidad de desarrollar, con la participación de los pueblos interesados, una acción coordinada y sistemática con miras a proteger los derechos de esos pueblos y a garantizar el respeto de su integridad”.

El referido Convenio 169 de la OIT alentó a las organizaciones indígenas en sus esfuerzos por lograr mayores espacios, que en los años siguientes se plasmaron en la aprobación de algunos instrumentos internacionales. Además, en diciembre de 1990 la Asamblea General de las Naciones Unidas proclamó a 1993 como el Año Internacional de las Poblaciones Indígenas del Mundo. En ese mismo año, las organizaciones de pueblos indígenas lograron que la Asamblea General de las Naciones Unidas proclamara, el 21 de diciembre de 1993, el Decenio Internacional de los Pueblos Indígenas del Mundo (1995-2004), a través de la Resolución 48/163.

Conforme se observa en esta resolución, la decisión de declarar el Decenio Internacional de los Pueblos Indígenas se tomó con el objetivo principal de fortalecer la cooperación internacional para la solución de los problemas que afrontan los pueblos indígenas en áreas como los derechos humanos, el medio ambiente, el desarrollo, la educación y la salud. En uno de los puntos resolutive (numeral 20), se solicita a la Comisión de Derechos Humanos que “en su 50 periodo de sesiones asigne prioridad al examen del establecimiento de un foro permanente para las poblaciones indígenas dentro del sistema de las Naciones Unidas”.

Tras el periodo de preparación, el 10 de diciembre de 1994 se inició el mencionado decenio. Años después, la Asamblea General de las Naciones Unidas estableció un segundo Decenio Internacional de los Pueblos Indígenas, esta vez entre 2005 y 2014. En este segundo periodo se concretó la aprobación de importantes instrumentos internacionales, que abonarían en la defensa de los derechos de las comunidades y pueblos indígenas.

Ramírez Espinosa y Cerqueira (2021) opinan que “el reconocimiento expreso de la libre determinación en favor de los pueblos indígenas en un instrumento internacional se daría solamente en 2007, por medio de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas” (p. 6). Así, el 13 de setiembre de 2007 la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó la **Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas** (DNUPI). La declaración fue adoptada por una mayoría de 143 Estados a favor, cuatro en contra (Australia, Canadá, Nueva Zelanda y Estados Unidos) y 11 abstenciones. Años después, los cuatro países que votaron en contra revirtieron su postura y apoyan la Declaración de la ONU⁴.

⁴ Véase *United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*: <https://social.desa.un.org/es/node/3245>

Hoy en día, la declaración es reconocida como el instrumento internacional más completo sobre los derechos de los pueblos indígenas. Aunque en sus 46 artículos contiene importantes normas, que guardan relación con distintos aspectos de la vida y el desarrollo de los pueblos indígenas, para efectos de lo que trabajamos en esta tesis, nos interesa, de momento, destacar tres de sus primeros artículos:

Artículo 3. Los pueblos indígenas tienen derecho a la libre determinación. En virtud de ese derecho determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural.

Artículo 4. Los pueblos indígenas, en ejercicio de su derecho a la libre determinación, tienen derecho a la autonomía o al autogobierno en las cuestiones relacionadas con sus asuntos internos y locales, así como a disponer de medios para financiar sus funciones autónomas.

Artículo 5. Los pueblos indígenas tienen derecho a conservar y reforzar sus propias instituciones políticas, jurídicas, económicas, sociales y culturales, manteniendo a la vez su derecho a participar plenamente, si lo desean, en la vida política, económica, social y cultural del Estado.

Zambrano (2024) considera que este documento cuenta con el respaldo de todos los países miembros de la ONU, agregando que, “en tanto ideal común, es considerado como un estándar en la materia de amplio reconocimiento y al que los Estados deben aspirar como parte del establecimiento de condiciones, no solo democráticas sino interculturales” (p. 88).

Es importante también recordar la **Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas**, que fuera aprobada por la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos (OEA) en 2016. Ramírez Espinosa y Cerqueira (2021) comentan, sobre este documento, que su “objetivo principal es eliminar la orientación hacia la asimilación y la colonización. Al igual que la Declaración de la ONU, la Declaración Americana consagra expresamente el derecho a la libre determinación indígena en sus artículos III y XXI” (p. 6). Reproducimos, por ello, dichas normas:

Artículo III. Los pueblos indígenas tienen derecho a la libre determinación. En virtud de ese derecho determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural. (...)

Artículo XXI. Derecho a la autonomía o al autogobierno

1. Los pueblos indígenas, en ejercicio de su derecho a la libre determinación, tienen derecho a la autonomía o al autogobierno en las cuestiones relacionadas

con sus asuntos internos y locales, así como a disponer de medios para financiar sus funciones autónomas.

2. Los pueblos indígenas tienen derecho a mantener y desarrollar sus propias instituciones indígenas de decisión. También tienen el derecho de participar en la adopción de decisiones en las cuestiones que afecten sus derechos. Pueden hacerlo directamente o a través de sus representantes, de acuerdo a sus propias normas, procedimientos y tradiciones. Asimismo, tienen el derecho a la igualdad de oportunidades para acceder y participar plena y efectivamente como pueblos en todas las instituciones y foros nacionales, incluyendo los cuerpos deliberantes.

Aunque claramente, por su denominación (directrices voluntarias), estamos en frente de un instrumento que tiene el carácter de *soft law*, conviene citar en este recuento un documento impulsado por la Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura (FAO). En efecto, el 11 de mayo de 2012, el Comité de Seguridad Alimentaria de las Naciones Unidas (CFS) ratificó las ***Directrices voluntarias sobre la gobernanza responsable de la tenencia de la tierra, la pesca y los bosques en el contexto de la seguridad alimentaria nacional***, documento aprobado por la FAO luego de un amplio proceso de discusión que incluyó varias reuniones regionales. Nuestro país fue uno de los Estados que suscribieron dichas directrices y promovieron su aplicación. Como señala en su prefacio el referido documento, su objeto es “contribuir a los esfuerzos mundiales y nacionales para la erradicación del hambre y la pobreza, sobre la base de los principios del desarrollo sostenible y con el reconocimiento de la centralidad de la tierra para el desarrollo” (p. iv). Más precisamente, en el numeral 9 (“Los pueblos indígenas y otras comunidades con sistemas tradicionales de tenencia”), dentro de las varias prescripciones relativas a dichas comunidades y pueblos, en el numeral 9.4, se lee:

Los Estados deberían proporcionar reconocimiento y protección adecuados a los derechos legítimos de tenencia de los pueblos indígenas y de otras comunidades con sistemas tradicionales de tenencia, en concordancia con sus obligaciones en el marco del derecho nacional e internacional y teniendo debidamente en cuenta sus compromisos voluntariamente asumidos en virtud de los instrumentos regionales e internacionales aplicables.

Asimismo, merece destacarse la aprobación por el Consejo de Derechos Humanos de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Campesinos y de Otras Personas que Trabajan en Zonas Rurales, lo que ocurrió el 28

de setiembre de 2018. Destacamos, en este caso, las siguientes partes, correspondientes al artículo 1, numeral 3, y al artículo 3, numeral 1:

Artículo 1

La presente Declaración se aplica también a los pueblos indígenas y las comunidades locales que trabajan la tierra, a las comunidades trashumantes, nómadas y seminómadas y a las personas sin tierra que realizan tales actividades.

Artículo 3

Los campesinos y otras personas que trabajan en las zonas rurales tienen derecho a disfrutar plenamente de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales que se reconocen en la Carta de las Naciones Unidas, la Declaración Universal de Derechos Humanos y todos los demás instrumentos internacionales de derechos humanos, sin ningún tipo de discriminación en el ejercicio de sus derechos por motivos de origen, nacionalidad, raza, color, linaje, sexo, idioma, cultura, estado civil, patrimonio, discapacidad, edad, opinión política o de otra índole, religión, nacimiento o situación económica, social o de otro tipo.

Cerramos este capítulo con las afirmaciones de Ramírez Espinosa y Cerqueira, para quienes las declaraciones de la ONU y de la OEA “se limitan a reforzar el entendimiento de que los pueblos indígenas y comunidades tradicionales son titulares del derecho a la libre determinación, cuyo reconocimiento ya venía siendo desarrollado desde la década de 1980” (2021, p. 7). Unos párrafos más adelante, ambos autores expresan una idea que seguiremos en los siguientes capítulos de este trabajo:

Pese a la tensión aún existente entre los principios de la libre determinación de los pueblos indígenas y el principio de la integridad territorial de los Estados, una de las contribuciones más importantes de los organismos regionales y del Sistema Universal de Derechos Humanos en la materia tiene que ver con una comprensión más amplia del aspecto interno del derecho a la libre determinación.

CAPÍTULO III. EL RECONOCIMIENTO LEGAL DE LAS COMUNIDADES Y EL DERECHO A LA AUTONOMÍA

Abordaremos en este capítulo la forma en que el Estado peruano trata a las comunidades en tanto personas jurídicas, algo que de manera rápida mencionamos en el capítulo primero al revisar los hitos de nuestra historia constitucional.

El punto de partida de este tema lo encontramos en la Constitución de 1920, que reconoció la existencia legal de las comunidades de indígenas, lo que la Constitución de 1933 precisó mejor al señalar que “las comunidades de indígenas tienen existencia legal y personería jurídica”, expresión repetida en la Constitución de 1979 (aunque aludiendo ahora a comunidades campesinas y nativas) y que, con una ligera variación, se expresa en el texto de 1993 con la fórmula de que ellas “tienen existencia legal y son personas jurídicas”. Para mayor claridad, en la tabla 1 mostramos el texto de las distintas normas constitucionales.

Tabla 1

Texto de las constituciones de 1920, 1933, 1979 y 1993

Constitución	Artículo	Texto
1920	58	La Nación reconoce la existencia legal de las comunidades de indígenas y la ley declarará los derechos que les correspondan.
1933	207	Las comunidades de indígenas tienen existencia legal y personería jurídica.
	193, inc. 9	[Atribuciones de los Concejos Departamentales] Inscribir oficialmente a las comunidades de indígenas, conforme a la ley, en el Registro correspondiente, para el efecto de reconocerles personería jurídica.
1979	161	Las Comunidades Campesinas y Nativas tienen existencia legal y personería jurídica.
1993	89	Las Comunidades Campesinas y las Nativas tienen existencia legal y son personas jurídicas.

Nota. Adaptado de las constituciones del Perú de 1920, 1933, 1979 y 1993.

En los apartados siguientes revisaremos la forma como nuestra legislación vigente aborda el reconocimiento de las comunidades, aunque sin respetar el contenido constitucionalmente protegido de este derecho.

Dada la importancia que se atribuye al Código Civil, la cual se vio incrementada por la aprobación en 1995 de la Ley 26505, que en la parte final del artículo 2 dispuso

que “el régimen jurídico de las tierras agrícolas se rige por el Código Civil y la presente Ley”, revisaremos primero cómo se reguló el reconocimiento de las comunidades en el referido código de 1984.

3.1. El debate en el Código Civil

Como mencionamos en el capítulo primero de este trabajo, el Código Civil de 1936 dedicó los artículos del 70 al 74 a las comunidades de indígenas, los que conformaban el Título IV de la Sección Tercera del Libro Primero. El artículo 71 señalaba que “es obligatoria la inscripción de estas comunidades en su registro especial. Son igualmente obligatorias la formación de los catastros de las comunidades, y la rectificación quinquenal de los padrones”.

Acogiendo la necesidad de actualizar el mencionado código, mediante el Decreto Supremo 95 del 1 de marzo de 1965 se nombró una comisión “Encargada del Estudio y Revisión del Código Civil de 1936”, que fuera mejor conocida como Comisión Reformadora. Concluidos sus trabajos, en julio de 1981, el entonces ministro de Justicia y presidente de la Comisión Reformadora, Felipe Osterling Parodi, entregó al presidente del Senado el anteproyecto de Código Civil. El Congreso formó una Comisión Revisora, integrada por seis congresistas y tres abogados en ejercicio, correspondiendo la presidencia al senador Javier Alva Orlandini.

Citando a Arias-Schreiber, Sologuren (2024) afirma que el tratamiento de las comunidades en la propuesta del Código Civil de 1984 “no estuvo prevista originalmente, ni siquiera era parte del libro primero del proyecto de Código Civil que preparó la comisión a cargo de la reforma del Código Civil de 1936” (p. 85). Agrega el autor que, finalmente, la Comisión Revisora del Código Civil, por iniciativa de uno de sus integrantes, el senador Roger Cáceres Velásquez, incorporó al texto del proyecto los artículos del 134 al 139.

Según Sologuren, el ponente del libro de Personas, Carlos Fernández Sessarego, no habría estado de acuerdo con esa inclusión; más bien, se inclinaba a que se tratara ese tema como una parte de la legislación específica del derecho agrario (2024, p. 85).

La postura de Fernández Sessarego se explicaría por la importancia que por entonces tenía en el país el derecho agrario (con un radical proceso de reforma agraria aún en curso y con el fuero agrario y el tribunal agrario en funciones), por lo que su negativa mostraría el reconocimiento de la autonomía del derecho agrario. En efecto, diferenciándose del tratamiento de los códigos precedentes, el Código Civil de 1984 excluyó de su cuerpo la regulación de las relaciones jurídicas vinculadas al mundo rural,

tónica que se expresó con absoluta claridad en el texto del artículo 883: “Los derechos reales sobre predios rústicos se rigen por la legislación de la materia”, norma que fuera derogada por la Primera Disposición Final del Decreto Legislativo 653 en 1991, junto con el Texto Único Concordado de la Ley de Reforma Agraria (Decreto Ley 17716).

Finalmente, el texto del Código Civil recogió la propuesta de Cáceres Velásquez, agregándose, como Sección Cuarta del Libro I (“Derecho de las personas”), el tratamiento de las comunidades campesinas y nativas en los artículos del 134 al 139. Analizaremos en las páginas siguientes las consecuencias de las normas que en dicho código se refieren al reconocimiento de las comunidades, exigiéndose, para que tal reconocimiento sea oficial, la inscripción “en el registro respectivo”, como se consigna en el artículo 135.

3.2. El actual tratamiento legislativo

Como se ha podido apreciar al revisar la tabla 1, en los textos constitucionales de 1920, 1979 y 1993, a diferencia de todas las demás personas jurídicas, a las comunidades campesinas y a las comunidades nativas se les reconoce existencia legal y su condición de personas jurídicas, mientras que a todas las demás se les reconoce su existencia legal solo cuando logren su inscripción en los registros públicos.

No obstante, como mencionamos en el apartado anterior, el Código Civil de 1984 estableció en su artículo 135 que, “para la existencia legal de las comunidades se requiere, *además de la inscripción en el registro respectivo* [énfasis añadido], su reconocimiento oficial”, norma que, como es evidente, contraviene en forma flagrante el texto constitucional.

El reconocido jurista Javier de Belaunde (1995, como se citó en Albán, 2010), refiriéndose al reconocimiento oficial de las comunidades campesinas (aunque su observación puede extenderse válidamente también a las comunidades nativas), comenta así el texto del artículo 135 del Código Civil:

Para su existencia legal —dice el artículo— se requiere, además de la inscripción en el registro respectivo, su reconocimiento oficial. Una comunidad campesina que no se haya inscrito en el Registro de Comunidades de los Registros Públicos y que no haya sido reconocida oficialmente no tiene existencia legal, lo cual a mi modo de ver, contraría no solamente el texto y el espíritu de la Constitución vigente, sino una tradición constitucional instaurada desde el año 20, que daba existencia legal a las Comunidades Campesinas por la sola comprobación de su existencia. (pp. 78-79)

En una comunicación personal, el citado jurista se ratificó en el sentido de este comentario⁵. Similar criterio comparte Manuel Torres (2021) en un comentario publicado en una obra colectiva sobre el artículo 135 del Código Civil, al señalar lo siguiente:

El artículo 135 del Código Civil contiene una disposición que es atentatoria con el mandato expreso de la Constitución que, como hemos visto, es de larga data. En efecto, al exigirse que para la existencia legal de la comunidad se requiere “además de la inscripción en el registro respectivo, su reconocimiento oficial”, lastimosamente el Código Civil está desconociendo una disposición constitucional que otorga reconocimiento legal a las comunidades campesinas por su sola existencia. (p. 532)

Del mismo modo, la Ley General de Comunidades Campesinas, número 24656, publicada en abril de 1987, reconoce la existencia legal y la personería jurídica de las comunidades campesinas (artículo 2). Pese a esa clara norma, en su reglamento (aprobado por Decreto Supremo 008-91-TR) se detallan el procedimiento y los requisitos para el reconocimiento oficial de las comunidades campesinas en un registro administrativo a cargo del ahora Ministerio de Desarrollo Agrario y Riego. El artículo 2 de dicho reglamento dispone, en forma explícita:

Para formalizar su personería jurídica, la Comunidad Campesina será inscrita por resolución administrativa del órgano competente en asuntos de Comunidades del Gobierno Regional correspondiente. En mérito a dicha resolución, se inscribirá en el Libro de Comunidades Campesinas y Nativas del Registro de Personas Jurídicas de la Oficina Registral correspondiente. La inscripción implica el reconocimiento tácito de la Comunidad.

Podríamos decir, entonces, conforme al artículo citado que, *contrario sensu*, si la comunidad no está inscrita en dicho registro (previa obtención de la correspondiente resolución administrativa), no es reconocida por el Estado peruano, conclusión abiertamente inconstitucional.

Por su parte, y a pesar de que la “Ley de comunidades nativas y de desarrollo agrario de la selva y de ceja de selva” (Decreto Ley 22175, publicado en mayo de 1978) reconoce también en su artículo 7 la existencia legal y la personalidad jurídica de las comunidades nativas, su reglamento (aprobado por Decreto Supremo 003-79-AA) señala que “la inscripción de las Comunidades Nativas en el Registro Nacional de Comunidades Nativas se realizará de oficio o a petición de parte”. Encontramos aquí la

⁵ Comunicación personal, 15 de julio de 2025.

misma lógica, influida sin duda por la regulación del Código Civil, tanto del de 1936 (artículo 71: “Es obligatoria la inscripción de estas comunidades en su registro especial”) como del vigente, en su artículo 135. Satisfecho este requisito, recién la comunidad nativa podrá gestionar su inscripción en los registros públicos.

Francisco Echegaray, quien fuera funcionario de la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos (SUNARP), comentando sobre este tema en el Código Civil, escribió que “la inscripción de una comunidad en el registro pertinente no es ni puede ser un acto constitutivo sino, simplemente, uno administrativo-declarativo y la formalidad registral no constituye un requisito para su validez” (2003, p. 593).

La SUNARP, ciñéndose a las normas vigentes, ha regulado la inscripción de las comunidades nativas en el Registro de Personas Jurídicas (Resolución del Superintendente Nacional de los Registros Públicos 122-2013-SUNARP-SN), estableciendo que “el reconocimiento oficial de la personería jurídica de las comunidades nativas lo realiza la Dirección Regional Agraria del Gobierno Regional competente” (primer párrafo del numeral 5.3).

Adicionalmente a lo señalado, debe mencionarse la manifiesta complejidad de los trámites de reconocimiento oficial de las comunidades, sobre lo que el Ministerio de Desarrollo Agrario y Riego ha emitido en años recientes algunos instrumentos, denominados “Lineamientos”, que supuestamente facilitarían los trámites de reconocimiento de las comunidades, pero que más bien han terminado complicándolos. Así, el trámite de reconocimiento de las comunidades campesinas, según concluyó un informe de la Defensoría del Pueblo de 2018 (p. 40), requeriría cumplir nueve pasos, hasta lograr la inscripción de la resolución de reconocimiento en los registros públicos. Mientras tanto, para el caso de las comunidades nativas, el mismo informe anota que se debe cumplir con 10 pasos hasta la inscripción de la resolución directoral correspondiente en los registros públicos (p. 41). Camero y Gonzales (2018) estimaban que “el proceso de reconocimiento de Comunidades Nativas cuenta con 7 etapas, al cual se le añadió la etapa 8 del proceso de inscripción en los Registros Públicos” (p. 23). Sin embargo, sobre este último procedimiento, Monterroso y Larson (2018), en una publicación del Centro para la Investigación Forestal Internacional (CIFOR), mencionan la existencia de ocho pasos según las normas sobre el reconocimiento de las comunidades nativas, los que en la práctica se convierten en 11, involucrando a siete distintas entidades estatales (p. 3).

Creemos pertinente destacar que en la parte considerativa de la mencionada Resolución del Superintendente Nacional de los Registros Públicos 122-2013-SUNARP-

SN se incluye una suerte de reconocimiento del problema que venimos mencionando. En efecto, en dicha resolución, que desarrolla el procedimiento para la inscripción de las comunidades nativas en los registros públicos, se señala (primer párrafo del numeral 5.3) que:

El reconocimiento oficial de la personería jurídica de las comunidades nativas lo realiza la Dirección Regional Agraria del Gobierno Regional competente. El trámite del reconocimiento culmina con la expedición de la Resolución de Reconocimiento, que si bien tiene carácter declarativo y no constitutivo, es requisito indispensable para su inscripción en los Registros Públicos.

En el texto citado se aprecia una ligera concesión, al precisarse que la naturaleza de la resolución administrativa es solo declarativa, reconociendo de esta manera que las comunidades tendrían existencia legal. No obstante, esas pequeñas concesiones no son suficientes para superar la evidente inobservancia del texto constitucional y del contenido protegido por esta, como veremos con más detalle en el siguiente apartado.

El exdefensor del Pueblo, Walter Albán, coincide con las observaciones que hemos señalado en los párrafos anteriores, al sostener la contradicción de la legislación con la Constitución, afirmando la necesidad de revisar el marco legal en torno a las comunidades campesinas y nativas (Centro Peruano de Estudios Sociales [CEPES], 2005):

Que supere los problemas que se habían generado, por ejemplo, con el Código Civil de 1936 o incluso el Código Civil de 1984, códigos que, contrariando a la Constitución, les exigen más requisitos que a cualquier otro tipo de persona jurídica, no obstante de que las constituciones habían garantizado que la existencia de las comunidades nativas y campesinas no requerían ningún trámite. Todas estas cosas marcan contradicciones y —lo que podría ser más delicado— debilitan la opción por un desarrollo rural que recoja esta realidad y nos coloque en situación de poder atender algunos de los problemas que se vienen presentando, como el tema de las inversiones mineras en zonas rurales y lo que toca al cuidado del medio ambiente y la biodiversidad en el país. (p. 48)

La Defensoría del Pueblo se ha ocupado en varias oportunidades de los problemas que plantea la legislación, por lo que, en el citado informe publicado en 2018, a propósito del tema que nos ocupa en este capítulo, señaló lo siguiente:

Bajo dicho marco, durante la supervisión del 2014, identificamos que el reconocimiento de las comunidades campesinas y nativas y la titulación de sus tierras están regulados por normas preconstitucionales enumeradas en el primer

capítulo de este informe, que complejizan el reconocimiento y ejercicio real de los derechos de propiedad de las comunidades; y contribuyen a que los funcionarios públicos las apliquen de manera inadecuada. (p. 39)

De esta forma, tanto a nivel normativo como de práctica administrativa, estamos frente a una manifiesta contradicción de las normas constitucionales, por lo menos respecto de las cartas de 1979 y 1993, al exigirse a ambas formas de comunidad completar un trámite de registro administrativo antes de poder inscribirse como personas jurídicas en los registros públicos. Indagando por la razón de esta exigencia, la explicación obtenida de muchos funcionarios del entonces Ministerio de Agricultura era que la intención del legislador sería la de proteger estas formas de comunidad. La profesora Elena Vásquez (2021) parece compartir esa opinión cuando se refiere a las exigencias que afrontan las comunidades campesinas: “Es cierto también que esto responde a un ánimo de protección y la necesidad de dotarlas de mayores elementos normativos para que no tengan que buscar asesoramiento que les genere mayores gastos en su gestión” (p. 542).

Por el contrario, la cantidad de requisitos y pasos previos a los que brevemente nos hemos referido en las páginas anteriores no presenta un mayor atractivo para que grupos de personas pretendan ser reconocidos como comunidades, sean campesinas o nativas, constituyendo, más bien, desincentivos.

Hay, entonces, una práctica administrativa y un tratamiento legislativo claramente violatorios del reconocimiento de la existencia y la personería jurídica de las comunidades, que desconoce un derecho fundamental de estas organizaciones.

3.3. El contenido constitucionalmente protegido del derecho al reconocimiento

En el cuadro elaborado por Landa que reproducimos en el numeral 2.4 del capítulo anterior (figura 2), el citado autor incluye, como parte del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la autonomía de los pueblos indígenas u originarios, “que se reconozca su existencia legal y su personería jurídica (artículo 89 de la Constitución)”.

Utilizaremos nuevamente la distinción doctrinal que Landa menciona (2016) entre la disposición, la norma y la posición de derecho fundamental. De esta forma, la disposición del derecho fundamental estaría contenida en el texto del artículo 89 de la Constitución, al señalar que “las Comunidades Campesinas y las Nativas tienen existencia legal y son personas jurídicas” (p. 40).

Siguiendo la aludida distinción, la norma de derecho fundamental (el sentido o sentidos interpretativos) sería en este caso que las comunidades campesinas y las

comunidades nativas tienen derecho a que, como parte de su autonomía, se respete su existencia legal y su personería jurídica. El sujeto pasivo, vinculado por este derecho, es indudablemente el Estado peruano, en la medida en que el reconocimiento legal y la inscripción en los registros públicos son facultades exclusivas del Estado y, por ende, indelegables.

Por tanto, la posición de derecho fundamental, entendida como el objeto protegido por el derecho, aquello que el sujeto pasivo debe hacer a favor del titular, estaría dada por la obligación del Estado de respetar la existencia legal de las comunidades campesinas y de las comunidades nativas, así como reconocer su personería jurídica. Ello implica que el Estado no debe exigir a estas organizaciones mayores trámites y mucho menos su inscripción previa en un registro administrativo para reconocer su personería jurídica.

Atendiendo a las consideraciones que hemos revisado en el capítulo anterior, podemos afirmar, entonces, que el contenido constitucionalmente protegido de la autonomía de las comunidades, en el plano de su reconocimiento legal y personería jurídica, se estaría violando en la legislación nacional, incluyendo, por supuesto, al Código Civil, al exigir a las comunidades una inscripción administrativa previa, además del cumplimiento de otros varios requisitos para poder hacer efectiva su inscripción en los registros públicos y, por ende, su pleno reconocimiento como persona jurídica. Esas exigencias, retomando las ideas de Luis Castillo, vendrían a configurar el contenido accidental del derecho fundamental al reconocimiento de las comunidades campesinas y nativas. En sus propias palabras: “el contenido accidental no conforma el contenido constitucional del derecho fundamental, por lo que no viene recogido por la norma constitucional, sino por instancias normativas inferiores, así, normalmente viene o regulado o creado por la Ley y/o por el Reglamento” (L. Castillo, 2010, pp. 109-110).

La conclusión a la que acabamos de llegar puede resultar excesiva para algunos, que podrían entender que la exigencia de registrar a las comunidades, en tanto personas jurídicas, antes de otorgarles el beneficio del reconocimiento de su existencia legal es totalmente justificable, más aún en tiempos en que los fraudes y otras estafas se realizan en todos los campos, por lo cual se exigen mayores requisitos para ejercer determinados derechos, como puede ser el caso de la realización de ciertos actos jurídicos por los adultos mayores, precisamente para protegerlos. Sin embargo, el tratamiento excepcional a las comunidades es una consecuencia directa de la literalidad del texto constitucional, además del resultado del análisis que acabamos de practicar.

Por lo demás, debe considerarse que ese reconocimiento de la existencia legal y la personería jurídica de las comunidades nativas hace parte de nuestra Constitución histórica, pues se repite en cuatro cartas: la de 1920 (aunque esta reconociera tan solo su existencia legal), las de 1933 y 1979, y la de 1993, esta última aludiendo a la personalidad jurídica de las comunidades.

La razón de ese trato excepcional a las comunidades puede encontrarse en el reconocimiento de la existencia de las comunidades con anterioridad a la conformación de la república peruana, antes conocidas como comunidades de indígenas.

Más aún, en el fundamento 9 de la sentencia del 21 de agosto de 2019, expedida por el Tribunal Constitucional (2019b) en el Expediente 2196-2014-PA/TC, se sostuvo que:

Dentro de dicho contexto, las comunidades campesinas y nativas constituyen personas jurídicas de tipo *universitates personarum*, razón que explica por qué la Norma Fundamental, en forma excepcional y privilegiada, les ha otorgado personería jurídica *erga omnes* en forma directa, sin la necesidad de realizar la inscripción previa en algún registro para afirmar su existencia.

No ha sido la primera vez que el máximo intérprete de nuestra Constitución se refiere al tema del reconocimiento de la existencia legal y la personería jurídica de las comunidades. De hecho, en el pronunciamiento del Tribunal Constitucional (2010b) expresado en el fundamento 6 de la sentencia del 21 de octubre de 2010, Expediente 00906-2009-PA/TC, afirmó:

Este Tribunal entiende 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, 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.

La sentencia del Tribunal Constitucional que acabamos de citar reitera, en lo fundamental, lo que ya había expresado el mismo tribunal (2010a) en el fundamento 25 de la sentencia del 9 de abril de 2010, Expediente 04611-2007-PA/TC. Pero en esta sentencia previa agregó que “la falta de inscripción registral no puede desvirtuar su personería jurídica, pero sí es relevante como prueba a efectos de ejercer su capacidad procesal” (fundamento 26).

Unos años después, el Tribunal Constitucional, en la sentencia recaída en el Expediente 2196-2014-PA/TC, del 21 de agosto de 2019, fundamento 4, desarrolló más estas ideas, sosteniendo que en base a una interpretación unitaria del artículo 89 de la Constitución se “reconoce a las comunidades campesinas y nativas existencia legal y personería jurídica sin someter su existencia a inscripción o formalidad alguna, es decir, las reconoce como personas jurídicas”. Asimismo, luego de precisar que puede haber comunidades campesinas o nativas que no formen parte de un pueblo indígena, así como de pueblos indígenas que no estén organizados en comunidades, en la misma sentencia el tribunal afirma:

A mayor abundamiento, corresponde señalar que la inscripción registral de los pueblos indígenas u originarios no está sujeta a condiciones antojadizas de las autoridades que tienen a su cargo dicha labor, un número mínimo de personas para su formación, encontrarse dentro de un área natural protegida, que todos los miembros tengan apellidos indígenas, contar con un estatuto aprobado, entre otros. Por el contrario, dicho registro queda sujeto solo al cumplimiento de los criterios objetivos y subjetivos señalados por el Convenio 169, artículo 1, incisos 1 y 2, descritos *supra*. (Tribunal Constitucional, 2019b, fundamento 7)

La última cita de la sentencia del Tribunal Constitucional resulta bastante ilustrativa de lo que este entiende por el contenido constitucionalmente protegido del reconocimiento legal de las comunidades y separa lo que, siguiendo al profesor Luis Castillo, puede llamarse “contenido accesorio”, el cual, como vimos, excede lo que resulta necesario para la plena validez de dicho derecho, lo que el tribunal llega a calificar como “condiciones antojadizas”.

3.4. Posición de la Corte y de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos

La Corte Interamericana de Derechos Humanos en las últimas dos décadas ha debido resolver sobre controversias en las que se ha discutido acerca de los derechos de las comunidades y pueblos indígenas, especialmente en lo relacionado con el respeto de sus derechos a usar y a aprovechar sus tierras o territorios. Zambrano (2024) considera que la producción de la corte es copiosa en materia de pueblos indígenas y

añade que “logra en su jurisprudencia ampliar el contenido de los derechos colectivos de los pueblos indígenas como parte del trabajo de interpretación progresiva de los derechos humanos o interpretación evolutiva” (p. 69).

En algunos casos, la corte ha profundizado en lo relacionado con el reconocimiento de la personería jurídica de las comunidades o pueblos indígenas. En ocasiones, como se vio especialmente en el caso de la comunidad indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay, la corte puso más atención al reconocimiento legal de la existencia de las personas naturales.

En el caso de la comunidad indígena Yakyé Axa vs. Paraguay, el referido tribunal internacional (2005), en el fundamento 82, estableció un claro pronunciamiento: “La Corte considera 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”.

El mismo razonamiento fue utilizado en el caso de la comunidad indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay (2006), citando dicha opinión de la corte en el fundamento 94 de este segundo caso.

Al año siguiente, en la sentencia sobre el caso del pueblo Saramaka vs. Surinam, la Corte Interamericana de Derechos Humanos observó que dicho pueblo no es indígena, sino que sus integrantes fueron llevados durante la época de colonización a lo que hoy se conoce como Surinam, haciendo valer sus derechos como pueblo tribal, dado que sus ancestros fueron esclavos africanos llevados a la fuerza (fundamentos 79 y 80). Sin embargo, en el fundamento 171, relacionado con el reconocimiento del derecho a la tierra de dicho pueblo, la corte (2007) señaló 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.

Con mayor claridad, e invocando otros instrumentos internacionales, en la reciente sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2024a) sobre el caso de los pueblos Rama y Kriol, Comunidad Negra Creole Indígena de Bluefields y otros vs. Nicaragua, del 1 de abril de 2024, en el fundamento 129, se puede leer:

Las Declaraciones de las Naciones Unidas y Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, por su parte, establecen el derecho a la “libre determinación” de tales pueblos en sus artículos terceros. La Declaración

Americana también refiere a ello en su artículo XXI.1. Asimismo, expresa en su artículo IX que los Estados “reconocerán plenamente la personalidad jurídica de los pueblos indígenas, respetando las formas de organización indígena”. La Declaración de Naciones Unidas, por su parte, reconoce en su artículo 4, que respecto a “cuestiones relacionadas con sus asuntos internos y locales”, los pueblos indígenas pueden ejercer “funciones autónomas”. El artículo 18 de Declaración de las Naciones Unidas sostiene que “[l]os pueblos indígenas tienen derecho a participar en la adopción de decisiones en las cuestiones que afecten a sus derechos, por conducto de representantes elegidos por ellos de conformidad con sus propios procedimientos, así como a mantener y desarrollar sus propias instituciones de adopción de decisiones. También los artículos XXI.2 y XXIII de la Declaración Americana recogen este derecho.

Como se puede apreciar de esta última sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, no solo el Convenio 169 de la OIT, sino también las Declaraciones de las Naciones Unidas y Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, han enriquecido los argumentos con que la referida corte puede amparar el reconocimiento del derecho de las comunidades y los pueblos indígenas a su autonomía; en este caso, en el aspecto relacionado con su existencia legal y su personalidad jurídica.

Para abundar en el reconocimiento que los órganos del sistema interamericano de derechos humanos han hecho del derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica de comunidades y pueblos indígenas, transcribimos a continuación un fragmento de un informe publicado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2021). En el párrafo 101 de dicho documento, la comisión considera como “abiertamente incompatible con el derecho internacional de los derechos humanos que los Estados exijan requisitos formalistas o excesivos para otorgar la personería jurídica a un determinado pueblo o comunidad” (p. 51), y añade que:

También lo es tomar el otorgamiento de personalidad jurídica como una condición para el ejercicio de sus derechos. Ello en tanto es un acto meramente declarativo y no constitutivo dado que el pueblo o comunidad es preexistente al Estado, es decir, existe con independencia del reconocimiento de este.

En las sentencias citadas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y en el referido documento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos se puede apreciar con claridad cómo se ha ido concretando el proceso de reconocimiento de los derechos de las comunidades y pueblos indígenas, llegando a afirmarse como “abiertamente incompatible con el derecho internacional de los derechos humanos” la

exigencia de formalidades excesivas para el reconocimiento de la personalidad jurídica de las comunidades. Cabe, pues, a la luz de estas afirmaciones, revisar la validez de las normas nacionales que exigen el reconocimiento administrativo previo de las comunidades, pues, como dice Luis Castillo (2010), “una positivación que se aleja o contradice el derecho humano que le antecede, es injusta y, consecuentemente, pierde en intensidad vinculante” (p. 94).



CAPÍTULO IV. AUTONOMÍA Y ORGANIZACIÓN INTERNA

En este capítulo, como parte del derecho de autonomía reconocido a las comunidades campesinas y nativas en el artículo 89 de la Constitución, abordaremos lo relacionado con su organización interna.

Para efectos de este análisis, partiremos de la primera acepción que el *Diccionario de la lengua española* recoge para la palabra *autonomía*: “Potestad que dentro de un Estado tienen municipios, provincias, regiones u otras entidades, para regirse mediante normas y órganos de gobierno propios” (RAE, s. f.-a), por ser la que más se ajusta a nuestro objeto.

En el varias veces citado texto del profesor César Landa (2016), al caracterizar los derechos colectivos de los pueblos indígenas y originarios, se postula que el derecho de autonomía (o de libre autodeterminación) supone el reconocimiento del autogobierno a través de sus instituciones, tradiciones y procedimientos, agregando que “este autogobierno de los pueblos indígenas u originarios se traduce en el respeto hacia la forma como se organizan y adoptan sus decisiones” (p. 34).

En sintonía con lo que Landa sostiene, un reconocido defensor de los derechos de las poblaciones amazónicas, Francisco Ballón (2004), a quien igualmente citamos en los capítulos anteriores, apunta que “la autonomía interna es el modo de regular la vida diaria de los miembros de un pueblo indígena realizada por él” (p. 73). En el mismo texto, Ballón hace una interesante distinción respecto de la autonomía interna de los pueblos indígenas, encontrando tres planos distintos en los que esta se expresa:

Considere el lector que la autonomía interna es el derecho a la definición y al ejercicio de sus propias instituciones. El derecho a la autonomía interna comprende las siguientes facultades: de (1) autogobierno y representación, de (2) autorregulación normativa entre sus miembros, y de diseñar el tipo de (3) desarrollo económico que le interese. (2004, p. 73)

En base a esa distinción, y refiriéndose en particular a la autorregulación normativa, Ballón considera que esta comprende “el establecimiento de normas obligatorias para sus miembros, es decir, instituciones definidas como adecuadas a ellos”, pero también se extiende a “la administración de justicia o a la aplicación de sus valores socioculturales para la resolución de diferencias” (2004, p. 74). Sobre este último aspecto, el autor considera que el derecho a la administración de justicia se encuentra recogido parcialmente en el artículo 149 de la Constitución.

No abordaremos en este trabajo la facultad de administrar justicia por parte de las comunidades, pues este complejo tema, que aún no encuentra una adecuada solución en el país, ha sido objeto de muchos otros estudios. Nos concentraremos por ello en abordar los aspectos referidos a la organización interna de las comunidades, algo que, como vimos en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se destaca como un derecho propio de las comunidades y pueblos indígenas, que debe ejercerse sin interferencia de ninguna autoridad o entidad. La autonomía de las comunidades y pueblos se expresa en su capacidad para decidir en forma autónoma y siguiendo sus prácticas tradicionales, cuáles son sus órganos internos, la forma en que se eligen o cambian, así como los derechos y obligaciones de sus integrantes, el manejo de sus territorios y el asentamiento de los integrantes de la comunidad sobre el mismo, además de la definición de su relación con las autoridades y el resto de la sociedad. Eso y no otra cosa es lo que debemos entender por el derecho de la autonomía constitucionalmente reconocida y, por ende, protegida, de las comunidades campesinas y nativas. Veremos, por ello, algunos aspectos de cómo ello se viene expresando en el país.

