

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ
FACULTAD DE DERECHO



Tierra = vida:

La propiedad comunal indígena y su desprotección sub- constitucional

TRABAJO DE INVESTIGACIÓN PARA OBTENER EL
GRADO DE BACHILLER EN DERECHO

AUTORA

Almeyda Atúncar, Ana Lucía Marleni

ASESORA

Urteaga Crovetto, Patricia

2020-2

ÍNDICE

| | |
|---|----|
| Resumen | 3 |
| Esquema | 4 |
| Introducción | 5 |
| Capítulo 1: | 5 |
| Estado de la Cuestión | 5 |
| Discusión vigente | 6 |
| Marco Metodológico | 7 |
| Marco Teórico | 8 |
| Propiedad: | 9 |
| -Las comunidades indígenas | 11 |
| -La propiedad comunal indígena | 13 |
| Régimen de la propiedad indígena en el Perú | 16 |
| Capítulo 2: | 19 |
| Temporalidad o fases de la implementación del marco normativo acerca de la propiedad comunal | 19 |
| Marco Constitucional | 23 |
| Estándar constitucional | 23 |
| Estándar internacional | 24 |
| Normativa Sub Constitucional | 26 |
| Listado de normas vulneradoras del Derecho de Propiedad de las Comunidades Indígenas | 27 |
| Conclusiones | 30 |
| Bibliografía | 32 |

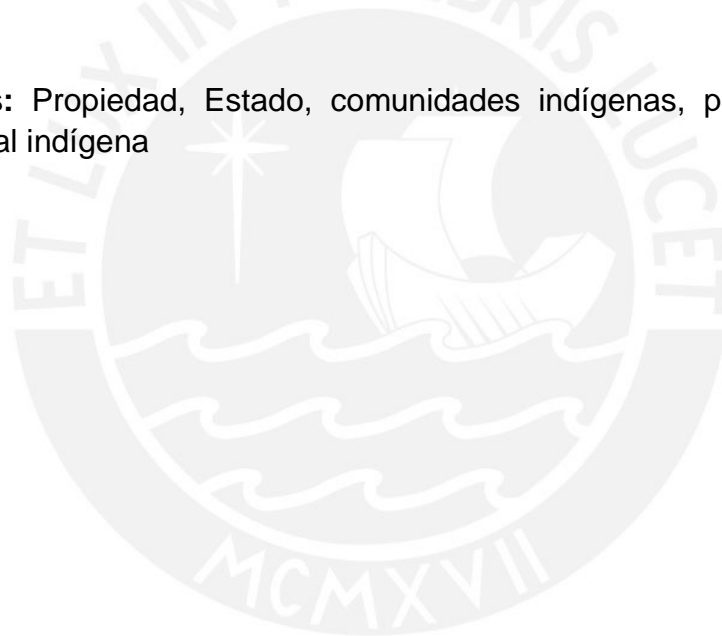
Resumen

La presente investigación se inscribe en las áreas de Derechos Humanos y Derecho Administrativo. Consiste en determinar el contenido y alcance de la propiedad comunal de los pueblos indígenas con la finalidad de conocer su naturaleza jurídica y detallar su regulación. Así, en el primer capítulo, detallaré en qué estado se encuentra el debate del tema, cuál es el tipo de investigación que desarrollaré y cuál es el marco teórico adecuado para comprender la problemática.

En el segundo capítulo, pretendo comprender el estándar de protección garantizado constitucionalmente a la propiedad comunal indígena y cómo estas garantías no son respetadas por la normativa sub-constitucional que hemos recopilado y detallamos en este capítulo.

Mediante una investigación analítica, interpretativa, comparativa y sociológica abordamos el problema de investigación que es la desprotección sub-constitucional de la propiedad comunal que existe en nuestro ordenamiento jurídico.

Palabras claves: Propiedad, Estado, comunidades indígenas, propiedad comunal, propiedad comunal indígena



Esquema

- ❖ Introducción
- ❖ **Capítulo 1:** Análisis del contenido y alcance de la propiedad comunal de las comunidades nativas a fin de definir su naturaleza jurídica
 - Estado de la cuestión:
 - Discusiones vigentes
 - Marco Metodológico
 - Tipo de Investigación
 - Marco teórico
 - La propiedad
 - Comunidades Indígenas
 - La propiedad comunal indígena
 - Régimen de protección de la propiedad indígena
- ❖ **Capítulo 2: Normativa sobre Propiedad Comunal Indígena**
 - Marco constitucional
 - Estándar Constitucional
 - Estándar Internacional
 - Normativa sub-constitucional
 - Por qué las normas sub- constitucionales denotan una desprotección para las comunidades indígenas
 - Listado de normas vulneradoras del derecho de propiedad de las comunidades indígenas
- ❖ Conclusiones
- ❖ Bibliografía

“Tierra = vida:

La propiedad comunal y su desprotección sub- constitucional”

Ana Lucía Almeyda Atúncar¹

Introducción

La presente investigación tiene por finalidad evidenciar cómo la normativa sub-constitucional vulnera los derechos y principios constitucionalmente asignados a las comunidades indígenas en relación con su propiedad comunal.

Para ello, es menester conocer que las comunidades indígenas tienen un régimen especial de protección de su propiedad como consecuencia de su singular relación con la tierra, ello debido a su identificación y preservación cultural. Nuestra Constitución Política y extensa normativa internacional protegen la autonomía en el uso y libre disposición de las tierras de los pueblos indígenas, otorgándoles derechos especiales respecto de su propiedad comunal.

Sin embargo, nace la necesidad de demostrar- con el presente trabajo de investigación- por qué a pesar de que nuestra Constitución y diversos convenios internacionales le otorgan especial protección a la propiedad de las comunidades indígenas, nuestro Estado permite e incentiva a través de normas sub-constitucionales diversas medidas vulneradoras de los derechos de estas comunidades. En este trabajo analizaremos, en particular, las que merman la propiedad indígena.

Capítulo 1:

Análisis del contenido y alcance de la propiedad comunal de las comunidades nativas a fin de definir su naturaleza jurídica

Estado de la Cuestión

La protección de las comunidades indígenas en nuestro ordenamiento interno se puede apreciar desde dos ámbitos: desde un estándar constitucional, lo que da pie a los tratados del Derecho Internacional suscritos por nuestro país y desde la protección que se da a las mismas mediante las normas sub constitucionales. Considero, sin embargo,

¹ Alumna de décimo segundo ciclo de la facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

que estas dos dimensiones no siguen la misma tendencia, mientras que 1) La Constitución dispone una protección amplia de los derechos de las comunidades indígenas, esto como reflejo de la tendencia pro derechos de las comunidades indígenas que sigue el Derecho Internacional; no obstante, 2) las normas con rango de ley siguen una tendencia de flexibilización y desprotección contra las comunidades, pues contradictoriamente, tienen una línea pro liberalización de las tierras de estas comunidades y los recursos que subyacen al suelo de las mismas.

Discusión vigente

Dicho ello, la protección por parte del Estado a la propiedad comunal y el derecho de territorio de los pueblos indígenas frente a la implicancia del desarrollo económico es uno de los principales tópicos en discusión en la actualidad.

Por un lado, en los estándares internacionales y en su desarrollada jurisprudencia podemos observar una sólida tendencia cada vez más proteccionista de los derechos de los pueblos indígenas recomendando a los Estados a brindar este mínimo de garantías a las comunidades indígenas (Ferrero 2016, Rodríguez 2006, OEA 2009, CIDH 2001, 2005, 2007, 2009)

Del otro lado, encontramos extensa doctrina que señala que la tendencia normativa sub constitucional, contraria a los estándares internacionales, está inclinada a favor de la flexibilización del régimen de protección de la propiedad comunal de los pueblos indígenas movidos por intereses económicos en territorios indígenas (Urteaga 2009; AIDSESEP 2009; Ortega 2014; Peña Jumpa, Cabedo & López 2002; Salmón, Bregalio, Olivera & Ocampo 2012; Anaya 2009, 2010).