4.1. Un modelo único para todas las comunidades

Recordemos que el artículo 89 de la Constitución, repitiendo en mucho el texto de la carta de 1979, señala que las comunidades campesinas y nativas “son autónomas en su organización, en el trabajo comunal y en uso y la libre disposición de sus tierras, así como en lo económico y administrativo, dentro del marco que la ley establece”.

Por su parte, el Código Civil, en el párrafo final del artículo 134, luego de definir estas dos formas de organización, agrega que “están reguladas por legislación especial”. Los artículos 137 al 139 se ocupan también de aspectos relacionados con la organización interna de las comunidades. Destacamos lo que dispone el artículo 137: “El Poder Ejecutivo regula el estatuto de las comunidades, el cual consagra su autonomía económica y administrativa, así como los derechos y obligaciones de sus miembros y las demás normas para su reconocimiento, inscripción, organización y funcionamiento”.

La norma que acabamos de transcribir resulta muy importante y se complementa con lo que señala el artículo siguiente, que reconoce a la asamblea general como el órgano supremo de las comunidades, además de establecer que sus directivos se eligen periódicamente mediante voto personal, secreto y obligatorio. El artículo 139, con el que se cierra la Sección Cuarta del Libro Primero del Código, agrega que las comunidades

deben tener un padrón general actualizado y un catastro, en el que consten los bienes de su patrimonio.

Como se puede apreciar, el Código Civil deja muy poco espacio para que las comunidades puedan organizarse en forma autónoma, como dicta la Constitución. La frase final del artículo 89 de la Constitución que alude a este plano de su autonomía (“dentro del marco que la ley establece”) parece ser ampliamente rebasada por la regulación legal.

En el caso de las comunidades campesinas, como se mencionó en el primer capítulo, mientras estuvo vigente la Constitución de 1933 (pese a que el artículo 207 reconocía la existencia legal y personería jurídica de las comunidades indígenas) se aprobó una norma conteniendo los requisitos para el reconocimiento de las comunidades de indígenas (Decreto Supremo 008, del 10 de mayo de 1961) y tres “estatutos” de comunidades indígenas: el Estatuto de Comunidades de Indígenas del Perú de 1961 (Decreto Supremo 011, del 2 de junio de 1961), el Nuevo Estatuto de Comunidades Indígenas del Perú de 1966 (Decreto Supremo 011-A, del 27 de julio de 1966) y el Estatuto Especial de Comunidades Campesinas del Perú de 1970 (Decreto Supremo 37-70-A, del 17 de febrero de 1970), como recuerda Pedro Castillo (2007, p. 24).

Se puede apreciar en el párrafo anterior que los cuatro dispositivos que regulaban la existencia y el reconocimiento de las comunidades campesinas eran normas de menor rango. Esa habría sido una de las razones por las que el entonces presidente Alan García impulsara en 1986 la aprobación de la Ley General de Comunidades Campesinas, pues el texto del artículo 161 de la Constitución de 1979, luego de afirmar la existencia legal y personería jurídica, señalaba que “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* [énfasis añadido]”.

En lo que respecta a las comunidades nativas, tal como se vio también en el capítulo 1 de este trabajo, igualmente durante de la vigencia de la Constitución de 1933 hubo normas que las regulaban, aunque en este caso se trataba de normas legales expedidas durante el gobierno militar: en 1974 se aprobó la “Ley de comunidades nativas y de promoción agropecuaria de regiones de selva y ceja de selva” (Decreto Ley 20653), y en 1978 se la sustituyó, mediante el Decreto Ley 22175, que es la norma vigente, además de su reglamento y de otras normas complementarias.

Veremos con más detalle en los apartados siguientes cómo se plasma en la legislación la regulación específica de la organización de ambas formas de comunidad.

Lo que apreciaremos en los tres aspectos que analizaremos en las páginas siguientes (la distinción entre comuneros, la participación de las comuneras y la organización de los anexos comunales) es que la legislación interna homogeniza la forma en que las comunidades deben organizarse internamente, negando cualquier posibilidad de ejercitar su autonomía y el mantenimiento de sus tradiciones (como la de pasar por cargos y obligaciones menores antes de asumir cargos mayores) y, por supuesto, obviando las diferencias naturales que derivan de la convivencia interna de estos grupos sociales, es decir la existencia de los usos y costumbres propios. Antes de ello repasaremos brevemente las normas que regulan, de manera general, a ambos tipos de comunidades.

4.1.1. Regulación de las comunidades campesinas y de las comunidades nativas

El historiador Luis Miguel Glave (1992) considera que, luego de la derrota de Túpac Amaru, se produjo la exclusión política de los curacas, lo que permitió que los poderes locales se constituyeran en los intermediarios con el Estado colonial, pero, hacia finales del siglo XIX, con la extensión del Estado criollo y de sus símbolos, los campesinos debieron buscar representaciones más legítimas, que pudieran “arrancar del Estado algunas normas de protección o que renovaran los viejos pactos entre los indios y los ‘otros’, que conocían como *wiracochas*” (p. 56). Agrega Glave que:

Esos representantes de los campesinos indígenas se llamaron *personeros*. Los gamonales, los poderes locales, los denominaron *cabecillas*. Fueron como una renovada figura de los antiguos curacas, pero esta vez avalados en un imaginario indígena campesino. (1992, p. 56)

Coincidentemente, Pedro Castillo (2007), quien hace un cuidadoso recuento de las variaciones en cuanto a la representación de las comunidades, ubica con el inicio de la República el papel que adquirieron los alcaldes-vara, que hacia fines del siglo XIX fueron sustituidos por los personeros hacia afuera de las comunidades. Del mismo modo, Robles (2002) indica que, luego de promulgarse la Constitución de 1920, los personeros de las comunidades de indígenas “se erigieron como los representantes de hecho de las comunidades” (p. 72). No obstante, considera como un antecedente la Resolución Suprema de 14 de mayo de 1920, que ordenó nombrar a personeros como representantes de las comunidades para presentar reclamos y ejercer su representación ante las Comisiones Técnicas de Regantes (p. 71).

La importancia que adquirió el personero de la comunidad se reflejó en su mención en el artículo 205 de la Constitución de 1933 (“En cada Concejo Municipal [...] las comunidades de indígenas tendrán un personero designado por ellas en la forma

que señale la ley”). El Código Civil de 1936 estableció en su artículo 72 que “representan a las comunidades sus mandatarios elegidos por los individuos que forman la comunidad, mayores de edad”. El Decreto Supremo de 18 de julio de 1938 precisó los requisitos y la forma de elección de los personeros o mandatarios, agregando otras exigencias para tal elección; dicha norma fue objeto de sucesivas modificaciones estableciendo mayores requisitos (P. Castillo, 2007).

El poder del personero fue declinando, primero con la aprobación del Estatuto de Comunidades de Indígenas de 1961, que impuso un nuevo modelo de organización, con una junta directiva (formada por el presidente, el vicepresidente, el tesorero, el fiscal y dos vocales) y la Asamblea General, como órgano máximo, situación que reforzó el Nuevo Estatuto de comunidades indígenas del Perú de 1966. En palabras de Pedro Castillo (2007), “en este Nuevo Estatuto la figura del mandatario-personero se diluye respecto de años anteriores”, por lo que al iniciarse la década de 1970 “desaparecen y son reemplazados por el presidente de la Junta Directiva” (p. 45).

En el contexto de la aplicación de la reforma agraria, la organización interna de las comunidades campesinas cambió sustancialmente al aprobarse en 1970 el Estatuto Especial de Comunidades Campesinas, que estableció un Consejo de Administración y un Consejo de Vigilancia, imponiendo así el esquema organizativo propio de las cooperativas, manteniendo como órgano máximo a la Asamblea General. Algunos autores explican esta imposición como el intento de los militares de “modernizar” a las comunidades campesinas.

Aunque en el debate constitucional de 1978 el tema de la autonomía generó debate, finalmente el texto del artículo 161 recogió la frase de reconocimiento de la autonomía de las comunidades “dentro del marco de la Ley”. Como cita Pedro Castillo (2007), autores como Bernales y Rubio se mostraron disconformes con el resultado:

La preocupación de Bernales y Rubio parece apuntar a que en la práctica esta autonomía no era tal, ya que se regulaba la vida interna de las comunidades desde antes de la promulgación de la nueva Constitución, por lo que esta intromisión sería mayor si se afirmaba en la carta magna que la autonomía se daba dentro del marco legal dictado para las comunidades. De esta manera se puede entender que la autonomía comunal no era plena, pues le correspondía a la ley definir estos espacios autónomos. (p. 50)

El cambio final del tratamiento legal de la organización de las comunidades campesinas se dio con la aprobación de la Ley General de Comunidades Campesinas en 1987 que, como su nombre lo indica, es una norma de aplicación general, esto es,

para todas las comunidades campesinas del país, a pesar de lo estipulado en su primer artículo (“El Estado las reconoce como instituciones democráticas fundamentales, autónomas en su organización...”). Esta ley estableció una organización en la que la Asamblea General continúa siendo el órgano máximo, debajo del cual se encuentran la Directiva Comunal y los comités especializados por actividad y anexo (artículo 16), figuras exóticas para las comunidades, como en su momento lo habían sido los Consejos de Administración y de Vigilancia.

Adicionalmente a la imposición de distintos órganos que tenían la dirección y representación de las comunidades campesinas (personeros, consejo de administración y ahora directivas comunales), el reglamento de la Ley General de Comunidades Campesinas mantuvo la práctica establecida en normas anteriores para la renovación de autoridades. Así, no solo la composición de la Directiva Comunal (un mínimo de seis, con cargos ya definidos en el reglamento), sino la fijación de la duración del mandato de las directivas comunales (dos años), la elección previa de un comité electoral (compuesto por tres miembros) y hasta la determinación de la oportunidad en que deben hacerse las elecciones, en el mismo mes (entre el 15 de noviembre y el 15 de diciembre), cada dos años, según el artículo 80. El margen de autonomía, entonces, es casi inexistente.

La profesora Vásquez (2021), comentando el artículo 137 del Código Civil, considera que hay un exceso de regulación en las normas de las comunidades campesinas, aunque opina que “es cierto que esto responde también a un ánimo de protección”:

Este es el marco normativo respecto de la organización y administración de las comunidades campesinas; como es de verse, se encuentran excesivamente reguladas, mucho más que otras personas jurídicas, lo que ocasiona que no puedan tener un margen de acción de acuerdo a sus propias costumbres. Los registradores están obligados, por la función que desempeñan, a exigir que las comunidades cumplan con las normas, lo que genera un número importante de solicitudes de inscripción denegadas. (pp. 541-542)

En cuanto a las comunidades nativas, debemos recordar la primera Ley Orgánica de Terrenos de Montaña de 21 de diciembre de 1898. Según Aroca (1989), esa ley “se caracteriza por el total desconocimiento de los nativos y de los derechos que tenían sobre sus territorios, para favorecer actividades más lucrativas, como la de los caucheros” (p. 119).

Años después, la Ley General de Tierras de Montaña, Ley 1220, del 31 de diciembre de 1909, mantuvo el principio de que las tierras de esa región son de dominio público, pero se podían conceder a los particulares para su explotación y aprovechamiento. Aroca comenta que esa ley estableció que las tierras que usaban las comunidades nativas fueran incorporadas como tierras de dominio del Estado, “porque no habían sido legítimamente adquiridas conforme al Código Civil o con arreglo a la Ley del 21 de diciembre de 1898” (1989, p. 119).

En realidad, recién en 1974, durante el gobierno militar, se empieza a hablar de comunidades nativas, al aprobarse la “Ley de comunidades nativas y de promoción agropecuaria de regiones de selva y ceja de selva” (Decreto Ley 20653). Dicha ley no definió a las comunidades nativas ni a su organización, pues el artículo 8 solo se refiere a su origen (grupos tribales de la selva y ceja de selva) y a los elementos principales que las caracterizan, y tampoco la ley se ocupó de su organización interna. La “Ley de comunidades nativas y de desarrollo agrario de la selva y de ceja de selva” (el Decreto Ley 22175), que sustituyó al Decreto Ley 20653, presenta el mismo problema. Será el Decreto Supremo 003-79-AA, que reglamentó al Decreto Ley 22175, el que precisará que ellas tienen una Asamblea General como órgano máximo de la comunidad, y una Junta Directiva compuesta por el jefe, el secretario y el tesorero (artículos 21 y 22, respectivamente). Según el inciso a) del artículo 22, “el Jefe de la Comunidad es el representante de la Comunidad para todos los actos que la comprometan”.

Alberto Chirif (2021), un profundo conocedor de la realidad de las comunidades amazónicas expresa con toda claridad que esta organización comunal significó una completa novedad para las comunidades nativas:

De todas maneras, se trata de una institucionalidad nueva para la cual sus integrantes tuvieron que crear mecanismos de gobierno y cargos formales que nunca habían existido, como juntas directivas con presidentes, secretarios y tesoreros, asociaciones de padres de familia y núcleos ejecutores. (p. 18)

En efecto, en el Decreto Supremo 003-79-AA, aunque sin la prolijidad de la regulación aplicable a las comunidades campesinas, se desarrolla lo relacionado con la organización interna de las comunidades nativas. Así, el artículo 21 reitera que la Asamblea General es el órgano máximo de la comunidad, mientras que el artículo siguiente define a la Junta Directiva como el órgano responsable del gobierno y administración de la comunidad. No obstante, el referido artículo 22 se cuida de precisar que esa junta estará compuesta por tres miembros, designando sus cargos (jefe, secretario y tesorero), y desarrolla en forma gruesa sus atribuciones.

La realidad, sin embargo, es siempre más compleja que la normatividad. Así, la Tercera Disposición Transitoria del Decreto Ley 22175 reconoce la existencia de comunidades nativas que se habían reconocido como comunidades campesinas antes de la vigencia del mencionado decreto ley, debiendo por tanto ajustarse al régimen establecido en dicha norma e inscribirse en el Registro Nacional de Comunidades Nativas. Años después, al aprobarse el Reglamento de la Ley General de Comunidades Campesinas, esa salida se complejiza, como observa Richard Chase Smith (2021):

Luego, en 1991, con la aprobación del Reglamento de la nueva Ley General de Comunidades Campesinas (Decreto Supremo N° 008-91-TR), el Estado reconoció el derecho de las poblaciones campesinas asentadas en las riberas de los ríos de la Amazonía, identificadas como “ribereña mestiza”, “campesina ribereña” o, simplemente “ribereña”, a solicitar su inscripción oficial como comunidad campesina. Estas comunidades tienen su origen tanto en pueblos indígenas locales como en poblaciones indígenas andinas del Norte, que migraron hacia el Amazonas durante el auge del caucho a finales del siglo XIX. (p. 25)

A pesar de esa compleja realidad, tanto de comunidades campesinas como de comunidades nativas, como hemos visto, ignorando intencionalmente la afirmación del reconocimiento de su autonomía administrativa, la legislación ha hecho prevalecer la expresión “dentro del marco que la ley establece” para regular de manera uniforme a todas las comunidades, según el esquema organizativo de cada uno de estos tipos de comunidad. Respecto de las comunidades campesinas, José Portugal (1989), quien fuera funcionario del Instituto Nacional de Desarrollo de Comunidades Campesinas, luego de la aprobación de la Ley General de Comunidades Campesinas escribió:

Como se observa, la norma no considera parte de las autoridades comunales a las que integran el sistema de cargos y obligaciones, tan bien descrito por Fuenzalida (1976) y que tan importante papel juegan en el desarrollo de las actividades productivas, sociales y culturales de las comunidades. (p. 59)

En cuanto a la diversidad propia de las comunidades nativas, nos remitimos al exhaustivo trabajo de John Hemming (2022) sobre la Amazonía, quien en su libro menciona la diversidad de pueblos que los españoles fueron descubriendo a lo largo de sus incursiones por la región amazónica, con distintas formas y nombres de sus respectivas autoridades, recordando que ni los incas habían logrado asentar sus dominios en esa región, como tampoco lo hiciera la República en más de siglo y medio:

En cierto sentido, la idea de “nobles salvajes” viviendo en un paraíso libre de controles era errónea. En realidad, los pueblos indígenas “sí” tenían un grado de jerarquía, particularmente cuando desarrollaron grandes cacicazgos. Eran profundamente conservadores, con tácitos códigos de conducta que regían todas las actividades y cada etapa del ciclo de vida. (p. 25)

El intento homogeneizador del Estado desde la legislación, imponiendo un único tipo de organización interna, que niega la autonomía de las comunidades para organizarse de acuerdo con sus tradiciones, se expresa en diferentes formas y planos. En las páginas que siguen veremos algunos de ellos.

4.1.2. Las distintas categorías de comuneros

El tratamiento de los integrantes de las comunidades es también un aspecto de la autonomía organizativa de las comunidades donde se observa que, a pesar del texto de la norma constitucional, la legislación ha ido más allá, vaciando de contenido dicha autonomía y afectando el contenido constitucionalmente protegido de su derecho.

La “Ley de comunidades nativas y de desarrollo agrario de la selva y de ceja de selva” (Decreto Ley 22175), en el artículo 9 manifiesta escuetamente que “son miembros de las Comunidades Nativas los nacidos en el seno de las mismas y aquellas a quienes éstas incorporen siempre que reúnan los requisitos que señale el Estatuto de Comunidades Nativas”. Ya vimos que nunca llegó a aprobarse un estatuto de comunidades nativas, pero sí se reglamentó el Decreto Ley 22175, donde encontramos (artículo 1) que:

Son miembros de una Comunidad Nativa los nacidos en el seno de la misma y aquellos que, habiendo nacido en otras comunidades, residan en ella en forma permanente, así como los que sean incorporados a la Comunidad y que reúnan los requisitos que señale el Estatuto de Comunidades Nativas.

El Decreto Ley 22175, en su artículo 9, también señala el caso en que se pierde la condición de comunero de una comunidad nativa (residir fuera de la comunidad por más de 12 meses consecutivos), aunque se consideran excepciones las motivadas por razones de estudio o salud, por traslado al territorio de otra comunidad nativa y por el cumplimiento del servicio militar. Por ello, en el artículo 3 del Reglamento del decreto ley encontramos que:

La incorporación al seno de la Comunidad y la declaración de pérdida de la condición de comunero a que se refiere el Artículo 9º de la Ley serán acordados por la Asamblea Comunal, conforme a las normas y el procedimiento que se establezca en el Estatuto de Comunidades Nativas.

No hay más prescripciones o limitaciones respecto de la condición de los comuneros de las comunidades nativas. Quizás se pensó agregar más detalles en el “Estatuto”, el cual, como dijimos, nunca se aprobó. Situación muy diferente es la que se observa en el tratamiento de los miembros de las comunidades campesinas.

La Ley General de Comunidades Campesinas, número 24656, trae un par de artículos que se ocupan de los comuneros y de sus derechos, haciendo un distingo para introducir la categoría de “comunero calificado”. El artículo 5 de dicha ley afirma que “son comuneros los nacidos en la Comunidad, los hijos de comuneros y las personas integradas a la Comunidad”. A continuación, el mismo artículo señala los requisitos para considerar a un comunero como comunero calificado:

- a) Ser comunero mayor de edad o tener capacidad civil;
- b) Tener residencia estable no menor de cinco años en la Comunidad;
- c) No pertenecer a otra Comunidad;
- d) Estar inscrito en el Padrón Comunal; y,
- e) Los demás que establezca el Estatuto de la Comunidad.

Por otra parte, el mismo artículo de la ley define lo que se debe entender por comunero integrado: al varón o mujer que forme pareja con un miembro de la comunidad o que solicite ser admitido (y sea aceptado por la comunidad).

De esta forma, a pesar de que una lectura ligera del mencionado artículo de la Ley General de Comunidades Campesinas pueda inducir a pensar que se está contraponiendo al comunero calificado con el comunero integrado, en realidad la oposición en la ley se plantea entre el simple comunero y el comunero calificado. El integrado, una vez aceptado por la comunidad, se convierte en comunero, a secas. Este asunto queda totalmente claro cuando se revisa el artículo 23 del Reglamento de la Ley General de Comunidades Campesinas (Decreto Supremo 008-91-TR): “Los comuneros señalados en los Artículos 21 y 22 adquieren la condición de comunero calificado, a solicitud de parte, aceptada por la Asamblea General por mayoría simple de votos de los asistentes” (el artículo 21 del reglamento se refiere a quiénes son comuneros y el 22 a los comuneros integrados).

¿Cuál sería el sentido, entonces, de la distinción entre comuneros campesinos? La respuesta se encuentra en el texto del artículo 6 de la Ley General de Comunidades Campesinas: “Todos los comuneros tienen derecho a hacer uso de los bienes y servicios de la Comunidad en la forma que establezca su Estatuto y los acuerdos de la Asamblea General”. Pero inmediatamente agrega: “Los comuneros calificados tienen *además*

[énfasis añadido], el derecho a elegir y ser elegidos para cargos propios de la comunidad y a participar con voz y voto en las Asambleas Generales”. Es decir, los comuneros calificados serían, según dispone la ley, los únicos con capacidad de ejercitar lo que podríamos llamar “los derechos políticos dentro de la comunidad”, eligiendo y pudiendo ser elegidos en distintos cargos (como ser miembros de la Directiva Comunal, conforme al artículo 20, inciso b), y pudiendo participar con voz y voto en las asambleas generales.

Pero hay más, pues el artículo 12 de la Ley 24656, al regular el régimen de tenencia y uso de la tierra comunal, establece que “las parcelas familiares deben ser trabajadas directamente por comuneros calificados, en extensiones que no superen a las fijadas por la Asamblea General de cada Comunidad”, y el artículo siguiente dispone algo similar: “La Asamblea General de la Comunidad determina la cantidad máxima de ganado de propiedad de cada comunero calificado que puede pastar” en los pastos de la comunidad.

En realidad, el sentido que tendría esta distinción, otorgando mayores derechos a los comuneros calificados, sería fortalecer los derechos y la participación de los comuneros que cumplen los requisitos estipulados en el artículo 5 de la Ley General de Comunidades Campesinas, especialmente el de tener residencia estable no menor de cinco años en la comunidad. De esta forma, se fortalece la posición de los comuneros calificados frente a la realidad cada vez mayor de comuneros que salen de la comunidad por distintas razones y que legalmente siguen siendo comuneros, aunque no viven en la comunidad, por lo que no conocen ni padecen las reales necesidades de los comuneros que se mantienen en la comunidad y que, sin embargo, al retornar (sea de visita o en forma permanente) pretenden influir en las decisiones de la comunidad y hacerse de parcelas comunales. Esto se vería reforzado en el Reglamento de la Ley General de Comunidades al regular los derechos y obligaciones de los distintos tipos de comuneros (artículos 25 a 30).

Cabe señalar que, en la gran mayoría de comunidades campesinas que se ha tenido la ocasión de visitar en distintas regiones del país, la distinción legal no parece haber calado. Por el contrario, muchas comunidades usan otras categorías, como las de “comunero activo”, para diferenciarlos de los adultos mayores, a los que no se exige con determinadas tareas o cargos, pero a los que tampoco se les reconocen otros derechos, aunque se mantengan las tradicionales prácticas de solidaridad con ellos.

En general, en el momento de aprobarse la Ley General de Comunidades no parece haber habido, más allá de la declaración del reconocimiento de su autonomía en el artículo 1, una genuina preocupación por respetar sus tradiciones, continuando con

la práctica legislativa de los llamados “Estatutos”. Así lo confirma Portugal (1989), refiriéndose al Estatuto Especial de Comunidades Campesinas, aunque su reflexión resulta también aplicable a la ley vigente:

Además, el Estatuto, en relación a la organización política de las comunidades, establece que para llegar a situaciones de autoridad, además de ser alfabeto, basta ser comunero hábil, trastocando de esta manera la práctica de tipo gerontocrática para elegir autoridades en las comunidades. Práctica por la que se debe seguir el cumplimiento de un sistema de cargos y obligaciones, civiles y religiosas, por parte de todos los comuneros, permitiendo así un aprendizaje desde situaciones menores, para que lleguen a cargos mayores los comuneros con experiencia en la cosa comunal. (p. 60)

Los diversos estudios antropológicos y etnográficos realizados en las comunidades campesinas son muy ricos en mostrar esas experiencias de organización propia de las comunidades (Urrutia, 1992), las que incluso han llegado a la literatura, como es el caso del cuento *Ushanan Jampi* del escritor Enrique López Albújar, o *Redoble por Rancas*, de Manuel Scorza, donde se muestra la diversidad y riqueza de tradiciones comunales, en la que se aprecian jerarquías y procesos de crecimiento de los dirigentes, hasta convertirse en ancianos respetados y con autoridad, prácticas que simplemente son ignoradas en la legislación. Lo propio puede decirse de la gran cantidad de estudios sobre los pueblos y comunidades amazónicas, muchos de ellos recogidos por el Centro Amazónico de Antropología y Aplicación Práctica (CAAAP).

No habría en la legislación, por tanto, un respeto al derecho a la autonomía organizativa de las comunidades campesinas, con lo cual el contenido accesorio de este derecho termina por negar en la práctica su contenido constitucionalmente protegido.

4.1.3. Las mujeres comuneras

Este es otro aspecto de la autonomía de las comunidades que no ha recibido suficiente atención en nuestra legislación, erosionando el contenido constitucionalmente protegido de la autonomía comunal. Vamos a partir de lo que hemos reseñado en el apartado anterior sobre las distintas categorías de comuneros para intentar precisar mejor este tema.

Como advertimos en el caso de las comunidades nativas, el reglamento del Decreto Ley 22175 apenas desarrolla lo dispuesto en el artículo 9 de dicha ley, disponiendo que se consideran miembros de una comunidad quienes hubieran nacido en la misma, así como los que habiendo nacido en otra comunidad residan en ella permanentemente y los que sean incorporados a la comunidad. La legislación de

comunidades nativas no hace ninguna diferencia en cuanto a la condición de comuneros o de comuneras.

En el caso de la Ley General de Comunidades Campesinas, revisamos ya que su artículo 5 señala que son comuneros “los nacidos en la Comunidad, los hijos de comuneros y las personas integradas a la Comunidad”. A continuación, el mismo artículo se refiere a los requisitos para ser “comunero calificado”. Sin que signifique la adopción de un lenguaje inclusivo, por razones obvias, el texto diferencia entre varones y mujeres cuando se dice:

- a) Al varón o mujer que conforme pareja estable con un miembro de la Comunidad; y,
- b) Al varón o mujer, mayor de edad, que solicite ser admitido y sea aceptado por la Comunidad.

El reglamento de la Ley General de Comunidades Campesinas no agrega nada a la disposición que acabamos de citar. Sin embargo, hace algunos años, un grupo de organizaciones promovió una iniciativa legislativa que logró aprobarse en el Congreso, mediante la Ley 30982, publicada el 18 de julio de 2019, que en su único artículo modificó el artículo 19 de la Ley General con el siguiente texto:

La Directiva Comunal es el órgano responsable del gobierno y administración de la Comunidad; está constituida por un Presidente, Vicepresidente y cuatro Directivos como mínimo.

La directiva comunal debe incluir un número no menor del 30 % de mujeres o de varones en su conformación.

La modificación que introdujo esta norma va en la línea de asegurar la participación de las mujeres comuneras, reconociendo su importancia, no solo en las asambleas comunales, sino en el principal de sus órganos de dirección, como es la Directiva Comunal, mediante el establecimiento de una cuota de ellas en tal instancia.

No es nuestra intención aquí profundizar en un tema bastante discutido, aunque sí llamar la atención respecto de la introducción de un esquema de cuotas ajeno a la práctica comunal. Más aún cuando es conocido que en las dinámicas de las sociedades rurales y especialmente en las comunidades prima un enfoque machista, que se expresa en el hecho que quienes se consideran comuneros y, por tanto, figuran en los padrones comunales, son los varones; no las mujeres. Por otra parte, cualquier persona que participe en una asamblea de las comunidades campesinas notará rápidamente que las mujeres suelen sentarse en la parte trasera de los locales o del lugar donde se desarrolla

la asamblea. Ciertamente, esto empieza a cambiar, encontrándose cada vez con mayor frecuencia lideresas comunales que ocupan cargos directivos en sus comunidades y que, incluso, asumen la presidencia de estas.

La marginación de las mujeres indígenas es un hecho conocido, desde la publicación del texto “Las mujeres son más indias” de Marisol de la Cadena (1992), donde se muestra que la mujer indígena es doblemente marginada, lo que de alguna forma fue recogido en un informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2021) citado anteriormente:

Asimismo, la CIDH ha tomado nota de que las mujeres indígenas y tribales han enfrentado y siguen enfrentando múltiples formas de discriminación por razones de género, etnicidad y situación de pobreza que exacerban su exposición a violaciones de derechos humanos en diferentes contextos. En vista de eso, la CIDH ha señalado que el enfoque de género, acompañado por el enfoque intercultural, permite reconocer la especial posición de las mujeres indígenas y tribales, y adoptar medidas culturalmente adecuadas que garanticen el goce de sus derechos y libertades fundamentales.

Queremos cerrar este punto con dos reflexiones. La primera es destacar que esta inserción de cuotas femeninas solo se dispuso para las directivas de las comunidades campesinas; no así en el caso de las comunidades nativas donde, en opinión de la experta en temas amazónicos Miluska Carhuavilca⁶, el machismo es más fuerte. La segunda reflexión es mucho más desafiante, pues, sin caer en posturas relativistas, plantea el tema de la universalidad de los derechos humanos frente al respeto de la cultura, los usos y costumbres, y las tradiciones de los pueblos indígenas, algo que encontramos recogido en diversos instrumentos de derechos humanos.

A pesar de lo polémico que podría resultar este tema, cuyo cambio puede, indudablemente, tener tanto detractores como defensores, nuestra intención fue mostrar cómo el legislador puso por delante principios de equidad de género (que podríamos considerar occidentales) sobre los derechos de las comunidades campesinas y del respeto de su autonomía en cuanto a su organización interna.

Que sepamos, dicha modificación legal no fue objeto de un proceso de consulta previa, como supondría el haberse aprobado en 2019, cuando estaba plenamente vigente el Convenio 169 de la OIT y la “Ley del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios, reconocido en el Convenio 169 de la Organización Internacional

⁶ Comunicación personal, 17 de julio de 2025.

del Trabajo”, número 29785, publicada en 2011. No será el único caso en que parecen entrar en contradicción dos derechos fundamentales: el respeto a la autonomía de las comunidades, en este caso comunidades campesinas, y el derecho a la igualdad de género.

4.1.4. Representación de los anexos comunales

Si las comunidades campesinas y nativas, como afirma el artículo 89 de la Constitución, son autónomas en su organización, en el trabajo comunal y en el uso de sus tierras, así como en lo económico y lo administrativo, el tema de los anexos comunales resulta otro aspecto en el que su autonomía debería respetarse plenamente.

La existencia y funcionamiento de los anexos comunales en realidad reviste una complejidad mayor, pues está relacionada también con el uso y aprovechamiento de las tierras o territorios comunales, como veremos en el capítulo siguiente, en el que abordaremos el tratamiento de las tierras comunales, pero también está relacionada con prácticas de las comunidades y los comuneros que se han venido modificando en las últimas décadas.

Los anexos comunales son tratados tan solo en la legislación de comunidades campesinas. Inicialmente, el Estatuto Especial de Comunidades Campesinas de 1970 estableció un procedimiento para que un anexo pudiera independizarse de la comunidad en el que la asamblea general podía aprobar dicha solicitud. Sin embargo, la Ley General de Comunidades Campesinas canceló esa posibilidad, pues en el artículo 2 se dispuso que “constituyen Anexos de la Comunidad, los asentamientos humanos permanentes ubicados en territorio comunal y reconocidos por la Asamblea General de la Comunidad”. En el título sobre el régimen administrativo de las comunidades se menciona que son órganos de gobierno de las comunidades campesinas “los comités especializados por actividad y Anexo” (artículo 16, inciso c), dejando en claro que su gobierno dependía de la propia comunidad.

El Reglamento de la Ley General de Comunidades Campesinas señala que, en los anexos reconocidos por la asamblea general de la comunidad, su estatuto preverá el establecimiento de juntas de administración local como órganos con funciones equivalentes a las de la directiva comunal en su respectivo ámbito (artículo 74). Complementariamente, el reglamento admite la posibilidad de que el estatuto de cada comunidad pueda constituir una asamblea general de delegados en circunstancias especiales, como la existencia de anexos, volumen poblacional y extensión territorial (artículo 39).

Según se pudo conocer por el testimonio de funcionarios del desaparecido Proyecto Especial de Titulación de Tierras (PETT) del Ministerio de Agricultura, la independización de los anexos comunales sería una de las causas del crecimiento del número de las comunidades campesinas en las últimas décadas. Como afirmamos hace unos años, se han generado conflictos por la intención de seguir con el proceso de independización de los anexos comunales, frente a la inviabilidad de dicho proceso según las normas vigentes y a la negativa de la asamblea general de la comunidad campesina (Del Castillo, 2008):

No obstante, debido a la presión de las comunidades, los funcionarios del Ministerio de Agricultura, en forma irregular han venido aplicando en forma ultra-activa el Decreto Supremo N° 37-70-A, pese a haber sido derogado por la Ley General de Comunidades y a contrariar abiertamente a la Ley General de Comunidades. (p. 96)

En el mismo documento ensayábamos una respuesta al persistente intento de los anexos por convertirse en nuevas comunidades campesinas, independizándose de lo que denominan “comunidades madre” (o, como coloquialmente las llaman, “malas madres”):

La razón que normalmente expresan los comuneros de los anexos para iniciar el trámite de separación es el abandono en el que se encuentran respecto del centro de la comunidad, como es el caso de falta de atención a las obras y faenas comunales necesarias para la mejora o mantenimiento del anexo y en cambio la obligación de realizar faenas para obras (como canales) que benefician solo a la parte central de la comunidad. Pero, detrás de esos reclamos se encuentran también las aspiraciones por contar con mayores recursos, provenientes del Estado, lo que nos hace pensar que en el fondo se trata del viejo proceso de buscar su reconocimiento ciudadano y de contar con los mismos servicios con los que cuentan los demás habitantes del país.

Los motivos para iniciar el complejo trámite de independización de un anexo parecen hacer parte de una estrategia mayor, que implica pasar de ser un anexo comunal a una comunidad campesina independiente, a lo que seguiría convertirse en un centro poblado y finalmente aspirar a su reconocimiento como distrito (Del Castillo, 2008, p. 97).

En el mismo sentido, podemos mencionar el trabajo de Víctor Caballero (1992) sobre las comunidades campesinas de Puno, quien señala que “el éxito que fueron obteniendo algunas comunidades estimuló a antiguos caseríos, anexos y otros centros

poblados a iniciar sus gestiones de reconocimiento como comunidad para acceder así a servicios básicos” (p. 117). Caballero comenta en particular el proceso de conversión de comunidades campesinas en municipalidades, refiriéndose a los Rimanakuy realizados en ese departamento, por lo que afirma: “Uno de los problemas que apareció en forma reiterada en estos eventos fue el relacionado al conflicto entre comunidad y municipio, presentado como una contradicción de competencia de funciones de la autoridad comunal con la autoridad municipal” (1992, p. 118).

El conflicto, en verdad, se habría originado por la formalización, años atrás, de un proceso de fragmentación de las comunidades, a través de la inclusión de un procedimiento administrativo en el Estatuto Especial de Comunidades Campesinas, en 1970, que habría generado expectativas entre los comuneros, así como una práctica comunal reconocida por las autoridades, que luego fue suprimida, pero que no tomó en cuenta las aspiraciones de las comunidades. No obstante, cabe preguntarse si el mantenimiento de la independización de las comunidades, incluso contra el texto de la Ley General de Comunidades Campesinas, no hace parte de lo que Contreras llamó “estrategia de corrosión en el largo plazo de estas instituciones”, ubicando la aludida estrategia en la introducción del régimen municipal en la década de 1840 (1989, p. 23).

Entonces, en este caso ya no estaríamos frente a una legislación que desconoce la autonomía comunal para organizar y administrar sus territorios, sino ante una práctica administrativa que no solo desconoce la normativa constitucional, sino que incluso aplica de forma torcida la Ley General de Comunidades Campesinas, con el resultado no solo de dividir sus territorios, sino también de debilitar su organización.

Pero el desconocimiento del derecho de autonomía de las comunidades reviste mayor complejidad, como adelantamos, por tratarse también de la desmembración del territorio, por lo que en el capítulo siguiente volveremos a revisarlo desde ese otro ángulo.

4.2. Autonomía comunal y autonomías indígenas

Como hemos visto a lo largo de los capítulos anteriores, nuestra legislación solo reconoce la personería jurídica de las comunidades campesinas y nativas, reconocimiento que no se extiende a los pueblos indígenas como tales. Sin embargo, no podemos dejar de revisar en este trabajo la experiencia del Gobierno Territorial Autónomo de la Nación Wampís.

La experiencia del Gobierno Territorial Autónomo de la Nación Wampís (GTANW), en la región norte de nuestra Amazonía, es presentada en el ya citado informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2021, pp. 120-122)

como una experiencia de buenas prácticas de los pueblos indígenas y tribales en el ejercicio de la libre determinación.

La población que alberga la Nación Wampís es de un poco más de 15 000 habitantes, distribuidos en 85 asentamientos que integran 22 comunidades y anexos, la cual representa una extensión de 1 327 000 hectáreas, ubicadas en la región Amazonas (cuenca del río Kanús o Santiago) y en la región Loreto, tramos medio y alto del río Kankaim o Morona, y que encierra la cordillera Kampankias, de la que nacen muchos de los afluentes que alimentan ambas cuencas (Noningo & Barclay, 2021, p. 572).

La experiencia tiene sus raíces en procesos anteriores que vienen desde la segunda mitad del siglo pasado. Así, luego de la promulgación del Decreto Ley 20653 los Wampís se organizaron para obtener sus títulos al amparo de dicha ley y, además, formaron con los Awajún el Consejo Aguaruna Huambisa (CAH), el cual luego abandonaron para conformar organizaciones independientes, sobre todo en la cuenca del río Kanús. A mediados de la década de 1990, como recuerdan Noningo y Barclay (2021), cuando varios pueblos del nororiente peruano, desde la Coordinadora de Pueblos Indígenas San Lorenzo (CORPI-SL), impulsaron una iniciativa de organización, “los Wampís, junto con otros ocho pueblos que integraban la organización regional decidieron autodemarcarse sus respectivos territorios y establecer los puntos de colindancia entre ellos” (p. 572).

Conforme señala el mencionado informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2021, p. 120), en noviembre de 2015, la Nación Wampís se autoproclamó como tal y promulgó su Estatuto del Gobierno Territorial Autónomo de la Nación Wampís, debido a las restricciones de la legislación nacional que se limitaba a la titulación de comunidades nativas, esto es, en forma individualizada o fragmentaria. La decisión se dio también en respuesta a las políticas de explotación de recursos naturales en la región amazónica que afectaban la integridad territorial y cultural de los pueblos indígenas.

Siguiendo el informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos:

El Estatuto fue presentado formalmente a distintas autoridades y poderes del Estado a nivel nacional y regional, junto con documentos de sustentación histórica y antropológica sobre la ocupación territorial de la Nación Wampís, documentos de sustentación jurídica internacional de su derecho de autonomía y libre determinación, así como mapas, actas de integración de las comunidades que conforman la Nación Wampís, acuerdos de colindancia con pueblos indígenas vecinos, entre otros documentos. (2021, p. 121)

Resulta relevante que este informe consigne que la Nación Wampís tomó esta iniciativa “a pesar de no contar con una ley o un previo reconocimiento jurídico por parte del Estado peruano en relación con su estatuto de autonomía, por lo que, ello no representaba un requisito condicionante para ejercer sus derechos”. La comisión agrega que el proceso se inició “como un acto de reconstrucción de la autonomía, sobre la base de un derecho originario”. A continuación, señala que:

El Estatuto de la Nación Wampís afirma la autonomía, autogobierno, libre determinación y otros derechos humanos de la Nación Wampís, abordando desde su cosmovisión y perspectiva intercultural aspectos relacionados con la identidad, ciudadanía, idioma, vínculo con su territorio ancestral, religión, educación, salud, soberanía alimentaria, ordenamiento territorial, gestión de aguas y otros recursos naturales, así como los derechos de las personas y comunidades que conforman la Nación Wampís y disposiciones específicas sobre los derechos de las mujeres, niñez y juventud. (2021, pp. 121-122)

El estatuto aludido, resultado de un proceso de más de dos años, como señalan Noningo y Barclay, detalla la estructura organizativa básica de la que se ha dotado la Nación Wampís:

El *Uun Iruntramu* (una suerte de congreso), compuesto de 96 *lirunin* o representantes de las comunidades, es el órgano supremo del GTANW, Gobierno Ejecutivo Central de Cuenca (*Takatan Chichamrin*), Gobierno de cuencas con su máxima autoridad *Matsatkamu Iruntramu* y Gobierno Comunal. (2021, p. 579)

Creemos pertinente destacar un párrafo en el texto de los dos autores que acabamos de citar, pues nos parece que delimita claramente las intenciones de los impulsores de esta iniciativa de la Nación Wampís:

Al obrar de esta manera, la Nación Wampís no pretende desafiar al Estado peruano del que como ciudadanos los Wampís son parte, sino empezar a implementar una práctica a base de su derecho, a la expectativa de que se creen condiciones para un cambio estructural en la relación del Estado con los pueblos indígenas. (p. 580)

Debido a la ausencia de un marco normativo que permita la inscripción como pueblo indígena de la Nación Wampís, esta organización ha conseguido algunos avances, en reuniones con distintas autoridades e instancias oficiales. Así, el Gobierno Regional de Loreto aprobó en 2017 la Ordenanza Regional 014-2017-GRL-CR, la que acordó:

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 1º. del Convenio N° 169 de la OIT.

Dicha ordenanza regional fue objeto de una acción de inconstitucionalidad, la cual fue declarada fundada por el Tribunal Constitucional (Expediente 0004-2018-PI/TC, 2019a) “por haberse afectado las competencias del Poder Ejecutivo en materia de identificación y reconocimiento de pueblos indígenas y originarios”. Por lo tanto, la ordenanza regional fue declarada inconstitucional y sin efecto jurídico.

No obstante, esa demanda de inconstitucionalidad tuvo un efecto secundario positivo, pues en julio de 2018, antes de la emisión de la sentencia, el Poder Ejecutivo aprobó el Decreto Legislativo 1360, por el cual se precisaron las funciones exclusivas del Ministerio de Cultura, estableciendo que la identificación y el reconocimiento de pueblos indígenas u originarios es desarrollada por el Viceministerio de Interculturalidad. Adicionalmente, la Tercera Disposición Complementaria Final de ese decreto legislativo dispuso que “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 interesante experiencia de la Nación Wampís, con sus limitaciones y desafíos, será objeto de mayor discusión al abordar el capítulo 6 del presente trabajo de tesis, contrastándolo con otras experiencias de la región americana.

4.3. Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha tenido diversos pronunciamientos en los últimos años, en los que se ha referido al reconocimiento de la organización interna de las comunidades y pueblos indígenas, como parte del derecho a su autonomía, o como empezó a tratarlo, de su derecho a la autodeterminación. Esas consideraciones han estado presentes en realidad como parte de sus fundamentos en casos en los que se discutía la violación por distintos Estados de la región del respeto de los derechos de los pueblos indígenas sobre sus tierras o territorios.

Nos interesa en particular, en este apartado, recoger los pronunciamientos de la corte relacionados con el reconocimiento de la organización propia de las comunidades y pueblos indígenas. Por ello, revisaremos a continuación algunas de esas sentencias, tratando de seguir un criterio cronológico, por lo que empezaremos con la sentencia expedida en el caso de la comunidad indígena Yakyé Axa vs. Paraguay (2005). En este

caso, en el fundamento 82 (que ahora transcribimos en su integridad), la Corte Interamericana de Derechos Humanos adoptó un criterio muy definido:

La Corte considera 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. 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.

Asimismo, en el caso de las comunidades indígenas miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina, la corte reconoció a las comunidades y a los pueblos indígenas como sujetos colectivos, así como llamó al respeto de sus formas de organización (2020). El tribunal lo expresó en dos de sus fundamentos:

154. Sobre lo anterior, es preciso recordar que “la normativa internacional relativa a pueblos y comunidades indígenas o tribales reconoce derechos a los pueblos como sujetos colectivos del Derecho Internacional y no únicamente a sus miembros [; ...] los pueblos y comunidades indígenas o tribales, cohesionados por sus particulares formas de vida e identidad, ejercen algunos derechos reconocidos por la Convención desde una dimensión colectiva”, entre ellos, el derecho de propiedad de la tierra. Al respecto, la Corte ha señalado el derecho a la autodeterminación de los pueblos indígenas respecto a la “disposición libre (...) de sus riquezas y recursos naturales”, la que es necesaria para no verse privados de “sus propios medios de subsistencia”. Se ha indicado ya que el derecho de propiedad comunitaria debe ser observado de modo de garantizar el control por parte de los pueblos indígenas de los recursos naturales del territorio, así como su estilo de vida (*supra* párr. 94). En ese sentido, tanto el Convenio 169, como la Declaración de las Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas, reconocen titularidad de derechos humanos a pueblos indígenas. La Declaración Americana sobre Derechos de los Pueblos Indígenas, en sus artículos VI y IX, respectivamente, preceptúa el deber estatal de reconocer “el derecho de los pueblos indígenas a su actuar colectivo”, y “la personalidad jurídica de los pueblos indígenas, respetando las formas de organización indígenas y promoviendo el ejercicio pleno de los derechos reconocidos en esta Declaración”.

155. Lo dicho es relevante, pues la Corte ha expresado que “el derecho a que el Estado reconozca [la] personalidad jurídica es una de las medidas especiales que se debe proporcionar a los grupos indígenas y tribales a fin de garantizar que éstos puedan gozar de sus territorios según sus tradiciones”. A tal efecto, la personalidad jurídica debe ser reconocida a las comunidades de modo que posibilite la adopción de decisiones sobre la tierra conforme a sus tradiciones y modos de organización.

Más recientemente, en el caso de los pueblos Rama y Kriol, y la Comunidad Negra Creole Indígena de Bluefields contra Nicaragua, en los fundamentos 127 y 129 de la sentencia (2024a), se dijo:

127: Con base en lo antes expresado, procede aseverar que los Estados, a fin de garantizar los derechos políticos y culturales de los pueblos indígenas y tribales, deben adoptar las medidas especiales que resulten necesarias para que designen sus propias autoridades y representantes, de acuerdo con sus culturas y estructuras organizativas, como expresión de su libre determinación, así como para que puedan tomar participación en los procesos de decisión sobre acciones o medidas que los conciernan o puedan afectarlos. Lo dicho no implica que el ejercicio de estos derechos, que el Estado debe respetar, esté supeditado al previo reconocimiento, autorización o regulación estatal.

129: Las Declaraciones de las Naciones Unidas y Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, por su parte, establecen el derecho a la “libre determinación” de tales pueblos en sus artículos terceros. La Declaración Americana también refiere a ello en su artículo XXI.1. Asimismo, expresa en su artículo IX que los Estados “reconocerán plenamente la personalidad jurídica de los pueblos indígenas, respetando las formas de organización indígena”. La Declaración de Naciones Unidas, por su parte reconoce en su artículo 4, que respecto a “cuestiones relacionadas con sus asuntos internos y locales”, los pueblos indígenas pueden ejercer “funciones autónomas”. El artículo 18 de Declaración de las Naciones Unidas sostiene que “[l]os pueblos indígenas tienen derecho a participar en la adopción de decisiones en las cuestiones que afecten sus derechos, por conducto de representantes elegidos por ellos de conformidad con sus propios procedimientos, así como a mantener y desarrollar sus propias instituciones de adopción de decisiones”. También los artículos XXI.2 y XXIII de la Declaración Americana recogen este derecho.

Finalmente, creemos pertinente citar también la sentencia de la Corte Interamericana recaída en el caso del pueblo indígena U'wa y sus miembros vs. Colombia (2024b). En los fundamentos 231 y el 232 de esa sentencia se puede leer:

231. Por su parte, la Corte Interamericana ya ha reconocido que el derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas y tribales es un derecho protegido por la Convención Americana y que tiene su fundamento en el derecho a la identidad cultural (*supra*, párr. 168), como componente del derecho a participar en la vida cultural reconocido a partir del contenido del artículo 26 de la Convención. El Tribunal también ha afirmado que dicho derecho a la libre determinación tiene una doble proyección: interna y externa.

232. Este Tribunal ya se ha pronunciado acerca de la dimensión externa del derecho a la libre determinación, que alcanza, *inter alia*, el derecho de los pueblos a elegir sus propias autoridades o representantes, así como a participar en los procesos de adopción de decisiones que puedan afectarles, aspectos que también encuentran protección al amparo del artículo 23 de la Convención.

Como hemos señalado reiteradamente, en las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos se puede apreciar una línea progresiva hacia el reconocimiento de los derechos de los pueblos y comunidades indígenas, destacando el carácter evolutivo de los instrumentos de derechos humanos. Precisamente en las últimas sentencias reseñadas se aprecia que la corte recoge el derecho a la libre determinación, tal como define Orias Arredondo: “El derecho a definir la condición política, económica, social y cultural de un pueblo, su autonomía y autogobierno en los asuntos internos para asegurar su propio desarrollo” (2008, p. 6).

Asimismo, resulta claro, de la lectura de las sentencias citadas, especialmente en el caso Lhaka Honhat vs. Argentina, que se reconocen derechos a los pueblos como sujetos colectivos del derecho internacional. No obstante, como advierte Orias Arredondo:

Así, se reconoce una subjetividad internacional limitada a los Pueblos Indígenas, ya que si bien son beneficiarios de un régimen internacional de protección de sus derechos, es de tipo pasivo, ya que no tiene un pleno *jus standi* o capacidad procesal para demandar por sí mismos y exigir directamente el respeto de esos derechos, lo que se conoce como subjetividad activa o como la legitimación para reclamar internacionalmente por su incumplimiento. (2008, p. 5)

En el siguiente capítulo nos referiremos a un aspecto crucial en cuanto al reconocimiento de los derechos de las comunidades y pueblos indígenas, y que, como

se ha mencionado, ha sido el tema que ha motivado muchas de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: el reconocimiento de los derechos y la autonomía sobre sus territorios.



CAPÍTULO V. AUTONOMÍA Y TRATAMIENTO DE LAS TIERRAS COMUNALES

Abordaremos en este capítulo, como parte del derecho a la autonomía constitucionalmente reconocida a las comunidades, lo relacionado al tratamiento de sus territorios, o, como lo expresa nuestra Constitución, la autonomía en el uso y la libre disposición de sus tierras.

Cabe señalar que en nuestra legislación existe ambigüedad en cuanto al tratamiento de las tierras comunales, usándose casi indistintamente los términos “tierras” y “territorios”. En el Decreto Ley 20653 se afirmaba: “La propiedad territorial de las Comunidades Nativas es inalienable, imprescriptible e inembargable” (artículo 11), mientras que en la ley que la sustituyó, el Decreto Ley 22175, se dice que “el Estado garantiza la integridad de la propiedad territorial de las Comunidades Nativas”.

En cuanto a las comunidades campesinas, la Ley General de Comunidades Campesinas, en su artículo primero, inciso a), “garantiza la integridad del derecho de propiedad del territorio de las Comunidades Campesinas” y en el Título IV (denominado “Del territorio comunal”) menciona ambos términos, *tierras* y *territorios*. Complementariamente, la “Ley de deslinde y titulación del territorio de las comunidades campesinas”, número 24657, aunque emplea recurrentemente el término *tierras*, en su artículo 1 preceptúa: “Decláranse de necesidad nacional e interés social, el deslinde y la titulación del territorio de las Comunidades Campesinas”.

Una última nota resulta pertinente en las líneas introductorias a este capítulo. Como se ha mencionado reiteradamente y es recogido en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la noción de propiedad de comunidades y pueblos indígenas no es la misma que la del derecho oficial, remarcándose la estrecha relación de la identidad de dichas comunidades con su territorio. Pero, adicionalmente, y esto es algo que fue observado ya desde los primeros cronistas españoles, como Polo de Ondegardo, se combina en la tenencia de tierras comunales (o en lo que este cronista describió como los ayllus), una combinación de propiedad colectiva y posesión familiar sobre dichas tierras.

5.1. Evolución del régimen de protección de las tierras comunales

Recordando lo que tratamos en el capítulo 1 de este trabajo, existe un régimen especial de protección de las tierras de las comunidades, instaurado desde la Constitución de 1920. Dicha carta estableció en su artículo 41 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 la ley”. Así, se afirmó la imprescriptibilidad e inalienabilidad de dichas tierras.

La Constitución de 1933 estableció una tríada de características de protección de las tierras comunales (que estuvo vigente hasta 1992). En el artículo 209 se establecieron las aludidas tres características: “La propiedad de las comunidades es imprescriptible e inenajenable, salvo el caso de expropiación por causa de utilidad pública, previa indemnización. Es, asimismo, inembargable”. No obstante, el artículo 208 introdujo un cuarto elemento, su integridad, al señalar que “el Estado garantiza la integridad de la propiedad de las comunidades. La ley organizará el catastro correspondiente”.

En la Constitución de 1979 se repitieron las tres características del régimen de protección de las tierras comunales. Así, el primer párrafo del artículo 163 afirma que “las tierras de las Comunidades Campesinas y Nativas son inembargables e imprescriptibles”, mientras que en el siguiente párrafo se alude a la inalienabilidad de dichas tierras, aunque se dejan planteadas dos excepciones: “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”.

La vigente carta constitucional introdujo una importante modificación en lo que venía siendo la constitución histórica, al eliminar la inembargabilidad de las tierras de las comunidades y su inalienabilidad, dejando como única característica la imprescriptibilidad, aunque sujeta a una confusa limitación, la del abandono de tierras. El segundo párrafo del artículo 89 lo expresa así:

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.

Nos ocuparemos primero de analizar el contenido constitucionalmente protegido del derecho de propiedad comunal, un aspecto de su autonomía, como reza el artículo 89 citado, y luego revisaremos distintos aspectos del tratamiento legislativo para contrastarlos con la vigencia de dicho derecho.

5.2. El contenido constitucionalmente protegido del derecho de propiedad comunal

Retomando las ideas expuestas en el capítulo 2 respecto de la definición del contenido constitucionalmente protegido de la autonomía de las comunidades

campesinas y nativas, debemos referirnos ahora a lo relacionado con su autonomía en el ejercicio del derecho de propiedad sobre sus tierras.

En la figura 2 (numeral 2.4 del capítulo segundo de este trabajo) reproducimos el cuadro elaborado por César Landa (2016, p. 42), seleccionando tan solo lo referido al derecho a la libre autodeterminación o autonomía. Allí, el autor incluye, dentro del contenido del derecho constitucionalmente protegido del derecho a la autonomía de las comunidades el “uso y libre disposición de sus tierras (artículo 89 de la Constitución)”.

Nuevamente recurriendo a la doctrina (en la que Landa cita a Carlos Bernal), distinguiremos entre la disposición, la norma y la posición de derecho fundamental. La disposición del derecho fundamental estaría expresada en el artículo 89 de la Constitución, al afirmar que las comunidades campesinas y las comunidades nativas:

Son autónomas en su organización (...) en el uso y la libre disposición de sus tierras, (...) 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.

Continuando con el desarrollo del esquema que Landa propone, la norma de derecho fundamental (el sentido o sentidos interpretativos) sería que las comunidades campesinas y nativas tienen derecho a que se respete su autonomía en lo que se refiere al uso y a la libre disposición de sus tierras. En este caso, siguiendo el mismo esquema, el sujeto pasivo, vinculado por este derecho es el Estado, así como también los particulares.

En cuanto a la posición de derecho fundamental, esto es, el objeto protegido por el derecho, aquello que el sujeto pasivo debe hacer a favor del titular, estaría dado por la obligación del Estado de respetar y de proteger el derecho de propiedad y la consecuente autonomía de las comunidades campesinas y nativas en lo que se refiere al uso y a la libre disposición de sus tierras.

Recordemos que, en el marco del derecho internacional de los derechos humanos, los Estados deben cumplir deberes y obligaciones, y en virtud de ello se comprometen a respetar, proteger y promover los derechos humanos. Como expresa un documento de las Naciones Unidas (s. f.):

La obligación de respetar supone que los Estados deben abstenerse de restringir los derechos humanos o de interferir en su realización. La obligación de proteger exige que los Estados protejan a las personas o grupos de personas de las violaciones de los derechos humanos. La obligación de promover significa que los Estados deben adoptar medidas positivas para facilitar la realización de los derechos humanos básicos.

A lo largo de los apartados siguientes, veremos cómo el contenido del derecho constitucionalmente protegido de la autonomía de las comunidades, en lo que respecta al uso y a la libre disposición de sus tierras, no se estaría respetando por el Estado peruano. Como parte de ello, en las próximas páginas haremos una digresión para analizar cómo se trata el tema de la imprescriptibilidad de sus tierras, el único de los tres atributos que tradicionalmente se reconocía a las tierras comunales, establecido originalmente (tal como vimos en el capítulo 1) para defender la propiedad de las comunidades.

5.3. Imprescriptibilidad de las tierras comunales

Como dijimos, de los tres atributos o características del régimen de protección de las tierras comunales establecido desde inicios del siglo pasado, nuestra Constitución vigente ha dejado solamente en pie la imprescriptibilidad de las tierras comunales; esto es, la imposibilidad jurídica de que ellas pierdan la propiedad de sus tierras a través del mecanismo de la prescripción adquisitiva, la usucapión de los romanos.

La Constitución, no obstante, señala en la parte final del segundo párrafo del artículo 89 que “la propiedad de sus tierras es imprescriptible, salvo en el caso de abandono previsto en el artículo anterior”. Lo que el artículo 88 dispone, en su parte final, es que “las tierras abandonadas, según previsión legal, pasan al dominio del Estado para su adjudicación en venta”, lo que representa una norma de carácter general, es decir, aplicable a todas las formas de propiedad, no solo a la de las comunidades.

En este punto es preciso hacer una precisión doctrinaria de suma importancia. El abandono de tierras es un viejo principio del derecho indiano —e incluso prehispánico, como menciona Polo de Ondegardo (como se citó en Lamana Ferrario, 2012)—, consistente en la pérdida de dominio por no ejercer actos posesorios, esto es, en materia de predios rurales, la falta de explotación económica del predio (). Nuestro Código Civil considera al abandono como una de las cuatro causas de pérdida del derecho de posesión (artículo 922) al igual que una causa de extinción del derecho de propiedad (artículo 968). Pero dado que el artículo 88 constitucional se refiere a la pérdida del derecho de propiedad habría que revisar los supuestos de este instituto aplicables a la propiedad. El Código Civil, en el inciso 4 del mencionado artículo 968 establece que se extingue la propiedad por “abandono del bien durante 20 años, en cuyo caso pasa el predio al dominio del Estado”.

Por otra parte, el instituto de la prescripción adquisitiva, como se ha dicho, viene desde el derecho romano. Nuestro Código Civil se ocupa de este en el artículo 950 en los siguientes términos:

La propiedad inmueble se adquiere por prescripción mediante la posesión continua, pacífica y pública como propietario durante diez años.

Se adquiere a los cinco años cuando median justo título y buena fe.

De modo sencillo, el abandono significa dejar inculto o sin explotación un predio rural, o, como señalan algunos autores, “la dejación” del predio, donde no hay más actores que el propietario negligente. En cambio, en la prescripción adquisitiva lo que tenemos es la combinación de la inactividad del propietario sumada a la actividad y diligencia de un nuevo poseedor, que con el transcurso del tiempo se va a convertir en el nuevo titular del derecho de propiedad. Figallo (1994b) lo explica de esta manera:

La diferencia entre la usucapión y el abandono es manifiesta, pues aquella requiere que el predio se encuentre poseído por un tercero sin vínculo contractual con el propietario mientras que para hacer lugar a éste el predio no debe estar poseído por el propietario ni por otra persona. (p. 83)

En el ámbito agrario, el instituto del abandono tuvo un tratamiento especial. El artículo 8 del Texto Único Concordado del Decreto Ley 17716 (Ley de Reforma Agraria) estableció que “las tierras abandonadas por sus dueños quedan incorporadas al dominio público. El abandono de un predio rústico se produce cuando su dueño lo ha dejado inculto durante tres años consecutivos”.

Dicha norma del derecho agrario tuvo influencia muy importante durante varias décadas, incluso luego de haberse derogado la Ley de Reforma Agraria. Así, el Decreto Legislativo 653, aprobado en julio de 1991, rebajó en su artículo 22 el tiempo para declarar el abandono de tierras y agregó una nueva causal:

El abandono de tierras se produce cuando su dueño lo ha dejado inculto durante dos (2) años consecutivos. Asimismo, se consideran tierras abandonadas aquellas tierras rústicas cuyos conductores las destinen ilegalmente para habilitación urbana, elaboración de materiales de construcción u otros fines no agrícolas, sin cumplir lo dispuesto en el artículo 20 de la presente Ley.

Años después, en julio de 1995, al aprobarse la “Ley de la inversión privada en el desarrollo de las actividades económicas en las tierras del territorio nacional y de las comunidades campesinas y nativas”, número 26505, el tratamiento del abandono de tierras sufrió una sustancial modificación en su artículo 5:

El abandono de tierras, a que se refiere el Artículo 88 segundo párrafo de la Constitución Política del Perú, sólo se refiere a las tierras adjudicadas en concesión por el Estado, en los casos de incumplimiento de los términos y condiciones de aquella.

Advertimos en la última norma citada una seria inconsistencia. El abandono, al que la Ley 26505 pretende regular, conforme dispone la Constitución está referido a una relación jurídica distinta del derecho de propiedad (a la que el artículo 88 de la Constitución se refiere). En este caso, la aludida ley se refiere a la concesión, que es un derecho administrativo en el cual el titular no es propietario, sino precisamente un concesionario. Mal puede, pues, aplicarse la limitación del derecho de propiedad, que concluye con la pérdida de ese derecho, a los concesionarios. Pero tampoco, atendiendo a la literalidad de la disposición legal, podría aplicarse el abandono a los propietarios, más aún si la expresión usada es claramente limitativa: “Sólo se refiere a las tierras adjudicadas en concesión”. Así fue señalado en una publicación de aquellos años (Del Castillo, 1997):

Ahora, con esta ley, el abandono se aplicará solamente a aquellos predios que hubieran sido adjudicados en concesión por el Estado (...) Salvo el caso de las comunidades nativas, de todos aquellos que tengan tierras forestales en concesión y de los que tienen eriazas en concesión, no se podrá declarar en abandono las tierras de la gran mayoría de agricultores, así no las usen. (pp. 15-16)

Volviendo al tema de la imprescriptibilidad de las tierras de las comunidades campesinas y nativas, regulado en nuestra Constitución, debemos referirnos al Decreto Legislativo 667, aprobado también en 1991, el cual creó el Registro de Predios Rurales. En dicha ley se regulaba una forma simplificada para acceder y formalizar la propiedad sobre predios rurales, sea de tierras del Estado como de particulares. Lo que allí se estableció fue una nueva forma de prescripción adquisitiva, sin intervención de las autoridades judiciales, que por lo mismo se denominó “prescripción administrativa”. El artículo 22 de dicho Decreto Legislativo (actualmente derogado) señaló:

Quien esté poseyendo y explotando económicamente un predio rural de propiedad de particulares en forma directa, continua, pacífica, pública y como propietario, por un plazo mayor de 5 años, podrá solicitar la inscripción de su derecho de posesión en el Registro Predial.

Si la Ley 26505 supuso un giro sustancial en el tratamiento del abandono de tierras, en 1997, al aprobarse la “Ley de titulación de las tierras de las comunidades

campesinas de la costa”, Ley 26845, se produjo un cambio aún más drástico. En efecto, esta ley permite a los comuneros en posesión de tierras comunales, siguiendo los procedimientos simplificados que allí se desarrollan, adquirir la propiedad de dichas tierras. Pero eso no es lo realmente cuestionable, sino que el artículo 7 de esta misma ley permite una suerte de prescripción adquisitiva más breve aún sobre tierras de comunidades de la costa, de solo dos años, tratándose de terceros sin vínculo contractual, es decir, de poseedores precarios:

Para la adquisición en propiedad, de tierras de las Comunidades Campesinas de la Costa, que ocupan terceros poseedores por un período no menor de dos años sin relación contractual, se requiere del voto favorable de no menos del treinta por ciento (30 %) de los comuneros calificados de la comunidad, asistentes a la Asamblea General, sea en primera o segunda convocatoria.

Más grave aún resulta lo que establece el artículo 10 de esta Ley 26845, lo que allí se denomina “abandono legal de tierras comunales”:

Procede declarar el abandono legal de las tierras de las Comunidades Campesinas de la Costa, de conformidad con los Artículos 88 y 89 de la Constitución Política del Perú, cuando terceros poseedores en condición de precarios las tengan dedicadas a la actividad agraria bajo explotación económica, pública, pacífica e ininterrumpida por un plazo no menor de dos (02) años a la fecha de presentación de la solicitud de declaración de abandono y de acuerdo a lo previsto en el artículo 27 del Decreto Legislativo N° 667 siempre que ofertada la compra por dichos poseedores precarios, esta no se hubiera concertado con la comunidad. La posesión de la tierra y la explotación económica, serán acreditados con los elementos de prueba requeridos por el artículo 26 excepto el señalado en el inciso b.6 del Decreto Legislativo N° 667, modificado por el Decreto Legislativo N° 889.

El aludido artículo 27 del Decreto Legislativo 667 se refiere a las pruebas de explotación económica, precisamente una de las condiciones que el artículo 22, que citamos unos párrafos más arriba, establece para que proceda la prescripción administrativa. No solo ello, sino que abiertamente se estipula que dichos poseedores deben encontrarse en el predio “en condición de precarios”, cuando la doctrina de derecho civil sostiene que los precarios no pueden adquirir la propiedad por prescripción. En efecto, el profesor Alberto Vásquez (1994, 167), citando a Jorge Eugenio Castañeda, afirma que:

Es poseedor precario quien detenta el inmueble o mueble, no como dueño, sino a nombre o en lugar del dueño. Añade que la Posesión y la posesión precaria son dos situaciones radicalmente distintas; el poseedor precario nunca será considerado poseedor, por ello mismo, el vicio de la posesión precaria es permanente y aquél no habrá de usucapir jamás.

El profesor Pedro Grández (2021) coincide en detectar un mal uso de las figuras jurídicas, cuando sostiene que, así, “al menos en la comunidad de la costa, la figura de la prescripción se ha ‘transformado’ legalmente, y para causar menos alarma social, se apela a otros mecanismos que surten, en el terreno práctico, los mismos efectos” (p. 537).

Pero hay más. La Ley 28685 amplió los beneficios de esa cuestionable forma de abandono de tierras comunales del artículo 10 de la Ley 26845 a quienes acrediten posesión y residencia con fines de vivienda, lo cual será abordado en el numeral 5.4.4 de este mismo capítulo, por su mayor relación con el tema allí tratado.

De esta forma, vemos que el contenido constitucionalmente protegido de la autonomía de las comunidades, en lo que respecta al uso y a la libre disposición de sus tierras, es abiertamente desconocido en nuestra práctica, mediante la aprobación de leyes que contradicen no solo el objetivo, sino la propia literalidad de la disposición constitucional. Ello es así pues el confundir intencionalmente la figura del abandono de tierras, prevista en la Constitución, con la prescripción extintiva resulta una manifiesta y hasta grosera violación de la autonomía de las comunidades, más aún si inicialmente se estableció para las comunidades campesinas de la costa y luego se generalizó a todas las demás comunidades campesinas.

En ese sentido, Luis Castillo (2010) se pregunta si es posible que el Constituyente agregue concreciones que no son especificaciones del contenido esencial. Él mismo se responde así: “Teóricamente es posible que esto ocurra en dos situaciones: cuando además de la fórmula genérica, el Constituyente agrega una determinación que no brota de la esencia del derecho, primero; y segundo, que la contradiga” (p. 97). En este segundo supuesto, valiéndose de un ejemplo, el autor afirma: “Este último contenido [sic] vendría a estar conformado por el contenido esencial más la concreción, con el añadido que la concreción sería la negación de la esencia del derecho, es decir, supondría su desnaturalización”. Unos párrafos más adelante comenta:

Esto quiere decir que una hipotética tal disposición no deberá tenerse como legítima; por el contrario, en la medida que no da lo que a la persona corresponde

por ser persona, se convierte en una disposición injusta y, por ello, no vinculante jurídicamente. La ineficacia de la disposición sería manifiesta. Es así que debe mantenerse la posibilidad de considerar que no necesariamente toda disposición constitucional será jurídicamente válida, sino que hay que tener como válida la posibilidad de que alguna disposición de la Constitución que agrede el contenido esencial de un derecho humano (realidad suprapositiva), sea considerada ineficaz. (L. Castillo, 2010, p. 97)

5.4. Limitaciones para la titulación de los territorios comunales

La titulación de tierras, o en general el saneamiento de ellas, es un compromiso del Estado peruano con las comunidades que este ha incumplido flagrantemente. Ya la Constitución de 1933 establecía en su artículo 208 la obligación del Estado de organizar esto en un sistema registral adecuado: (“El Estado garantiza la integridad de la propiedad de las comunidades. La ley organizará el catastro correspondiente”).

La legislación específica para comunidades nativas menciona también esta obligación estatal. El artículo 10 del Decreto Ley 22175 afirma con toda precisión: “El Estado garantiza la integridad de la propiedad territorial de las Comunidades Nativas levantará el catastro correspondiente y les otorgará títulos de propiedad”. A continuación, el artículo hace una distinción respecto de las comunidades que tuvieran carácter sedentario y aquellas que realicen migraciones estacionales. Sobre ello nos ocuparemos en detalle más adelante, al abordar el numeral 5.4.4.

La Ley General de Comunidades Campesinas, por su parte, deriva a la Ley de Deslinde y Titulación la definición de las tierras comunales. Esta última ley, en su artículo 1 señala: “Decláranse de necesidad nacional e interés social, el deslinde y la titulación del territorio de las Comunidades Campesinas”.

Se sabe que la informalidad es una de las características de nuestra economía. La falta de inscripción en los Registros Públicos es una manifestación de esa informalidad, lo que llevó a que, durante el gobierno de Fujimori, con el apoyo del Instituto Libertad y Democracia y del Banco Mundial, se estableciera primero un Registro de Pueblos Jóvenes y Urbanizaciones Populares y luego un Registro de Predios Rurales, siguiendo procedimientos simplificados. Posteriormente se crearon el Organismo de Formalización de la Propiedad Informal (COFOPRI) y el desaparecido Proyecto Especial de Titulación de Tierras y Catastro Rural (PETT), para impulsar el saneamiento físico y legal de las propiedades urbanas y rurales, respectivamente.

En el ámbito rural, sucesivos gobiernos, desde la década de 1990, recibieron el apoyo financiero del Banco Interamericano de Desarrollo (BID) para llevar adelante tres

programas masivos de saneamiento de la propiedad rural, primero en la costa y luego en todo el país, llamados Proyecto de Titulación y Registro de Tierras (conocidos por sus siglas de PTRT). Asimismo, en años recientes, con el apoyo de entidades intergubernamentales, de Gobiernos europeos y de la cooperación internacional privada, se ejecutaron numerosos proyectos de saneamiento de la propiedad de comunidades nativas en la región amazónica, conforme se muestra en una guía para la titulación de comunidades nativas (Monterroso et al., 2019, pp. 14-15). Los resultados de dichos esfuerzos no han logrado superar los problemas de falta de titulación, tanto a nivel de las propiedades particulares como de la propiedad de las comunidades campesinas y nativas.

Cabe aquí recordar que la información oficial relacionada con las comunidades es muy deficiente en el país, al punto que “ni siquiera hay acuerdo con respecto al número de comunidades, menos aún con respecto a cuántas están reconocidas y cuántas tituladas” (CEPES, 2021, p. 11). La misma fuente consigna que, según información de la Dirección General de Saneamiento de la Propiedad Agraria y Catastro Rural (DIGESPACR) del Ministerio de Desarrollo Agrario y Riego, a julio de 2021 existían 6273 comunidades campesinas reconocidas, de las cuales estaban tituladas 5500; en el caso de las comunidades nativas, había a esa fecha 2257 comunidades nativas reconocidas y 1632 tituladas (CEPES, 2021, p. 12).

Los avances técnicos en materia de saneamiento y registro de la propiedad llevan a considerar la necesidad de georreferenciación de los derechos de propiedad (usando coordenadas UTM), de modo que no basta la inscripción registral, sino que los respectivos títulos indiquen las correspondientes coordenadas geográficas, de modo de tener una ubicación indubitable de sus predios, evitando superposiciones y, por tanto, dotando a los propietarios de la mayor seguridad jurídica que la ley reconoce. Aquí es cuando la situación de las comunidades resulta más comprometida, pues usando los mismos datos de la DIGESPACR, a julio de 2021, se tendría que “considerando tan solo el total de las comunidades tituladas, el 86,8 % de las campesinas no están georreferenciadas, lo mismo que el 53,5 % de las comunidades nativas” (CEPES, 2021, pp. 12-13). La situación se agrava si consideramos el total de comunidades reconocidas.

Como veremos en el apartado 5.6 de este capítulo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado reiteradamente que el respeto del derecho de propiedad sobre las tierras y territorios de las comunidades y pueblos indígenas es un elemento fundamental para el mantenimiento de la cultura y el modo de vida de dichas organizaciones y que ello exige además a los Estados que les otorguen títulos con pleno valor jurídico y además que esos derechos estén claramente delimitados.

Pese a ello, en las páginas siguientes veremos algunas complicaciones adicionales que afectan el derecho de las comunidades campesinas y nativas para lograr el saneamiento y titulación de la integridad de sus territorios.

5.4.1. Las tierras eriazas de la comunidad y su definición

La definición de tierras eriazas es consistente en nuestra legislación. La norma más reciente sobre el tema está contenida en el reglamento de la Ley 26505: son tierras eriazas con aptitud agropecuaria las no explotadas por falta o exceso de agua (artículo 7 del Decreto Supremo 011-97-AG). Por sus características geográficas (la falta de lluvia), en la costa peruana es donde se encuentra la mayor cantidad de tierras eriazas, aunque también hay eriazas en la región selvática, considerando como tales las tierras inundables por los ríos.

Desde por lo menos inicios del siglo pasado se estableció que las tierras eriazas son de dominio del Estado con una sola excepción: las tierras de las comunidades de indígenas, ahora conocidas como comunidades campesinas y nativas.

Precisamente, en el primer párrafo del artículo 2 de la “Ley de deslinde y titulación del territorio de las comunidades campesinas” se estableció que el territorio comunal está conformado por las tierras originarias de la comunidad, las que adquiera por el derecho común y agrario y las adjudicadas por la reforma agraria. De esas tres formas de adquisición, la única que requería de precisiones era la tercera. Por ello, el mismo párrafo continúa afirmando que “las tierras originarias comprenden las que la Comunidad viene poseyendo, incluyendo las eriazas, y las que indican sus títulos”. Encontramos aquí una clara disposición tuitiva del derecho de las comunidades campesinas, pues, como se mencionó líneas más arriba, las eriazas son precisamente tierras que no se pueden explotar por falta o exceso de agua, por lo cual, en términos agrarios, no podría haber posesión por parte de la comunidad, al no haber explotación económica de las mismas. La norma es muy clara y, por lo demás, la Ley de Deslinde y Titulación puede considerarse una ley especialísima, un complemento de la Ley General de Comunidades Campesinas, ambas publicadas en 1987.

La manifiesta preferencia a favor de las comunidades que establecieron las normas sobre tierras eriazas fue alterada inicialmente en julio de 1991 por el Decreto Legislativo 653, que dispuso que “la propiedad de las tierras eriazas, sin excepción, corresponde al Estado”. El reglamento del referido decreto legislativo (Decreto Supremo 048-91-AG) agravó más el problema, al señalar que, “de conformidad con lo

dispuesto en el Artículo 118 de la Constitución Política y el Artículo 23 de la Ley, las tierras eriazas del territorio nacional, sin excepción alguna, pertenecen al Estado”⁷.

La Ley 26505, en 1995, se refirió originalmente a las tierras eriazas en la segunda Disposición Complementaria con este texto: “A partir de la fecha de vigencia de la presente Ley, el Estado procederá a la venta de las tierras eriazas de su dominio en subasta pública”. Esa Disposición Complementaria fue cambiada hasta en dos oportunidades, pero esa primera parte se mantuvo igual, por lo que destacamos que se abría un margen para la interpretación, puesto que cabría entender que la norma se refiere a las eriazas “de su dominio”, con lo cual se reconocería que había otras tierras eriazas que no eran de dominio del Estado. Sin embargo, en el artículo 9 del reglamento de la Ley 26505 se dispuso que “las tierras eriazas con aptitud agropecuaria son de dominio del Estado, salvo aquellas sobre las que exista título de propiedad privada o comunal”, lo que implicaba, de un lado, el reconocimiento del derecho de propiedad de las comunidades sobre tierras comunales, pero, de otra parte, se les exigiría contar con un título de propiedad comunal sobre dichas tierras para acreditar su derecho.

El Decreto Legislativo que promueve la inversión privada en proyectos de irrigación para la ampliación de la frontera agrícola, Decreto Legislativo 994, publicado en marzo de 2008, endureció aún más el tratamiento de las tierras eriazas de las comunidades al señalar en su artículo 3.2 que, “para los fines de esta norma, las tierras eriazas con aptitud agrícola son de dominio del Estado, salvo aquellas sobre las que exista título de propiedad privada o comunal *inscrito en los Registros Públicos* [énfasis añadido]”. Tomando en cuenta los datos que presentamos en las páginas anteriores sobre la falta de formalidad en que se encontraba la mayoría de las comunidades, era evidente que se estaban recortando aquí las posibilidades de defensa de las tierras comunales. Por ello, mediante el Decreto Legislativo 1064, en junio del mismo año, se modificó dicho artículo, con esta redacción: “Para los fines de esta norma, las tierras eriazas con aptitud agrícola son de dominio del Estado, salvo aquéllas sobre los que exista título de propiedad privada o comunal”, volviéndose a los términos en que el tema era regulado por el reglamento de la Ley 26505. Al año siguiente, el Decreto Legislativo 1064 fue derogado por la Ley 29382, pero ello no significó que el texto del Decreto Legislativo 994 recobrara vigencia, pues, en virtud del artículo I del Título

⁷ El artículo 118 de la Constitución de 1979 rezaba así: “Los recursos naturales, renovables y no renovables, son patrimonio de la Nación. Los minerales, tierras, bosques, aguas y, en general, todos los recursos naturales y fuentes de energía, pertenecen al Estado. La ley fija las condiciones de su utilización por este y de su otorgamiento de los particulares”.