En nuestro país, en oposición a la regulación en países como Bolivia y Ecuador, no existe un movimiento indígena que denote una influencia real y directa, sino que estas comunidades están organizados a través organizaciones (federaciones). Mediante estas se busca implementar normativa que respete la diversidad cultural, así como reclamar y denunciar la falta de protección del Estado frente a las actividades económicas (primordialmente las actividades extractivas como lo son la minería, la extracción de gas,

petróleo). (Salmón 2013; Urteaga 2009, 2012; OEA 2009, Ortega 2014; Patiño 2014; Ferrero 2016, Courtis 2009)

Por todo ello, es fundamental para nuestro ordenamiento jurídico que se proteja el territorio de las comunidades indígenas por ser derechos constitucionalmente recogidos (la propiedad y la propiedad comunal); pero sobre todo porque es esencial que en un país pluricultural e inclusivo como se proclama el Perú se respeten a todos los ciudadanos. Lo que implica un respeto por las comunidades indígenas, sus miembros, su cultura y, desde luego, su tierra.

Marco Metodológico

Tipo de Investigación

La presente investigación tiene como objetivo principal determinar cuáles son las normas sub-constitucionales que han desprotegido la propiedad comunal indígena. Además de esto, también, se busca generar el interés por la recuperación de todos los territorios de los pueblos indígenas frente a la implicancia del desarrollo. Para lograr ello, se utilizarán diferentes métodos de investigación:

- El método dogmático Jurídico:

Este método, según Díaz, permite describir, interpretar, aplicar y analizar normas jurídicas, partiendo del conocimiento de las mismas para elaborar un sistema más dinámico que contribuya a la elaboración de nuevas normas y con estas regular de mejor manera las conductas de la sociedad y dar solución a los conflictos que se puedan suscitar. (Díaz, 1998).

De esta manera, en esta investigación se analiza la normativa sub-constitucional, así como el ordenamiento en conjunto: la Constitución, los convenios internacionales y la normativa referida a las comunidades indígenas, con el fin de interpretarlas de forma sistemática para determinar que la propiedad indígena goza de especial protección constitucional que en la actualidad el Estado peruano no le está garantizando

- Método Analítico:

Lograremos con este método apreciar las características del impacto de la protección ineficiente o insuficiente de la propiedad indígena por parte del Estado peruano, lo que conlleva a la vulneración de varios los derechos fundamentales (principalmente la propiedad) así como de la normatividad vigente al respecto para luego ser analizadas (características) una a una, es decir, puede conocerse nuestro objeto de estudio, explicarlo, realizar analogías y finalmente establecer una nueva teoría.

- Método Interpretativo.

Permite la descripción objetiva de la protección de la propiedad de las comunidades indígenas, ya que analizamos la normatividad vigente en contraste con los estándares constitucionales e internacionales para así interpretar adecuadamente el contenido esencial de tal protección.

- Método Comparativo:

Nos permite comparar normativa constitucional y sub constitucional, pero no solo quedarnos en confrontarlas, sino que desarrollemos la capacidad de señalar cuáles son las diferencias y semejanzas entre ambos conjuntos normativos, establecer algunos elementos, clasificar las normas y visibilizar las tendencias o modelos que se está siguiendo.

- Método Sociológico:

Este método tiene como fundamento la idea de que el Derecho es un constructo de la sociedad, por ello no puede permanecer aislado de la sociedad a la que regula. Es importante tener este método presente a lo largo de toda la investigación, pues no estamos analizando objetos o elementos inertes, sino una comunidad y no podemos excluir las relaciones interpersonales que estas han creado, así como su relación con la materia de análisis: la tierra o el territorio comunal.

Marco Teórico

En este acápite se desarrollarán los conceptos teóricos cruciales para entender el debate planteado en el Estado de la Cuestión y la comprobación de la hipótesis. En esencia, se dará una presentación concisa de las definiciones de las palabras clave de esta investigación. Ello porque un tema tan especial y complejo requiere un entendimiento claro y completo de los conceptos básicos tales como propiedad, comunidad indígena, propiedad comunal indígena, así como la relación del Estado con la propiedad, su deber

de garante y el régimen particular de protección de la propiedad comunal indígena que se tiene en nuestro ordenamiento

Propiedad:

En nuestro ordenamiento el derecho de propiedad está constituido expresamente en nuestra Carta Magna, artículo 70² y en nuestro Código Civil, artículo 923³.

Doctrinariamente, Avendaño y Avendaño⁴ han establecido a la propiedad como un derecho real, el cual le confiere a su titular una suerte de poder jurídico respecto del bien y oponibilidad frente a terceros. Los mencionados autores, también señalan características que ostenta la propiedad en nuestro ordenamiento:

1) **Carácter absoluto:** El derecho de propiedad, es uno de los más completos; sin embargo no debemos confundir absoluto con ilimitado, sino que hace mención- más bien- a las facultades absolutas que se le asignan al propietario: **uso, goce y disfrute.**

2) **Exclusividad:** El derecho de propiedad posee esta característica que incentiva la inversión en los bienes y permite su uso eficiente. Gracias a este atributo, la propiedad exclusiva aumenta su valor en el mercado y permite el tránsito del bien.

3) **Perpetuidad:** El derecho de propiedad no se extingue si no se usa, este derecho no está sujeto a la prescripción extintiva. El atributo de la perpetuidad se refiere a la acción reivindicatoria y para que esta se pierda, otra persona debe adquirirla por prescripción adquisitiva.

Estas características también han sido reconocidas expresamente por el Tribunal Constitucional: el máximo intérprete de la Constitución ha determinado el contenido del

² Artículo 70°:

“El derecho de propiedad es inviolable. El Estado lo garantiza. Se ejerce en armonía con el bien común y dentro de los límites de ley. A nadie puede privarse de su propiedad sino, exclusivamente, por causa de seguridad nacional o necesidad pública, declarada por ley, y previo pago en efectivo de indemnización justipreciada que incluya compensación por el eventual perjuicio. Hay acción ante el Poder Judicial para contestar el valor de la propiedad que el Estado haya señalado en el procedimiento expropiatorio.”

³ Artículo 923.- Noción de propiedad

“La propiedad es el poder jurídico que permite usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien. Debe ejercerse en armonía con el interés social y dentro de los límites de la ley.”

⁴ Avendaño, J, y Avendaño, F. (2017)Derechos Reales.PUCP.

derecho a la propiedad y lo ha posicionado como un derecho pleno e irrevocable (STC N.O 0048-2004-AIITC; STC N.O 5614-2007- PNTC; STC N.O 7130-2006-PNTC).

En el mismo sentido, las características mencionadas anteriormente también forman parte del estándar internacional. *“La Corte maneja un concepto de propiedad (artículo 21 CADH) que es bastante amplio. Esta amplitud del concepto de propiedad es la que le ha permitido situar bajo la sombra del artículo 21 a la propiedad comunal indígena.”* (Rodríguez, 2006).

Si bien es cierto el estudio y desarrollo de la propiedad lo conocemos desde un panorama privatista o de la “propiedad civil”, no es la única (“propiedad”) que existe, sino que es menester reconocer que el derecho a la propiedad tiene varias dimensiones. Debido a las distintas relaciones que tiene el ser humano con la tierra, se han podido desarrollar otros conceptos como la propiedad informal y la propiedad comunal.

Según Trazegnies, *“el derecho civil, que inspira nuestra legislación, la propiedad es el derecho de gozar y disponer de las cosas de la manera más absoluta”* (Trazegnies 1978: 80). Sin embargo, dado el constante dinamismo que se genera como consecuencia de la relación ser humano – propiedad, el mismo autor advierte que *“el contenido de la propiedad está lejos de ser un concepto estático como se aprecia desde la mirada clásica del derecho, teniendo distintas expresiones y contenidos a lo largo de la historia”* (Trazegnies 1978: 81).

El referido autor también nos permite ingresar a una noción ampliada de lo que atañe la propiedad, ya que este considera que la propiedad engloba realidades muy diferentes, actuando como un común denominador sobre la que emergen diferentes instituciones y organizaciones formadas a partir del comportamiento de la persona o de la sociedad respecto a ciertos bienes. *“Lo interesante, es poder descubrir las características específicas de cada tejido para poder regular de forma adecuada los derechos y deberes a lo que se le da el nombre de propiedad.”* (Trazegnies 1978: 77).

Este trabajo nos invita a ampliar nuestros conocimientos sobre propiedad y nos persuade a observar las distintas relaciones socio- jurídicas que hacen posible estos otros campos muchas veces obviados de este gran derecho que es la propiedad, constitucional e

internacionalmente reconocido, pero que lamentablemente en la realidad cuentan con una carencia de regulación estatal o esta es distante con sus realidades.

-Las comunidades indígenas

A fin de comprender la propiedad comunal, es esencial conocer, primero, qué son las comunidades indígenas y cuál es su relación con la tierra. Según la OIT, *“no existe una definición precisa de pueblos indígenas en el Derecho Internacional, y la posición prevaleciente indica que dicha definición no es necesaria para efectos de proteger sus derechos humanos”*.⁵

No obstante, en la Constitución Política del Perú ⁶ se destaca la *“existencia y el carácter especial de personas jurídicas de las Comunidades Campesinas o Andinas, y las Comunidades Nativas o Amazónicas”*. Así mismo, nuestra Carta Magna es *“enfática en destacar su alto grado de autonomía en su organización, en el trabajo comunal, en el uso y libre disposición de sus tierras. En esa línea, la norma destaca el carácter de imprescriptibles que tienen las tierras y el compromiso del Estado por respetar su identidad cultural.”*(Peña Jumpa, 2012)

Aylwin afirma que *“las comunidades indígenas tenían un significado amplio, de manera que, en contraste con el concepto de propiedad individual propio de la cultura occidental, la tierra y los recursos eran generalmente poseídos y utilizados en forma comunitaria por los indígenas”* (Aylwin, 2002: 2); dicho de otra forma, desde sus orígenes las comunidades indígenas han tenido ese sentimiento de pertenencia a un territorio que

⁵ OIT, “Los Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales en la Práctica - Una Guía sobre el Convenio No. 169 de la OIT”. 2009

⁶ Artículo 70º “El derecho de propiedad es inviolable. El Estado lo garantiza. Se ejerce en armonía con el bien común y dentro de los límites de ley. A nadie puede privarse de su propiedad sino, exclusivamente, por causa de seguridad nacional o necesidad pública, declarada por ley, y previo pago en efectivo de indemnización justipreciada que incluya compensación por el eventual perjuicio. Hay acción ante el Poder Judicial para contestar el valor de la propiedad que el Estado haya señalado en el procedimiento expropiatorio.”

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

carece de hitos físicos, pero sí cuentan con vínculos a través de relaciones de parentesco, amicales o de intercambio cultural.

En la misma línea, Stavenhagen nos advierte que “pertenecer a un grupo indígena significa tener la conciencia de poseer un territorio y mantener vivo un vínculo especial con la tierra” (Stavenhagen, 1988: 341)

Este concepto también ha sido desarrollado por la normativa interna de nuestro país, el Artículo 1 de la Ley Comunidades Campesinas, Ley N° 24656, señalando: *“Declárese de necesidad nacional e interés social y cultural el desarrollo de las comunidades. El Estado las reconoce como instituciones fundamentales, autónomas en su organización, trabajo comunal y uso a la tierra, así como en lo económico y administrativo, dentro de los marcos de la Constitución, la presente Ley y disposiciones conexas”*. No obstante, tener una base mínima tanto internacional como interna no se ha pensado en el bienestar de la comunidad al momento de regular su forma de vida, lo que incluye su diversidad cultural y la vinculación con su territorio.

En cambio, el alcance de los órganos gubernamentales y el *“Estado en general es limitado, viendo que los comuneros individualmente están dispuestos a las mismas leyes que los otros ciudadanos y que los gobiernos de la comunidad están dispuestos a normas estrictas que regulan el funcionamiento de su gestión.”* (LAATS, 2000)

A modo de hacer un sondeo histórico de la evolución que ha tenido el marco proteccionista de las comunidades de los pueblos indígenas, en nuestro ordenamiento, la denominación de comunidad nativa aparece en el año 1974 con el D. Ley N° 20653, con la finalidad de diferenciar a las comunidades amazónicas o selváticas de las comunidades andinas. Para Alberto Chirif y Pedro García *“esta diferenciación jurídica generó desde el comienzo dificultades críticas para un posterior proceso unitario de los movimientos organizativos indígenas de los Andes y de la Amazonía”* (Chirif y García 2007: 103). Años después se incluyen en la Constitución Política de 1979 los términos de comunidad campesina y comunidad nativa dejando de lado los de “comunidades indígenas” y “comunidades de indígenas”, utilizados en las Constituciones de 1920 y 1933, respectivamente.

El vínculo particular que mantienen las comunidades indígenas con sus tierras tradicionales se fortalece con aquellos elementos relacionados con la propia identidad de estos pueblos y su comunidad, y, como pasa con todas las culturas y generaciones, esta relación está pensada con un ideal de lograr supervivencia. Tal como precisa Ruiz,

“el artículo 21 de la Convención Americana: Comprende el derecho de estos (los pueblos indígenas) al uso y goce de sus bienes, tanto materiales como inmateriales, lo que implica el derecho a conservar, utilizar, controlar, reivindicar y proteger su patrimonio cultural material e inmaterial, así como todo tipo de producto o fruto de su actividad cultural e intelectual, sus procedimientos, tecnologías e instrumentos propios, así como los lugares en donde su cultura se expresa y desarrolla”.⁷ (Ruiz, 2007:228)

-La propiedad comunal indígena

Respecto del contenido y el alcance de la propiedad comunal indígena, encontramos lo manifestado por la Corte Interamericana, órgano que ha situado al *“derecho a la propiedad territorial [como un] derecho cuyos titulares son las personas individuales que conforman los pueblos indígenas y cuyo ejercicio se desenvuelve en sistemas de propiedad colectiva”* (OEA, 2009). Por lo mencionado, podemos colegir que existen dos dimensiones respecto de la propiedad comunal indígena: “una dimensión colectiva y una dimensión individual de derechos que coexisten sin algún tipo de contraposición” (OEA, 2009), ya que al proteger a la comunidad indígena se protegen ambas dimensiones: a la comunidad como conjunto y a cada uno de sus miembros como individuos dotados de derechos y obligaciones.

Este derecho no es estático, sino que este derecho guarda estrecha relación con las características peculiares de cada una de las diferentes comunidades según su zona geográfica, creencias, costumbres entre otras cosas. En el caso peruano podemos apreciar dos grandes grupos: las comunidades amazónicas y las comunidades andinas, con algunas particularidades que permiten diferenciarlas, pero con ciertos criterios generales en común como la distinción entre propiedad familiar y propiedad comunal. Teniendo en cuenta esto, nuestro ordenamiento jurídico ha emitido normas y elaborado procedimientos a fin de regular su derecho de propiedad.

Lo fundamental en este tipo de propiedad tan peculiar- como es la propiedad comunal- es entender la noción que tienen estas en torno al territorio en el que ejercen los atributos de la propiedad: uso, goce y disfrute, entre otros. En esa línea, señala Carlos Federico

⁷ Ruiz, Osvaldo. «El derecho a la identidad cultural de los pueblos indígenas y las minorías nacionales. Una mirada desde el sistema interamericano». Boletín Mexicano de Derecho Comparado, nueva serie, año XL, n.o 118, 2007, pp. 228-229.

Mares que cada una de las comunidades “tiene una idea propia de territorio, la misma que es elaborada a partir de sus relaciones internas de pueblo, externas a los otros pueblos y a la relación que establecen con la naturaleza donde les satisface vivir” (Mares, 1997: 168)

En el mismo sentido, Varese señala que para los indígenas, bienes como el territorio, la tierra y los recursos que subyacen a esta tienen un vínculo profundo con su identidad cultural y a la práctica social de cada una de sus comunidades. De acuerdo a este autor, la comunidad es- sobre todo- “el lugar, el espacio donde se ha nacido y donde los ancestros (reales o imaginarios) nacieron, murieron o se transmutaron. En este espacio [...] es donde la identidad individual y colectiva se construye en una red tupida de significados, expresados en la lengua étnica específica” (Varese, 2006: 337).