Preliminar del Código Civil, “por la derogación de una ley no recobran vigencia las que ella hubiere derogado”.

Ante la pregunta de qué es lo que motivó el cambio en una tradición legislativa que se había mantenido firme durante cerca de un siglo, encontramos algunas respuestas en la publicación de CEPES citada anteriormente (2021):

El interés por las tierras eriazas de las comunidades de la costa se explica porque son tierras mayormente planas, cercanas a puertos y aeropuertos, las que mediante obras de irrigación pueden convertirse en tierras productivas. El gran desarrollo de la agricultura de exportación ha sido posible, en las últimas décadas, sobre la base de tierras desérticas (o de bosque seco, como en Olmos), irrigadas con fondos públicos, más el apoyo de una serie de incentivos.

En el caso de las comunidades nativas ocurre una situación similar con las tierras inundables, que, sin embargo, son muy ricas porque pueden aprovecharse agrícolamente una vez que baja el nivel de las aguas. Las autoridades pretendían declararlas eriazas para poder adjudicarlas a particulares. (p. 37)

En otra publicación de Alejandro Diez (2023), encontramos un recuento exhaustivo de las distintas formas en que las comunidades campesinas de la costa han ido perdiendo sus tierras, especialmente las tierras eriazas, en virtud del tráfico de tierras con distintos fines: para su uso productivo, agropecuario (para ganadería y sobre todo para instalar cultivos destinados a la exportación), industrial y, muy especialmente, de vivienda. Aludiendo a otros estudios, Diez menciona que el tráfico de tierras está considerado entre las más importantes “economías ilegales” en el Perú. Entre algunas de las condiciones que facilitan este proceso, Diez apunta:

De un lado, la debilidad de los detentores de las tierras (sean estos individuos particulares, comunidades campesinas o el propio Estado) que, en situación de marginalidad, vulnerabilidad y/o escasez de recursos, no tienen los elementos suficientes para proteger su patrimonio frente a otros agentes mejor posicionados, con mayor capital y más recursos institucionales y políticos. (2023, p. 8)

Para ilustrar la información recogida en el mencionado libro, Diez revisa con mayor detalle tres casos: el de la Comunidad de Santo Domingo de Catacaos, la Comunidad de Jicamarca y el caso de las playas del sur de Lima. Llama la atención el primer caso, el de la comunidad campesina de Catacaos, en Piura, una de las primeras en ser reconocidas durante la Colonia. Bruno Revesz (1992) da cuenta del reconocimiento de esta comunidad de indígenas en un solo título, junto con las

comunidades de Sechura, Colán y Olmos, por el virrey Blasco Núñez de Vela en 1544. Ese reconocimiento conjunto ha dificultado, a lo largo de décadas, que esas comunidades puedan sanear sus tierras, por lo que diversas dependencias del Estado vienen disponiendo de sus tierras, en base al desconocimiento de su derecho de propiedad y del uso que las entidades públicas vienen haciendo de esas tierras.

Un caso similar fue el de la Comunidad de Olmos, en el que, tras una infructuosa negociación, el gobierno de Fujimori emitió el Decreto Supremo 017-99-AG, que terminó confiscando 111 656 hectáreas con el argumento de que sus tierras no estaban saneadas (Del Castillo, 2013). El mencionado decreto supremo “incorporó al dominio del Estado las tierras eriazas identificadas dentro del referido ámbito de influencia”. Meses después, ese acto de despojo se consolidó, al aprobar el Congreso la Ley 27172, la cual otorgó fuerza de ley al referido decreto supremo.

De este modo, tierras que las comunidades han considerado como propias durante mucho tiempo, incluso siglos, apoyadas en títulos coloniales y amparadas por normas que hacen parte del bloque de constitucionalidad, como son la “Ley de deslinde y titulación del territorio de las comunidades campesinas” y el Convenio 169 de la OIT, son dejadas de lado en normas infraconstitucionales.

5.4.2. Las tierras de bosques

Nos vamos a ocupar ahora de otro aspecto que afecta de forma muy seria el derecho de propiedad del territorio de las comunidades nativas, relacionado con el proceso de titulación de las tierras de las comunidades nativas asentadas en la Amazonía.

Como hemos mencionado anteriormente, la Constitución de 1933 garantizaba la integridad de la propiedad de las comunidades de indígenas en su artículo 208. La primera “Ley de comunidades nativas y de promoción agropecuaria de regiones de selva y ceja de selva”, el Decreto Ley 20653, promulgado en junio de 1974, reguló en el artículo 9 ese derecho de dichas comunidades:

El Estado garantiza la integridad de la propiedad territorial de las Comunidades Nativas: levantará el catastro correspondiente y les otorgará títulos de propiedad.

Para la demarcación del territorio de las Comunidades Nativas, se tendrá en cuenta lo siguiente:

a. Cuando hayan adquirido carácter sedentario. la superficie que actualmente ocupa;

- b. Cuando realizan migraciones estacionales, la totalidad de la superficie donde acostumbran efectuarlas; y
- c. Cuando posean tierras en cantidad insuficiente se les adjudicará el área que requieran para la satisfacción de las necesidades de su población.

Resulta bastante evidente que, recogiendo la disposición constitucional entonces vigente, citada líneas más arriba, la referida Ley de Comunidades Nativas dispuso el reconocimiento y el otorgamiento de títulos de propiedad a las comunidades nativas sobre el íntegro de sus tierras, sin distinguirlas en cuanto al uso de estas o sobre su capacidad de uso mayor, como en alguna conversación personal me lo comentara Francisco Ballón. Esa información es confirmada por Ortega (2014), al afirmar que durante la vigencia del Decreto Ley 20653 “se demarcó y otorgó títulos de propiedad indistintamente sobre tierras agropecuarias como forestales a favor de comunidades nativas” (p. 31).

Cuatro años después, en mayo de 1978, se publicó la “Ley de comunidades nativas y de desarrollo agrario de la selva y de ceja de selva”, Decreto Ley 22175, derogándose el Decreto Ley 20653. La nueva norma también afirma que “el Estado garantiza la integridad de la propiedad territorial de las Comunidades Nativas, levantará el catastro correspondiente y les otorgará títulos de propiedad” y repite con ligeras modificaciones el texto de la norma derogada:

Para la demarcación del territorio de las Comunidades Nativas, se tendrá en cuenta lo siguiente:

- a) Cuando hayan adquirido carácter sedentario, la superficie que actualmente ocupan para desarrollar sus actividades agropecuarias, de recolección, caza y pesca; y
- b) Cuando realicen migraciones estacionales, la totalidad de la superficie donde se establecen al efectuarlas.

El cambio real se hace evidente cuando revisamos el artículo siguiente, en el que se introduce una distinción que la primera ley de comunidades nativas no contenía: “La parte del territorio de las Comunidades Nativas que corresponda a tierras con aptitud forestal, les será cedida en uso y su utilización se regirá por la legislación sobre la materia”. No importa, por tanto, que el artículo anterior anuncie que se les otorgará títulos de propiedad sobre las tierras que ocupan, sobre las que desarrollen “actividades agropecuarias, de recolección, caza y pesca” y sobre “la totalidad de la superficie” donde realicen migraciones estacionales: ahora solo se les otorgarán títulos sobre aquellas donde realicen sus actividades agropecuarias.

El nuevo esquema se concreta en el inciso e) del artículo 5 del reglamento del Decreto Ley 22175 (aprobado por Decreto Supremo 003-79-AA), que detalla el procedimiento para la demarcación del territorio comunal:

Consentida o ejecutoriada la Resolución, el Ministerio de Agricultura y Alimentación mediante Resolución Ministerial, aprobará el procedimiento de demarcación y dispondrá que la Dirección General de Reforma Agraria y Asentamiento Rural otorgue el Título de Propiedad sobre las tierras con aptitud para el cultivo y la ganadería, asimismo, que la Dirección General Forestal y de Fauna otorgue el Contrato de Cesión en Uso sobre las tierras con aptitud forestal.

La explicación formal del cambio producido en el tratamiento de los territorios de las comunidades nativas, reconociéndoles solamente propiedad sobre las tierras con aptitud para el cultivo y la ganadería, estaría en la aprobación de la Ley Forestal y de Fauna Silvestre (Decreto Ley 21147, de mayo de 1975), promulgada casi un año después de haberse puesto en vigencia la Ley de Comunidades Nativas. La referida Ley Forestal y de Fauna Silvestre dispuso, en su artículo 1, que “los recursos forestales y la fauna silvestre son del dominio público y no hay derechos adquiridos sobre ellos”. Con ello mejoraba lo que el Decreto Ley 14552, que creó el Servicio Forestal y de Caza dentro del Ministerio de Agricultura, había establecido en 1963: “La propiedad de los bosques y terrenos forestales del Estado es imprescriptible” (artículo 20).

Ortega (2014) anota que, a pesar de la existencia de la distinción que hizo el Decreto Ley 22175, en la práctica las autoridades no cumplían con la obligación de extender los contratos de cesión en uso, dejando en la indefensión a las comunidades, incumplimiento que se dio incluso en los años en que estuvo en funciones el desaparecido Instituto Nacional de Recursos Naturales (INRENA), dependencia del Ministerio de Agricultura:

Algo que es importante mencionar aquí es que durante la existencia del INRENA, dichos contratos de cesión en uso en la práctica no se han estado suscribiendo, esto porque los funcionarios responsables decían no tener las facultades para hacerlo, en tanto que ni en la Ley Forestal y de Fauna Silvestre ni en su reglamento estaba prevista esta función, no obstante a que el Decreto Ley N° 22175 y su reglamento establecen claramente que las áreas de protección y forestales se otorgarán en cesión de uso a las comunidades. (p. 55)

No puede obviarse que la Constitución de 1933 prescribía en su artículo 37 que “las minas, tierras, bosques, aguas y, en general, todas las fuentes naturales de riqueza pertenecen al Estado, salvo los derechos legalmente adquiridos”, lo que el texto

constitucional de 1979, con algunas mejoras, repitió en el artículo 118: “Los recursos naturales, renovables y no renovables, son patrimonio de la nación. Los minerales, tierras, bosques, aguas y, en general, todos los recursos naturales y fuentes de energía, pertenecen al Estado”. La vigente Constitución reitera en su artículo 66 la disposición de que los recursos naturales, tanto renovables como no renovables, sin enumerarlos, son patrimonio de la nación.

El reconocimiento de propiedad de las tierras de las comunidades nativas se ha complicado mucho por la exigencia, entre otros requisitos, de estudios de tierras para definir la capacidad de uso mayor y poder determinar el área a otorgar mediante un título de propiedad y cuál otra tierra se debe otorgar mediante contrato de cesión en uso (Baldovino, 2016, p. 80). Como indica la guía para el proceso de titulación de comunidades nativas que mencionamos (Monterroso et al., 2019), para llegar a obtener y registrar el título de propiedad y el contrato de cesión en uso de las tierras de las comunidades nativas hay que pasar por 22 pasos, varios de ellos ante distintas dependencias públicas. Los autores de esa publicación advierten que, aunque se ha eliminado el análisis químico, se mantiene la exigencia de extraer calicatas (muestras del suelo) para clasificar la capacidad de uso de suelos, las que deben ser llevadas a un laboratorio y pagar allí sumas elevadas para cubrir ese estudio, además del alto costo de trasladar esas muestras de tierra (p. 11).

En un documento elaborado por Alberto Chirif, este investigador señala el distinto trato brindado a grandes empresas agroindustriales, que reciben tierras en propiedad con la única condición de mantener la cobertura boscosa en el 30 % del área, sin que se les exija el requisito de clasificación de suelos ni que se les otorgue tierras en cesión en uso, lo que considera un mecanismo discriminador. En el mismo documento, Chirif parece encontrar una motivación de los funcionarios encargados del saneamiento de tierras comunales para brindar ese distinto trato, lo que ha llevado a enfrentamientos violentos con colonos:

Aunque la ley reconoce que la parte cedida en uso hace parte del territorio comunal, muchos funcionarios han usado esta norma para negarle derechos a las comunidades y propiciar asentamientos de colonos sobre las áreas forestales, argumentando que ellas son propiedad del Estado y no de las comunidades.

Otros problemas que enfrentan las comunidades nativas para lograr el reconocimiento de sus derechos sobre sus territorios están relacionados con la superposición de bosques de producción permanente (los que son entregados a

particulares a través de concesiones forestales), así como la superposición de dichos territorios con áreas naturales protegidas. En el primer caso, la Resolución Ministerial 0547-2014-MINAGRI, de octubre de 2014, precisó que el procedimiento administrativo de demarcación y titulación de comunidades no podrá quedar suspendido por la superposición con áreas de dichos bosques. No obstante, dicha norma dispone que, una vez concluido el procedimiento de demarcación y titulación de una comunidad, el Gobierno regional correspondiente deberá informar a la Autoridad Nacional Forestal y de Fauna Silvestre la actualización realizada a la base cartográfica de las comunidades nativas, para la correspondiente actualización de la base cartográfica nacional.

El tema de la superposición de los territorios comunales con áreas naturales protegidas (ANP) es más complejo. Todas las ANP, con la única excepción de las áreas de conservación privadas, son de dominio público y no pueden ser adjudicadas en propiedad a particulares, según dispone el artículo 4 de la Ley 26834, de 1997, la Ley de Áreas Naturales Protegidas. El mismo artículo, sin embargo, en el supuesto que existiera un derecho de propiedad anterior al establecimiento del ANP, dispone que “cuando se declaren Áreas Naturales Protegidas que incluyan predios de propiedad privada, se podrá determinar las restricciones al uso de la propiedad del predio, y en su caso, se establecerán las medidas compensatorias correspondientes”. Este sería el caso de una comunidad campesina o de una comunidad nativa ya titulada, a la cual, conforme al texto que acabamos de citar, se le podría establecer restricciones al uso de su propiedad. El artículo siguiente de la Ley de Áreas Naturales Protegidas complementa esa situación estableciendo que “el ejercicio de la propiedad y de los demás derechos reales adquiridos con anterioridad al establecimiento de un Área Natural Protegida, debe hacerse en armonía con los objetivos y fines para los cuales éstas fueron creadas”. Vale decir, que al establecerse un ANP no se desconocería la existencia previa de la propiedad comunal, aunque sí se establecería restricciones sobre dichos territorios.

Abundando en las consideraciones anteriores, el artículo 31 de la Ley de Áreas Naturales Protegidas dispone dar atención prioritaria a asegurar los usos tradicionales y los sistemas de vida de las comunidades nativas y campesinas ancestrales que habitan en las Áreas Naturales Protegidas. Asimismo, el anterior Plan Director de Áreas Naturales Protegidas (Decreto Supremo 016-2009-MINAM), señalaba que el establecimiento de un ANP debe respetar los usos tradicionales de las comunidades campesinas o nativas en armonía con sus objetivos y fines de creación, a lo que añadía con toda claridad que la “superposición de ANP con territorios ancestrales y tierras de

los pueblos indígenas no es una limitante para el reconocimiento o titulación de dichos territorios a favor de los pueblos indígenas, por ser un derecho preexistente al establecimiento del ANP". El vigente Plan Director de Áreas Naturales Protegidas (Decreto Supremo 016-2024-MINAM), por su parte, incorpora el principio de justicia social, el cual "se refiere a la importancia de respetar derechos preexistentes a las ANP, así como los derechos de los pueblos indígenas y originarios" (p. 134).

Lo expuesto en los párrafos anteriores daría la impresión de que los derechos de las comunidades nativas se vienen respetando escrupulosamente, por lo menos en cuanto al reconocimiento de su derecho de propiedad, no así respecto de las áreas otorgadas mediante cesión en uso. La práctica, sin embargo, es otra, pues las gestiones que en tal sentido pueden impulsar las comunidades nativas se enfrentan con el desconocimiento y la falta de diligencia de las autoridades respectivas.

Concluimos este apartado afirmando que pese a la disposición de la norma constitucional, de normas de desarrollo constitucional y de tratados internacionales (concretamente del Convenio 169 de la OIT y de la Convención Americana de Derechos Humanos), el derecho al reconocimiento del derecho de propiedad de las comunidades nativas no se cumple en nuestro país y que esa suerte de sucedáneo, el de los contratos de cesión en uso, se consiguen luego de largos y complejos trámites, que pueden durar más de una década, como fue el caso de la comunidad de Saweto, logrado recién luego de que se produjera el asesinato del dirigente nativo Edwin Chota⁸.

5.4.3. Independización de anexos comunales y centros poblados

El tratamiento de los anexos de las comunidades es un tema muy poco estudiado y al cual la legislación no ha prestado mayor atención, generándose situaciones conflictivas al interior de las comunidades campesinas y de las comunidades nativas, que han conllevado también la erosión de la autonomía organizativa de estas organizaciones. Algo mencionamos sobre el tema en el capítulo anterior, al analizar la autonomía de las comunidades en cuanto a su organización interna, pero ahora lo analizaremos desde la perspectiva de sus derechos de propiedad.

Recordemos que el artículo 89 de la Constitución reconoce la autonomía de las comunidades en cuanto a su organización y en lo administrativo. En concordancia con ello, la Ley General de Comunidades Campesinas dispuso en el segundo párrafo del artículo 2 que "constituyen Anexos de la Comunidad, los asentamientos humanos

⁸ Véase esta nota de la Asociación Interétnica de Desarrollo de la Selva Peruana: <https://n9.cl/lzxxd>

permanentes ubicados en territorio comunal y reconocidos por la Asamblea General de la Comunidad”; el reglamento de la ley no desarrolló esta disposición.

De este modo, la Ley General de Comunidades Campesinas se apartó del tratamiento que el Estatuto Especial de Comunidades Campesinas en 1970, el Decreto Supremo 37-70-A, había dado al tema. El artículo 18 del Estatuto Especial lo tocaba en los siguientes términos: “El o los anexos de la Comunidad Campesina pueden pedir su separación de la Comunidad madre y obtener su personería jurídica cuando constituyan una unidad territorial socio-económica independiente”. El siguiente artículo facultaba a la Dirección de Comunidades Campesinas a aprobar la independización del anexo, pero con la condición de que “no cause perjuicio a la Comunidad madre previo informe de la Zona Agraria correspondiente”.

En los años posteriores a la aprobación de la Ley General de Comunidades Campesinas, distintos procesos impulsaron el incremento del número de comunidades campesinas, según describe Marlene Castillo (2004), y entre los más importantes la autora menciona:

La creciente integración de la producción campesina a los mercados y el de la municipalización del país, son procesos que han impulsado en muchos casos la conversión de los Anexos comunales en comunidades campesinas autónomas reconocidas, para aprovechar las ventajas principalmente económicas. (p. 34)

La autora menciona también la estrategia de sobrevivencia que adoptaron muchas comunidades en la denominada “mancha india” (los departamentos del centro y sur andino) de dividirse en comunidades “hijas” frente a las amenazas de Sendero Luminoso y en parte también de las fuerzas del orden (p. 38).

Hace algunos años nos preguntábamos: ¿cómo pudo reconocerse a anexos como nuevas comunidades si las normas no lo permitían? (Del Castillo, 2004, p. 102). La respuesta que esbozábamos allí era que, debido a la fuerte presión de los anexos por independizarse, los funcionarios del Ministerio de Agricultura buscaron la forma de responder a esos reclamos, aplicando en forma ultraactiva el Estatuto Especial de Comunidades Campesinas, pese a haber sido derogado tácitamente por la Ley General de Comunidades. Por ello anotábamos:

Pues bien, siendo fundamental el requisito de la aceptación de la comunidad de la independización del anexo, las intenciones de éste se frustran generalmente por la oposición entendible de la asamblea comunal. Es entonces que el problema se convierte en conflicto y no son pocos los casos de anexos que

pretenden recurrir a la vía judicial para exigir su derecho a independizarse. (Del Castillo, 2004, p. 102)

En el caso de las comunidades campesinas, el tema de los anexos involucra otro aspecto que requiere una revisión más profunda de las normas legales vigentes. Mencionamos ya que la “Ley de deslinde y titulación del territorio de las comunidades campesinas” define en su artículo 2 cuáles son las tierras de esas comunidades: las originarias, las adquiridas y las adjudicadas por la Reforma Agraria. Mostrando una deficiente técnica legislativa, el mismo artículo señala distintos casos de tierras que no se consideran como parte de la comunidad.

Originalmente la Ley de Deslinde y Titulación consignó cinco casos (incisos a, b, c, d y e), pero la Ley 26845, comentada en las páginas anteriores, agregó otros dos incisos y modificó el segundo. El inciso a) de ese artículo se refiere al caso de predios de terceros con títulos obtenidos antes del 18 de enero de 1920, es decir hasta antes de la declaración de inalienabilidad de tierras comunales dispuesta por la Constitución de 1920.

Los demás casos contemplados, incisos b) al e), resultan discutibles. Así, el inciso c) se refiere a tierras que el Estado hubiera utilizado para servicios públicos; el inciso d), a tierras de la comunidad que la Reforma Agraria hubiera adjudicado a terceros; y el inciso e), a tierras donde hubiera restos arqueológicos. Dichos incisos admiten excepciones, pero no las detallamos para concentrarnos en los casos contemplados en el inciso b) del artículo 2 de la ley. Decimos que son casos discutibles porque todos ellos significaron la decisión unilateral del Congreso de excluir esas tierras del dominio de las comunidades campesinas. En buena cuenta puede considerarse una suerte de confiscación, toda vez que la referida ley no estableció ninguna compensación por esa pérdida de derechos de las comunidades.

El inciso b) del artículo 2 de la Ley de Deslinde y Titulación merece mayor atención. Originalmente establecía que no se consideran tierras de la comunidad las “que se encuentren ocupadas por centros poblados o asentamientos humanos al 6 de marzo de 1987, salvo aquellas sobre las que se haya interpuesto acciones de reivindicación por parte de las comunidades campesinas antes de dicha fecha”. Pero la fecha límite para la aplicación de esta otra exclusión de la propiedad comunal fue modificada no una, sino varias veces: 31 de octubre de 1993 (mediante la Ley 26845, que agregó además otras prescripciones), 22 de marzo de 1996 (mediante la Ley 27046), 31 de diciembre de 2003 (por la Ley 28685), 31 de diciembre de 2004

(Ley 28687), 31 de diciembre de 2015 (Ley 31056) y últimamente el 31 de diciembre de 2015 (Ley 32293).

La última modificación a este inciso del artículo 2 de la Ley de Deslinde y Titulación se produjo mediante la Ley 32293, publicada el 8 de abril de 2025. Allí se recoge lo que ya la Ley 26845 había incluido y se agregan otros elementos. El texto vigente es el siguiente:

[No se consideran tierras de la Comunidad:]

Las tierras de aquellas comunidades campesinas que no tengan la condición de pueblo indígena u originario que se encuentren ocupadas por centros poblados o asentamientos humanos al 31 de diciembre de 2015, salvo aquellas sobre las que se haya interpuesto acciones de reivindicación por parte de las Comunidades Campesinas antes de dicha fecha. Las autoridades pertinentes procederán a formalizar y registrar las tierras ocupadas por los asentamientos humanos, con el fin de adjudicar y registrar la propiedad individual de los lotes a sus ocupantes.

Se exceptúan las tierras de los centros poblados que estén formados, dirigidos y gobernados por la propia Comunidad.

La estructura de la norma es compleja, pues se trata de una excepción al sentido principal del artículo 2 (la determinación de lo que son tierras de las comunidades), que a su vez admite una excepción (la excepción de la excepción).

Veamos primero lo relacionado a la excepcionalidad de la norma y la fecha límite que se ha ido modificando a lo largo de estos años. Como dijimos, se trata de una norma discutible, pues no hay una razón evidente para privar a las comunidades de sus tierras. Si la norma admite como excepción para evitar la pérdida de la propiedad comunal la interposición de acciones de reivindicación, entonces, se está admitiendo que quienes tienen la posesión son poseedores ilegítimos e incluso precarios. La única explicación a este contrasentido con la lógica tuitiva de la Ley de Deslinde y Titulación es que el legislador consideró que había un derecho en conflicto con el de la comunidad, en este caso el de los pobladores asentados en esas tierras, privilegiando así el derecho a la vivienda, recogido en el artículo 10 de la Constitución entonces vigente (“Es derecho de la familia contar con una vivienda decorosa”). Volveremos sobre este punto en los siguientes párrafos.

La afectación de tierras comunales se agravó con la inclusión en la Ley 26845 (la ley de titulación de comunidades campesinas de la costa) de un nuevo artículo y por la Ley 28685, ampliándose los beneficios de la cuestionable forma de abandono de

tierras comunales (en verdad prescripción), a la que nos referimos en el numeral 5.3 de este capítulo:

Artículo 10-A.- Procede declarar el abandono legal de las tierras de las Comunidades Campesinas de la Costa, de conformidad con los artículos 88 y 89 de la Constitución Política del Perú, cuando los poseedores precarios de los terrenos de propiedad comunal ubicados dentro del área urbana y de expansión urbana, acrediten única posesión permanente y residencia habitual del inmueble con fines de vivienda, por un plazo no menor de cinco años a la fecha de presentación de la solicitud de declaración de abandono, siempre que ofertada la compra por dichos poseedores precarios, ésta no se hubiera concertado con la comunidad.

Si esa discutible excepción al reconocimiento de los derechos de las comunidades campesinas podría haberse aceptado al momento de aprobarse la Ley de Deslinde y Titulación de comunidades campesinas, no encontramos justificación para que el plazo contemplado para legalizar el despojo de sus tierras se haya ampliado sucesivamente, como vimos unos párrafos más arriba. La única explicación que cabe es que los congresistas cedieron a presiones de familias asentadas ilegalmente en tierras comunales, alentadas por traficantes de terrenos. Precisamente, el tráfico de tierras se ha incrementado en los últimos años, sobre todo en la costa, y en especial afectando a tierras de las comunidades campesinas asentadas allí (Diez, 2023). Pero, las últimas normas mencionadas no solo han ampliado los plazos para permitir a asentamientos humanos hacerse de tierras comunales en la costa, sino que ellas, en forma encubierta han ampliado esa situación excepcional a todas las comunidades campesinas del país.

Pedro Castillo (2022) considera que al regularse el inciso b) del artículo 2 de la Ley 24657 se vulneró la Constitución de 1979, que establecía la imprescriptibilidad de las tierras comunales, al permitir que personas ajenas a la comunidad organizadas en asentamientos humanos se hicieran de la propiedad de tierras comunales si las habían ocupado durante un tiempo determinado, agregando que “el citado inciso convalidaba las usurpaciones de tierras comunales y su posesión precaria” (p. 19).

Hay un punto adicional que merece un comentario en la última modificación a la Ley de Deslinde y Titulación de tierras de comunidades campesinas, al que nos referimos en los párrafos anteriores. Es la expresión al inicio del actual inciso b) del artículo 2, donde se indica que no se consideran tierras de las comunidades “las tierras de aquellas comunidades campesinas que no tengan la condición de pueblo indígena u

originario que se encuentren ocupadas por centros poblados o asentamientos humanos”. La Ley 32293 parece dejar a salvo a las comunidades en tanto parte de los pueblos indígenas, pues la norma se aplicará a “las tierras de aquellas comunidades campesinas que no tengan la condición de pueblo indígena u originario”. Pero, la inmensa mayoría de comunidades campesinas se encuentra fuera de la Base de Datos Oficial de Pueblos Indígenas u Originarios que maneja el Ministerio de Cultura, pues el mencionado Ministerio aún está procesando la información del enorme universo de más de 6000 comunidades campesinas reconocidas oficialmente.

Al abordar este tema, nos hemos centrado en las comunidades campesinas. Recordemos, sin embargo, que en la región amazónica también existen comunidades campesinas reconocidas oficialmente, por lo que la ampliación del ámbito del inciso b) del artículo 2 de la Ley de Deslinde y Titulación las afecta también a ellas.

Adicionalmente, en la región amazónica el tema del reconocimiento de anexos comunales como comunidades nuevas también ha generado problemas, pues como mencionamos en las páginas anteriores, aprovechando no solo la existencia del proyecto para titulación de tierras comunales (parte del PTRT-3) sino también de los distintos proyectos ejecutados con fondos internacionales para el saneamiento de tierras de comunidades nativas, se incrementó el número de comunidades por titular.

En efecto, como expresaron las especialistas del CIFOR Iliana Monterroso y Anne Larson, resultaba problemático que se titule como comunidades nuevas a anexos de comunidades nativas. Esa opinión fue compartida por Ermeto Tuesta y Miguel Macedo, profesionales del Instituto del Bien Común, quienes consideraron que esos conflictos derivaban del afán de los funcionarios por cumplir las metas asignadas para el saneamiento de comunidades nativas en los distintos procesos de saneamiento a su cargo. Esas opiniones fueron vertidas en entrevistas realizadas durante un estudio realizado por encargo de la Unidad Ejecutora Gestión de Proyectos Sectoriales del Ministerio de Agricultura y Riego, en el marco de la implementación del Proyecto Catastro, Titulación y Registro de Tierras Rurales en el Perú, Tercera Etapa (PTRT-3).

Ahora bien, si como dijimos el inciso b) del artículo 2 de la “Ley de deslinde y titulación del territorio de las comunidades campesinas” plantea que la comunidad pierda parte de sus tierras para reconocer la propiedad de los asentamientos humanos, estaríamos frente a dos derechos fundamentales. Pero, si volvemos a centrar la discusión en torno al contenido constitucionalmente protegido de las comunidades, no podemos sino coincidir con la crítica que Luis Castillo formula a la teoría absoluta de los derechos fundamentales: “Dicho [más] claro: unas personas valdrán más que otras y

estarán por encima es [sic] éstas, en la medida que de unas se exige el sacrificio de su realización personal para favorecer el de las otras” (2010, p. 101). De manera más directamente aplicable al conflicto que acabamos de observar, el referido autor, al analizar la tensión entre el contenido constitucional y el contenido infraconstitucional de una norma, afirma:

Los derechos fundamentales de configuración legal no se abandonan por completo a las determinaciones que realice el Legislador, sino que de la Constitución misma brotan al menos las siguientes dos exigencias: primera, que la configuración legal que se establezca no haga perder la identidad del derecho que se trate; consecuentemente, y en segundo lugar, la configuración que decida el legislador no puede contener exigencias irrazonables que desnaturalicen el derecho mismo. (2010, p. 111)

En los distintos apartados de este numeral 5.4 nos hemos referido a diferentes situaciones que muestran la forma como la legislación nacional aborda el tema de las tierras de las comunidades campesinas y de las comunidades nativas. Queremos cerrar este numeral tratando de resumir los principales puntos allí tratados.

Así, al referirnos a las tierras eriazas de las comunidades, hemos visto que sin cambiar la definición de eriazos se ha eliminado la excepción de la propiedad de las comunidades de la regla general de que esas tierras pertenecen al Estado. Al exigirse a las comunidades contar con un título de propiedad para excluir sus tierras de la norma general, sin considerar la situación de falta de saneamiento físico legal que afecta a las comunidades (una responsabilidad del Estado), se pone a estas organizaciones en desventaja frente a los particulares e incluso frente a proyectos estatales; por tanto, se desconoce así el derecho constitucionalmente protegido que tienen ellas de conservar sus tierras y territorios.

El tratamiento de la legislación vigente sobre los bosques ha sufrido también modificaciones que afectan los derechos de propiedad de las comunidades, especialmente de las comunidades nativas. La entrega de contratos de cesión en uso sobre las tierras de bosques de las comunidades implica un retroceso legislativo y un desconocimiento de los derechos ancestrales de las comunidades, al reconocer tan solo derechos de propiedad sobre extensiones reducidas de los territorios reclamados por las comunidades, luego de complejos trámites (como se vio al abordar el capítulo 3). El tema se complejiza aún más cuando se trata de la superposición de los territorios comunales con bosques de producción permanente y con áreas naturales protegidas. En estos casos, hay algunas opciones que contempla la legislación, pero su acceso

resulta muy difícil y complicado para las comunidades. En síntesis, complicaciones que muestran el desconocimiento por las autoridades de los derechos de las comunidades al uso y control de sus tierras.

En el tema de la independización de los anexos comunales encontramos una irregular práctica administrativa al aplicar en forma ultraactiva el Estatuto Especial de Comunidades Campesinas, una norma derogada por la legislación posterior. Pero el problema principal se plantea con las sucesivas modificaciones que se han producido en uno de los incisos del artículo 2 de la “Ley de deslinde y titulación del territorio de las comunidades campesinas”. Lo que constituyó una norma discutible en el momento de aprobarse dicha ley, al legalizarse la confiscación de tierras comunales, se ha convertido en una práctica que viola el derecho de propiedad de las comunidades campesinas, al prorrogarse una situación excepcional hasta 2015, en beneficio de invasores de tierras comunales, para beneplácito de los traficantes de terrenos. Lo preocupante es que esos cambios normativos alcanzan ahora también a las comunidades nativas y pueden volver a prorrogarse.

5.5. El Convenio 169 de la OIT y otras normas internacionales

Tras la revisión de los diferentes aspectos que involucra el reconocimiento del derecho de propiedad sobre sus territorios como parte del derecho constitucionalmente protegido de las comunidades campesinas y nativas, en las líneas siguientes repasaremos los principales instrumentos internacionales que amparan dicho derecho. Esta revisión se concentrará en el reconocimiento del derecho sobre las tierras y territorios, recordando que en el capítulo 2 nos hemos referido a distintos instrumentos internacionales, pero enfocándonos allí en los relacionados con la autonomía de las comunidades y pueblos indígenas, de la que el reconocimiento del derecho sobre sus tierras o territorios es una parte.

Empecemos compartiendo una afirmación general de Pedro Castillo (2009):

No existe ningún instrumento jurídico internacional o tratado que se ocupe específica o expresamente sobre la condición jurídica del derecho a la tierra como derecho humano (...) Sin embargo, sí ha sido desarrollado e introduce dicho concepto para el caso de las comunidades de indígenas y poblaciones tribales. (p. 19)

La Declaración Universal de los Derechos Humanos reconoce en su artículo 17 el derecho de toda persona a “la propiedad, individual y colectivamente”. Ni el PIDCP ni el PIDESC desarrollaron ese derecho. Sin embargo, debe precisarse que el PIDCP admite la posibilidad de no se restrinjan derechos por el hecho de no estar reconocidos

o estar reconocidos en menor grado en ese Pacto (artículo 5, inciso 2). Adicionalmente, el texto del artículo 17 del PIDCP, que citamos a continuación, ha permitido que la Corte Interamericana de Derechos Humanos lo invoque para amparar el derecho a la tierra de las comunidades indígenas:

En los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que les corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma.

Siguiendo con el PIDESC, en su artículo 11, inciso 1, reconoce “el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia”. Ese artículo fue desarrollado posteriormente en la Observación General 12 del año 1999⁹, destacando “el papel del derecho a la tierra como un problema por resolver previamente si se quiere llegar a cumplir con el objetivo de lograr una alimentación adecuada para las personas” (P. Castillo, 2009, p. 22). Las observaciones generales son documentos mediante los cuales el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas formula recomendaciones sobre cualquier cuestión que afecte a los derechos económicos, sociales y culturales, recogidos en el PIDESC, y a las que, en su opinión, los Estados parte deberían prestar más atención. En concreto, la referida Observación General 12, al referirse a la accesibilidad de los alimentos señaló, al final del numeral 13: “Son especialmente vulnerables muchos grupos de pueblos indígenas cuyo acceso a las tierras ancestrales puede verse amenazado”.

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, de 1948, reconoce en su artículo XXIII que “toda persona tiene derecho a la propiedad privada”. Mucho más enfático resulta el tratamiento del tema por la Convención Americana sobre Derechos Humanos, suscrita en San José de Costa Rica en 1969. En su artículo 21 se establece que:

1. Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social.

⁹ Se puede revisar en <https://n9.cl/dcat0>

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.

Esa norma de la convención, como veremos en el numeral siguiente, ha dado lugar a una importante jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, expresada en el reconocimiento de los derechos de las comunidades y pueblos indígenas sobre sus territorios.

En el ámbito de la Comunidad Andina se cuenta con la Carta Andina para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos, suscrita por los presidentes de Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela en julio de 2002. En el artículo 37 de dicho instrumento, se señala que los países miembros de la Comunidad Andina:

Reconocen que los pueblos indígenas y comunidades de afrodescendientes, además de los derechos humanos que poseen sus miembros como ciudadanos a título individual, gozan como grupos humanos de raíz ancestral, de derechos colectivos, cuyo ejercicio en común promueve su continuidad histórica, la preservación de su identidad y su desarrollo futuro.

El artículo 38 de la mencionada Carta Andina contiene un breve listado de derechos que reconocen los cinco países firmantes de ese instrumento:

Reconocen, igualmente, que los pueblos indígenas y comunidades de afrodescendientes, dentro del marco de las legislaciones nacionales y de la normativa sobre derechos humanos, tienen derecho a mantener y desarrollar sus identidades y costumbres en lo cultural, espiritual, político, económico y jurídico; a la propiedad y posesión de las tierras o territorios que tradicionalmente ocupan; a no ser desplazados de ellos y a retornar en caso de serlo.

No podemos cerrar este apartado sin mencionar dos importantes instrumentos de derechos humanos. Nos referimos en primer término al Convenio 169 de la OIT, mencionado varias veces a lo largo de este trabajo. En efecto, la Parte II de dicho Convenio está dedicada a las “Tierras” y comprende siete artículos, de los que transcribimos dos de ellos:

Artículo 13

1. Al aplicar las disposiciones de esta parte del Convenio, los gobiernos deberán respetar la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios, o con

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

2. La utilización del término “tierras” en los artículos 15 y 16 deberá incluir el concepto de territorios, lo que cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna otra manera.

Artículo 14

1. Deberá reconocerse a los pueblos interesados el derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan. Además, en los casos apropiados, deberán tomarse medidas para salvaguardar el derecho de los pueblos interesados a utilizar tierras que no estén exclusivamente ocupadas por ellos, pero a las que hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia. A este respecto, deberá prestarse particular atención a la situación de los pueblos nómadas y de los agricultores itinerantes.

2. Los gobiernos deberán tomar las medidas que sean necesarias para determinar las tierras que los pueblos interesados ocupan tradicionalmente y garantizar la protección efectiva de sus derechos de propiedad y posesión.

3. Deberán instituirse procedimientos adecuados en el marco del sistema jurídico nacional para solucionar las reivindicaciones de tierras formuladas por los pueblos interesados.

Asimismo, destacamos la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, aprobada por la Asamblea General en 2007. La referida Declaración se ocupa de las tierras de los pueblos indígenas, especialmente en el artículo 26:

1. Los pueblos indígenas tienen derecho a las tierras, territorios y recursos que tradicionalmente han poseído, ocupado o utilizado o adquirido.