Como señala Ortega (2014) la propiedad comunal indígena está en constante progresividad debido al creciente y frecuente desarrollo accionado desde el DIDH (Derecho Internacional de los Derechos Humanos). Así, la CIDH ha logrado desarrollar jurisprudencia, la misma que lleva a los territorios indígenas a la protección del amparo del artículo 21 CDH apoyándose sobre tres reglas de interpretación:

“(1) carácter evolutivo de los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos, (2) sentido autónomo de dichos instrumentos, que no pueden ser equiparados al sentido que se les atribuye en el derecho interno, y (3) principio pro homine, reflejado en el artículo 29.b de la CDH, una interpretación restrictiva de los derechos. Tomando en consideración estas normas de interpretación, en el citado Caso Awas Tingni llegó a la conclusión de que el derecho a la propiedad comprende igualmente los derechos de los miembros de las comunidades indígenas sobre la propiedad comunal.”⁸ (Rodríguez, 2006)

En el mismo plano del Derecho Internacional encontramos el Convenio N° 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, concretamente a los artículos 13 y 14:

⁸ Corte IDH, Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua (Fondo, Reparaciones y Costas). Sentencia de 31 de agosto de 2001, Serie C No. 79, párr. 148.

Artículo 13: *“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”.*

Artículo 14: *“Deberá reconocerse a los pueblos interesados el derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan”.*

La OEA también se ha pronunciado respecto al derecho de propiedad de las Comunidades Indígenas y se muestra afin a lo emitido por la Corte Interamericana reiterando que, *“el derecho de propiedad de los pueblos indígenas y tribales también es un derecho colectivo, cuyo titular es el pueblo correspondiente”* (OEA, 2009: 26)

Así mismo, se pronuncia sobre la propiedad privada individual de las personas que son titulares y pertenecen a una comunidad indígena para que les respete sus derechos siempre que no sean trasgresores de los derechos de sus comunidades. Al respecto señala que, *“las personas que conforman los pueblos indígenas y tribales son titulares de la totalidad de los derechos humanos protegidos por el derecho internacional, y en consecuencia, también pueden ejercer su propio derecho a la propiedad privada individual, procurando al hacerlo no entrar en conflicto con los derechos colectivos de sus pueblos”* (OEA, 2009)

Este marco garantista del derecho de propiedad de las comunidades indígenas no se agota en el plano internacional. Sino que, como menciona Ortega, en nuestro país, los pueblos indígenas a través de la propiedad comunal han podido preservar su cultura aunque en condiciones bastante desfavorables para los comuneros. Siendo así y en amparo del marco normativo internacional, resulta de suma importancia que en nuestro ordenamiento se respete y garantice la función social que cumple la propiedad comunal, ya que solo así podremos garantizar la continuidad de las comunidades indígenas y la conservación de la Amazonía (Ortega, 2014).

Entendiendo así que la propiedad comunal indígena es susceptible- por donde se aprecie- de cuanto menos protección estatal y haciendo una extensión de principios y derechos de promoción y difusión del fuerte y beneficioso vínculo que significa para el

país y para la salvaguarda del Medio Ambiente, funciones íntimamente ligada a la protección de sus tierras, ¿es Perú un país protector de la propiedad comunal administrada y cuidada por los pueblos indígenas?

Régimen de la propiedad indígena en el Perú

Para efectos de este trabajo es importante conocer cuál es el régimen de protección que tiene la propiedad indígena en el ordenamiento peruano. Debido a la jerarquía del marco regulatorio, partimos reconociendo la envergadura que tiene para nuestro ordenamiento su reconocimiento expreso del derecho de propiedad indígena en nuestra norma máxima, pues la Constitución Política del Perú ⁹destaca la existencia y el carácter especial de personas jurídicas de las Comunidades Campesinas o Andinas, y las Comunidades Nativas o Amazónicas.

Nuestra fuente normativa máxima, expresamente en el artículo 89, aunada a lo dispuesto por la Convención 169 de la Organización Internacional del Trabajo *“protegen la autonomía en el uso y libre disposición de las tierras de estas comunidades, otorgándoles derechos especiales respecto al uso de sus recursos naturales. Así mismo, garantiza que los Estados respeten los principios de imprescriptibilidad, inalienabilidad e inembargabilidad de sus tierras.”* (Peña Jumpa, 2012).

Debemos tener en cuenta, sin embargo, que existe una desregularización a nivel constitucional, puesto que la Constitución Política de Perú de 1979 en su Artículo 163 le otorga 3 cualidades a la propiedad comunal de los Pueblos Indígenas.

Art. 163.- “Las tierras de las Comunidades Campesinas y Nativas son inembargables e imprescriptibles. También son inalienables, salvo ley fundada en

⁹ Artículo 70°.- *“El derecho de propiedad es inviolable. El Estado lo garantiza. Se ejerce en armonía con el bien común y dentro de los límites de ley. A nadie puede privarse de su propiedad sino, exclusivamente, por causa de seguridad nacional o necesidad pública, declarada por ley, y previo pago en efectivo de indemnización justipreciada que incluya compensación por el eventual perjuicio. Hay acción ante el Poder Judicial para contestar el valor de la propiedad que el Estado haya señalado en el procedimiento expropiatorio.”*

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

el interés de la Comunidad, y solicitada por una mayoría de los dos tercios de los miembros calificados de esta, o en caso de expropiación por necesidad y utilidad públicas. En ambos casos con pago previo en dinero. Queda prohibido el acaparamiento de tierras dentro de la Comunidad.”

En esta parte es menester hacer la salvedad que con la Constitución de 1993 se recortan estos principios y se quita las cualidades inherentes a la propiedad comunal, dejando expresamente solo la cualidad de imprescriptible (con excepciones). Lo que se puede apreciar en el Artículo 89 de la actual Constitución Política.

Artículo 89°.- “Las Comunidades Campesinas y las Nativas tienen existencia legal y son personas jurídicas. Son autónomas en su organización, en el trabajo comunal y en el uso y la libre disposición de sus tierras, así como en lo económico y administrativo, dentro del marco que la ley establece. La propiedad de sus tierras es imprescriptible, salvo en el caso de abandono previsto en el artículo anterior.

El Estado respeta la identidad cultural de las Comunidades Campesinas y Nativas.”

Lo mencionado es un elemento importante que denota la tendencia que sigue nuestro ordenamiento jurídico interno. Esta es una tendencia que denota una flexibilización del régimen de protección de la propiedad comunal, a lo que se le sumaría sendas normas sub constitucionales que denotan un desprotección de la materia de análisis.

Pero el panorama a nivel constitucional no es desalentador si tenemos en cuenta el artículo 55¹⁰ y la Cuarta Disposición Transitoria, lo que bajo una interpretación sistemática y no aislada posiciona a nuestro país en uno respetuoso y garante de las comunidades indígenas y su propiedad comunal de acuerdo a los estándares internacionales anteriormente señalados. Esto teniendo en cuenta que las comunidades indígenas tienen un régimen especial de protección de su propiedad y por ello la protección de su propiedad debe ser distinto al que conocemos en el Derecho Civil, ya que como mencionamos anteriormente, los pueblos indígenas mantienen una relación

¹⁰ Artículo 55°.- “Los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional.”
Cuarta Disposición Transitoria.- “Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú.”

distinta con la tierra y al proteger esta última no solo se protege la comunidad, sino que indivisiblemente también los derechos de identificación y preservación cultural. Lo que amerita que el Estado garantice sus derechos sobre la tierra.