2. Los pueblos indígenas tienen derecho 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.

3. Los Estados asegurarán el reconocimiento y protección jurídicos 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.

A la recopilación de instrumentos de derecho internacional que reconocen los derechos de las comunidades y pueblos indígenas sobre sus tierras y territorios podemos agregar las *Directrices voluntarias sobre la gobernanza responsable de la tenencia de la tierra, la pesca y los bosques en el contexto de la seguridad alimentaria nacional*, aprobadas por la FAO, que igualmente citamos en el capítulo 2 de esta tesis. En el párrafo 9.4, correspondiente a la parte del Reconocimiento jurídico y asignación de derechos y deberes de tenencia de ese documento, entre otros puntos pertinentes, puede leerse lo siguiente:

Los Estados deberían proporcionar reconocimiento y protección adecuados a los derechos legítimos de tenencia de los pueblos indígenas y de otras comunidades con sistemas tradicionales de tenencia, en concordancia con sus obligaciones en el marco del derecho nacional e internacional y teniendo debidamente en cuenta sus compromisos voluntariamente asumidos en virtud de los instrumentos regionales e internacionales aplicables. En dicho reconocimiento se deberían tener en cuenta la tierra, las pesquerías y los bosques que una comunidad utiliza en exclusiva y aquellas que comparte, y deberían respetarse los principios generales de la gobernanza responsable.

Cabe anotar que los instrumentos internacionales más recientes no se refieren únicamente a los derechos de propiedad de las comunidades y pueblos indígenas. Ellos establecen la necesidad de que los Estados respeten la propiedad y la posesión de sus tierras o territorios, incluso de tierras sobre las que ejercen una posesión compartida, es decir no tienen una posesión exclusiva, así como de tierras que ocupan estacionalmente. Esas disposiciones están mucho más cerca de las demandas y reivindicaciones planteadas por las comunidades en los últimos años.

Como puede verse, salvo en los casos de la Carta Andina para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos, de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y de las directrices voluntarias sobre la gobernanza de la tierra de FAO, que pueden considerarse como *soft law*, estamos ante un conjunto de normas vinculantes para el Estado peruano que, por lo tanto, deberían aplicarse efectivamente para el respeto de los derechos sobre las tierras de las comunidades y pueblos indígenas, en especial para respetar el contenido constitucionalmente protegido de la autonomía de las comunidades campesinas y nativas.

Más aún, en el caso de los referidos instrumentos considerados como *soft law*, debe tenerse en cuenta que contienen valiosos criterios de interpretación que pueden

ser utilizados por jueces, legisladores y, en general, autoridades públicas para emitir sentencias, aprobar normas legales o políticas públicas, lo que los hace en cierta medida también vinculantes. Como se expresa en el prefacio de las *Directrices voluntarias sobre la gobernanza responsable de la tenencia de la tierra, la pesca y los bosques en el contexto de la seguridad alimentaria nacional*, en las diferentes directrices voluntarias impulsadas por FAO (2012) “se estipulan los principios y normas internacionalmente aceptados para las prácticas responsables”, constituyéndose en documentos que “proporcionan marcos que se pueden utilizar al desarrollar estrategias, políticas, leyes, programas y actividades”; tienen, de esta forma, una fuerza moral indiscutible.

En la misma línea, recordemos la cita de Zambrano (2024) referida a la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas: “En tanto ideal común, es considerado como un estándar en la materia de amplio reconocimiento y al que los Estados deben aspirar como parte del establecimiento de condiciones, no solo democráticas sino interculturales” (p. 88).

En las páginas siguientes, revisando algunas de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, veremos cómo esos instrumentos internacionales han ido enriqueciendo las consideraciones de sus sentencias y han dado un impulso muy grande al respeto de los derechos de las comunidades y pueblos indígenas

5.6. Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Como anunciamos en el apartado anterior de este capítulo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha hecho avances significativos en materia del reconocimiento del derecho de las comunidades y pueblos indígenas sobre sus tierras y territorios, invocando no solo la Convención Americana sobre Derechos Humanos, sino otros instrumentos internacionales de derechos humanos. Como afirma García Sayán (2011): “En efecto, como ya se ha dicho, durante los primeros lustros de vida de la Corte la verdad que era más bien excepcional que le llegaran casos sobre derechos de los pueblos indígenas”. El autor agrega: “Es a partir de 2001, es decir cuando la Corte tenía ya más de veinte años de instalada que estos asuntos empezaron a llegar con más continuidad” (p. 15).

La información de García Sayán efectivamente coincide con el primer caso conocido sobre esta materia. Con la sentencia del caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni contra el Estado de Nicaragua, en 2001, la Corte Interamericana de Derechos Humanos inició una larga lista de casos en los que se fueron afinando los criterios para afirmar esos derechos de los pueblos indígenas. En este caso, la

comunidad Awas Tingni (parte de la etnia Mayagna o Sumo, asentada en la costa atlántica de Nicaragua) reclamaba al Estado por la falta de demarcación y titulación de sus tierras ancestrales, así como por haber otorgado una concesión maderera dentro de sus tierras sin su consentimiento. Por su parte, el Estado sostenía que la comunidad no tenía ocupación ancestral de las áreas reclamadas y que existían conflictos con otras comunidades ya tituladas, lo que impedía una titulación expedita. En el fundamento 148 de ese tribunal (2001) se lee:

Esta Corte considera que el artículo 21 de la Convención protege el derecho a la propiedad en un sentido que comprende, entre otros, los derechos de los miembros de las comunidades indígenas en el marco de la propiedad comunal, la cual también está reconocida en la Constitución Política de Nicaragua.

La Corte Interamericana, en el fundamento 149, hizo una precisión sobre el concepto de propiedad en las comunidades indígenas que se ha constituido en un referente en sentencias posteriores, al afirmar la estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra:

Entre los indígenas existe una tradición comunitaria sobre una forma comunal de la propiedad colectiva de la tierra, en el sentido de que la pertenencia de ésta no se centra en un individuo sino en el grupo y su comunidad. Los indígenas por el hecho de su propia existencia tienen derecho a vivir libremente en sus propios territorios; la estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe de ser reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica. Para las comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras.

Finalmente, en el fundamento 167 de la sentencia en el emblemático caso de la Comunidad Mayagna Awas Tingni, la Corte Interamericana evaluó el daño producido a la comunidad y dispuso que el Estado de Nicaragua abone una indemnización:

La Corte considera que debido a la situación en la cual se encuentran los miembros de la Comunidad Awas Tingni por falta de delimitación, demarcación y titulación de su propiedad comunal, el daño inmaterial ocasionado debe además ser reparado, por vía sustitutiva, mediante una indemnización pecuniaria.

En el caso de la comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay (una comunidad indígena perteneciente al pueblo Lengua Enxet Sur asentada en el Chaco paraguayo), la Corte Interamericana de Derechos Humanos emitió una sentencia centrada en la reivindicación de sus tierras ancestrales y en la efectividad de los recursos legales disponibles. La corte concluyó que el procedimiento legal de reivindicación de tierras de la Comunidad Yakye Axa desconoció el principio del plazo razonable y fue inefectivo, violando los artículos 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en concordancia con los artículos 1.1 y 2.

En su fundamento 102, la corte (2005) recuerda que, de conformidad con la Convención Americana, los Estados deben instituir procedimientos adecuados, accesibles y simples para procesar las reivindicaciones de tierras de los pueblos indígenas interesados. Recordando el razonamiento seguido en el caso de la Comunidad Mayagna Awas Tingni, en esta ocasión la corte señaló en su fundamento 137 (idea que retoma en el fundamento 154):

En consecuencia, la estrecha vinculación de los pueblos indígenas sobre sus territorios tradicionales y los recursos naturales ligados a su cultura que ahí se encuentren, así como los elementos incorporales que se desprendan de ellos, deben ser salvaguardados por el artículo 21 de la Convención Americana. Al respecto, en otras oportunidades, este Tribunal ha considerado que el término “bienes” utilizado en dicho artículo 21, contempla “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”.

La corte agregó en el fundamento 144, que la Convención Americana y la jurisprudencia de la propia corte brindan pautas para definir restricciones al ejercicio de los derechos de la propiedad indígena y la propiedad privada: “a) deben estar establecidas por ley; b) deben ser necesarias; c) deben ser proporcionales, y d) deben hacerse con el fin de lograr un objetivo legítimo en una sociedad democrática”. Por ello afirmó en el fundamento 146:

Al aplicar estos estándares a los conflictos que se presentan entre la propiedad privada y los reclamos de reivindicación de propiedad ancestral de los miembros de comunidades indígenas, los Estados deben valorar caso por caso las restricciones que resultarían del reconocimiento de un derecho por sobre el otro. Así, por ejemplo, los Estados deben tener en cuenta que los derechos

territoriales indígenas abarcan un concepto más amplio y diferente que está relacionado con el derecho colectivo a la supervivencia como pueblo organizado, con el control de su hábitat como una condición necesaria para la reproducción de su cultura, para su propio desarrollo y para llevar a cabo sus planes de vida. La propiedad sobre la tierra garantiza que los miembros de las comunidades indígenas conserven su patrimonio cultural.

No obstante, la corte matiza esa afirmación en el fundamento 149, pero considera la necesidad de adoptar compensaciones:

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 (*supra* párrs. 131, 135 y 139).

Al año siguiente, la Corte Interamericana resolvió otro caso contra el Estado paraguay. Esta vez fue el caso de la comunidad indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay. En esta oportunidad se trataba de la falta de garantía del derecho de propiedad ancestral de dicha comunidad (cuyos miembros pertenecen a los pueblos Lengua Enxet Sur y Enhelt Norte, en el Chaco), pues su reivindicación territorial no se había resuelto satisfactoriamente.

Observamos que la Corte Interamericana (2006), en su fundamento 117, afirma que para analizar el alcance del artículo 21 de la convención ha tomado en cuenta el Convenio 169 de la OIT, “para interpretar las disposiciones del citado artículo 21 de acuerdo con la evolución del sistema interamericano, habida consideración del desarrollo experimentado en esta materia en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos”. En tal sentido, en su fundamento 120 se señala que los conceptos de propiedad y posesión tienen una significación distinta para las comunidades indígenas, por lo que:

Esta noción del dominio y de la posesión sobre las tierras no necesariamente corresponde a la concepción clásica de propiedad, pero merecen igual protección del artículo 21 de la Convención Americana. Desconocer las versiones específicas del derecho al uso y goce de los bienes, dadas por la cultura, usos, costumbres y creencias de cada pueblo, equivaldría a sostener

que sólo existe una forma de usar y disponer de los bienes, lo que a su vez significaría hacer ilusoria la protección del artículo 21 de la Convención para millones de personas.

En el fundamento 125 de su sentencia, la Corte Interamericana recuerda que el Estado paraguayo señaló que “no niega sus obligaciones de restituir derechos a estos pueblos”, pero

el Estado teme que de concederse la solicitud de los indígenas, “estaría siendo condenado por ‘pecados’ cometidos durante la [C]onquista”, y que se podría llegar “al absurdo de que todo el país podría ser reivindicado por los pueblos indígenas, ya que son los primitivos habitantes de la extensión territorial que hoy se denomina Paraguay.

Dos fundamentos adicionales, el 127 y el 128, completan en este caso la postura de la corte frente al derecho de posesión de las comunidades indígenas, recordando sentencias anteriores:

127. En ejercicio de su competencia contenciosa, la Corte ha tenido la posibilidad de pronunciarse sobre la posesión de tierras indígenas en tres situaciones distintas. Por un lado, en el *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni*, el Tribunal señaló que la posesión de la tierra debería bastar para que los miembros de las comunidades indígenas obtengan el reconocimiento oficial de dicha propiedad y el consiguiente registro. Por otro lado, en el *Caso de la Comunidad Moiwana*, la Corte consideró que los miembros del pueblo N’djuka eran “los dueños legítimos de sus tierras tradicionales” aunque no tenían la posesión de las mismas, porque salieron de ellas a consecuencia de los actos de violencia que se produjo en su contra. En este caso las tierras tradicionales no fueron ocupadas por terceros. Finalmente, en el *Caso Comunidad indígena Yakye Axa*, el Tribunal consideró que los miembros de la Comunidad estaban facultados, incluso por derecho interno, a presentar solicitudes de reivindicación de tierras tradicionales, y ordenó como medida de reparación que el Estado identifique esas tierras y las entregue de manera gratuita.

128. De lo anterior se concluye 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; y 4) los Miembros de los Pueblos indígenas que involuntariamente han perdido la posesión de sus tierras, y éstas han sido trasladadas legítimamente a terceros inocentes, tienen el derecho de recuperarlas o a obtener otras tierras de igual extensión y calidad. Consecuentemente, la posesión no es un requisito que condicione la existencia del derecho a la recuperación de las tierras indígenas.

En el caso del pueblo Saramaka vs. Surinam, la Corte Interamericana emitió una sentencia en noviembre de 2007. Dicho pueblo, que no es indígena, sino que se formó por esclavos africanos llevados a la fuerza durante la colonización europea, se vio afectado por la construcción de una reserva hidroeléctrica que obligó al desplazamiento de su población, además de establecerse concesiones madereras y de oro en su territorio. La Comisión Interamericana acusó al Estado de Surinam de haber violado el derecho a la protección judicial en perjuicio del pueblo Saramaka al no brindarle acceso efectivo a la justicia para la protección de sus derechos, particularmente el derecho a la propiedad de acuerdo con sus tradiciones comunales.

En este caso, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2007) consideró que los integrantes del pueblo Saramaka “conforman una comunidad tribal cuyas características sociales, culturales y económicas son diferentes de otras secciones de la comunidad nacional”, por su relación especial con sus territorios ancestrales y por tener normas, costumbres y tradiciones propias (fundamento 84). Más adelante, en el fundamento 93, la corte recordó que:

El Comité sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que es el organismo de expertos independientes que supervisa la implementación del PIDESC por parte de los Estados Parte, ha interpretado el artículo 1 en común de dichos pactos como aplicable a los pueblos indígenas.

La corte, en el fundamento 100 de la sentencia, reconoce el complejo sistema de la sociedad Saramaka para asignar los derechos de la tierra y los recursos entre los grupos familiares extendidos y sus miembros individuales. No obstante, en su fundamento 102 afirma:

La Corte observa que el Estado no puede abstenerse de cumplir con las obligaciones internacionales de acuerdo con la Convención Americana simplemente porque le es difícil hacerlo. La corte comparte la inquietud del Estado en cuanto a lo complejo de las cuestiones relacionadas con este tema; sin embargo, el Estado tiene el deber de reconocer el derecho a la propiedad de

los miembros del pueblo Saramaka, en el marco de su sistema colectivo de propiedad.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, tratando de resumir el caso expresó en su fundamento 115 consideraciones adicionales que reproducimos:

La Corte ha sostenido, en otras ocasiones, que más que un privilegio para usar la tierra, el cual puede ser despojado por el Estado u opacado por derechos a la propiedad de terceros, los integrantes de pueblos indígenas y tribales deben obtener el título de su territorio a fin de garantizar el uso y goce permanente de dicha tierra. Este título debe ser reconocido y respetado, no sólo en la práctica, sino que en el derecho, a fin de salvaguardar su certeza jurídica. A fin de obtener dicho título, el territorio que los miembros del pueblo Saramaka han usado y ocupado tradicionalmente debe ser primero demarcado y delimitado, a través de consultas realizadas con dicho pueblo y con los pueblos vecinos. Sobre este particular, la Corte ha declarado previamente que “el reconocimiento estrictamente jurídico o abstracto de las tierras, territorios o recursos de los indígenas pierde verdadero significado cuando no se ha establecido ni delimitado físicamente la propiedad”.

Un nuevo caso contra el Estado paraguayo fue resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en 2010. El caso de la comunidad indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay motivó que la corte atendiera el reclamo territorial de dicha comunidad indígena (parte de la etnia Enlhet, asentada en el Chaco), así como las precarias condiciones de vida, alimentación y salud de su población. Entre sus consideraciones, la corte (2010) recuerda el reconocimiento en casos anteriores de la especial vinculación de los pueblos indígenas con sus tierras tradicionales y los recursos naturales que allí se encuentran. En particular indica, en el fundamento 87:

Asimismo, la Corte ha señalado que los conceptos de propiedad y posesión en las comunidades indígenas pueden tener una significación colectiva, en el sentido de que la pertenencia de ésta “no se centra en un individuo sino en el grupo y su comunidad”. Esta noción del dominio y de la posesión sobre las tierras no necesariamente corresponde a la concepción clásica de propiedad, pero merece igual protección del artículo 21 de la Convención. Desconocer las versiones específicas del derecho al uso y goce de los bienes, dadas por la cultura, usos, costumbres y creencias de cada pueblo, equivaldría a sostener que sólo existe una forma de usar y disponer de los bienes, lo que a su vez

significaría hacer ilusoria la protección del artículo 21 de la Convención para millones de personas.

En el fundamento 94 de su sentencia, la corte considera que “está probado el carácter originalmente nómada de los pueblos a los que pertenece la Comunidad y el hecho de que el territorio tradicional de la misma abarca una extensión mayor a la reclamada”. Por ello, en el fundamento 109, la corte recuerda el sentido de sentencias previas:

El Tribunal recuerda su jurisprudencia respecto a la propiedad comunitaria de las tierras indígenas, según la cual: 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) el Estado debe delimitar, demarcar y otorgar título colectivo de las tierras a los miembros de las comunidades indígenas; 4) 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, y 5) los miembros de los pueblos indígenas que involuntariamente han perdido la posesión de sus tierras, y éstas han sido trasladadas legítimamente a terceros inocentes, tienen el derecho de recuperarlas o a obtener otras tierras de igual extensión y calidad.

Destacamos, asimismo en esta sentencia de la corte el reconocimiento de la relación especial que los miembros de los pueblos indígenas tienen con sus territorios, expresado en su fundamento 149:

La Corte reitera nuevamente que ante tierras explotadas y productivas es responsabilidad del Estado, a través de los órganos nacionales competentes, determinar y tener en cuenta la especial relación de los miembros de la comunidad indígena reclamante con dicha tierra, al momento de decidir entre ambos derechos. De lo contrario, el derecho de reivindicación carecería de sentido y no ofrecería una posibilidad real de recuperar las tierras tradicionales.

Siguiendo con la revisión de la jurisprudencia, nos referiremos al caso del pueblo indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador, que motivó la sentencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos de junio de 2012. El conflicto se originó por el otorgamiento por el Estado ecuatoriano de un permiso a una empresa petrolera para realizar actividades de exploración y explotación en territorio del pueblo indígena Kichwa

de Sarayaku, ubicado en la región amazónica, sin que se hubiere consultado previamente con éste. En este caso, la corte (2012) constató el reconocimiento de responsabilidad efectuado por el Estado en términos amplios y genéricos (fundamento 27).

Un dato singular se aprecia en el fundamento 124 de la sentencia de la corte, cuando afirma que,

a diferencia de otros casos que ha conocido este Tribunal en este caso no está en duda el derecho del Pueblo Sarayaku a su territorio, plenamente reconocido por el Estado mediante actos internos y como hecho no controvertido en el proceso ante la Corte.

En el fundamento 145, la corte reitera la consideración de que el artículo 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos “protege la vinculación estrecha que los pueblos indígenas guardan con sus tierras”, así como la existencia de una tradición comunitaria sobre una forma de propiedad colectiva de la tierra. En el fundamento 146, la corte agrega:

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 necesaria 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 naturales por su parte, lo que a su vez permite mantener su modo de vida.

La Corte Interamericana, en el fundamento 148, recuerda que ha establecido que la relación de los pueblos y comunidades indígenas con sus tierras tradicionales puede expresarse de distintas maneras, según el pueblo del que se trate, consideración que estimamos en el caso peruano puede incluir a las prácticas de las comunidades nativas:

Algunas formas de expresión de esta relación podrían incluir el uso o presencia tradicional, a través de lazos espirituales o ceremoniales; asentamientos o cultivos esporádicos; formas tradicionales de subsistencia, como caza, pesca o recolección estacional o nómada; uso de recursos naturales ligados a sus costumbres u otros elementos característicos de su cultura.

Además, en el fundamento 171 de la misma sentencia, la Corte Interamericana de Derechos Humanos recordó a los Estados una de sus obligaciones:

La debida protección de la propiedad comunal indígena, en los términos del artículo 21 de la Convención en relación con los artículos 1.1 y 2 del mismo instrumento, impone a los Estados la obligación positiva de adoptar medidas especiales para garantizar a los pueblos indígenas y tribales el ejercicio pleno e igualitario del derecho a los territorios que han usado y ocupado tradicionalmente.

En el fundamento 221 de la sentencia en el caso Kichwa de Sarayaku, la corte no solo recordó que el artículo 2 de la Convención Americana obliga a los Estados Parte a adoptar las medidas necesarias para hacer efectivos los derechos protegidos en la convención, sino que puntualizó:

Es decir, los Estados no sólo tienen la obligación positiva de adoptar las medidas legislativas necesarias para garantizar el ejercicio de los derechos en ella consagrados, sino que también deben evitar promulgar aquellas leyes que impidan el libre ejercicio de estos derechos, y evitar que se supriman o modifiquen las leyes que los protegen.

Analicemos ahora la sentencia recaída en el caso de las Comunidades Indígenas miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina. En este caso, pese al tiempo transcurrido (dos décadas), las autoridades argentinas no habían brindado un acceso efectivo al título de propiedad sobre su territorio ancestral, ubicado en la provincia de Salta.

En su sentencia, la corte (2020) precisó que en este caso no estaba en debate el mantenimiento de un vínculo ancestral de las comunidades con el territorio ni su derecho de propiedad: “La controversia refiere a si la conducta estatal ha permitido brindar seguridad jurídica al derecho de propiedad y su pleno ejercicio” (fundamento 89). En atención a ello, recordando el caso de la Comunidad Mayagna Awas Tingni vs. Nicaragua, la corte precisó en su fundamento 94 que:

“El derecho a usar y gozar del territorio carecería de sentido [si no] estuviera conectado con los recursos naturales que se encuentran dentro del territorio”. Por ello, la titularidad de la tierra está unida a la “necesidad de garantizar la seguridad y la permanencia del control y uso de los recursos naturales (...), lo que a su vez, mantiene [el] estilo de vida” de las comunidades. Los recursos que están protegidos por el derecho de propiedad comunitaria son los que las

comunidades “han usado tradicionalmente y que son necesarios para la propia supervivencia, desarrollo y continuidad de [su] estilo de vida”.

Recordando el principio de seguridad jurídica, por lo que resulta necesario materializar los derechos territoriales de los pueblos indígenas, en el fundamento 98 de la sentencia en el caso de las comunidades indígenas de la Asociación Lhaka Honhat, la Corte Interamericana señaló lo siguiente:

El Estado debe asegurar la propiedad efectiva de los pueblos indígenas y, por tanto, debe: a.- deslindar las tierras indígenas de otras y otorgar título colectivo de las tierras a las comunidades; b.-“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” y c.- a su vez, garantizar el derecho de los pueblos indígenas de controlar y usar efectivamente su territorio y recursos naturales, así como de ser propietarios de su territorio sin ningún tipo de interferencia externa de terceros.

De manera mucho más asertiva, en el fundamento 115 de la sentencia de la Asociación Lhaka Honhat vs. Argentina, la corte afirmó:

Al respecto, de conformidad con las pautas ya indicadas (*supra* párrs. 93 a 98), la Corte ha indicado que las comunidades indígenas tienen derecho al otorgamiento de un “título de propiedad formal, u otra forma similar de reconocimiento estatal, que otorgue seguridad jurídica a la tenencia indígena de la tierra frente a la acción de terceros o de los agentes del propio Estado”.

Una reciente sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos es la que se pronunció en el caso de los pueblos Rama y Kriol, Comunidad Negra Creole Indígena de Bluefields y otros vs. Nicaragua, el cual se relaciona principalmente con el reconocimiento de su propiedad colectiva, así como con el proyecto del Gran Canal Interoceánico de Nicaragua (GCIN) y sus impactos. El proyecto del GCIN implicaba la fragmentación del territorio Rama y Kriol (TRK) y el desplazamiento de la comunidad Bangkukuk Taik, donde aún se habla la lengua nativa Rama.

En este caso, la corte (2024a) recordó en varios de sus fundamentos las consideraciones que había adoptado respecto de los derechos de los pueblos indígenas. Así, en el fundamento 164 reiteró el deber de protección que emana del artículo 21 de la Convención Americana, “a la luz de las normas del Convenio 169 de la OIT, las Declaraciones de las Naciones Unidas y Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, así como los derechos reconocidos por los Estados en sus normas internas”, los que conforman un *corpus iuris*. Asimismo, en el numeral siguiente (165),

en la interpretación de la corte, el Estado debe delimitar, demarcar y titular las tierras de las comunidades indígenas y tribales:

Asimismo, la Corte ha explicado que es necesario materializar los derechos territoriales de los pueblos indígenas y tribales a través de la adopción de las medidas legislativas y administrativas necesarias para crear un mecanismo efectivo de delimitación, demarcación y titulación, que reconozca tales derechos en la práctica. Lo anterior, considerando que el reconocimiento de los derechos de propiedad comunal indígena debe garantizarse a través del otorgamiento de un título de propiedad formal, u otra forma similar de reconocimiento estatal, que otorgue seguridad jurídica a la tenencia indígena de la tierra frente a la acción de terceros o de los agentes del propio Estado, ya que un reconocimiento meramente abstracto o jurídico de las tierras, territorios o recursos indígenas carece prácticamente de sentido si no se establece, delimita y demarca físicamente la propiedad.

En el párrafo siguiente (fundamento 166), la corte recordó su jurisprudencia respecto de la propiedad comunitaria indígena o tribal “según la cual se indica *inter alia* que: 1) la posesión tradicional tiene efectos equivalentes al título de pleno dominio que otorga el Estado”, así como que la posesión tradicional otorga el derecho a exigir el reconocimiento oficial de propiedad y su registro”. En tal sentido, en el fundamento 169 la Corte Interamericana definió lo que entiende por el saneamiento:

Este Tribunal ha entendido que el saneamiento consiste en un proceso relacionado con la obligación del Estado de remover cualquier tipo de interferencia sobre el territorio en cuestión. Por otro lado, la Corte advierte que el saneamiento de los territorios indígenas en determinadas circunstancias puede implicar una labor compleja.

Por último, de las distintas sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que hemos revisado, queremos referirnos al caso del pueblo indígena U'wa y sus miembros vs. Colombia, grupo perteneciente a la macrofamilia Chibcha. Este caso está centrado en las afectaciones a los derechos a la propiedad territorial de dicho pueblo, así como sus derechos culturales y el acceso a la justicia debido a proyectos extractivos y la acción estatal. La corte (2024b) recordó que, en aplicación de normas internas, Colombia ha identificado 87 pueblos indígenas y se han establecido 788 resguardos que ocupan el 29 % del territorio de Colombia, aunque observó que ya en 2024 el Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos de los pueblos indígenas de la ONU expresó que “es motivo de preocupación de las comunidades

indígenas aun teniendo legalmente la posesión de los resguardos no están en posición de poder proteger adecuadamente sus territorios de invasiones o apropiaciones ilegales” (fundamento 24).

En sus consideraciones generales sobre el derecho a la propiedad colectiva de las comunidades indígenas y tribales, la corte recordó su jurisprudencia, en el sentido que el artículo 21 de la Convención Americana “protege la estrecha vinculación que los pueblos indígenas y tribales guardan con sus tierras, así como con los recursos naturales y los elementos incorporales que se desprendan de ellos” (fundamento 122). Asimismo, en el fundamento 125, la corte aludió al reconocimiento reiterado del derecho de propiedad de los pueblos indígenas sobre sus territorios tradicionales y el deber de protección que emana del artículo 21 de la convención, así como la obligación de los Estados de garantizar su derecho a la propiedad colectiva mediante la delimitación, demarcación y titulación de sus territorios (fundamento 126). Luego de recordar otros planteamientos establecidos en sentencias anteriores, la corte volvió sobre otro de sus postulados (fundamento 129):

Por otra parte, la Corte ha advertido que “la garantía adecuada de la propiedad comunitaria no implica solo su reconocimiento nominal, sino que comporta la observancia y respeto de la autonomía y autodeterminación de las comunidades indígenas sobre sus tierras”.

La Corte Interamericana, en este caso se ha referido también a la necesidad de compatibilizar la protección de las áreas protegidas con el uso y goce de los derechos territoriales de los pueblos indígenas (fundamento 145):

En este sentido, este Tribunal ha estimado que un área protegida consiste no solamente en la dimensión biológica, sino también en la sociocultural y, por lo tanto, incorpora un enfoque interdisciplinario y participativo. Los pueblos indígenas pueden desempeñar un rol relevante en la conservación de la naturaleza, dado que ciertos usos tradicionales conllevan prácticas de sustentabilidad y se consideran fundamentales para la eficacia de las estrategias de conservación. Por ello, el respeto de los derechos de los pueblos indígenas puede redundar positivamente en la conservación del medio ambiente.

La revisión que acabamos de hacer en esta sección del capítulo 5 nos permite apreciar, en primer lugar, cómo la Corte Interamericana de Derechos Humanos, desde el caso de la Comunidad Maygna Awas Tigni, en 2001, ha ido enriqueciendo el *corpus iuris* del derecho internacional de los derechos humanos, mostrando que, efectivamente, se trata de una evolución dinámica.

En ese proceso, la Corte Interamericana ha mostrado una postura sostenida en la consideración de la especial relación que mantienen las comunidades y pueblos indígenas con la tierra, que configura una concepción distinta de las nociones clásicas de propiedad, así como también de posesión, considerando que esta relación se centra en el grupo y la comunidad antes que en el individuo. Asimismo, la corte reclama el respeto por esa relación, en el entendido que involucra para dichos pueblos un elemento material y uno espiritual, en el que la tierra se constituye en la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica. En esa línea, la corte ha reclamado insistentemente la obligación de los Estados, en cumplimiento del artículo 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de salvaguardar el derecho de las comunidades y pueblos indígenas sobre sus tierras.

Un aspecto sustancial, que la Corte Interamericana ha establecido desde la sentencia en el caso de la Comunidad Mayagna Awas Tingni y que ha reiterado en varios otros casos, es la afirmación de que la posesión de la tierra debería bastar para que los miembros de las comunidades indígenas obtengan el reconocimiento oficial de esa propiedad, así como el correspondiente registro. En el caso de la comunidad indígena Sawhoyamaya, la Corte Interamericana fue incluso más allá, al establecer que los pueblos indígenas eran los dueños legítimos de sus tierras tradicionales, aunque se hubieran visto despojados de la posesión de estas.

Asimismo, en más de un caso, la Corte Interamericana ha declarado que el reconocimiento estrictamente jurídico o abstracto de las tierras, territorios o recursos de los indígenas pierde su significado cuando no se ha establecido ni delimitado físicamente la propiedad de las comunidades. En el caso del pueblo indígena Kichwa de Sarayaku, la corte recordó que los artículos 1.1 y 2 de la convención imponen a los Estados la obligación de adoptar medidas especiales para garantizar a los pueblos indígenas el ejercicio pleno del derecho a los territorios que han usado y ocupado tradicionalmente. Más aún en la misma sentencia recordó que los Estados no solo tienen la obligación positiva de adoptar las medidas legislativas necesarias para garantizar el ejercicio de los derechos allí consagrados, sino que también deben evitar promulgar aquellas leyes que impidan el libre ejercicio de estos derechos, así como evitar que se supriman o modifiquen las leyes que los protegen.

En el siguiente capítulo volveremos sobre los temas que abordamos en los capítulos anteriores, tratando de analizar las consecuencias de esta rica jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, así como también atendiendo a la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional. Ello nos debe permitir esbozar algunas líneas de salida a los entrapamientos que hemos podido detectar.

CAPÍTULO VI. LOS ALCANCES DE LA AUTONOMÍA COMUNAL

En esta parte del trabajo nos planteamos retomar los distintos problemas anotados en los capítulos anteriores, referidos a los tres aspectos de la autonomía de las comunidades campesinas y nativas que revisamos: su reconocimiento legal, la organización interna, y el uso y control de sus tierras. Trataremos de contrastar los problemas detectados con los avances observados en materia del derecho internacional de los derechos humanos y de la jurisprudencia internacional y nacional, así como con la experiencia de otros países de la región.

En un primer apartado, intentamos ordenar los problemas observados que, conforme hemos ido señalando, conllevan a la existencia en la legislación y la práctica nacionales de una autonomía que consideramos limitada, pese al texto de las disposiciones constitucionales que reconocen dicho derecho a la autonomía. En un segundo momento, abordaremos las potestades del Estado para establecer la regulación existente —esto es, la aplicación del *ius imperium* que la doctrina constitucional le reconoce— y veremos en qué medida ello puede constituirse en un límite para la plena vigencia de la autonomía constitucionalmente reconocida a las comunidades.

En el tercer y último apartado de este capítulo, intentaremos brindar algunas propuestas para alinear el vigoroso avance experimentado en el *corpus iuris* de los derechos humanos y en la jurisprudencia internacional con el tratamiento nacional de la autonomía de las comunidades, en tanto derecho constitucionalmente protegido.

6.1. Una autonomía limitada

Lo que hemos visto en los capítulos anteriores nos permite afirmar que, respecto de lo que las disposiciones constitucionales establecen, la autonomía de las comunidades campesinas y las comunidades nativas, en cuanto al reconocimiento de su existencia legal y a su organización interna, así como al uso y manejo de sus tierras, corresponde más bien a una autonomía recortada por las normas infraconstitucionales. Por ello, sostenemos que se trata de una autonomía bastante limitada.

Dejamos establecido que no pretendemos invocar una autonomía absoluta, pues, como reconocen la doctrina y nuestro Tribunal Constitucional, eso sería más bien propio de una autarquía, tal como citamos en el apartado 2.4 de esta tesis (Expediente 03343-2007-PA/TC) cuando, en el fundamento jurídico 32, se precisó que la autodeterminación “no debe ser confundida con pretensiones autárquicas, separatistas o antisistémicas”.

En coherencia con ello, al analizar la extensión de la autonomía comunal, resulta indudable que tienen que considerarse las consecuencias de la inclusión de la frase “dentro del marco que la ley establece” en el segundo párrafo del artículo 89 de la actual Constitución, así como en el de las cartas que le precedieron.

Precisamente porque la referida autonomía ha de ejercerse dentro del marco establecido por las leyes, debemos referirnos a las diferentes normas infraconstitucionales que, como no puede ser de otra forma, establecen un derecho con límites, pues no existen derechos absolutos. No obstante, como venimos analizando, los derechos fundamentales tienen un límite inabordable, en lo que coincidimos con Magallanes (2016), límite que “no puede ser desconfigurado por los poderes públicos” (pp. 235-236), a lo que dicho autor agrega:

Uno de los poderes vinculados al contenido sustancial de los derechos fundamentales es el legislativo, que al gozar de libertad configurativa tiene la obligación de respetar esa línea infranqueable establecida por el derecho, por lo que si va a realizar alguna intervención, deba ajustar su actuación sólo sobre el contorno que le es permitido. (pp. 235-236)

Siguiendo la argumentación de Magallanes, consideramos que, si el Congreso o el Poder Ejecutivo intentan poner límites arbitrarios a la autonomía comunal, tal práctica puede resultar negando el derecho de las comunidades, como de hecho ha ocurrido en más de una ocasión a lo largo de los años. En tal sentido, ya el Tribunal Constitucional (2004) ha establecido que ningún derecho fundamental tiene la condición de absoluto, agregando que habría dos supuestos en los que el mismo puede restringirse (Expediente 004-2004-AI/TC, fundamento 7):

a) cuando no se afecte su contenido esencial, esto es, en la medida en que la limitación no haga perder al derecho de toda funcionalidad en el esquema de valores constitucionales; y, b) cuando la limitación del elemento “no esencial” del derecho fundamental tenga por propósito la consecución de un fin constitucionalmente legítimo y sea idónea y necesaria para conseguir tal objetivo (principio de proporcionalidad).

En cuanto a los tres aspectos desarrollados en los capítulos anteriores, observamos que lo que en verdad se ha producido, parafraseando la sentencia que acabamos de citar, es la pérdida de la funcionalidad de los valores que dieron pie a la consagración constitucional de la autonomía de las comunidades. Ello resulta mucho más evidente al observar que la normativa infraconstitucional ha vulnerado el derecho fundamental al reconocimiento de la existencia legal y la personalidad jurídica de las

comunidades campesinas y nativas, al exigir un reconocimiento administrativo previo, situación que se agrava en el caso de las comunidades nativas, al contemplar procedimientos administrativos muy complejos para llegar a la obtención de la resolución administrativa de su reconocimiento como tal. De esta manera, la afirmación del artículo 89 de la Constitución, al reconocer de manera excepcional la existencia legal y la personería jurídica de las comunidades, ha quedado como un mero enunciado; por tanto, carente de eficacia.

Algo similar puede afirmarse respecto de la autonomía constitucionalmente protegida de la organización interna de las comunidades. La legislación ha desarrollado de manera tan exhaustiva la forma en que estas entidades se deben organizar que no ha dejado espacio para el ejercicio de su autonomía y menos para el mantenimiento de sus tradiciones y costumbres. Así, desde la denominación de sus órganos se ha visto una imposición de las normas legales: antes llamados “personeros”, luego “consejos de administración” y ahora “directivas comunales”, en el caso de las comunidades campesinas; “apus” o “jefes”, en el caso de las comunidades nativas. Pero esta violación de la autonomía comunal va más allá, siendo el caso más flagrante el de la regulación de las comunidades campesinas: se establece el número mínimo de los directivos, sus cargos, las funciones de cada uno de ellos, la duración de sus mandatos, las formalidades para su elección y hasta las fechas en que deben realizarse las elecciones (cada dos años, entre el 15 de noviembre y el 15 de diciembre). La distinción de las clases de comuneros campesinos y sus derechos es igualmente algo que no ha recogido las tradiciones comunales, sino que fue impuesto en las normas legales y reglamentarias. La autonomía, en estos casos, resulta limitada a que las comunidades puedan incluir adicionalmente otros requisitos en sus estatutos, pero, con una base regulada tan extensa y ampulosa, difícilmente las comunidades pueden agregar algún requisito o facultad, según sea el caso.

La inclusión de una cuota de género, que se concreta en que no menos del 30 % de los miembros de las directivas comunales de las comunidades campesinas sean mujeres, fue el resultado de una iniciativa legislativa que, si bien resulta saludable en términos del reconocimiento de la igualdad de derechos entre varones y mujeres, es algo que se estableció también sin considerar las costumbres de estas comunidades. Un tema que ameritaría una discusión mayor es la constatación de que esta disposición legal solo se aplica a las comunidades campesinas; no así a las comunidades nativas.

El tema de los anexos comunales y el incesante proceso de desmembración es algo que tampoco ha sido objeto de mayor discusión y mucho menos de consulta entre las comunidades y pueblos indígenas. Mientras que la Ley General de Comunidades

Campesinas derogó tácitamente la posibilidad de reconocimiento de anexos como nuevas comunidades, ello se ha seguido produciendo, por iniciativa de los propios comuneros y con la connivencia e incluso complicidad de los funcionarios del sector. En la región amazónica, el desmembramiento de comunidades es igualmente un proceso en curso, aprovechando un vacío normativo y los incentivos para la explotación de los recursos naturales allí existentes.