Con respecto a la relación del Estado y la protección que este le garantiza a la propiedad, la CIDH va un paso más allá y es firme al manifestar el deber de los Estados de proteger la propiedad comunal, lo que incluye proteger su uso comunal y otorgarle estabilidad jurídica, señalando que *“los Estados deben reconocer y proteger sistemas productivos basados en la utilización extensiva del territorio, en el uso temporal de los cultivos, junto con la rotación y los descansos de las tierras – entre muchos otros ejemplos. Desconocer estos sistemas, o considerar que estos sistemas equivalen al abandono de la tierra, implica privar a las comunidades de la seguridad efectiva y la estabilidad jurídica de sus derechos de propiedad”*¹¹. (CIDH, 2000)

La CIDH también señala que los sistemas tradicionales manejados por las comunidades cuando accionan su autonomía de administración de sus territorios *“son esenciales en muchas circunstancias para el bienestar individual y colectivo y en efecto para la supervivencia de los pueblos indígenas”*¹², dado que el control sobre la tierra se refiere *“a su capacidad de brindarle recursos para el sustento”* al pueblo correspondiente, así como *“al espacio geográfico necesario para la reproducción cultural y social del grupo”*.¹³

Lo que no implica desconocer, que constantemente se están vulnerando a los pueblos indígenas con la explotación de su territorio. Esto radica básicamente en el interés económico que se genera con el uso de estas tierras que sea cada vez más común que los foráneos quieren las tierras de los pueblos indígenas, lo que hay sobre o debajo de ella.

Conocemos además que por el lado de la inversión privada y los intereses del mercado se tiene la perspectiva de maximización de recursos para generar riquezas. Siendo las principales amenazas, al territorio indígena, provenientes de actividades extractivas

¹¹ CIDH, Segundo Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en el Perú. Doc. OEA/Ser.L/V/II.106, Doc. 59 rev., 2 de junio de 2000, párr. 19.

¹² CIDH, Informe No. 75/02

¹³ CIDH, Informe No. 75/02, Caso 11.140, Mary y Carrie Dann

como los son la exploración y explotación de gas y petróleo (también conocido como “oro negro”); así mismo, un grave problema que afecta a las comunidades indígenas, su territorio y a la Amazonia en general es la tala ilegal desenfrenada; así como otras actividades que parecerían menos gravosas, pero con un gran impacto por su frecuencia, como lo son la ganadería y la agricultura.

Lo que sorprende y es materia de este análisis, es que a pesar de que ya se tiene conocimiento de la existente/persistente ambición desde los intereses particulares por las tierras de las comunidades indígenas, el Estado peruano- lejos de aumentar la protección de la propiedad comunal y sancionar estas acciones- promueve y avala desde diversa y extensa normativa sub-constitucional que analizaremos en el siguiente capítulo. Lo que permite no solo apreciar, sino denunciar la desprotección en la que se encuentra la propiedad comunal indígena, las mismas comunidades indígenas y en general la Amazonia peruana.

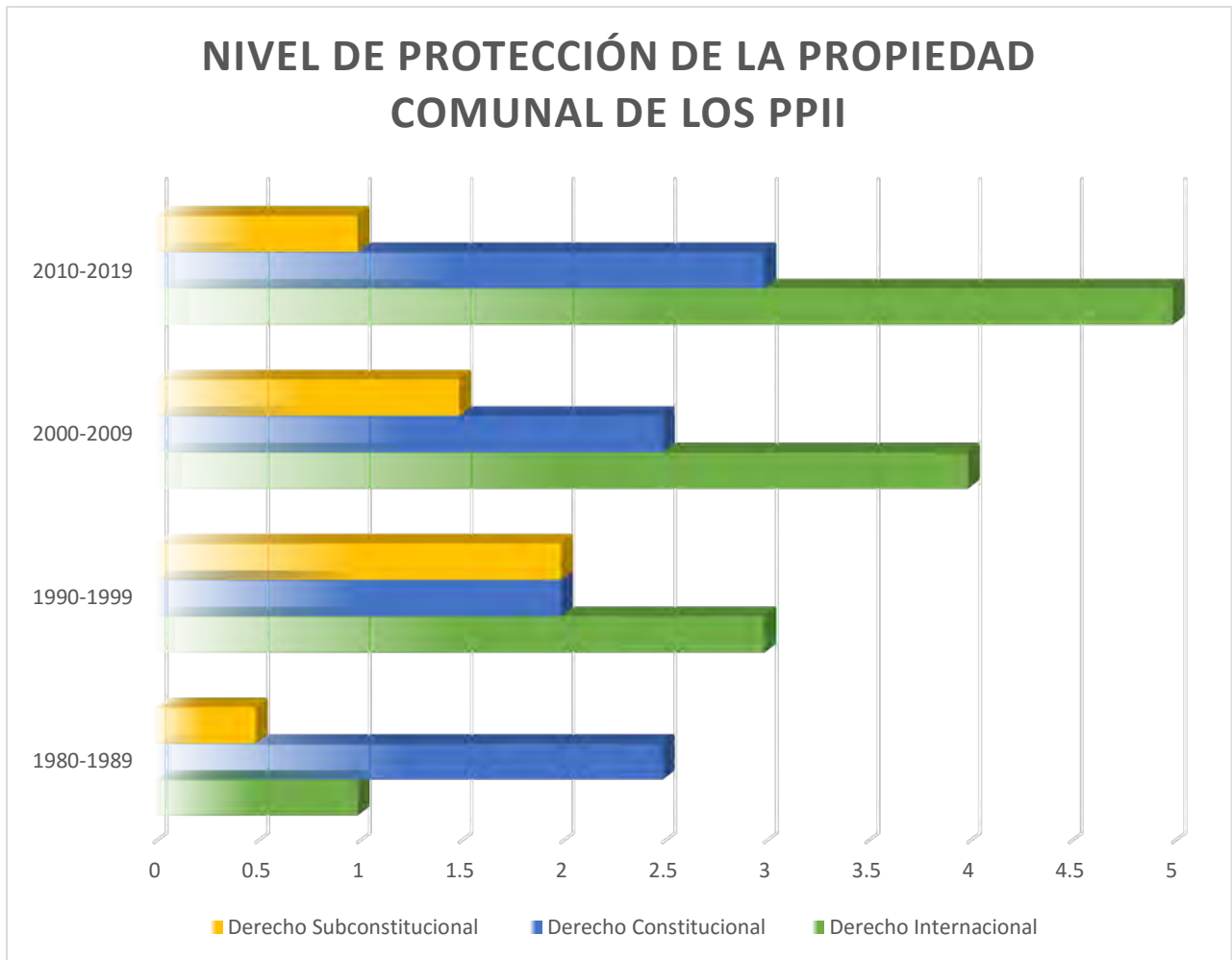
Capítulo 2:

Temporalidad o fases de la implementación del marco normativo acerca de la propiedad comunal