El tratamiento de las tierras de las comunidades es otro aspecto en el cual la legislación nacional ha caminado en sentido diverso a la protección que desde 1920 se dispuso en el plano constitucional, lo que se ha agravado con la eliminación de la inalienabilidad y la inembargabilidad. Así, la imprescriptibilidad ha sido groseramente manoseada para permitir incluso que los precarios puedan acceder a tierras comunales, con una forma de abandono solo aplicable a las tierras de las comunidades campesinas. El tratamiento de las tierras de bosques merece igualmente reparar en que el bloque de constitucionalidad ha sido perforado por normas preconstitucionales que desconocen el derecho de las comunidades a acceder a aquellas que desde tiempo inmemorial han hecho parte de sus territorios.

Llegados a este punto, conviene revisar la distinción que ha hecho nuestro Tribunal Constitucional respecto de “normas regla” y “normas principio”, considerando la eficacia de las disposiciones constitucionales. En el fundamento 11 de la sentencia recaída en el Expediente 1417-2005-AA/TC, el tribunal (2005) estableció que las normas regla corresponden a “mandatos concretos de carácter autoaplicativo”, mientras que las normas principio “constituyen mandatos de optimización, normas abiertas de eficacia diferida, que requieren de la intermediación de la fuente legal”. Agrega el tribunal:

En tal perspectiva, existen determinados derechos fundamentales cuyo contenido constitucional directamente protegido, requiere ser delimitado por la ley, sea porque así lo ha previsto la propia Carta Fundamental (vg. el artículo 27° de la Constitución en relación con el derecho a la estabilidad laboral. Cfr. STC 0976-2001-AA, Fundamento 11 y ss.) o en razón de su propia naturaleza (vg. los derechos sociales, económicos y culturales). En estos casos, nos encontramos ante las denominadas leyes de configuración de derechos fundamentales.

Resulta importante atender a la precisión que hace el tribunal respecto de las que identifica como “normas principio” en el fundamento 12 de la sentencia que venimos comentando:

Los derechos fundamentales cuya configuración requiera de la asistencia de la ley no carecen de un contenido *per se* inmediatamente exigible a los poderes públicos, pues una interpretación en ese sentido sería contraria al principio de fuerza normativa de la Constitución. Lo único que ello implica es que, en tales supuestos, la ley se convierte en un requisito *sine qua non* para la culminación de la delimitación concreta del contenido directamente atribuible al derecho fundamental.

Y es que si bien algunos derechos fundamentales pueden tener un carácter jurídico abierto, ello no significa que se traten de derechos “en blanco”, es decir, expuestos a la discrecional regulación del legislador, pues el constituyente ha planteado un grado de certeza interpretativa en su reconocimiento constitucional directo.

Complementa su razonamiento el tribunal en dicho fundamento 12, aludiendo al principio de “libre configuración de la ley por el legislador”, por el cual debe entenderse que el legislador es el llamado a definir la política social del Estado, gozando para ello “de una amplia reserva legal como instrumento de la formación de la voluntad política en materia social”. La sentencia advierte, sin embargo, que la referida capacidad configuradora tiene su límite en el contenido esencial de los derechos fundamentales, por lo que “la voluntad política expresada en la ley debe desenvolverse dentro de las fronteras jurídicas de los derechos, principios y valores constitucionales”.

Tomando en cuenta que la clásica separación de poderes, tal como Montesquieu la presentó en *El espíritu de las leyes*, ha variado debido a la mayor complejidad del Estado, en donde, además del Poder Legislativo, también los órganos del Poder Ejecutivo emiten normas legales y no solo se limitan a hacerlas cumplir, nos debemos preguntar ¿hasta dónde llegan las facultades de los órganos legislativos sin violar el límite de los derechos fundamentales? Esa pregunta nos obliga a abordar la facultad de *ius imperium* del Estado, a lo que dedicaremos las páginas siguientes.

6.2. El *ius imperium* frente a la autonomía comunal

La mayor parte de autores considera la expresión *ius* como equivalente a *derecho*. Pese a que no hay certeza sobre su origen, pues algunos consideran que la palabra proviene del sánscrito, es unánime el reconocimiento de su uso en la antigua Roma, que, aunque en sus inicios estaba vinculada al derecho divino (*Fas*), era conocida como el conjunto de principios y normas equitativas y buenas para los hombres.

La palabra *imperium*, por su lado, parece tener origen etrusco. Según Valeria Susana Guerra (2011), derivaría del verbo *impero*, que significa “mandar”, “dar órdenes”, así como también “regir”, “dominar”, “ejercer el mando”, “imperar”, asociado usualmente al mando de los generales romanos. En el español, ambos significados se reúnen en la palabra *ordenar*. La autora afirma lo siguiente:

En realidad el imperio de los magistrados era la facultad que tenían de imponer su voluntad a los demás, recurriendo a la fuerza si fuera necesario; y no otra cosa era lo que lograba un comandante cuando vencía al enemigo: le imponía su voluntad por la fuerza. (2011, p. 61)

Agrega a continuación la citada autora que, por ello, “el *imperium* se refiere también a la fuerza o coerción para imponer la decisión, en este caso, judicial, y que en un primer momento va a ser facultad del magistrado”.

Pero nos interesa la expresión compuesta por ambos términos. Actualmente, el término *ius imperium* se utiliza para referirse a la facultad del Estado para imponer sus decisiones sobre los ciudadanos. El profesor Germán Bidart Campos (1995, como se citó en García Toma, 2010) sostiene al respecto:

El Estado es la organización que dispone de un poder propio, originario, supremo e irresistible, que se impone en sus decisiones sin depender de otro, por su propia fuerza y con superioridad sobre los demás poderes sociales inferiores que existen en una comunidad. Es el poder máximo, elevado y último; no tiene otro por encima, y en el ámbito en que se ejerce actúa como exclusivo. (p. 196)

García Toma, siguiendo las ideas de Bidart, afirma que dicha facultad es lo que se conoce actualmente como *soberanía*:

Al poder estatal se le denomina *soberanía* en tanto cuenta con una facultad *sui generis* para trazar la conducta de los gobernados y la de los propios gobernantes, y que expone de manera inequívoca la existencia de una potestad superior a cualquier otro poder dentro del territorio de un Estado. (2010, p. 196)¹⁰

Como sostiene Pagden (2014), la noción de *imperium* se ha desplazado de la capacidad de dominar hacia el gobierno de la ley. Para ilustrarlo, recuerda que la primera frase de *El príncipe*, de Maquiavelo, rezaba: “Todos los estados y dominios que han impuesto e imponen un imperio sobre los hombres”. De esta forma, en la clásica

¹⁰ Puede revisarse el *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, de Germán Bidart Campos (1995, Ediar).

distinción entre derecho público y privado, el *ius imperium* es la nota distintiva, propia de los órganos públicos, como asegura Carrasco (2018, p. 31).

Hauriou fue el defensor de la teoría de la soberanía, según la cual la actuación del Gobierno podía darse en dos ámbitos distintos: en el primero, dotado de un poder soberano (*ius imperium*); y, en el segundo, desprovisto de este. Según Lazarte (2003): “En el primer caso, se decía, el Gobierno ejercía actos de autoridad, mientras que, en el segundo, ejercía tan sólo actos de gestión” (p. 69). Lazarte sostiene que “la función legislativa, la labor de policía, la defensa nacional y todas aquellas actividades que requiriesen de un poder soberano para poder ser ejercidas en la sociedad, calificaban como actos de autoridad” (p. 69).

Esa distinción es recogida en una sentencia del Tribunal Constitucional (1997) recaída en la demanda de inconstitucionalidad contra una ley que modificó el Código Procesal Civil (Expediente 006-96-I/TC), tomando al parecer las ideas de Hauriou:

Los tratadistas de Derecho Constitucional consideran que el Estado tiene una doble personalidad jurídica, cuando ejerce el *ius imperium*, actúa como persona de derecho público, y cuando contrata o administra sus bienes patrimoniales privados actúa como persona de derecho privado. En consecuencia, cuando contrata y se obliga ante particulares, ambas partes deben someterse a las mismas reglas y no puede el Estado tener un nivel de preeminencia, lo contrario sería ir contra el principio constitucional de igualdad ante la ley.

Entonces, reconociendo que el Estado tiene, sin ninguna duda, la capacidad de establecer políticas y normas generales que regulan los distintos aspectos de la vida social, cabe preguntarse, en el caso concreto de la normativa relacionada con la autonomía de las comunidades campesinas y nativas, si se ha respetado el contenido constitucionalmente protegido de dicho derecho (y de los distintos aspectos o facetas que involucra dicha autonomía). Si, como se ha pretendido demostrar en los capítulos anteriores, esto no es así y, por el contrario, la regulación infraconstitucional ha recortado en exceso la autonomía comunal, debemos tratar de plantear la manera en que esto pueda enmendarse, de forma que se respete el contenido constitucionalmente protegido de la autonomía comunal.

6.3. Hacia una armonización del bloque de constitucionalidad con las normas del derecho internacional de los derechos humanos

En las páginas siguientes volveremos sobre los tres grandes aspectos en que se expresa el derecho de la autonomía constitucionalmente reconocida de las comunidades campesinas y nativas, para intentar adecuarlas al respeto al *corpus iuris*

del derecho internacional de los derechos humanos que hemos revisado en los capítulos anteriores. Se incluirá una mención a la experiencia de otros países de la región para ilustrar esas posibles salidas a una situación que, como vimos, resulta anómala en nuestro país.

6.3.1. El reconocimiento de las comunidades

En el capítulo 3 profundizamos en el claro incumplimiento de la disposición constitucional que reconoce la existencia legal y la personalidad jurídica de las comunidades campesinas y nativas. Vimos allí cómo nuestro Tribunal Constitucional y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en sus sentencias, dispusieron, respectivamente, el respeto al artículo 89 de la carta fundamental, y a los tratados y convenios internacionales.

Como apreciamos igualmente al abordar el tema del reconocimiento de la personalidad jurídica de las comunidades en el capítulo 3, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos también se ha pronunciado en un informe emitido en 2021. Como citamos, en el párrafo 101 del mencionado informe, la comisión señaló como “abiertamente incompatible con el derecho internacional de los derechos humanos que los Estados exijan requisitos formalistas o excesivos para otorgar la personería jurídica a un determinado pueblo o comunidad” (p. 51).

En forma similar, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha expresado preocupación debido al desconocimiento por parte de los Estados de la región acerca de los derechos de las comunidades y los pueblos indígenas en relación con su personalidad jurídica. Así, en el fundamento jurídico 82 de la sentencia pronunciada en el caso de la comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay (2005) se señaló: “La Corte considera 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”.

Igualmente, en el fundamento jurídico 94 de la sentencia recaída en el caso de la comunidad indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay, el mencionado tribunal internacional (2006) afirmó que, “al respecto, la Corte consideró en el *Caso Comunidad indígena Yakye Axa* contra el Paraguay, en donde el Estado utilizó el mismo argumento que pretende hacer valer en el presente caso” y repitió en ese fundamento el párrafo que acabamos de citar líneas arriba.

Del mismo modo, la Corte Interamericana ha señalado, en el fundamento jurídico 171 de la sentencia en el caso del pueblo Saramaka vs. Surinam (2007):

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.

Asimismo, debe recordarse el pronunciamiento de la corte en el caso de las comunidades indígenas miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina (2020), pues en el fundamento 154 afirmó:

La Declaración Americana sobre Derechos de los Pueblos Indígenas, en sus artículos VI y IX, respectivamente, preceptúa el deber estatal de reconocer “el derecho de los pueblos indígenas a su actuar colectivo”, y “la personalidad jurídica de los pueblos indígenas, respetando las formas de organización indígenas y promoviendo el ejercicio pleno de los derechos reconocidos en esta Declaración”.

Por último, debemos recordar lo contenido en el fundamento 129 de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos pronunciada en el caso de los pueblos Rama y Kriol, Comunidad Negra Creole Indígena de Bluefields y otros vs. Nicaragua (2024a), en la parte en la que invoca la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas: “Asimismo, expresa en su artículo IX que los Estados ‘reconocerán plenamente la personalidad jurídica de los pueblos indígenas, respetando las formas de organización indígena’”.

Luego de esta somera revisión de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que complementa las que anotamos en el capítulo 3, resulta conveniente darle ahora una rápida mirada a la experiencia de otros países con tradición colonial como el nuestro y con presencia importante de pueblos indígenas y normativa sobre los mismos.

En Colombia, la Constitución define a este país como un Estado multicultural y pluralista. Pero, de acuerdo con Tapia (2022), no hay una norma que aborde la definición de pueblo indígena o que brinde criterios para considerar a una persona jurídicamente indígena, por lo que “se alude a ellos indistintamente como grupos étnicos y como pueblos indígenas” (p. 8).

El Decreto 2164 de 1995 (que reglamenta parcialmente el Capítulo XIV de la Ley 160 de 1994 en lo relacionado con la dotación y titulación de tierras a las comunidades indígenas) trae una definición de comunidad o parcialidad indígena en su artículo 2:

Es el grupo o conjunto de familias de ascendencia amerindia, que tienen conciencia de identidad y comparten valores, rasgos, usos o costumbres de su cultura, así como formas de gobierno, gestión, control social o sistemas normativos propios que la distinguen de otras comunidades, tengan o no títulos de propiedad, o que no puedan acreditarlos legalmente, o que sus resguardos fueron disueltos, divididos o declarados vacantes.

En Colombia, más que referirnos a comunidades indígenas, debemos hablar de los resguardos, cuya naturaleza jurídica está definida en el artículo 21 del mencionado Decreto 2164 de 1995, con esta fórmula:

Los resguardos son una institución legal y sociopolítica de carácter especial, conformada por una o más comunidades indígenas, que con un título de propiedad colectiva que goza de las garantías de la propiedad privada, poseen su territorio y se rigen para el manejo de éste y su vida interna por una organización autónoma amparada por el fuero indígena y su sistema normativo propio.

Cabe precisar que los resguardos son solo una parte de los territorios indígenas, los que son reconocidos por el Estado colombiano (Olsen, 2008). El mismo autor señala que los resguardos se crean mediante resolución de la Junta Directiva del Instituto Colombiano de Desarrollo Rural (INCODER). En la actualidad, la Agencia Nacional de Tierras (ANT), que reemplazó al INCODER, es la encargada de constituir resguardos indígenas, para lo cual cuenta con un procedimiento de “Constitución y reestructuración de resguardos indígenas”¹¹, el cual se define así:

Procedimiento por medio del cual se da reconocimiento de propiedad colectiva a las comunidades indígenas que poseen sus tierras sin título de propiedad, o las que no se hallen en posesión total o parcial de sus tierras sin título de propiedad, o las que no se hallen en posesión total o parcial de sus tierras ancestrales, o que por circunstancias ajenas a su voluntad están dispersas o han migrado de su territorio. En este último evento, la constitución del resguardo correspondiente podrá hacerse en la zona de origen a solicitud de la comunidad. (Olsen, 2008, p. 10)

Como puede verse, lo central del aludido procedimiento no pasa por la acreditación de determinadas condiciones del resguardo o de la comunidad, sino por el reconocimiento de sus derechos de propiedad colectiva. Ello, por lo demás, guarda

¹¹ Puede verse en <https://n9.cl/twldxf>

coherencia con las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el sentido de que lo fundamental en el reconocimiento de las comunidades y pueblos indígenas es el amparo y reconocimiento de sus derechos sobre la tierra. Más aún, como veremos en las páginas siguientes, el Estado colombiano reconoce a los pueblos indígenas participación en el presupuesto oficial y en la gestión territorial (artículo 329, entre otros).

Por su parte, la Constitución Política de Bolivia de 2009 hizo cambios sustanciales en la regulación de las comunidades y pueblos indígenas. El artículo primero de ese texto afirma que “Bolivia se funda en la pluralidad y el pluralismo político, económico, jurídico, cultural y lingüístico, dentro del proceso integrador del país”. Por distintas circunstancias, la organización social de las comunidades y pueblos es más compleja en Bolivia que en el Perú. Como explica Laurenti Sellers (2017):

Los *ayllus* generalmente se juntan en pares complementarios llamados *suyus*, conocidos también como *mitades* o *parcialidades*. En algunos lugares los *ayllus* se juntan en agrupaciones más grandes llamadas *markas*, y la suma de todas las *markas* y de los *ayllus* sueltos forma una *nación* indígena. El *ayllu* está a la vez dividido en unidades más pequeñas llamadas *comunidades*. (p. 4)

No obstante, tal como Vacaflares (2012) expresa, el tratamiento de la comunidad no parece estar exento de problemas:

La definición de comunidad está resuelta de inicio, ya que la comunidad campesina tradicional es aquella que se constituye a partir de los sucesos de reforma agraria del 52, y que se formaliza con personería jurídica para articularse a los esquemas de inversión pública implementados desde la década de los 80 en Bolivia. Seguramente a futuro se tendrá que ampliar el debate a esta concepción, considerando el origen colonial de la institución. (p. 13)

Tampoco encontramos en el caso boliviano, pese a lo afirmado por Vacaflares, un procedimiento específico para el reconocimiento legal de las comunidades. Por el contrario, el texto constitucional abunda en el uso del término *indígena originario campesino*, que dará lugar luego al tratamiento de los territorios indígena originario campesinos (TIOC).

En el caso mexicano, como se sabe, la Constitución fue aprobada en 1917 en el proceso de la revolución agraria, pero ha sufrido numerosas reformas. En el inicio de su extenso artículo 2 se lee: “Se reconoce a los pueblos y comunidades indígenas como sujetos de derecho público con personalidad jurídica y patrimonio propio”, y en la sección C del mismo artículo se agrega: “Los pueblos y comunidades afromexicanas

tienen el carácter de sujetos de derecho público, con personalidad jurídica y patrimonio propio”.

En la sección VII del también extenso artículo 27 de la Constitución mexicana “se reconoce la personalidad jurídica de los núcleos de población ejidales y comunales y se protege su propiedad sobre la tierra, tanto para el asentamiento humano como para actividades productivas”.

Ahora bien, como producto de la revolución agraria se dio mucha importancia a la recuperación de tierras por los campesinos, lo que constituyó el origen de los ejidos, que recibieron tierras en dotación del Estado, dejando a las comunidades indígenas como aquellas que habían sido reconocidas desde la época colonial. Por ello, de acuerdo con las normas vigentes, el reconocimiento jurídico de una comunidad indígena en México se realiza a través de la Constancia de Registro de Comunidades, que constituye el documento oficial que les otorga la personalidad jurídica, reconociéndolas como sujetos de derecho público, la cual es emitida por el Instituto Nacional de los Pueblos Indígenas (INPI).

Adicionalmente, los pueblos y las comunidades indígenas y afromexicanas deben gestionar su “cédula básica de identificación de pueblos y comunidades indígenas y afromexicanas”, la cual tiene como objetivo identificar a las comunidades indígenas y afromexicanas con base en sus principales instituciones políticas, jurídicas, territoriales, económicas, sociales y culturales, en tanto sujetos de derecho público con personalidad jurídica, a fin de garantizar el ejercicio de su libre determinación y autonomía. El trámite es sencillo y se realiza a través de un portal web¹².

Esta rápida exploración nos muestra que en los países revisados, a diferencia del nuestro, no se pone tanta atención a la obtención de la personería jurídica de las comunidades (salvo en México, que lo hace en cierta medida). Por el contrario, parecería que la atención mayor en esos ordenamientos está puesta en el reconocimiento de sus derechos sobre la tierra y en el ejercicio de otros derechos, incluso de gestión del territorio y de participación en los ingresos del Estado, como veremos en el apartado siguiente.

Volviendo al plano nacional, debemos tener en cuenta que estamos en presencia de una situación peculiar, toda vez que, aunque en nuestro sistema jurídico el principio para reconocer la existencia de las personas jurídicas consiste en su inscripción en registros públicos (artículo 77 del Código Civil), el texto constitucional no deja lugar a

¹² <https://www.gob.mx/public/tramites/detalleTramite.xhtml?homoclave=INPI-2022-235-008-A>

dudas, como ya vimos en el capítulo 3 y quedó reflejado en las sentencias de la Corte Interamericana revisadas.

Llegados a este punto, cabe preguntarse si es posible eliminar el requisito del registro administrativo previo que nuestras normas infraconstitucionales han establecido para reconocer la personalidad jurídica de las comunidades. Pensamos que ello sí es posible. Sin embargo, surge la duda respecto de cómo viabilizar este planteamiento. En rigor, la eliminación de esos procedimientos implicaría respetar a cabalidad la letra del artículo 89 de la Constitución. Ese planteamiento genera algunas preguntas acerca de cómo se organizaría ese reconocimiento, en la práctica, además de preguntarse respecto de los posibles riesgos que dicha modificación supondría, más aún si, como muchos funcionarios consideran, la exigencia del registro administrativo previo supone una medida para proteger a las comunidades.

En respuesta a dicha opinión, bastante extendida, consideramos que en los tiempos actuales tal protección resulta, por lo menos, discutible. En concreto, ¿cuál es la ventaja para las comunidades de cumplir con el requisito del reconocimiento administrativo previo? Pensamos que, más bien, ello constituye una barrera o un desincentivo para la formalización de la comunidad y para el reconocimiento de los derechos sobre la tierra y territorios de dichas organizaciones. Una opinión similar es sostenida por Walter Albán (2010):

En efecto, si bien el reconocimiento a su existencia legal tuvo origen constitucional en la carta de 1920, y como personas jurídicas en la de 1933, ello no solamente no les ha generado mayores beneficios, sino que, por el contrario, con frecuencia ha contribuido a que se les desconozcan derechos fundamentales que debieron haberseles protegido en su condición de sujetos colectivos. El tratamiento de este tema es útil, además, por cuanto contribuye a “desmitificar” el argumento de que reconocer derechos fundamentales a las personas jurídicas se justifica para, de esa manera, proteger mejor los derechos fundamentales de las personas naturales que las integran. (p. 8)

Quizás el planteamiento de un experto en el campo de las personas jurídicas, como Javier de Belaunde, nos pueda ayudar a encontrar una salida. En efecto, a propósito de las personas jurídicas de derecho público, De Belaunde (2024) expresa:

Así, el acto formal que da existencia a este tipo de personas jurídicas no es la inscripción en los Registros Públicos, sino la promulgación de la ley respectiva. En ese sentido, según el artículo 27 del reglamento de Inscripciones, en el caso

de las personas jurídicas creadas por ley, la inscripción tiene carácter declarativo. (p. 123)

Esa salida, por lo demás, la encontramos en diversos planteamientos doctrinarios aplicados al caso de las comunidades. Así, Echegaray (2003) sostiene que “la inscripción de una comunidad en el registro pertinente no es ni puede ser un acto constitutivo sino, simplemente, uno administrativo-declarativo y la formalidad registral no constituye un requisito para su validez” (p. 593). Por su parte, Torres (2021) afirma:

Sobre el particular, el Tribunal Constitucional ha tenido oportunidad de referirse a este tema puntual, señalando que no es necesaria ninguna inscripción previa para reconocerle existencia jurídica a las comunidades campesinas; es más, ha sido claro en señalar que el registro es, en estos casos, meramente declarativo y no un requisito de validez. (p. 532)

Torres cita, además, la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente 04611-2007-PA/TC, que concluye indicando que “el acto administrativo de inscripción es entonces, a diferencia de lo que ocurre con las personas jurídicas de derecho privado, declarativo y no constitutivo” (p. 533). No obstante, conforme vimos al tratar este tema en el numeral 3.3 de este trabajo, esa no fue la única sentencia del Tribunal Constitucional que deja claro este punto, por lo que citamos también la del 21 de octubre de 2010 (Expediente 00906-2009-PA-TC). Pero también transcribimos el fundamento 7 de la sentencia del 21 de agosto de 2019 (Expediente 2196-2014-PA/TC) en el que se afirma:

A mayor abundamiento, corresponde señalar que la inscripción registral de los pueblos indígenas u originarios no está sujeta a condiciones antojadizas de las autoridades que tienen a su cargo dicha labor, un número mínimo de personas para su formación, encontrarse dentro de un área natural protegida, que todos los miembros tengan apellidos indígenas, contar con un estatuto aprobado, entre otros. Por el contrario, dicho registro queda sujeto solo al cumplimiento de los criterios objetivos y subjetivos señalados por el Convenio 169, artículo 1, incisos 1 y 2, descritos *supra*. (Tribunal Constitucional, 2019b)

No obstante, habida cuenta de los complejos procedimientos para el reconocimiento legal tanto de comunidades campesinas como de comunidades nativas, se requiere una revisión de fondo. En tal sentido, coincidimos con Torres cuando considera aconsejable que el artículo 135 del Código Civil “sea objeto de una integral modificación para que esté acorde a lo establecido en nuestra Constitución” (2021, p. 533).

Sin embargo, como vimos, el problema no se limita solo al Código Civil, por lo que nos inclinamos además a la revisión y derogación de las distintas normas infraconstitucionales mencionadas: del Reglamento de la Ley General de Comunidades Campesinas (Decreto Supremo 008-91-TR), del “Reglamento de la Ley de comunidades nativas y de desarrollo agrario de las regiones de selva y ceja de selva” (Decreto Supremo 003-79-AA) y de otras normas de menor nivel, como las denominadas “directivas y lineamientos”. Como correlato de ello, las normas de la Superintendencia Nacional de Registros Públicos, reglamentos y otras normas internas deberán adecuarse a dichas modificaciones, en especial las resoluciones de Superintendente Nacional 122-2013-SUNARP-SN y 343-2013-SUNARP-SN. Finalmente, dado que el reconocimiento de las comunidades campesinas y nativas, de acuerdo con la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales, corresponde a dichas instancias del Estado, ellos deberán adecuar su normativa interna, incluyendo los correspondientes Textos Únicos de Procedimientos Administrativos (TUPA), para concordarla con la normatividad nacional que se apruebe.

Tal como adelantamos más arriba, el comentario del doctor Javier de Belaunde puede resultar muy pertinente en este caso; esto es que, al igual que en el caso de las personas jurídicas de derecho público, las comunidades campesinas y las comunidades nativas se deben inscribir en los registros públicos, pero dicha inscripción debería tener carácter declarativo, eliminando definitivamente el registro administrativo previo.

6.3.2. La autonomía respecto de la organización interna de las comunidades

En el capítulo 4 de este trabajo hemos revisado los problemas que presenta nuestra legislación al abordar la autonomía de las comunidades a la que se refiere el artículo 89 del texto constitucional al disponer que son autónomas en su organización y en el trabajo comunal, así como en lo económico y administrativo. En tres aspectos (las categorías de los comuneros, los derechos de las comuneras y la representación de los anexos comunales), observamos cómo las normas infraconstitucionales han introducido tal cantidad de disposiciones que dejan prácticamente sin espacio a las comunidades para que ejerzan su autonomía.

En la sección 4.3 del capítulo 4 hemos presentado una cantidad importante de sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que apuntan a reconocer el derecho de las comunidades de dotarse de su propia organización, en función de sus tradiciones y normas internas. Solo queremos aquí recordar una de las más claras sentencias que se ocupó de este tema. Nos referimos una sentencia pronunciada en el

caso de los pueblos Rama y Kriol, y la Comunidad Negra Creole Indígena de Bluefields contra Nicaragua, en la que destacamos los fundamentos 127 y 129 (2024a):

127: Con base en lo antes expresado, procede aseverar que los Estados, a fin de garantizar los derechos políticos y culturales de los pueblos indígenas y tribales, deben adoptar las medidas especiales que resulten necesarias para que designen sus propias autoridades y representantes, de acuerdo con sus culturas y estructuras organizativas, como expresión de su libre determinación, así como para que puedan tomar participación en los procesos de decisión sobre acciones o medidas que los conciernen o puedan afectarlos. Lo dicho no implica que el ejercicio de estos derechos, que el Estado debe respetar, esté supeditado al previo reconocimiento, autorización o regulación estatal.

129: Las Declaraciones de las Naciones Unidas y Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, por su parte, establecen el derecho a la “libre determinación” de tales pueblos en sus artículos terceros. La Declaración Americana también refiere a ello en su artículo XXI.1. Asimismo, expresa en su artículo IX que los Estados “reconocerán plenamente la personalidad jurídica de los pueblos indígenas, respetando las formas de organización indígena”. La Declaración de Naciones Unidas, por su parte reconoce en su artículo 4, que respecto a “cuestiones relacionadas con sus asuntos internos y locales”, los pueblos indígenas pueden ejercer “funciones autónomas”. El artículo 18 de Declaración de las Naciones Unidas sostiene que “[l]os pueblos indígenas tienen derecho a participar en la adopción de decisiones en las cuestiones que afecten sus derechos, por conducto de representantes elegidos por ellos de conformidad con sus propios procedimientos, así como a mantener y desarrollar sus propias instituciones de adopción de decisiones”.

Siguiendo con el ejercicio de contrastar nuestra legislación con la de otros países de la región, encontraremos importantes diferencias. En el caso de Colombia, el artículo 329 de su Constitución (1991), luego de afirmar que “los resguardos son de propiedad colectiva y no enajenable”, agrega en el artículo siguiente que, “de conformidad con la Constitución y las leyes, los territorios indígenas estarán gobernados por consejos conformados y reglamentados según los usos y costumbres de sus comunidades”.

El mismo artículo 330 indica las funciones de los territorios indígenas, entre las que se señala que ejercerán las siguientes: velar por la aplicación de las normas legales sobre usos del suelo y poblamiento de sus territorios (inciso 1), velar por la preservación de los recursos naturales (inciso 5) y coordinar los programas y proyectos promovidos

por las diferentes comunidades en su territorio (inciso 6). Adicionalmente, en el inciso 4 se anota “percibir y distribuir sus recursos”.

Más adelante, en el artículo 356, la Constitución de Colombia se refiere al financiamiento de los servicios a cargo de la nación y de los departamentos, distritos y municipios, agregando en su tercer párrafo que “serán beneficiarias las entidades territoriales indígenas, una vez constituidas. Así mismo, la ley establecerá como beneficiarios a los resguardos indígenas, siempre y cuando estos no se hayan constituido en entidad territorial indígena”.

Hay más normas relacionadas con las facultades de los resguardos en Colombia. En efecto, el artículo 286 reconoce como entidades territoriales los departamentos, los distritos, los municipios y los territorios indígenas. El artículo siguiente establece que las entidades territoriales “gozan de autonomía para la gestión de sus intereses, y dentro de los límites de la Constitución y la ley” asignándoles los siguientes derechos: 1) gobernarse por autoridades propias, 2) ejercer las competencias que les correspondan, 3) administrar los recursos y establecer los tributos necesarios para el cumplimiento de sus funciones, y 4) participar en las rentas nacionales.

El Decreto 2164 (1995), que hemos citado en las páginas anteriores, desarrolla con más detalle las facultades de los resguardos indígenas en el artículo 22:

Las áreas que se constituyan con el carácter de resguardo indígena serán manejadas y administradas por los respectivos cabildos o autoridades tradicionales de las comunidades, de acuerdo con sus usos y costumbres, la legislación especial referida a la materia y a las normas que sobre este particular se adopten por aquellas.

A la vista de dichas disposiciones constitucionales y legales, Olsen (2008), citando una interesante sentencia de la Corte Constitucional de Colombia, afirma:

El artículo 286 reconoce los territorios indígenas, así como los departamentos, distritos y municipios, como entidades territoriales, una entidad político-administrativa que dispone de cierta autonomía. Dentro de estas Entidades Territoriales Indígenas (ETI), las autoridades indígenas ejercerán funciones de gobierno autónomo como la administración de los recursos económicos y la recaudación de impuestos (art. 287). (p. 9)

No obstante, Tapia (2022), observando que, por disposición del artículo 330, los territorios indígenas “estarán gobernados por consejos conformados y reglamentados según los usos y costumbres”, comenta lo siguiente: “En un ámbito meramente descriptivo, lo anterior puede calificarse como una rígida imposición constitucional, pues

solamente pueden gobernarse por un consejo. ¿Qué ocurre si una comunidad indígena se gobierna tradicionalmente a través de una autoridad personal?” (p. 11).

Mucho más crítico de la experiencia colombiana es François Correa (2016), quien considera que casi todas las funciones reconocidas a las autoridades indígenas, entre las que incluye las jurisdiccionales “están a cargo de autoridades administrativas del Estado” (p. 167). Respecto de la asignación y uso de presupuesto para los resguardos, cita una evaluación de la Contraloría General de la República, que concluyó que el Sistema General de Participación Indígena no logró alcanzar “un significativo mejoramiento de las condiciones de vida de tales comunidades, y que las instituciones responsables (gobiernaciones, alcaldías) no han tomado las medidas administrativas pertinentes” (p. 165).

En el caso de Bolivia, en particular en las zonas altas, existe una tradición muy fuerte, en la que se reconoce la figura de los corregidores y los alcaldes comunales, elegidos anualmente. Refiriéndose a las funciones de dichas autoridades en la zona de Cochabamba, Saaresranta e Hinojosa afirman (2009):

La función del alcalde comunal viene de la estructura del ayllu. Es el *jilanco* (quechua) o *jilakata* (aymara). Esta figura de autoridad viene ya desde el Estado Inca, donde su función era ser el representante del inca, y en la época republicana también cumplía el rol del representante del Estado, de hacer abogacía por su comunidad y funcionar como facilitador del Estado en el ayllu. (p. 66)

Como dijimos, la Constitución aprobada en 2009 hizo cambios sustanciales en la regulación de comunidades y pueblos indígenas en Bolivia. Así, en el artículo 269, con el que se inicia el tratamiento de la organización territorial del Estado, se afirma: “Bolivia se organiza territorialmente en departamentos, provincias, municipios y territorios indígena originario campesinos”. El artículo 272 define lo que, de modo general, implica la autonomía que se asigna a estos espacios:

La autonomía implica la elección directa de sus autoridades por las ciudadanas y los ciudadanos, la administración de sus recursos económicos, y el ejercicio de las facultades legislativa, reglamentaria, fiscalizadora y ejecutiva, por sus órganos del gobierno autónomo en el ámbito de su jurisdicción y competencias y atribuciones.

Pero nos interesa en particular revisar lo que se debe entender en el texto constitucional respecto de la autonomía indígena originaria campesina, lo que encontramos en el artículo 289 y siguientes:

La autonomía indígena originaria campesina consiste en el autogobierno como ejercicio de la libre determinación de las naciones y los pueblos indígena originario campesinos, cuya población comparte territorio, cultura, historia, lenguas, y organización o instituciones jurídicas, políticas, sociales y económicas propias.

En el artículo siguiente (290, parágrafo II) veremos con más detalle el tratamiento del autogobierno de las autonomías indígena originaria campesina: “El autogobierno de las autonomías indígenas originario campesinas se ejercerá de acuerdo a sus normas, instituciones, autoridades y procedimientos, conforme a sus atribuciones y competencias, en armonía con la Constitución y la ley”.

De forma similar a como se pudo apreciar en el caso colombiano, en el artículo 340, inciso I, de la Constitución de Bolivia se asignan rentas a las referidas autonomías indígena originario campesinas: “Las rentas del Estado se dividen en nacionales, departamentales, municipales, e indígena originario campesinas”.

Diego Laurenti Sellers (2017), al inicio de su texto, recuerda el proceso que llevó a la compleja modificación de la Constitución y de normas adoptadas posteriormente en Bolivia, dejando traslucir una dosis de optimismo:

Impulsado y sostenido por las protestas masivas que sacudieron durante cinco años el país, Evo Morales Ayma llegó a la presidencia en 2005 con una plataforma política de cambio sistémico. Al centro de esta propuesta está la creación de un Estado Plurinacional, en que las instituciones políticas indígenas cuentan con igual legitimidad que las instituciones liberales occidentales. La manifestación concreta de esta plurinacionalidad son las autonomías indígenas, con sus propios sistemas de autogobierno y sus propias estrategias de desarrollo. Ahora, los pueblos indígenas de Bolivia pueden formalizar sus instituciones ancestrales con estatutos autonómicos de su propia creación, transformando sus municipios en “autonomías indígenas originario campesinas” (AIOC’s). (p. 2)

Laurenti Sellers agrega que, al año siguiente de la aprobación de la Constitución, en 2010, se promulgó la Ley Marco de Autonomías y Descentralización (LMAD), en la cual se definirían de forma más precisa los términos a través de los que se establecerían las autonomías indígenas. Pero a continuación expresa lo siguiente:

Para que una comunidad indígena pueda acceder al estatus de AIOC, tiene que pasar por un laberinto burocrático que comporta importantes gastos y largos plazos de tiempo. Las catorce etapas de la “carrera de obstáculos” están

delineadas por los artículos 289 al 296 del séptimo capítulo de la CPE y por la LMAD. En síntesis, es necesario crear una pequeña constitución llamada “estatuto autonómico”, y a través una serie de trámites y negociaciones lograr que este documento sea aprobado tanto por el gobierno como por la población del territorio en cuestión. (2017, p. 7)

En las conclusiones de su breve documento, el autor resume así el proceso iniciado en Bolivia con la Constitución de 2009:

La autonomía indígena no consiste simplemente en el reconocimiento constitucional de lo que ya existe hace siglos, sino de un apoyo concreto para romper la dependencia económica que subordina las comunidades indígenas a los intereses de los poderosos. Si no hay asignación de recursos por parte del Estado, no se puede hablar de reconocimiento oficial de la AIOC. Hasta que llegue este apoyo, las promesas hechas por la constitución y el gobierno seguirán siendo intangibles. (2017, p. 15)

Revisemos ahora la forma en que la Constitución de México contempla el tema de la organización de los pueblos y comunidades indígenas. Para ello citaremos el artículo 2, sección A, donde se afirma que “esta Constitución reconoce y garantiza el derecho de los pueblos y las comunidades indígenas a la libre determinación y, en consecuencia, a la autonomía para (...)”, y a continuación enuncia una serie de facultades de estas organizaciones, entre ellas:

I. Decidir, conforme a sus sistemas normativos y de acuerdo con esta Constitución, sus formas internas de gobierno, de convivencia y de organización social, económica, política y cultural.

III. Elegir de acuerdo con sus sistemas normativos a las autoridades o representantes para el ejercicio de sus formas propias de gobierno interno, garantizando que las mujeres y los hombres indígenas disfrutarán y ejercerán su derecho de votar y ser votados en condiciones de igualdad.

Ubicado igualmente en el Capítulo I del Título I de la Constitución mexicana, encontramos también el artículo 27, que se ocupa, entre otros temas, de los recursos naturales, pero en el que encontramos recogido en el inciso VII lo siguiente:

La asamblea general es el órgano supremo del núcleo de población ejidal o comunal, con la organización y funciones que la ley señale. El comisariado ejidal o de bienes comunales, electo democráticamente en los términos de la ley, es el órgano de representación del núcleo y el responsable de ejecutar las resoluciones de la asamblea.

Ramírez Espinosa y Cerqueira (2021) resaltan la enorme diversidad de las formas de organización indígena en México, pues, citando el Catálogo de las Lenguas Indígenas Nacionales de 2015, existen 68 agrupaciones lingüísticas (p. 41). En base a esa diversidad, dichos autores sostienen que una resolución del Tribunal Electoral habría permitido la elección de autoridades bajo los sistemas de usos y costumbres de cada comunidad, fortaleciendo así en forma importante a las comunidades en el país (p. 34). En efecto, ambos autores destacan que el gobierno y la organización de estas organizaciones “son asombrosamente diversos, así como los sistemas normativos (o usos y costumbres como son mejor conocidos en las comunidades indígenas)”. Agregan que algunos de esos sistemas de gobierno y de organización social trascienden fronteras (Ramírez Espinosa & Cerqueira, 2021, p. 42).