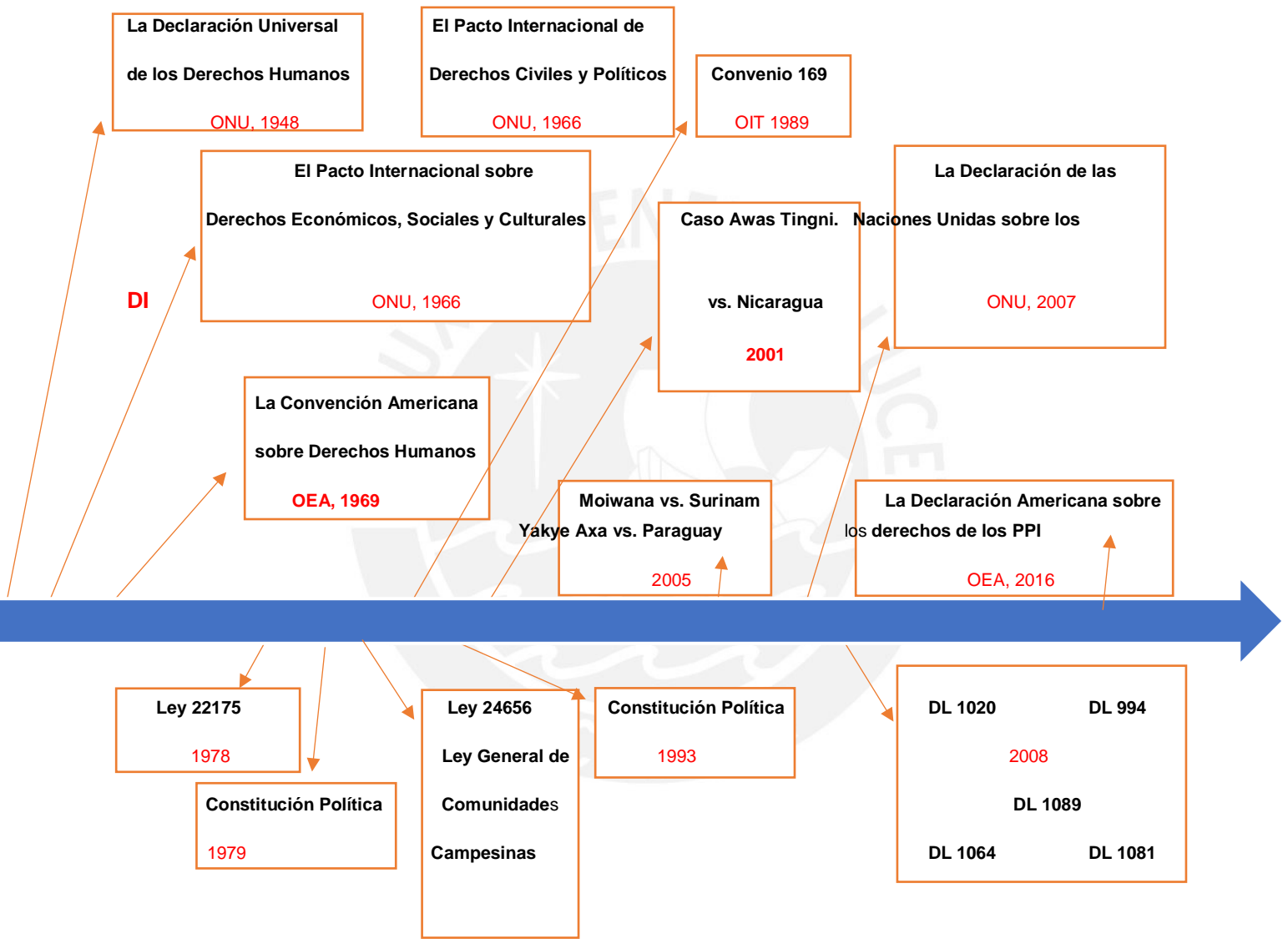
Antes de aterrizar en señalar cuáles son las normas que denotan una desprotección de la propiedad comunal, considero vital entender lo que planteaba en el Estado de la Cuestión, me refiero a las líneas de protección inversamente proporcional que sigue por un lado el derecho constitucional, de la mano- aunque no en la misma sintonía- con el derecho internacional y de otro lado- siguiendo una tendencia inversa- el derecho sub constitucional.

Para un mejor entendimiento, ofrezco dos ayudas visuales que nos permitirán apreciar cómo conviven en el sistema estas fuentes del Derecho respecto de la propiedad de los pueblos indígenas (PPII).

MEDICIÓN DE LA PROTECCIÓN POR PERIODOS DE TIEMPO



ANÁLISIS TEMPORAL DEL DESFASE ENTRE LAS NORMAS NACIONALES Y LAS NORMAS/ JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL



Di

Como es de apreciarse en los gráficos antes mostrados, existen dos tendencias en cuanto al sistema de fuentes de protección de los pueblos indígenas, especialmente en cuanto a su derecho de propiedad comunal. En algunos momentos estas tendencias son bastante opuestas, esto debido a que las normas provenientes de fuente del Derecho Internacional denotan con bastante amplitud ser un marco proteccionista que fija los estándares mínimos que garanticen el respeto de los Estados por los derechos humanos de los pueblos indígenas y como todo derecho humano reconocido en el Sistema Interamericano y en el Sistema Universal se encuentra bajo el principio de progresividad lo que acentúa esta tendencia a favor de mayor protección.

Siendo así vemos en el marco normativo internacional, no solo la entrada en vigencia declaraciones y tratados que versan sobre derechos humanos, sino que también existe un importante avance a nivel jurisprudencial en torno a la materia de análisis que se dan mediante los caso *Awas Tingui vs. Nicaragua* en el año 2001, *Moiwana vs. Surinam* y *Yakye Axa vs. Paraguay* ambos en el año 2005.

Mientras que a nivel del ordenamiento interno encontramos en primer plano, que con el cambio de Constitución del 1979 al 1993, existió un recorte de las cualidades que el Estado otorgó en su momento a las comunidades nativas y campesinas, quitando la protección de inalienable e inembargable y quedándonos solo con la noción de que el territorio indígena es imprescriptible, salvo excepciones. Luego a pesar de la promulgación de dos importantes leyes de protección al territorio comunal, se ha promulgado extensa normativa sub constitucional conformada por sendos decretos legislativos, decreto ley y leyes que denotan una tendencia flexible y desproteccionista de la propiedad comunal, esto movido por intereses económicos que subyacen lamentablemente al Derecho Administrativo encargado de regular la materia que nos compete.

Marco Constitucional

Estándar constitucional

En el plano constitucional, tenemos como eje rector a nuestra Constitución Política, en ella encontramos interesante marco regulatorio que detalla el régimen de protección interno a través del Art.89. en el que se reconoce a las comunidades campesinas y nativas su autonomía organizativa, reconociendo su libre determinación para la administración de sus tierras, sin que el Estado tenga mayor injerencia. En el mismo cuerpo normativo, encontramos el derecho consuetudinario ubicado en el artículo 149°, este adiciona a lo antes mencionado nuevas formas de organización.

En general, a nivel constitucional, nuestro país reconoce a los pueblos indígenas una serie de derechos conexos a los de propiedad comunal, tales como se muestran en el siguiente gráfico, evidenciando que es amplio el reconocimiento y protección de la fuente normativa máxima.

Gráfico 3: Estándar Constitucional

| Derechos de los PPII | Contenido | Fuente |
|---|--|--------------------------|
| Derecho a la identidad cultural: | A vivir y conservar sus costumbres, y distinguirse según su propia cultura (lengua, vestimenta, comida, música, danzas, etc.). | Artículo 2, 17 CP |
| Derecho al reconocimiento de su personería jurídica colectiva: | A ser reconocidas por el Estado como personas jurídicas con derechos colectivos. | Art. 89 CP |
| Derecho a la autonomía: | A elegir sus propios representantes, a tomar sus propias decisiones y establecer sus reglas y formas de organización propios como Pueblos Indígenas para la convivencia entre sus miembros | Art. 89 CP |
| Derecho al desarrollo propio: | A elegir sus prioridades de desarrollo y a decidir libremente su modo de organizarse, su forma de vida y lo que quieren para su futuro. | Arts. 88 y 89 CP |
| Derecho a la tierra y al territorio: | A tener el reconocimiento formal de las tierras y territorios ancestrales y tradicionales. Es decir titular, registrar o formalizar ante el Estado peruano la | Arts. 88 y 89 CP |

| | | |
|---|---|-----------------------------|
| | existencia de un espacio en el que viven con sus familias y realizan sus manifestaciones culturales. | |
| Derecho a usar los recursos naturales: | A usar, disfrutar y aprovechar los recursos que se encuentran en su territorio y que utilizan tradicionalmente | Arts. 89 CP |
| Derecho a la consulta: | A ser consultados y a participar en la toma de decisiones sobre las medidas que los pudieran afectar. Este derecho se basa en el principio de igualdad y dignidad de todos los pueblos y culturas, y el poder de decidir sobre su modo de desarrollo. | Arts. 1, 2.2 y 66 CP |
| Derecho a la justicia y jurisdicción especial: | A acceder a la justicia con enfoque intercultural, a tener una jurisdicción especial, a administrar su propia justicia y al respeto de las formas | Arts. 139 y 149 CP |

Nuestra Carta Magna nos lleva de la mano no solo ante el estándar constitucional de protección de la propiedad comunal indígena, sino que gracias a que nuestro ordenamiento jurídico ubica- a los tratados y convenios que versan sobre derechos humanos- en la misma jerarquía constitucional a través de los Artículos N° 55 y la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política del Perú, podemos acceder a un nivel más riguroso de protección y este es fijado por el Estándar Internacional.