Los mismos autores, pese a identificar los avances que han tenido los pueblos indígenas en México, logrando la inclusión de sus derechos en la Constitución mediante modificaciones como la de 2001, estiman que el balance no resulta lo favorable que podría esperarse, más aún cuando la organización federal implica que en las respectivas constituciones de los estados y en sus legislaciones esos avances resultan mediatizados: “Finalmente, el Estado mexicano se ha organizado municipalmente favoreciendo generalmente a los centros de población no-indígenas. Es así que aún cientos de pueblos indígenas son divididos administrativa y judicialmente, y mantienen centros de gobierno municipales dominados por población no-indígena” (p. 22).

Merece destacarse una valiosa norma en la extensa Constitución mexicana referida a los derechos de las mujeres indígenas, ubicada en el artículo 2, sección B, numeral VIII, que dispone:

Garantizar la participación efectiva de las mujeres indígenas, en condiciones de igualdad, en los procesos de desarrollo integral de los pueblos y comunidades indígenas; su acceso a la educación, así como a la propiedad y posesión de la tierra; su participación en la toma de decisiones de carácter público, y la promoción y respeto de sus derechos humanos.

No hemos encontrado en los textos constitucionales ni en las normas infraconstitucionales de los países revisados mayores referencias a la organización interna de los pueblos y comunidades indígenas. No hay tampoco referencias a diferencias entre sus miembros, y menos sobre roles de las mujeres integrantes de esas organizaciones, salvo en el caso de México, mencionado líneas más arriba. Sí apreciamos, en cambio, que, pese a valiosas declaraciones respecto del derecho de las comunidades de elegir a sus autoridades y la autonomía para definir su organización

interna, el camino para volcar esas declaraciones en ejercicio práctico se muestra más bien complicado.

Retomemos ahora la mirada a la situación de las comunidades campesinas y nativas en el Perú. Como se ha podido detectar, nuestra regulación respecto de la organización comunal más bien resulta imponiendo formas, procedimientos y criterios alejados de sus propias tradiciones y culturas. Por ello, Mispireta (2021) critica el tratamiento “uniforme, coercitivo y ajeno” a las diferentes culturas existentes en el país y agrega:

Dentro de ese contexto, la mayor cantidad de regulación del “Derecho oficial” ha recaído sobre las denominadas “comunidades campesinas y nativas”, cuyas características y actividades no solo han sido recogidas por el Código Civil, sino también por una serie de leyes especiales, que muchas veces son contradictorias y dictadas sin ningún conocimiento de las realidades que se pretenden regular. Por tal razón, desde nuestro punto de vista este tipo de normas deben ser de carácter general y flexible, permitiendo a las comunidades autorregular sus sistemas de organización social y sus mecanismos internos de solución de conflictos. (p. 548)

No es la única voz que desde el derecho civil cuestiona la excesiva regulación de las comunidades. Como vimos al tratar este tema, la profesora Elena Vásquez (2021) opina que el marco normativo para las comunidades campesinas es excesivo, sin dejar margen de acción para ejercer su autonomía, de modo de actuar conforme a sus propias costumbres.

Entonces, si se quiere cumplir con el mandato constitucional del respeto a la autonomía de las comunidades campesinas y nativas en lo que se refiere a su organización interna, una serie de normas deberían ser objeto de revisión. La primera de ellas, sin lugar a dudas, será el artículo 137 del Código Civil, que es el que encarga al Poder Ejecutivo “regular” el estatuto de las comunidades, el cual debería consagrar su autonomía económica y administrativa, “así como los derechos y obligaciones de sus miembros y las demás normas para su reconocimiento, inscripción, organización y funcionamiento” (pp. 541-542).

Lo siguiente debe ser, entonces, eliminar o en todo caso aligerar el tratamiento de las respectivas normas de la Ley General de Comunidades Campesinas, especialmente los artículos del 19 al 21, que se ocupan de la directiva comunal, así como las normas reglamentarias contenidas en el reglamento de dicha ley, el Decreto Supremo 008-91-TR, de modo que se deje libertad para que los comuneros mantengan

la actual denominación de las directivas comunales o recuperen las denominaciones de sus órganos, y que se regulen los procesos tradicionales para que se reconozca a los dirigentes su aptitud para asumir los cargos. Algo similar deberá realizarse con las normas relacionadas con la organización interna de las comunidades nativas, contenidas en el reglamento de la “Ley de comunidades nativas y de desarrollo agrario de la selva y de ceja de selva”, el Decreto Supremo 003-79-AA, toda vez que la ley no trata sobre los órganos de gobierno de esas comunidades.

No solo eso, sino que, tomando en cuenta que la distinción entre comuneros y comuneros calificados admite diversos nombres y formas de aplicación, los artículos 5 y 6 de la Ley General de Comunidades Campesinas deberían simplificarse, para dejar a las propias comunidades que regulen esas diferencias, sí así lo estiman, además de concordarlo con otros artículos que hacen referencia a esta distinción entre comuneros. Evidentemente, las demás normas reglamentarias también deberían revisarse para guardar coherencia con los cambios que se hagan en la ley.

A pesar de que la Ley 30982, que modificó la Ley General de Comunidades Campesinas para incluir una participación no menor del 30 % de mujeres o varones en las directivas comunales, no fue objeto de consulta previa, en muchas comunidades campesinas se viene aplicando, lo que ha significado la mejora de la situación de las comuneras. Sería deseable que dicha disposición pudiera contemplarse también para las comunidades nativas, pero, precisamente por suponer para su aplicación de una consulta previa, consideramos que debería seguirse un proceso más respetuoso de las culturas amazónicas.

El tema de la independización de los anexos comunales es también algo que debe ser objeto de revisión y de consulta con las organizaciones de comunidades tanto campesinas como nativas. Conforme pudimos apreciar en el capítulo anterior, ni en las leyes ni en su reglamentación se considera un procedimiento para la independización de anexos comunales. Hay, sin embargo, una práctica que expresa dos tipos distintos de motivaciones. Por un lado, el interés de los propios anexos por separarse de sus comunidades madre, respondiendo a la aspiración por mejorar sus condiciones de vida, accediendo a recursos oficiales (proyectos, financiamiento, etc.) y eventualmente iniciando una ruta para constituirse en futuros distritos. Por el otro lado está el interés por debilitar a las organizaciones comunales, favoreciendo a empresarios y funcionarios venales para lograr contratos y acuerdos para el aprovechamiento de recursos naturales bajo control comunal. Consideramos que este tema es especialmente delicado, y aunque nos inclinamos por prohibir expresamente la independización de los anexos,

somos conscientes también de que esta posibilidad hace parte de la autonomía que debe respetarse a las comunidades.

6.3.3. La autonomía en el uso y disposición de las tierras comunales

El tema de la autonomía de las comunidades y pueblos indígenas en lo relacionado con sus tierras ha sido el aspecto que ha suscitado mayor atención del sistema interamericano de derechos humanos. La Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha pronunciado en numerosas sentencias la exigiendo que se respeten los derechos de los pueblos y comunidades a usar, aprovechar y, eventualmente, disponer de sus tierras, insistiendo (tal como establece el Convenio 169 de la OIT) que para estas organizaciones se debe considerar como más adecuado el uso del término *territorio*, por la significación que tiene la tierra para los pueblos indígenas. Más aún, recordemos que la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas dispone en el artículo 26 que “los pueblos indígenas tienen derecho a las tierras, territorios y recursos que tradicionalmente han poseído, ocupado o utilizado o adquirido”.

Tratando de no repetir las ideas expuestas en el capítulo anterior, debemos escoger algunas de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de mayor vinculación con el aspecto que venimos abordando en este apartado.

Así, volvemos a citar el caso de la comunidad indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay, en el cual la corte (2010) recordó que en casos anteriores había reconocido la relación especial que tienen los pueblos indígenas con sus tierras y los recursos naturales allí ubicados. En el fundamento 109, la Corte Interamericana habló del sentido de sentencias previas:

El Tribunal recuerda su jurisprudencia respecto a la propiedad comunitaria de las tierras indígenas, según la cual: 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) el Estado debe delimitar, demarcar y otorgar título colectivo de las tierras a los miembros de las comunidades indígenas; 4) 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, y 5) los miembros de los pueblos indígenas que involuntariamente han perdido la posesión de sus tierras, y éstas han sido

trasladadas legítimamente a terceros inocentes, tienen el derecho de recuperarlas o a obtener otras tierras de igual extensión y calidad.

Asimismo, en el caso del pueblo indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador, la Corte Interamericana (2012), en el fundamento 148, recordó igualmente que ya había establecido que la relación de los pueblos y comunidades indígenas con sus tierras tradicionales se puede expresar de distintas maneras. Al comentar esa sentencia, dijimos que la misma podría amparar las prácticas de las comunidades nativas en el Perú:

Algunas formas de expresión de esta relación podrían incluir el uso o presencia tradicional, a través de lazos espirituales o ceremoniales; asentamientos o cultivos esporádicos; formas tradicionales de subsistencia, como caza, pesca o recolección estacional o nómada; uso de recursos naturales ligados a sus costumbres u otros elementos característicos de su cultura.

En la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos recaída en el caso de los pueblos Rama y Kriol, Comunidad Negra Creole Indígena de Bluefields y otros vs. Nicaragua, la corte (2024a), además de recordar las consideraciones que había adoptado respecto de los derechos de los pueblos indígenas en anteriores sentencias, insistió en la obligación de los Estados de delimitar, demarcar y titular las tierras de las comunidades indígenas y tribales. En el fundamento jurídico 165 agregó:

Asimismo, la Corte ha explicado que es necesario materializar los derechos territoriales de los pueblos indígenas y tribales a través de la adopción de las medidas legislativas y administrativas necesarias para crear un mecanismo efectivo de delimitación, demarcación y titulación, que reconozca tales derechos en la práctica. Lo anterior, considerando que el reconocimiento de los derechos de propiedad comunal indígena debe garantizarse a través del otorgamiento de un título de propiedad formal, u otra forma similar de reconocimiento estatal, que otorgue seguridad jurídica a la tenencia indígena de la tierra frente a la acción de terceros o de los agentes del propio Estado, ya que un reconocimiento meramente abstracto o jurídico de las tierras, territorios o recursos indígenas carece prácticamente de sentido si no se establece, delimita y demarca físicamente la propiedad.

El recuento selectivo que acabamos de hacer nos permite afirmar que la Corte Interamericana, interpretando los distintos instrumentos internacionales relacionados con los derechos humanos de los pueblos indígenas, dejó muy claro que los Estados están obligados a respetar los derechos de las comunidades sobre sus tierras y

territorios, no solo los derechos de propiedad, sino incluso la posesión tradicional sobre sus tierras, a la cual reconoce “efectos equivalentes al título de pleno dominio que otorga el Estado”, posesión que faculta a los indígenas a “exigir el reconocimiento oficial de propiedad y su registro”, además de considerar como una obligación estatal la de delimitar y titular esas tierras y hasta recuperar las tierras de las que hubieran sido despojadas.

La Constitución colombiana, al ocuparse de las tierras de los resguardos, tiene un tratamiento similar al de nuestras anteriores constituciones. En efecto, el artículo 63 dispone que “los bienes de uso público, los parques naturales, las tierras comunales de grupos étnicos, las tierras de resguardo, el patrimonio arqueológico de la nación y los demás bienes que determine la ley, son inalienables, imprescriptibles e inembargables”, mientras que el segundo párrafo del artículo 329 hace más explícita su protección: “Los resguardos son de propiedad colectiva y no enajenable”.

En el ya aludido procedimiento “Constitución y reestructuración de resguardos indígenas”¹³, al detallar el objetivo de dicho procedimiento, se dice:

Formalizar los territorios que se encuentran en posesión total o parcial de las comunidades, o que han sido adquiridos para o por ellas, o que por circunstancias ajenas a su voluntad están dispersas o han migrado de su territorio.

Constituido el resguardo indígena la tierra adquiere la calidad jurídica de ser inalienables, imprescriptibles e inembargables, y será para el beneficio de las comunidades indígenas, para su adecuado asentamiento y desarrollo, buscando preservar sus usos y costumbres y el mejoramiento de la calidad de vida de sus integrantes.

La normativa constitucional e infraconstitucional colombiana parecería, de este modo, respetar los avances en materia del reconocimiento de los derechos de pueblos y comunidades indígenas. En efecto, conforme a la Ley 160 de 1994, se habría ordenado dotar de tierras a las comunidades indígenas mediante procedimientos de constitución, ampliación, saneamiento y reestructuración de resguardos, habiéndose establecido 788 de ellos, como se menciona en la sentencia del caso del pueblo indígena U'wa y sus miembros vs. Colombia.

¹³ Puede verse en <https://www.ant.gov.co/sites/default/files/2024-06/documentos/archivos/ACCTI-P-023-CONSTITUCION-O-REESTRUCTURACION-DE-RESGUARDOS-INDIGENAS-V3-4.pdf>

Pero, precisamente en la mencionada sentencia, la corte (2024b) declaró por unanimidad que “el Estado es responsable por la violación del derecho a la propiedad colectiva reconocido en el artículo 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”. La Corte Interamericana de Derechos Humanos recordó que en su jurisprudencia interpretó que el artículo 21 de la Convención Americana protege la vinculación que los pueblos indígenas guardan con sus tierras y con los recursos naturales (fundamento 122), recordó el deber de protección que emana de dicho artículo y otros instrumentos que forman el *corpus iuris* del derecho internacional (fundamento 125), la obligación de los Estados de garantizar la propiedad colectiva mediante la delimitación, demarcación y titulación de sus territorios (fundamento 126) y recordó otra sentencia en el sentido que “la garantía adecuada de la propiedad comunitaria no implica solo su reconocimiento nominal, sino que comporta la observancia y respeto de la autonomía y autodeterminación de las comunidades indígenas sobre sus tierras” (fundamento 129).

La Constitución de Bolivia reconoce a las naciones y pueblos indígena originario campesinos el derecho a la titulación colectiva de tierras y territorios (artículo 30, II, 6), así como al “uso y aprovechamiento exclusivo de los recursos naturales renovables existentes en su territorio” (artículo 30, II, 17). Más adelante, el artículo 291 dice: “Son autonomías indígena originario campesinas los territorios indígena originario campesinos, y los municipios, y regiones que adoptan tal cualidad de acuerdo a lo establecido en esta Constitución y la ley”.

En el artículo 394, III, la Constitución de Bolivia otorga el carácter indivisible, imprescriptible, inembargable, inalienable e irreversible de la propiedad comunitaria o colectiva, por lo que el Estado “reconoce, protege y garantiza la propiedad comunitaria o colectiva, que comprende el territorio indígena originario campesino, las comunidades interculturales originarias y de las comunidades campesinas”.

Laurenti Sellers (2017) destaca la relación de la posesión sobre la tierra que ejercen los miembros de las comunidades con el sistema de organización:

Poseer y trabajar la tierra es una condición obligatoria para acceder a cargos públicos del sistema político del ayllu. La tierra no es “propiedad” de una familia en el sentido occidental de la palabra, desde el momento que la familia encargada de un pedazo de tierra no puede hacer con ella lo que le parezca. Por ejemplo, no puede venderla, dejarla abandonada o usarla como garantía para sacar un préstamo de un banco.

Sin embargo, en el texto constitucional encontramos reiteradamente la mención a las autonomías indígena originario campesinas. Un informe de Fundación Tierra (2011) señala que la séptima disposición transitoria de la Constitución estableció que la categoría de Tierra Comunitaria de Origen “se sujetará a un trámite administrativo de conversión a Territorio Indígena Originario Campesino (TIOC)” (p. 16). En efecto, el partido gobernante, el Movimiento al Socialismo (MAS) habría apostado por impulsar la formación de los TIOC, pero por distintas razones no han prosperado, como expresa en un breve documento Jason Tockman (2017), quien considera que el sistema de autonomía indígena que se fomenta en Bolivia “es un modelo híbrido que junta el sistema municipal con normas y procedimientos propios”. El citado autor considera que el Estado boliviano:

ha fallado frecuentemente en apoyar y además ha impedido la elaboración de los estatutos de autonomía de varias maneras, lo cual es un resultado significativo de la creciente ambivalencia del liderazgo del MAS y a veces de su hostilidad hacia la autonomía indígena. (párr. 3)

La Constitución de México, en el extenso y complejo artículo 2, sección A, trae el reconocimiento y garantía del derecho de los pueblos y las comunidades indígenas a la libre determinación. Como parte de su autonomía señala, en el numeral IX:

Acceder, con respeto a las formas y modalidades de propiedad y tenencia de la tierra establecidas en esta Constitución y a las leyes de la materia, así como a los derechos adquiridos por terceros o por integrantes de la comunidad, al uso y disfrute preferente de los recursos naturales de los lugares que habitan y ocupan las comunidades, salvo aquellos que corresponden a las áreas estratégicas, en términos de esta Constitución. Para estos efectos las comunidades podrán asociarse en términos de ley.

Más adelante, en el igualmente extenso artículo 27, numeral VII, se reconoce la personalidad jurídica de los núcleos de población ejidales y comunales y “se protege su propiedad sobre la tierra, tanto para el asentamiento humano como para actividades productivas”, agregando el párrafo siguiente que “la ley protegerá la integridad de las tierras de los grupos indígenas”.

Ramírez Espinosa y Cerqueira (2021) consideran que, pese a la claridad del artículo 27 citado, no se han aprobado leyes o procedimientos que garanticen la integridad de las tierras de ejidos y comunidades en México. Por el contrario, opinan que:

En este artículo no se reconocen los territorios indígenas ni la libre determinación de las comunidades para proteger sus territorios. Algunos de estos derechos se han visto ampliados y restringidos también por las constituciones y leyes estatales, así como por las decisiones judiciales que han sentado precedentes. (p. 18)

Más aún, los mencionados autores recuerdan que la Constitución de México distingue tres tipos de propiedad: pública, privada y social, esta última fue, en principio, imprescriptible, inalienable e inembargable, y el conjunto de normas que la regulaban se conoce en México como derecho agrario, agregando que, “sin embargo, poco a poco se han integrado figuras jurídicas y procedimientos para enajenar este tipo de propiedad”.

El problema está, según Ramírez Espinosa y Cerqueira, en que el derecho agrario reconoce solo marginalmente la existencia de territorios o propiedad indígena, sin diferenciar entre tierras indígenas y no indígenas, regulando la relación entre comunidades y el Estado desde un enfoque de producción e integración lo que, añaden, ha dificultado grandemente su uso para proteger la propiedad de las comunidades indígenas (2021, p. 20).

Tras esta gruesa revisión del panorama de las normas internacionales, de la jurisprudencia de la Corte Interamericana y de la regulación en los tres países que venimos analizando, volvemos ahora al caso peruano, retomando los temas que enunciamos en el capítulo anterior.

El primer tema en este recuento tiene que ver indudablemente con la imprecisión doctrinaria que contiene el artículo 89 de nuestra Constitución, pues si bien se adelgazó la protección de las tierras comunales, dejando solo vigente la imprescriptibilidad, mal puede aceptarse como una excepción de esta el caso del abandono, que es otra figura jurídica muy distinta. Sobre la base de esa confusión, la legislación ha construido una discutible forma de abandono, que no es sino la prescripción adquisitiva de dominio, recortando en forma arbitraria el plazo para computarlo y, peor aún, facultando a los precarios (contra lo que indica la doctrina) a adquirir tierras comunales por esta forma encubierta de prescripción, expresamente prohibida por la Constitución. La evidente solución a ello no puede ser otra que la reforma constitucional en ese punto, eliminando la supuesta excepción de la imprescriptibilidad de tierras comunales. Hecho esto, las normas infraconstitucionales deberán adecuarse a la reforma constitucional para eliminar el mal llamado procedimiento de abandono de tierras comunales.

En cuanto a las tierras eriazas de las comunidades, la normativa infraconstitucional ha desarrollado ampliamente el tratamiento de las eriazas, desconociendo la tradición legislativa que establecía que las tierras eriazas de las comunidades eran la excepción al principio de que las tierras eriazas son de dominio del Estado. En el ámbito rural, así como también en el ámbito urbano, ello viene significando la pérdida de tierras comunales, sin tomar en cuenta los instrumentos internacionales que reconocen los derechos sobre la tierra de las comunidades y pueblos indígenas ni la interpretación que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que ampara incluso las tierras sobre las cuales las comunidades ejercen posesión, aunque no fuere en forma permanente.

Algo similar puede decirse respecto de las tierras de bosques que son reclamadas por las comunidades. Particularmente debemos referirnos a la situación de las comunidades nativas, a las que con el cambio de la Ley de Comunidades Nativas (Decreto Ley 20653) por la vigente Ley de Comunidades Nativas (Decreto Ley 22175) se les reconoce únicamente derechos de propiedad sobre la superficie con aptitud para el cultivo y la ganadería, otorgándoles un contrato de cesión en uso sobre las tierras de bosques. Aquí el *corpus iuris* que hemos tenido la ocasión de revisar es muy claro: se debe reconocer los derechos de propiedad de las comunidades.

El problema para aplicar ese planteamiento chocaría, sin embargo, tanto con el principio constitucional de que los recursos naturales son patrimonio de la nación (artículo 66) como con la Ley Forestal y de Fauna Silvestre, que considera los bosques (así como las tierras de capacidad de uso mayor forestal y las tierras de capacidad de uso mayor para protección, con bosques o sin ellos) como parte del patrimonio forestal y de fauna silvestre de la nación. No obstante, el reconocimiento del derecho de propiedad a las comunidades sobre las tierras con aptitud forestal no conlleva necesariamente a perder el control de los bosques. De hecho, muchas de las regulaciones de la vigente Ley Forestal y de Fauna Silvestre, la Ley 29763, pueden seguir vigentes, como sería el caso del Título V (Bosques en tierras de comunidades nativas), mientras que otras deberían ser ligeramente modificadas si se aprobara el cambio, manteniéndose en todos los casos el necesario respeto a la conservación y gestión sostenible del bosque. Ello, en puridad no significaría sino poner en práctica el principio contenido en el Código Civil que diferencia entre la propiedad sobre el suelo (en este caso de la comunidad) y el sobresuelo; esto es, el bosque (de la nación).

El último tema vinculado a los bosques tiene que ver con las áreas naturales protegidas, donde lo que correspondería sería exigir a las autoridades del Ministerio del Ambiente que se respeten las normas vigentes, que disponen respetar los derechos

preexistentes de las comunidades nativas sobre dichas áreas, dejando de lado gestiones innecesarias y la renuencia de los funcionarios del Sernanp a cargo de su aplicación.

Tal como vimos en el capítulo 5, el tema de la independización de los anexos comunales plantea una mayor complejidad. No puede negarse el derecho de los miembros de las comunidades de independizarse de la comunidad madre, pero lo que tenemos ahora, como se ha dicho es una aplicación irregular, ultraactiva de una norma derogada (el Estatuto Especial de Comunidades Campesinas). Analógicamente se la aplica también para las comunidades nativas. Lo conveniente aquí sería promover una norma que permita la independización, señalando requisitos mínimos, supeditados siempre a la decisión de la asamblea de cada comunidad. Dado lo controversial que puede resultar una norma así, pues se afectaría directamente el interés de las comunidades campesinas y nativas, un proceso de consulta previa debería seguirse escrupulosamente.

Finalmente, aunque la última modificación del artículo 2 de la “Ley de deslinde y titulación del territorio de las comunidades campesinas” tiene claros visos de inconstitucionalidad, además de no haber sido objeto de una consulta previa, como debió ocurrir, sugerimos que para evitar que se siga afectando el derecho de propiedad de las tierras comunales, no se permita la aprobación de nuevas prórrogas a la situación excepcional de convalidar la pérdida de tierras ocupadas por centros poblados.

6.4. La relevancia del reconocimiento de la autonomía de las comunidades

Lo visto en el presente capítulo nos muestra que la práctica sostenida de nuestro Estado de aprobar, sin reservas, importantes instrumentos internacionales, sobre todo vinculados a los derechos humanos, pero luego desconocer esos compromisos e incluso legislar apartándose de esos compromisos también se encuentra en otros países.

Esa práctica puede parecer desconcertante, pero expresa la existencia de distintas tendencias a nivel internacional. Si bien, como se ha pretendido demostrar a lo largo de esta tesis, existe una vigorosa dinámica en organismos internacionales que, recogiendo las demandas y propuestas del movimiento indígena, han llevado a construir un rico *corpus iuris* que reconoce el derechos de los pueblos y comunidades indígenas, hay también una presión internacional que impulsa el desconocimiento de sus derechos, fundamentalmente vinculado con los intereses por aprovechar los recursos naturales existentes en sus territorios, como son madera, minerales e hidrocarburos, pero también con fines de urbanización, transporte y turismo.

A esas tensiones se suman proyectos políticos en nuestra región que han impulsado en sus países una muy interesante legislación, pero que se enfrenta al desinterés, la indiferencia o incluso a la oposición de los pueblos y comunidades, cuando no a la falta de coherencia en la aplicación de dichas normas y políticas públicas.

El resultado de todo ello resulta en una mayor complejidad y en conflictos, en algunos casos abiertos, como ocurrió en el Perú durante el llamado Baguazo, pero que se encuentra también en otros países, como el caso del área protegida Territorio Indígena y Parque Nacional Isiboro Sécore (TIPNIS) en Bolivia o el de la construcción del nuevo canal interoceánico en Nicaragua. Nuestras frágiles democracias se ven así sumando nuevos factores de inestabilidad social y política.

Pero, si hablamos de democracia debemos referirnos al problema de la conformación de nuestras naciones. El caso peruano es quizás el más serio, pues al secular desprecio hacia las culturas andinas y amazónicas, se suma el arraigado racismo que, sin duda alguna ha recrudecido en los últimos años. Tal vez una de las expresiones más gráficas de ello fueron las del entonces presidente del Consejo de Ministros Carlos Ferrero en enero de 2004, cuando dijo ante el Congreso de la República:

La sociedad tiene derecho a reclamar la devolución al Estado de inmensas extensiones de tierras eriazas o abandonadas desde hace muchos años, cuya actual posesión por algunas comunidades campesinas sólo parece dirigida a traficar con expectativas futuras y perpetuar privilegios. (CEPES, 2004)

Ese desprecio de las autoridades, en este caso hacia las comunidades campesinas estuvo también a la base del conflicto de Bagua, pues el Ejecutivo y el Congreso no supieron evaluar el profundo significado de las normas que entonces promovieron y que derivaron en el penoso resultado por todos conocido. Como bien hemos visto en los capítulos anteriores, para las comunidades la relación con la tierra no es solo un asunto económico, sino que tiene que ver con su identidad, su cultura y su supervivencia. Ello explica que, según el reporte de la Defensoría del Pueblo, al dar cuenta de los conflictos socio ambientales uno de los actores principales sea la organización comunal.

Pero, como señalamos, en otros países también se encuentran dificultades. En Colombia, como evalúa Semper (2006), “la cuestión indígena no tuvo peso y por la cantidad tan reducida de indígenas no tuvieron problema en incorporarles derechos en la Constitución” (p. 762). Pese a ello, Olsen considera que “la extremadamente grave situación de los derechos humanos de los pueblos indígenas en Colombia hace pensar

que, a pesar de la positiva influencia de la Corte Constitucional, en el país no se hayan producido cambios efectivos y palpables” (2008, p. 12).

En Bolivia, donde no solo se produjo un importante cambio en la Constitución y se intentó un radical giro en cuanto a la organización territorial, reconociendo derechos a las autonomías indígenas, el proceso no avanzó. Semper (2006) habla de una crisis institucional y afirma que:

En esencia, los temas centrales de estos conflictos son el alcance y los límites de la autonomía indígena, que amenaza con desbordar el marco del Estado constitucional existente. En tanto que para los Estados la reivindicación de autonomía de los indígenas excede lo posible, para los pueblos indígenas el grado de autonomía que ofrece el Estado no es suficiente. (p. 1)

Esa percepción es confirmada por el abogado boliviano Esteban Sanjinés¹⁴, quien, al evaluar el proceso boliviano en general, manifiesta:

En Bolivia, el derecho a la autonomía fue reconocido con la promulgación de la Constitución Política del Estado en 2009, aunque no para comunidades como tal, sino para entidades territoriales. Inicialmente se pensó que sería un camino casi natural para los pueblos indígenas que habían logrado titular sus territorios; sin embargo, en la práctica, solo algunos consiguieron cumplir la extensa lista de requisitos exigidos por la ley: población mínima, unidad territorial, aprobación mediante referendo, capacidad administrativa y elaboración de estatutos autonómicos, entre otros.

La profesora de la Universidad de Guadalajara Carol Mata Vázquez (2019), en las conclusiones de un breve artículo sobre las comunidades indígenas y las políticas públicas en México, precisa:

En materia de políticas públicas y sociales, focalizadas a las comunidades indígenas, se ha manejado un enfoque político, económico y turístico, es decir, al Estado no le interesan realmente los pueblos indígenas y las personas que los integran, sino, el verse bien y sacarlos de la pobreza extrema en la que se ven obligados a vivir, para que su periodo de gobernanza tenga mejores números; las políticas indigenistas no han sido las adecuadas y las políticas asistencialistas, no han hecho más que agravar el rechazo social hacia las comunidades indígenas, debido a la distinción racial y el clasismo en México, las

¹⁴ Comunicación personal, 21 de julio de 2025.

personas pertenecientes u originarias de comunidades indígenas se ven excluidas ante el mundo moderno. (p. 8)

Coinciden también con esas apreciaciones Ramírez Espinosa y Cerqueira en el trabajo varias veces citado (2021):

Casi 20 años después de la reforma constitucional del 2001 y de numerosas reformas constitucionales estatales, no se han logrado los cambios sustanciales en las relaciones sociales, políticas y legales entre los pueblos indígenas y el Estado mexicano, que se buscaban. Es penoso reportar que la discriminación, desigualdad, pobreza, y falta de oportunidades, ha aumentado para este sector de la población en México, con muy pocas excepciones. (p. 12)



CONCLUSIONES

El análisis de la autonomía constitucionalmente reconocida a las comunidades campesinas y a las comunidades nativas en el Perú revela una tensión que podría considerarse sistemática. Hay una clara distancia entre las disposiciones constitucionales contenidas en el artículo 89 y las limitaciones que se han impuesto en las normas infraconstitucionales, así como en la práctica administrativa. Si bien en países de la región puede observarse también la existencia de la tensión entre normas constitucionales e incluso de normas infraconstitucionales que declaran reconocer y proteger los derechos de las comunidades y pueblos indígenas, pero que en la práctica los desconocen, en el caso peruano las afectaciones parecen más serias y se expresan en distintos aspectos.

Esa última afirmación llevaría a considerar que se ha verificado la hipótesis planteada al inicio de esta investigación; esto es, que la falta de definición de los límites de la autonomía constitucionalmente reconocida de las comunidades viene generando el debilitamiento de estas y, en el mediano o el largo plazo, su desaparición, lo que puede originar un importante vacío en el mundo rural, que puede llevar a una mayor conflictividad en él.

A continuación, presentamos las conclusiones más pertinentes, formuladas sobre la base de la revisión y el análisis realizado a lo largo de este trabajo. Para exponer las conclusiones de forma más ordenada, las hemos agrupado en tres bloques, siguiendo los tres temas centrales abordados en la tesis.

Sobre la personalidad jurídica y el reconocimiento legal de las comunidades

1. Las comunidades campesinas y las comunidades nativas deben ser conceptualizadas y tratadas como pueblos indígenas u originarios, conforme a la interpretación evolutiva que ha realizado el Tribunal Constitucional, así como la legislación nacional (Ley 27811, que establece el régimen de protección de los conocimientos colectivos de los pueblos indígenas vinculados a los recursos biológicos, y Ley 29785, “Ley del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios, reconocido en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo”). Esa identidad colectiva garantiza la plena aplicación del *corpus iuris* internacional, que conforma el bloque de constitucionalidad.
2. El reconocimiento de la existencia legal y la personería jurídica de las comunidades campesinas y nativas, consagrado en el artículo 89 de la Constitución, es de

naturaleza directa y excepcional, lo que debe implicar su reconocimiento *erga omnes* por el solo hecho de su existencia histórica, sin requerir de una inscripción constitutiva, tal como el derecho internacional de los derechos humanos y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Tribunal Constitucional del Perú han establecido.

3. La exigencia del reconocimiento administrativo previo o de requisitos formales excesivos, como los establecidos en el Código Civil y en las normas reglamentarias de ambos tipos de comunidades, afecta el contenido constitucionalmente protegido de la autonomía de las comunidades, pues, como ha establecido el Tribunal Constitucional, esas exigencias hacen perder toda su funcionalidad al referido derecho de autonomía y desnaturalizan, por tanto, la posición privilegiada que la carta fundamental otorga a estas comunidades.
4. La práctica estatal, tanto de legisladores como de funcionarios nacionales y subnacionales, de supeditar la personalidad jurídica de las comunidades campesinas y nativas al cumplimiento de formalidades excesivas, resulta abiertamente incompatible con el derecho internacional de los derechos humanos, toda vez que la existencia del pueblo o comunidad es preexistente al Estado y, por ende, el acto de registro debe ser meramente declarativo.

Sobre la autonomía organizativa y sus límites legales

5. La expresión “dentro del marco que la ley establece”, contenida en el artículo 89 constitucional, ha servido de fundamento para establecer una regulación infraconstitucional excesiva y uniformizante que regula aspectos esenciales de la organización interna de estas organizaciones (denominación y composición de las directivas, duración del mandato, fechas de elección), lo que en la práctica anula o erosiona el derecho al autogobierno conforme a sus propios usos y costumbres, reconocido en el *corpus iuris* del derecho de las comunidades y pueblos indígenas.
6. Una exigencia a los Estados, derivada del *corpus iuris* de los derechos de las comunidades y pueblos indígenas, es que respeten su autonomía organizativa, garantizando que los pueblos indígenas designen sus propias autoridades y representantes de acuerdo con sus propias culturas, normas y tradiciones, sin que dicho ejercicio esté supeditado a reconocimiento previo o a regulación estatal.
7. La imposición legislativa de distinguir entre tipos de comuneros y el establecimiento de cuotas de género obligatorias en las directivas comunales (Ley 30982) son ejemplos de la tensión no resuelta entre el derecho oficial y el derecho y las prácticas

de las comunidades campesinas. En el caso de la Ley 30982, la tensión entre la garantía de la igualdad de derechos de las mujeres indígenas y el derecho a la autonomía organizativa de las comunidades campesinas se ve agravada al no haberse realizado un proceso de consulta previa.

8. La aplicación ultraactiva e irregular de normas derogadas (como el Estatuto Especial de Comunidades Campesinas de 1970) por parte de funcionarios facilita y en algunos casos promueve la independización de anexos comunales, generando una fragmentación territorial y el consecuente debilitamiento organizativo que vulnera la autonomía comunal y facilita el despojo territorial. El proceso de saneamiento físico legal de las comunidades nativas ha producido el mismo efecto en la región amazónica.

Sobre la autonomía territorial y la propiedad comunal

9. La confusión entre la figura del abandono de tierras (artículo 88) y la imprescriptibilidad de tierras comunales (artículo 89) en la carta fundamental es aprovechada por la legislación (Ley 26845 y otras) para establecer y aplicar una prescripción adquisitiva encubierta, permitiendo la adquisición de tierras comunales por terceros poseedores, incluso por precarios, en plazos reducidos, lo cual es contrario a la doctrina del derecho civil y vulnera la protección constitucional del derecho de propiedad que la propia Constitución garantiza.
10. La posesión tradicional de las comunidades sobre sus tierras ancestrales tiene efectos jurídicos equivalentes al título de pleno dominio otorgado por el Estado, lo que ha sido reconocido no solo por el *corpus iuris* del derecho internacional de los derechos humanos, sino incluso por normas que hacen parte del bloque de constitucionalidad. Ello obliga al Estado a establecer mecanismos de registro simplificado que reconozcan dicha posesión como base para la consecuente titulación y registro, entendidos como declarativos y no constitutivos.
11. El Estado peruano no ha cumplido con la obligación positiva de delimitar, demarcar y otorgar título colectivo georreferenciado (artículo 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos), dejando a la mayoría de las comunidades campesinas y nativas en un estado de indefensión e informalidad, lo cual resta significado al reconocimiento de la propiedad, volviéndolo una garantía abstracta.
12. La distinción legal que restringe la propiedad de las comunidades nativas tan solo a tierras con aptitud agropecuaria, otorgando cesión en uso sobre las tierras

forestales, ignora el concepto de territorio integral requerido para la supervivencia cultural y económica de los pueblos indígenas, según lo establece el artículo 13 del Convenio 169 de la OIT y sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

13. La prórroga sucesiva del plazo legal para convalidar la exclusión de tierras de las comunidades campesinas ocupadas por asentamientos humanos (modificaciones al artículo 2 de la Ley 24657) representa una confiscación material de la propiedad comunal, legalizando la usurpación *de facto* de tierras ancestrales en favor de terceros y traficantes, en abierta contravención del derecho de propiedad colectiva y de los artículos 70, 88 y 89 de la carta constitucional.
14. La modificación de la tradición legislativa que consideraba a las tierras eriazas poseídas por las comunidades como de dominio comunal ha sido erosionada por normas que exigen la titulación para mantener dicho dominio, lo que sitúa a las comunidades campesinas y nativas en una posición de vulnerabilidad frente a la disposición estatal de estas tierras, especialmente por la discrecionalidad de las autoridades para declarar tierras como eriazas.
15. En casos de superposición territorial con áreas naturales protegidas (ANP), el marco normativo y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos exigen que las autoridades respeten los derechos territoriales preexistentes de las comunidades, debiendo conciliar los usos tradicionales con los objetivos de conservación, y no utilizar el establecimiento de ANP como un límite al reconocimiento de la propiedad comunal.