Estándar internacional

Lo dispuesto por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, reafirmado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se sitúan como *“el mayor referente internacional de la defensa de los derechos humanos de los indígenas en general, y del derecho a la propiedad comunal indígena en particular”* (Ferrero, 2016). En la misma línea, es importante señalar que para el Sistema Interamericano, la evolución de los derechos de las comunidades indígenas se encuentra en la tercera fase de *“reconocimiento y protección de los derechos de los pueblos indígenas”*. Este razonamiento cobra vigencia desde la promoción del proyecto de declaración americana de los pueblos indígenas y logra una consolidación con la sentencia de la Corte en el caso *Awas Tingni* a inicios de este milenio (Rodríguez, 2006)

Así evidencio la tendencia del Derecho Internacional respecto al derecho a la propiedad comunal de los pueblos indígenas, la misma que ha pasado de sus primeras fases a una

bastante más consolidada y respetada por muchos más países debido a su reconocimiento por la CIDH, toda vez al otorgarse mayor protección a este tipo de propiedad en el ámbito interamericano se exhorta a los países de la comunidad a acatar en sus ordenamientos estos niveles de protección.

Los comuneros pertenecientes a los pueblos indígenas (PPII) son ciudadanas y ciudadanos peruanos, como tales gozan de todos los derechos constitucionales y derechos humanos por su característica de ser estos innatos a la persona por su condición de tal. A su vez, los derechos de los PPII están amparados en diversos convenios del Derecho Internacional: Convenio 169, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC)), los que forman el bloque internacional que fija el estándar mínimo que los Estados deben garantizar a los PPII con el fin de proteger su identidad cultural, garantizando la protección de su propiedad. En este sentido, no es un favor que le hace el Estado a los PPII al reconocer y garantizar sus derechos constitucionales, sino que es un deber que desde este trabajo de investigación exhorto a que se lleve a cabo de manera eficiente.

A continuación plasmo el estándar internacional fijado por el Derecho Internacional en cuanto a protección de los derechos humanos de los pueblos indígenas.

| Estándar Internacional | | |
|--|--|----------------------------------|
| Derechos de los PPII | Deberes del Estado | Fuente |
| Identidad cultural y propiedad | Reconocer y valorar la vinculación espiritual de los PPII con su territorio | Artículo 13, Convenio 169 |
| Identidad Cultural | Crear políticas públicas que respondan a las necesidades de los PPII | Artículo 14, Convenio 169 |
| Régimen especial de la propiedad comunal | Proteger la posesión y la propiedad de los territorios que tradicionalmente han sido de los PPII | Artículo 14, Convenio 169 |
| Derecho al uso y disfrute de sus recursos naturales | Garantizar la utilización de los recursos naturales vinculados a las tierras de los PPII | Artículo 15, Convenio 169 |
| Consulta previa | Consultar a los PPII siempre que se quiera transmitir, fuera de la comunidad, sus derechos sobre sus tierras | Art. 17, Convenio 169 |
| Igualdad de tratamiento y equidad | Tratar de la misma manera que los demás ciudadanos en los distintos | Art. 19, Convenio 169 |

| | | |
|--|--|--|
| | programas agrarios nacionales, brindar las herramientas y medios necesarios para el desarrollo de las tierras que ya posean los PPII | |
|--|--|--|

Normativa Sub Constitucional

¿Por qué la normativa sub constitucional vulnera los derechos de los pueblos indígenas?

En contravención de los estándares precedentemente detallados, es importante mencionar que en los últimos años se han emitido diversa normativa- desde el Congreso y el Ejecutivo- que modifican tanto la Ley General de Comunidades Campesinas como la Ley de Deslinde y Titulación del Territorio Comunal que ha generado afectaciones a las comunidades indígenas, por ejemplo: se ha ampliado gravemente las formas de abandono de las tierras de estas comunidades, afectando con ello la Ley de Tierras que restringe esta figura del abandono solo para la concesión. Así mismo se han afectado derechos como la consulta previa y se ha promovido la inversión sobre tierras eriazas o predios rurales, la formalización excepcional o “extraordinaria” de predios rurales y comunidades indígenas, entre otras nuevas figuras que poco a poco se han ido insertando en nuestro ordenamiento.

En esta sección analizaré algunas de estas normativas sub constitucionales a efectos de evidenciar lo que vengo señalando con esta investigación: la desprotección sub constitucional de la propiedad de las comunidades indígenas. En esa línea encontramos los Decretos Legislativos 994, 1020, 1064, 1081y 1089, los mencionados deberían ser declarados inconstitucionales debido a que vulneran los preceptos constitucionales y la normativa internacional, entre ellas el Convenio 169-OIT, cuyo detalle desarrollaré a continuación.

Listado de normas vulneradoras del Derecho de Propiedad de las Comunidades Indígenas

- 1. Decreto Legislativo N° 994:** El presente tiene como finalidad fomentar el capital privado a través de diversos proyectos de irrigación para fortalecer el sector agrícola la ampliación de la frontera agrícola. A primera vista, parecería inofensivo y con un interés amparado en Derecho; sin embargo, hay que tener en cuenta que mediante esta normativa se adjudica como propiedad del Estado todas las tierras eriazas con aptitud agrícola, exceptuando a las que se encuentren debidamente inscritas en los Registros Públicos.

Considero que este DL no se ajusta a la realidad, ya que en estas tierras que el Estado se adjudica, los pobladores de las comunidades indígenas realizan actividades agrícolas a menor escala que les permite subsistir mediante la obtención de alimentos diarios, no son explotadas a escala industrial, pero de ninguna manera son improductivas solo por no tener un componente económico trascendental.

A lo largo de este trabajo hemos podido entender que la protección de la propiedad comunal no debería estar condicionada a un interés económico. De esta manera se limita la propiedad comunal, exigiendo que para su salvaguarda estas tierras debieran contar con la titulación e inscripción en RRPP, lo que se agrava con la omisión de lo dispuesto por el Convenio 169 al no consultar con las comunidades la implementación de esta norma, aun sabiendo que las afecta directamente.

- 2. Decreto Legislativo 1020:** El presente decreto tiene como objetivo principal fomentar los créditos agrarios, ello con el fin de incentivar la libre competencia, formalizar y modernizar el sector agricultura. Lo peligroso en esta norma es que permite- que en pro de solicitar un crédito- construye nuevas figuras legales que nuestro ordenamiento no considera como personas jurídicas, por ejemplo las Entidades Asociativas Agrarias, conformadas por tierras o parcelas individuales. Figuras como la señalada se convierte en sujeto “apto” para el crédito financiero, pero lo que subyace es que se abandone la comunidad indígena como colectivo

y con esta estrategia se abandonen todo el marco proteccionista que la recubre, dejando sin mayor protección la propiedad comunal.

Considero que la norma no solo desprotege la propiedad comunal, sino que de manera atractiva y estratégica vulnera el derecho fundamental de la identidad cultural alentando a los pobladores de los pueblos indígenas a adaptarse a nuevas figuras legales siempre que no se presenten como parte de la comunidad indígena.

3. **DL 1064:** Mediante este decreto se implementa un nuevo régimen para el aprovechamiento de las parcelas de uso agrario. Esta norma es inconstitucional desde donde se aprecie, pues claramente hay una suerte de favorecer a los foráneos y a la inversión privada, recortando- para lograr tal fin- los derechos de las comunidades indígenas privándolos del uso y disfrute de sus propias tierras y eliminando la posibilidad de desarrollar actividades económicas propias de su cultura y conocimiento técnico afectando con ello los derechos constitucionales a la propiedad, identidad étnica y cultural, autonomía de organización y control de la propiedad comunal.