RECOMENDACIONES

1. Se debería promover la derogación o modificación integral del artículo 135 del Código Civil, del Reglamento de la Ley General de Comunidades Campesinas (Decreto Supremo 008-91-TR) y del Reglamento de la Ley de Comunidades Nativas (Decreto Supremo 003-79-AA), para eliminar el requisito del reconocimiento administrativo previo y establecer el carácter estrictamente declarativo de la inscripción registral, en rigurosa observancia del artículo 89 constitucional y de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. De lograrse ello, consecuentemente, la normativa de menor jerarquía debería adecuarse a dichos cambios.
2. Impulsar el debate académico y realizar incidencia política para reducir la excesiva y detallada regulación de la organización interna de las comunidades campesinas y nativas (artículo 137 del Código Civil y normas reglamentarias), promoviendo que los estatutos internos de estas organizaciones definan la estructura, los roles de los comuneros (incluyendo categorías y género) y los procedimientos electorales, respetando plenamente los sistemas de autogobierno, sus usos y costumbres.
3. Promover la reforma constitucional del artículo 89, eliminando la remisión al “abandono” como excepción a la imprescriptibilidad, y la subsiguiente derogación de las normas infraconstitucionales (como la del artículo 10 y otros de la Ley 26845) que permiten la adquisición de dominio por prescripción adquisitiva en tierras comunales.
4. Impulsar la revisión del Decreto Ley 22175 para que se reconozca el derecho de propiedad y se les otorgue el título de propiedad a las comunidades nativas sobre la totalidad de su territorio tradicional, incluidas las tierras de aptitud forestal, bajo el principio de territorio integral, permitiendo a las comunidades ejercer la gestión y conservación sostenible en armonía con la propiedad estatal de los recursos naturales, respetando las correspondientes normas al respecto.
5. Exhortar a la judicatura y a las entidades estatales a ejercer un riguroso control de convencionalidad y de legalidad para inaplicar toda norma, práctica administrativa o prórroga legislativa (como las relativas a asentamientos humanos en tierras comunales) que implique el menoscabo o la violación del derecho a la autonomía, la propiedad colectiva y la integridad territorial de las comunidades, conforme al artículo 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Convenio 169 de la OIT y el principio de derecho preexistente de estas organizaciones.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Normas legales

Instrumentos internacionales

Organización de las Naciones Unidas [ONU]. (1945). *Carta de las Naciones Unidas*.
<https://www.un.org/es/about-us/un-charter/full-text>

Organización de los Estados Americanos [OEA]. (1948). *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre*. https://www.oas.org/DIL/esp/Declaraci%C3%B3n_Americana_de_los_Derechos_y_Deberes_del_Hombre_1948.pdf

Organización de las Naciones Unidas [ONU]. (1948). *Declaración Universal de los Derechos Humanos*. <https://www.un.org/es/about-us/universal-declaration-of-human-rights>

Organización Internacional del Trabajo [OIT]. (1957). *Convenio 107 sobre poblaciones indígenas y tribales*. https://normlex.ilo.org/dyn/nrmlx_es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_INSTRUMENT_ID:312252

Organización de las Naciones Unidas [ONU]. (1966). *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP)*. https://www.ohchr.org/sites/default/files/ccpr_SP.pdf

Organización de las Naciones Unidas [ONU]. (1966). *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC)*. <https://www.refworld.org/es/leg/trat/agonu/1966/es/129165>

Organización de los Estados Americanos [OEA]. (1969). *Convención Americana sobre Derechos Humanos*. https://www.oas.org/dil/esp/1969_Convenci%C3%B3n_Americana_sobre_Derechos_Humanos.pdf

Organización Internacional del Trabajo [OIT]. (1989). *Convenio 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes*. <https://www.ilo.org/es/media/443541/download>

Asamblea General de las Naciones Unidas. (1993, 21 de diciembre). Resolución 48/163. <https://docs.un.org/es/A/RES/48/163>

Comunidad Andina de Naciones. (2002). *Carta Andina para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos*. <https://www.refworld.org/es/leg/tratint/oig/2002/es/129881>

Organización de las Naciones Unidas [ONU]. (2007). *Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas*. https://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRI PS_es.pdf

Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura [FAO] (2012). *Directrices voluntarias sobre la gobernanza responsable de la tenencia de la tierra, la pesca y los bosques en el contexto de la seguridad alimentaria nacional*. <https://www.fao.org/4/i2801s/i2801s.pdf>

Organización de los Estados Americanos [OEA]. (2016). *Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas*. <https://www.oas.org/es/sadye/documentos/res-2888-16-es.pdf>

Organización de las Naciones Unidas [ONU]. (2018). *Declaración sobre los Derechos de los Campesinos y de Otras Personas que Trabajan en las Zonas Rurales*. <https://www.eurovia.org/wp-content/uploads/2019/10/DECLARACION-FINAL-ESPANOL-COMPLETA.pdf>

Constituciones políticas de la región

Constitución Política del Estado de Bolivia (2009, 7 de febrero). Gaceta Oficial del Estado Plurinacional de Bolivia. https://www.minedu.gob.bo/index.php?option=com_content&view=article&id=1525:constitucion-politica-del-estado&catid=233&Itemid=933

Constitución Política de Colombia 1991. (2024). Edición Corte Constitucional de Colombia. Rama Judicial del Poder Público. https://sidn.ramajudicial.gov.co/SIDN/NORMATIVA/TEXTOS_COMPLETOS/1_CONSTITUCION_POLITICA/Constituci%C3%B3n_2024.pdf

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. (1917). Gobierno de México. https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/966422/Constitucion_Politica_de_los_Estados_Unidos_Mexicanos.pdf

Normas peruanas

Código Civil de 1936. (1936, 30 de agosto). Ley 8305. Congreso de la República. <https://www.congreso.gob.pe/Docs/biblioteca/Codigos/006679/index.html>

Código Civil de 1984. (1984, 24 de julio). Decreto Legislativo 295. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Perú. https://spijlibre.minjus.gob.pe/content/publicaciones_oficiales/img/Codigo-Civil.pdf

Constitución para la República del Perú. (1920). Asamblea Nacional. https://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/constituciones_ordenado/CONSTIT_1920/Cons1920_TEXTO.pdf

Constitución Política del Perú. (1933). Congreso Constituyente. https://www.leyes.congreso.gob.pe/documentos/constituciones_ordenado/constit_1933/cons1933_texto.pdf

Constitución para la República del Perú. (1979). Junta Directiva de la Asamblea Constituyente. https://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/constituciones_ordenado/CONSTIT_1979/Cons1979_TEXTO_CORREGIDO.pdf

Constitución Política del Perú. (1993). Tribunal Constitucional del Perú. <https://www.tc.gob.pe/wp-content/uploads/2021/05/Constitucion-Politica-del-Peru-1993.pdf>

Ley 1220, Ley General de Tierras de Montaña. (1909, 31 de diciembre). Congreso de la República. Perú. <https://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/Leyes/01220.pdf>

Ley 12996, Elevando las tasas del impuesto a los alcoholes, exceptuándose dicho aumento en las cantidades que señalará el Ministerio de Salud Pública y Asistencia Social (1958, 12 de mayo). Congreso de la República. Perú. <https://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/Leyes/12996.pdf>

Decreto Ley 14552, Ley que crea el Servicio Forestal y de Caza. (1963). Congreso de la República. Perú. <https://leyes.congreso.gob.pe/Documentos/Leyes/14552.pdf>

Decreto Ley 17716, Ley de Reforma Agraria. (1969, 24 de junio). Congreso de la República. Perú. <https://leyes.congreso.gob.pe/Documentos/Leyes/17716.pdf>

Decreto Ley 20653, Ley de Comunidades Nativas y de Promoción Agropecuaria de Regiones de Selva y Ceja de Selva. (1975, junio). Congreso de la República. Perú. <https://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/Leyes/20653.pdf>

Decreto Ley 21147, Ley Forestal y de Fauna Silvestre. (1975, mayo). Congreso de la República. Perú. <https://leyes.congreso.gob.pe/Documentos/Leyes/21147.pdf>

Decreto Ley 22175, Ley de Comunidades Nativas y de Desarrollo Agrario de la Selva y de la Ceja de Selva. (1978, 9 de mayo). Congreso de la República. Perú. [https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con3_uibd.nsf/0D41EC1170BDE30A052578F70059D913/\\$FILE/\(1\)leydecomunidadesnativasley22175.pdf](https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con3_uibd.nsf/0D41EC1170BDE30A052578F70059D913/$FILE/(1)leydecomunidadesnativasley22175.pdf)

Decreto Legislativo 653, Ley de Promoción de las Inversiones en el Sector Agrario. (1991, julio). Congreso de la República. Perú. [https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/E111771A972ED52405257B7A004B7EEB/\\$FILE/653.pdf](https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/E111771A972ED52405257B7A004B7EEB/$FILE/653.pdf)

Decreto Legislativo 667. (1991, 17 de setiembre). Congreso de la República. Perú. <https://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/DecretosLegislativos/00667.pdf>

Decreto Legislativo 994, que promueve la inversión privada en proyectos de irrigación para la ampliación de la frontera agrícola. (2008, 13 de marzo). Congreso de la República. Perú. [https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con2_uibd.nsf/15192DD6646EAE3F052575C2007B6668/\\$FILE/D.Leg.994_Promueve_Invers.P riv.Proy.Irrig.Amp.Front.Agric..pdf](https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con2_uibd.nsf/15192DD6646EAE3F052575C2007B6668/$FILE/D.Leg.994_Promueve_Invers.P riv.Proy.Irrig.Amp.Front.Agric..pdf)

Decreto Legislativo 1064, que aprueba el régimen jurídico para el aprovechamiento de las tierras de uso agrario. (2008, 28 de junio). Congreso de la República. Perú. [https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con2_uibd.nsf/459C0655C70E2C56052575C2007F44C6/\\$FILE/D.Leg.1064_Aprueba_R%C3%A9g.Jurid.Tierras_uso_agrario.pdf](https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con2_uibd.nsf/459C0655C70E2C56052575C2007F44C6/$FILE/D.Leg.1064_Aprueba_R%C3%A9g.Jurid.Tierras_uso_agrario.pdf)

Decreto Legislativo 1360, que precisa funciones exclusivas del Ministerio de Cultura. (2018, 22 de julio). Congreso de la República. Perú. <https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/6257629/5507930-dl-1360.pdf?v=1714164672>

Ley 24656, Ley General de Comunidades Campesinas. (1987, 13 de abril). Congreso de la República. Perú. https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con3_uibd.nsf/1DAB0BF2E43B8FBB0525797B006DE3C0/%24FILE/1_LEY_24656_Ley_General_Comunidades_Campesinas_SPIJ.pdf

Ley 24657, Ley de Deslinde y Titulación del Territorio de las Comunidades Campesinas. (1987). Congreso de la República. Perú. <https://docs.peru.justia.com/federales/eyes/24657-apr-13-1987.pdf>

Ley 26505, Ley de la inversión privada en el desarrollo de las actividades económicas en las tierras del territorio nacional y de las comunidades campesinas y nativas. (1995) Congreso de la República. Perú. https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con3_uibd.nsf/81E9AECEAA373C630525797B006E1D01/%24FILE/4_LEY_26505_LEY_INVERSI%C3%93N_PRIVADA_ACTIVIDADES_ECONOMICAS_COMUNIDADES_CAMPESINAS_SPIJ.pdf

Ley 26834, Ley de Áreas Naturales Protegidas. (1997). Ministerio del Ambiente. Perú. <https://www.minam.gob.pe/wp-content/uploads/2017/04/Ley-N%C2%B0-26834.pdf>

- Ley 26845, Ley de titulación de las tierras de las comunidades campesinas de la costa. (1997). Congreso de la República. Perú. https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con3_uibd.nsf/25EFFA6B475A7AE60525797B006E4B51/%24FILE/7_LEY_26845_LEY_DE_TITULACI%C3%93N_TIERRAS_COMUNIDADES_CAMPESINAS_COSTA_SPIJ.pdf
- Ley 27046, Ley complementaria de promoción del acceso a la propiedad formal. (1999). Archivo Digital de la Legislación del Perú. <https://docs.peru.justia.com/federales/leyes/27046-dec-31-1998.pdf>
- Ley 27172, Ley que da fuerza de ley al Decreto Supremo 017-99-AG sobre el Proyecto Especial Olmos. (1999). Congreso de la República. Perú. <https://docs.peru.justia.com/federales/leyes/27172-sep-14-1999.pdf>
- Ley 27811, Ley que establece el régimen de protección de los conocimientos colectivos de los pueblos indígenas vinculados a los recursos biológicos. (2002). Congreso de la República. Perú. [https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con3_uibd.nsf/BAC83DB14E7BC9FD052578B0006BD7FF/\\$FILE/27811.pdf](https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con3_uibd.nsf/BAC83DB14E7BC9FD052578B0006BD7FF/$FILE/27811.pdf)
- Ley 28607, Ley de reforma de los artículos 91, 191 y 194 de la Constitución Política del Perú. (2005). Congreso de la República. Perú. <https://www.mef.gob.pe/es/normatividad/por-instrumento/leyes/6850-ley-n-28607-1/file>
- Ley 28685, Ley que regula la declaración del abandono legal de las tierras de las comunidades campesinas de la costa, ocupadas por asentamientos humanos y otras posesiones informales. (2006). Congreso de la República. Perú. <https://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/Leyes/28685.pdf>
- Ley 28687, Ley de desarrollo y complementaria de formalización de la propiedad informal, acceso al suelo y dotación de servicios básicos. (2006). Congreso de la República. Perú. <https://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/Leyes/28687.pdf>
- Ley 29338, Ley de recursos hídricos. (2009). Ministerio del Ambiente. Perú. <https://www.minam.gob.pe/wp-content/uploads/2017/04/Ley-N%C2%B0-29338.pdf>
- Ley 29382, Ley que deroga los Decretos Legislativos 1090 y 1064. (2009). Congreso de la República. Perú. [https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con2_uibd.nsf/5F76BD05FCE23C92052578CD006EADB9/\\$FILE/LEY_29382.pdf](https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con2_uibd.nsf/5F76BD05FCE23C92052578CD006EADB9/$FILE/LEY_29382.pdf)

- Ley 29763, Ley Forestal y de Fauna Silvestre. (2011). Ministerio del Ambiente. Perú.
<https://www.minam.gob.pe/wp-content/uploads/2017/04/Ley-N%C2%B0-29763.pdf>
- Ley 29785, Ley del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios, reconocido en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo. (2011, 7 de setiembre). Congreso de la República. Perú.
https://leyes.congreso.gob.pe/Documentos/ExpVirPal/Normas_Legales/29785-LEY.pdf
- Ley 30982, Ley que modifica la Ley 24656, Ley General de Comunidades Campesinas, para fortalecer el rol de la mujer en las comunidades campesinas. (2019, 18 de julio). Congreso de la República. Perú. https://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/2016_2021/ADLP/Normas_Legales/30982-LEY.pdf
- Ley 31056, Ley que amplía los plazos de la titulación de terrenos ocupados por posesiones informales y dicta medidas para la formalización. (2020, 21 de octubre). Congreso de la República. Perú. https://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/2016_2021/ADLP/Normas_Legales/31056-LEY.pdf
- Ley 32293, Ley que modifica la Ley 24657, Ley de Deslinde y Titulación del Territorio de las Comunidades Campesinas. (2025, 8 de abril). Congreso de la República. Perú.
- Resolución Legislativa 26253, Aprueban el Convenio 169 de la OIT sobre pueblos Indígenas y Tribales en países Independientes. (1993). Congreso de la República del Perú. [https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/1081EE0AA5C9A39605257DCC006AFD3D/\\$FILE/13_Aprueban_Convenio_169_OIT_pueblos_ind%C3%ADgenas_26253.pdf](https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/1081EE0AA5C9A39605257DCC006AFD3D/$FILE/13_Aprueban_Convenio_169_OIT_pueblos_ind%C3%ADgenas_26253.pdf)
- Decreto Supremo 008, Establece requisitos para el reconocimiento de comunidades indígenas. (1961, 10 de mayo). Congreso de la República. Perú.
- Decreto Supremo 011, Estatuto de Comunidades de Indígenas del Perú. (1961, 2 de junio). Congreso de la República. Perú.
- Decreto Supremo 011-A, Nuevo Estatuto de Comunidades Indígenas del Perú. (1966, 27 de julio). Congreso de la República. Perú.
- Decreto Supremo 037-70-A, Estatuto Especial de Comunidades Campesinas del Perú. (1970). Congreso de la República. Perú.
- Decreto Supremo 003-79-AA, Reglamento de la Ley de Comunidades Nativas y de Desarrollo Agrario de la Selva y de Ceja de Selva. (1979). Congreso de la

República.

Perú. [https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con3_uibd.nsf/81059A4C0FF0B15B052578F700633B94/\\$FILE/%282%29reg_comunidadesnativasdecreto003.pdf](https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con3_uibd.nsf/81059A4C0FF0B15B052578F700633B94/$FILE/%282%29reg_comunidadesnativasdecreto003.pdf)

Decreto Supremo 008-91-TR, Reglamento de la Ley General de Comunidades Campesinas. (1991, 15 de febrero). Congreso de la República. Perú. <https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/1395561/Decreto%20Supremo%20N%C2%BA%20008-91-TR.pdf?v=1603308174>

Decreto Supremo 048-91-AG, Reglamento de la Ley de Promoción de las Inversiones en el Sector Agrario. (1991, 6 de mayo). Congreso de la República. Perú. [https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/B3C3AA71A23D929305257B7A004B893F/\\$FILE/048-91-AG.pdf](https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/B3C3AA71A23D929305257B7A004B893F/$FILE/048-91-AG.pdf)

Decreto Supremo 011-97-AG, Reglamento de la Ley de la inversión privada en el desarrollo de las actividades económicas en las tierras del territorio nacional y de las comunidades campesinas y nativas. (1997). Congreso de la República. Perú. [https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con3_uibd.nsf/B9735F35773D54E70525797B006E32F7/\\$FILE/5_DECRETO_SUPREMO_011_97_AG_REGLAMENTO_LEY_26505_REFERIDO_A_LA_INVERSI%C3%93N_PRIVADA_DESARROLLO_ECONOMICO_SPIJ.pdf](https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con3_uibd.nsf/B9735F35773D54E70525797B006E32F7/$FILE/5_DECRETO_SUPREMO_011_97_AG_REGLAMENTO_LEY_26505_REFERIDO_A_LA_INVERSI%C3%93N_PRIVADA_DESARROLLO_ECONOMICO_SPIJ.pdf)

Decreto Supremo 017-99-AG, Modifica la denominación del Proyecto Especial Olmos e incorpora al dominio del Estado las tierras eriazas identificadas dentro del ámbito de influencia del referido Proyecto Especial. (1999). Congreso de la República. Perú.

Decreto Supremo 016-2009-MINAM, Plan Director de Áreas Naturales Protegidas. (2009, 3 de setiembre). Ministerio del Ambiente. Perú. https://www.minam.gob.pe/wp-content/uploads/2013/09/d.s.016-plan_director.pdf

Decreto Supremo 001-2012-MC, Reglamento de la Ley del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios, reconocido en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo. (2012, 3 de abril). Congreso de la República. Perú. <https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/5279839/4744153-d-s-001-2012-mc.pdf?v=1697236078>

Decreto Supremo 016-2024-MINAM, Plan Director de Áreas Naturales Protegidas. (2024, 28 de diciembre). Ministerio del Ambiente. Perú.

<https://www.gob.pe/institucion/minam/normas-legales/6333151-016-2024-minam>

Resolución Ministerial 0547-2014-MINAGRI. (2014, 30 de setiembre). Precisan que la demarcación y titulación de comunidades nativas a cargo de los Gobiernos Regionales, previsto en el D.Ley 22175 y su Reglamento, aprobado por D.S. 003-79-AA, no podrá quedar suspendido por superposición con áreas de los Bosques de Producción Permanente - BPP. Ministerio de Agricultura y Riego. Perú. <https://www.gob.pe/institucion/midagri/normas-legales/2318347-0547-2014-minagri>

Resolución del Superintendente Nacional de los Registros Públicos 122-2013-SUNARP/SN. (2013, 29 de mayo). Superintendencia Nacional de los Registros Públicos. Perú. <https://www.gob.pe/institucion/sunarp/normas-legales/1648749-122-2013-sunarp-sn>

Resolución del Superintendente Nacional de los Registros Públicos 343-2013-SUNARP/SN. (2013, 18 de diciembre). Superintendencia Nacional de los Registros Públicos. Perú. <https://www.gob.pe/institucion/sunarp/normas-legales/1648617-343-2013-sunarp-sn>

Sentencias del Tribunal Constitucional del Perú

Tribunal Constitucional del Perú. (1997, 30 de enero). Sentencia del Tribunal Constitucional. Expediente 006-96-I/TC.
<https://tc.gob.pe/jurisprudencia/1997/00006-1996-AI.html>

Tribunal Constitucional del Perú. (2004, 1 de julio). Sentencia del Tribunal Constitucional. Expediente 004-2004-AI/TC.
<https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/00004-2004-AI%20Resolucion.html>

Tribunal Constitucional del Perú. (2005, 8 de julio). Sentencia del Tribunal Constitucional. Expediente 1417-2005-AA/TC.
<https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/01417-2005-AA.html>

Tribunal Constitucional del Perú. (2009, 19 de febrero). Sentencia del Tribunal Constitucional. Expediente 3343-2007-PA/TC. <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2009/03343-2007-AA.pdf>

Tribunal Constitucional del Perú. (2010a, 9 de abril). Sentencia del Tribunal Constitucional. Expediente 04611-2007-PA/TC.
<https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/04611-2007-AA.pdf>

Tribunal Constitucional del Perú. (2010b, 25 de octubre). Sentencia del Tribunal Constitucional. Expediente 00906-2009-PA/TC.

<https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/00906-2009-AA%20Resolucion.html>

Tribunal Constitucional del Perú. (2017, 6 de junio). Sentencia del Tribunal Constitucional. Expediente 2765-2014-PA/TC.

<https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2017/02765-2014-AA.pdf>

Tribunal Constitucional del Perú. (2019a, 26 de marzo). Sentencia del Tribunal Constitucional. Expediente 0004-2018-PI/TC.

<https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2019/00004-2018-AI.pdf>

Tribunal Constitucional del Perú. (2019b, 21 de agosto). Sentencia del Tribunal Constitucional. Expediente 2196-2014-PA/TC.

<https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2020/02196-2014-AA.pdf>

Sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2001, 31 de agosto). *Caso de la comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni contra el Estado de Nicaragua (Serie C 79)* [Sentencia de fondo, reparaciones y costas]. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_79_esp.pdf

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2005, 17 de junio). *Caso comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay (Serie C 125)* [Sentencia de fondo, reparaciones y costas]. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_125_esp.pdf

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2006, 29 de marzo). *Caso de la comunidad indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay (Serie C 146)* [Sentencia de fondo, reparaciones y costas]. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_146_esp2.pdf

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2007, 28 de noviembre). *Caso pueblo Saramaka vs. Surinam (Serie C 172)* [Sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas]. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_172_esp.pdf

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2010, 24 de agosto). *Caso comunidad indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay (Serie C 214)* [Sentencia de fondo, reparaciones y costas]. http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_214_esp.pdf

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2012, 27 de junio). *Caso del pueblo indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador (Serie C 245)* [Sentencia de fondo y reparaciones]. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_245_esp.pdf

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2020, 6 de febrero). *Caso comunidades indígenas miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina (Serie C 400)* [Sentencia de fondo, reparaciones y costas]. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_400_esp.pdf

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2024a, 1 de abril). *Caso pueblos Rama y Kriol, Comunidad Negra Creole Indígena de Bluefields y otros vs. Nicaragua (Serie C 522)* [Sentencia de fondo, reparaciones y costas]. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_522_esp.pdf

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2024b, 4 de julio). *Caso del pueblo indígena U'wa y sus miembros vs. Colombia (Serie C 530)* [Sentencia de fondo, reparaciones y costas]. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_530_esp.pdf

Fuentes consultadas

Albán, W. (2010). *Las personas jurídicas y los derechos fundamentales* (Tesis de maestría, Pontificia Universidad Católica del Perú).

Aroca, J. (1989). Problemas de tierras de las comunidades nativas. En L. del Castillo (Comp.), *Comunidades campesinas y nativas. Normatividad y desarrollo* (pp. 117-125). Servicios Educativos Rurales-Fundación Friedrich Naumann.

Baldovino, S. (2016). *Una primera mirada: situación legal de la tenencia de tierras rurales en el Perú*. Usaid/SPDA.

Ballón, F. (2004). *Manual del derecho de los pueblos indígenas. Doctrina, principios y normas* (2.^a ed.). Defensoría del Pueblo.

Belaunde, J. de. (2024). *Personas naturales y jurídicas. Comentarios al Libro Primero del Código Civil*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Caballero, V. (1992). Urbanización de la sociedad rural puneña, crecimiento y cambios en las comunidades campesinas. *Debate Agrario*, (14), 107-120. CEPES.

Cadena, M. de la. (1992). Las mujeres son más indias: etnicidad y género en una comunidad del Cuzco. *Revista Isis Internacional, Ediciones de las Mujeres*, (16).

- Camero, P. & Gonzales, I. (2018). *Cartilla 3: Los pueblos indígenas y los procesos de reconocimiento y titulación de comunidades nativas*. Serie Los Derechos de los Pueblos Indígenas en el Perú. Derecho, Ambiente y Recursos Naturales (DAR).
- Carrasco, L. A. (2018). *Derecho constitucional general* (2.^a ed.). Editorial Feecaat. <https://www.congreso.gob.pe/Docs/comisiones2020/CE-Tribunal-Constitucional/files/postulantes/exp002/derecho-constitucional-general.pdf>
- Castillo, L. (2010). El contenido constitucional de los derechos fundamentales como objeto de protección del amparo. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, (14), 89-118.
- Castillo, L. del. (1997). *La ley de tierras y su reglamento*. Arariwa, Centro Bartolomé de las Casas, CEPES y SER.
- Castillo, L. del. (2004). Conflictos en tierras de comunidades campesinas y legislación. En A. Laos (Ed.), *Las comunidades campesinas en el siglo XXI. Situación actual y cambios normativos* (pp. 79-113). Grupo Allpa - Comunidades y Desarrollo.
- Castillo, L. del. (2008). Comunidades, tierras, recursos naturales y desarrollo incluyente. En Fundación Bustamante de la Fuente, *A 38 años de la reforma agraria* (pp. 81-146).
- Castillo, L. del. (2013). La comunidad y la irrigación de Olmos: una relación nada justa. En A. Arroyo & R. Boelens (Eds.), *Aguas robadas: despojo hídrico y movilización social* (pp. 83-101). Ediciones Abya-Yala e IEP.
- Castillo, M. (2004). Comunidades campesinas del Perú: más cantidad, menos comunidad y más diversidad en el último medio siglo. En A. Laos (Ed.), *Las comunidades campesinas en el siglo XXI. Situación actual y cambios normativos* (pp. 15-63). Grupo Allpa - Comunidades y Desarrollo.
- Castillo, P. (2007). Las comunidades campesinas en el siglo XXI: balance jurídico. En Allpa - Comunidades y Desarrollo, *¿Qué sabemos de las comunidades campesinas?* (pp. 15-106).
- Castillo, P. (2009). *El derecho a la tierra y los acuerdos internacionales. El caso del Perú*. CEPES.
- Castillo, P. (2022). La costumbre de confiscar territorios comunales. *La Revista Agraria*, (200), 18-21. CEPES.
- Castro Pozo, H. (1924). *Nuestra comunidad indígena*. Editorial El Lucero.

- Centro Peruano de Estudios Sociales [CEPES]. (2004, mayo). ¿Nueva legislación sobre comunidades? *La Revista Agraria*, (54). <https://larevistaagrariaperu.org/2019/03/12/nueva-legislacion-sobre-comunidades/>
- Centro Peruano de Estudios Sociales [CEPES]. (2005). Legislación de comunidades campesinas y nativas. *Informativo Legal Agrario*, (21).
- Centro Peruano de Estudios Sociales [CEPES]. (2021). Formalización de la propiedad rural. *Informativo Legal Agrario*, (26).
- Chase Smith, R. (2021). La invisibilidad de las comunidades indígenas del Perú. En Ministerio de Desarrollo Agrario y Riego, *La situación de tierras, territorios y recursos naturales de los pueblos indígenas en la Amazonía peruana* (pp. 24-29).
- Chirif, A. (2021). Titulación de comunidades nativas, vacíos y dilaciones. En Ministerio de Desarrollo Agrario y Riego, *La situación de tierras, territorios y recursos naturales de los pueblos indígenas en la Amazonía peruana* (pp. 16-23).
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2021). *Derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas y tribales*. <https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/LibreDeterminacionES.pdf>
- Contreras, C. (1989). La comunidad indígena en la historia peruana. En L. del Castillo (Comp.), *Comunidades campesinas y nativas. Normatividad y desarrollo* (pp. 15-27). Servicios Educativos Rurales-Fundación Friedrich Naumann.
- Correa, F. (2016). Límites a la autonomía indígena en la Amazonía colombiana. En A. Surrallés, O. Espinoza & D. Jabín (Eds.), *Apus, caciques y presidentes. Estado y política indígena amazónica en los países andinos* (pp. 155-176). Grupo Internacional de Trabajo sobre Asuntos Indígenas (IWGIA).
- Cotler, J. (2021). *Clases, Estado y nación en el Perú* (8.^a reimpresión de la 3.^a ed., publicada en 2005). IEP.
- Decreto 2164 de Colombia. (1995). Sistema Único de Información Normativa. <https://www.suin-juriscal.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Decretos/1411247>
- Defensoría del Pueblo. (2018). *El largo camino hacia la titulación de las comunidades campesinas y nativas* [Informe de Adjuntía 002-2018-DP/AMASPPI/PPI].
- Diez, A. (2011). Leyendo a Fuenzalida. *Anthropologica*, 29(29), 233-248.
- Diez, A. (2023). *Las múltiples dimensiones del tráfico de tierras en la costa peruana*. Coordinadora Nacional de Derechos Humanos.

- Dobyns, H. (1970). *Comunidades campesinas del Perú*. Editorial Estudios Andinos.
- Echegaray, F. (2003). Existencia legal. En *Gaceta Jurídica, Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas* (Tomo I, pp. 592-593).
- Figallo, G. (1994a). Los decretos de Bolívar sobre los derechos de los indios. *Debate Agrario*, (19), 111-134. CEPES.
- Figallo, G. (1994b). El abandono de la tierra en el derecho peruano. *Vox Juris. Revista de la Facultad de Derecho*, (4), 61-84. Universidad de San Martín de Porres.
- Figallo, G. (2007). *Origen, exclusión y reafirmación de las comunidades campesinas del Perú*. Editorial San Marcos.
- Fundación Tierra. (2011). *Informe 2010. Territorios indígena originario campesinos en Bolivia. Entre la Loma Santa y la Pachamama*.
- García Sayán, D. (2011). *Derechos de los pueblos indígenas y justicia interamericana* (Tesis de maestría, Pontificia Universidad Católica del Perú).
- García Toma, V. (2010). *Teoría del Estado y derecho constitucional* (3.^a ed.). Editorial Adrus.
- Glave, L. M. (1992). Personero o cabecilla. *Debate Agrario*, (14), 55-73. CEPES.
- Grández, P. (2021). Tierras de las comunidades. En *Gaceta Jurídica, Código Civil comentado: comentan más de 200 especialistas en las diversas materias del derecho civil* (Tomo I, 5.^a ed., pp. 534-539).
- Guerra, V. S. (2011). *Imperium* de las sentencias judiciales en Roma y en la actualidad. *Revista de Derecho Privado*, (21), 59-86. Universidad Externado de Colombia.
- Hemming, J. (2022). *Árbol de ríos. La historia del Amazonas*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Instituto Nacional de Estadística e Informática [INEI]. (2013). *IV Censo Nacional Agropecuario 2012*.
- Kresalja, B. & Ochoa, C. (2012). *El régimen económico de la Constitución de 1993*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Lamana Ferrario, G. (Ed.). (2012). *Pensamiento colonial crítico. Textos y actos de Polo Ondegardo*. Centro de Estudios Regionales Andinos Bartolomé de las Casas (CBC) e Instituto Francés de Estudios Andinos (IFEA).
- Landa, C. (2016). *Derecho a la consulta previa. Derechos colectivos de los pueblos indígenas u originarios*. Ministerio de Cultura.

- Laurenti Sellers, D. (2017). Autonomía indígena originario campesina en las tierras altas de Bolivia. *Izquierdas*, (36), 222-252. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-50492017000500222>
- Lazarte, J. (2003). El concepto de servicio público en el derecho peruano. *Ius et Veritas*, (26), 68-85. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/16236/16652>
- Lovatón, D. (2024). *La libre determinación de los pueblos indígenas en el Estado constitucional*. Palestra Editores.
- Magallanes, V. (2016). Contenido esencial de los derechos fundamentales y juez constitucional. *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, (41), 235-270. <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/judicatura/article/view/31571>
- Mendoza Chávez, L. E. (2017). *Las Naciones Unidas y el derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas en países independientes (1945-2016)* (Tesis de grado, Pontificia Universidad Católica del Perú, Facultad de Derecho).
- Mata Vázquez, C. B. (2019). *La integración de las comunidades indígenas a través de las políticas sociales del México contemporáneo*.
- Mathews, D. P. (1984). *Comunidades campesinas: problemas y posibilidades en torno a la tenencia de la tierra* (Tesis de grado, Pontificia Universidad Católica del Perú).
- Mispireta, C. (2021). Contenido del padrón general y catastro. En *Gaceta Jurídica, Código Civil comentado: comentan más de 200 especialistas en las diversas materias del derecho civil* (Tomo I, 5.ª ed., pp. 548-552).
- Monterroso, I. & Larson, A. (2018, junio). Desafíos del proceso de formalización de derechos de comunidades nativas en Perú. *InfoBrief*, (220), 1-6. Centro para la Investigación Forestal Internacional (CIFOR). <http://doi.org/10.17528/cifor/006905>
- Monterroso, I., Larson, A., Gutiérrez, Y., Quaedvlieg, J., & Jarama, L. (2019). *Guía práctica para el proceso de titulación de comunidades nativas*. Centro para la Investigación Forestal Internacional (CIFOR).
- Noningo, S. & Barclay, F. (2021). El camino de la autonomía de la Nación Wampís. En M. González, A. Burguete Cal y Mayor, J. Marimán, P. Ortiz-T., R. Funaki (Coords.), *Autonomías y autogobierno en la América diversa* (pp. 571-589). Editorial Universitaria Abya-Yala. <https://dspace.ups.edu.ec/bitstream/12345678>

9/21398/1/Autonomi%cc%81as%20y%20autogobierno%2026-marzo-2021%2017x24.pdf

- Olsen, V. (2008). *Marco legal para los derechos de los pueblos indígenas en Colombia*. Human Rights Everywhere.
- Organización de las Naciones Unidas [ONU]. (s. f.). *Fundamento de las normas internacionales de derechos humanos*. <https://n9.cl/jjt7i>
- Orias Arredondo, R. (2008). Los pueblos indígenas en el derecho internacional: la cuestión de la libre determinación. *Rev. Umbr. Cs. Soc.*, (17), 279-301.
- Ortega, N. (2014). *El derecho de propiedad comunal indígena en la Amazonía y su regulación en la legislación peruana* (Tesis de maestría, Pontificia Universidad Católica del Perú).
- Pagden, A. (2014). Avatares del concepto de imperio: desde Roma hasta Washington. *Ariadna Histórica. Lenguajes, conceptos, metáforas*, 3, 79-96. <https://ojs.ehu.es/index.php/Ariadna/article/view/10976/0>
- Pajuelo, R. (2019). *Trayectorias comunales. Cambios y continuidades en comunidades campesinas e indígenas del sur andino*. Grupo Propuesta Ciudadana.
- Portugal, J. (1989). La organización interna de las comunidades campesinas y la Ley General de Comunidades Campesinas. En L. del Castillo (Comp.), *Comunidades campesinas y nativas. Normatividad y desarrollo* (pp. 57-65). Servicios Educativos Rurales-Fundación Friedrich Naumann.
- Ramírez Espinosa, N. & Cerqueira, D. (2021). *La libre determinación de los pueblos indígenas en México: experiencia y regulación*. Fundación para el Debido Proceso, Fundar, Oxfam México.
- Ramos, C. (2017). Presentación. En Centro de Estudios Constitucionales del Tribunal Constitucional, *Exposición de motivos del Anteproyecto de Constitución del Estado 1931*.
- Real Academia Española [RAE]. (s. f.). Autonomía. En *Diccionario de la lengua española* (23.ª ed.). Revisado el 3 de febrero de 2024 en <https://dle.rae.es/democracia>
- Real Academia Española [RAE]. (s. f.). Democracia. En *Diccionario de la lengua española* (23.ª ed.). Revisado el 1 de noviembre de 2025 en <https://n9.cl/38p3a>
- Remy, M. I. (2013). *Historia de las comunidades indígenas y campesinas del Perú*. [Documento de Trabajo 202]. IEP.

- Revesz, B. (1992). Catacaos: una comunidad en la modernidad. *Debate Agrario*, (14), 75-105. CEPES.
- Revilla, A. T. (1985). *La problemática del fuero privativo agrario y su integración al fuero común* (Tesis de grado, Pontificia Universidad Católica, Facultad de Derecho).
- Robles, R. (2002). *Legislación peruana sobre comunidades campesinas*. Fondo Editorial de la Facultad de Ciencias Sociales, Universidad Nacional Mayor de San Marcos.
- Saaresranta, T. & Hinojosa, M. (2009). *Derechos de los pueblos indígena originario campesinos de Cochabamba: entre la ley y la realidad*. Ministerio de la Presidencia de Bolivia.
- Semper, F. (2006). Los derechos de los pueblos indígenas de Colombia en la jurisprudencia de la Corte Constitucional. En *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano* (Tomo II, pp. 761-778). Fundación Konrad Adenauer. <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/anuario-derecho-constitucional/article/view/30326/27373>
- Sologuren, J. E. (2024). Sobre la noción jurídica de comunidad y la regulación de las comunidades campesinas y nativas en el Perú. *Derecho*, 13(13), 84-112. Universidad Privada de Tacna. <https://doi.org/10.47796/derecho.v13i13.907>
- Tapia, R. (2022). *Reconocimiento de los pueblos indígenas en el derecho constitucional latinoamericano*. Serie Informe Legislativo 68. Libertad y Desarrollo. <https://lyd.org/wp-content/uploads/2022/03/SIL68.pdf>
- Tockman, J. (2017). *La construcción de autonomía indígena en Bolivia*. Fundación Tierra. <https://ftierra.org/index.php/opinion-y-analisis/747-la-construccion-de-autonomia-indigena-en-bolivia>
- Torres, M. (2021). Existencia legal. En *Gaceta Jurídica, Código Civil comentado: comentan más de 200 especialistas en las diversas materias del derecho civil* (Tomo I, 5.ª ed., pp. 532-533).
- Tribunal Constitucional Español. (1981, 25 de abril). Boletín Oficial de Estado. BOE-T-1981-9433. <https://www.boe.es/boe/dias/1981/04/25/pdfs/T00001-00013.pdf>
- Trivelli, C. (1992). Reconocimiento legal de comunidades campesinas: una revisión estadística. *Debate Agrario*, (14), 23-37, CEPES.
- Ugarte, J. V. (1978). *Historia de las constituciones del Perú*. Editorial Andina.
- Urrutia, J. (1992). Comunidades campesinas y antropología: historia de un amor (casi) eterno. *Debate Agrario*, (14), 1-16, CEPES.

- Vacaflones, C. (2012). *Legitimación de la comunidad campesina en la gestión pública*. Ponencia presentada en la XIV Reunión del GT en Desarrollo Rural de Clacso.
- Vásquez, A. (1994). La posesión precaria. *Vox Juris. Revista de la Facultad de Derecho*, 165-177. Universidad de San Martín de Porres.
- Vásquez, E. (2021). Estatuto de las comunidades. En *Gaceta Jurídica, Código Civil comentado: comentan más de 200 especialistas en las diversas materias del derecho civil* (Tomo I, 5.ª ed., pp. 540-544).
- Velasco, J. (1971). *Velasco: la voz de la revolución*. Editorial Peisa.
- Zambrano, G. (2024). *Derechos colectivos de los pueblos indígenas*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