A través de la norma en análisis, se elimina la necesidad de negociación con terceros por parte de la comunidad ante figuras como la servidumbre mineras a realizarse en territorio de las comunidades indígenas. Se produce una reducción de la protección de estas tierras ya que se privilegia, además, la posesión de los foráneos quienes al entrar en conflicto con los pobladores de las comunidades nativas tendrán preferencia los primeros.

4. **Decreto Legislativo 1081:** Mediante este decreto se implementa el Sistema Nacional de Recursos Hídricos, normativa bastante cuestionada que considero distante de la realidad de los pueblos indígenas y sus comunidades. Recordando el marco regulatorio de protección, fácilmente podemos inferir que las comunidades indígenas tienen derecho a la libre organización y control de su territorio y con ello a los recursos naturales que se encuentren en su propiedad, de manera que estos se usen de la forma ancestral como las comunidades han

venido utilizándolos, administrándolos de manera armoniosa con el Medio Ambiente y respetando la conservación de la Amazonía.

Cuando me refiero a recursos se entiende que se encuentran comprendidos los recursos hídricos, como el agua; sin embargo, mediante esta normativa infra constitucional se pretende trasladar la administración de los recursos hídricos a agentes privados con un marco operativo similar al usado en otras cuencas ubicadas en zonas cultural y geográficamente distintas al contexto que se vive en las comunidades indígenas. Siendo que los vacíos y la ambigüedad respecto de la gestión privada del agua se transforman en una grave lesión a los derechos de las comunidades indígenas.

5. **DL 1089:** Mediante este decreto legislativo se implementa un régimen temporal extraordinario de formalización y titulación de predios rurales. A través de esta normativa sub constitucional se trasladó- del ministerio de Agricultura a COFOPRI- la tutela de ser el organismo formalizador de la propiedad rural, no solo cambió la entidad a cargo, también los lineamientos para este proceso de formalización. El Minagri tenía una visión pro agropecuaria que se perseguía con la figura de la titulación, mientras que COFOPRI tiene como eje situar la propiedad como un bien de fácil tránsito, sin mayores obstáculos, para generar riquezas dentro de un mercado económico. Visión muy válida desde un punto de vista de la propiedad clásica del Derecho Civil, pierde eficacia cuando se convierte en un incentivo atractivo que busca la individualización de la propiedad comunal, lo cual significa vulnerar el derecho de propiedad referido en el artículo 88 de la Constitución.

Un Estado protector de la propiedad comunal, debe protegerla en sus dos dimensiones como tal y defenderla de toda estrategia simulada que pretenda sustituirla sin el consentimiento de las comunidades, ya que al extinguirse la propiedad comunal, se extingue los derechos conexos a ella e incluso la propia comunidad, pues como señalo en el título de esta investigación (tierra= vida) atentar contra sus tierras es atentar contra su propia existencia.

| NORMA SUB CONSTITUCIONAL | DERECHOS CONSTITUCIONALES VULNERADOS |
|---------------------------------|---|
| Decreto Legislativo 994 | Artículos 70 y 88 CP 1993. |
| Decreto Legislativo 1020 | Artículos 2.17 y 2.19 CP 1993 |
| Decreto Legislativo 1064 | Artículos 2.17, 2.19, 88 y 89 CP 1993 |
| Decreto Legislativo 1081 | Artículos 88 y 89 CP 1993. |
| Decreto Legislativo 1089 | Artículos 2.2, 2.17, 88 y 89 CP 1993 |
| | |

Conclusiones

Por lo expuesto, concluimos que a nivel de normativa interna sub constitucional existe una desprotección hacia la propiedad de las comunidades indígenas. Identificamos y evidenciamos la necesidad de las comunidades indígenas de estar más involucradas de manera más directa y más democrática con el uso de sus tierras. No siendo así, se está afectando junto con la economía sostenible, la identidad cultural de las comunidades indígenas, así como la manera de cómo estas comunidades se relacionan con su territorio y la manera cómo las personas ajenas a la comunidad pueden llegar tener acceso a territorio de la comunidad y sobre todo a los recursos naturales que subyacen la propiedad de las comunidades indígenas.

Debemos tener en cuenta que, para el mercado y para quienes somos ajenos a la realidad de los pueblos indígenas “la tierra” es valiosa por su importancia monetaria y el intercambio de beneficios que genera negociar con ella o invertir en su explotación, pero para las comunidades indígenas la tierra tiene un valor especial, pues representa a sus ancestros, su cultura y por ello la consideran sagrada. Esto no significa, ni debe significar un estancamiento económico o un retroceso social, al contrario, lo que se busca es un equilibrio entre la producción y la protección de las tierras de las indígenas en nuestro país.

Es menester para el desarrollo sostenible del país y de la Amazonía voltear la mirada a las comunidades indígenas no para tratar de encasillar su cosmovisión a una occidental,

sino mirar a la Amazonía y a las comunidades indígenas que se albergan en esta región con respeto y ser conscientes de su manera de vivir para así facilitar un marco jurídico de protección de su vida, lo que involucra completamente la protección de sus tierras.

En ese sentido, recomiendo que a través de los ministerios de Cultura, Ambiente, Desarrollo e inclusión social, entre otros, se identifiquen las normas que incentivan el crecimiento económico contraviniendo el estándar constitucional e internacional de protección de derechos humanos de los pueblos indígenas. Ello con el fin de que se modifiquen o deroguen las diferentes normas sub constitucionales trasgresoras del derecho a la propiedad de las comunidades indígenas.



Bibliografía

ASOCIACION INTERÉTNICA DE DESARROLLO DE LA SELVA PERUANA AIDSESEP (2009). *Comisión nacional del diálogo de los Pueblos Indígenas de la Amazonía peruana*- AIDSESEP. Consultado el 28 de noviembre de 2020 en: [http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con2_uibd.nsf/447BB6AEED332B6E052575DA0001D9DE/\\$FILE/comisionnacionalaidesep.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con2_uibd.nsf/447BB6AEED332B6E052575DA0001D9DE/$FILE/comisionnacionalaidesep.pdf)

AVENDAÑO, J, y Avendaño, F. (2017). *Derechos reales*. PUCP, Fondo Editorial.

AVENDAÑO, Jorge (1994). “El derecho de Propiedad en la Constitución”. Pág. 117-122, EN THEMIS, 2da. Época, Lima N° 30.

AYLWIN, José Agosto 2002 El acceso de los indígenas a la tierra en los ordenamientos jurídicos de América Latina: un estudio de casos. Proyecto “Mercado de Tierras Rurales”, CEPAL/Sociedad Alemana de Cooperación Técnica (GTZ), Volumen I, 64 páginas. Santiago de Chile.

BONILLA ARONÉS, Angel Víctor (1953) *Propiedad territorial indígena en el Perú*. Tesis Doctoral.

CIDH – Corte Interamericana de Derechos Humanos.

2001 Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001.

2005 Caso del Pueblo Yakye Axa Vs. Paraguay. Sentencia de 17 de junio de 2005.

2007 Caso del Pueblo Saramaka vs.Surinam. Sentencia de 28 de noviembre de 2007.

2009. *Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales sobre sus Tierras Ancestrales y Recursos Naturales*. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 56/09. Washington: CIDH.

COURTIS, C. (2009). Apuntes sobre la aplicación del Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas por los tribunales de América Latina. Sur. Revista Internacional de Derechos Humanos, 6(10), 53-81.

De los Pueblos Indígenas, C. D. (2010). Tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y Jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Cap. VIII. Doc. OEA/Ser (Vol. 2, p. 106). L.

DIEZ MANUEL, José María (1940) Dominio Público. Buenos Aires. Tomo IV.

ESPINOSA, Óscar (2010) Cambios y continuidades en la percepción y demandas indígenas sobre el territorio en la Amazonía peruana. Antropológica del Departamento de Ciencias Sociales, 2010, vol. 28, no 28, p. 239-262.

FONDO INDÍGENA (2005). El avance de las declaraciones sobre derechos de los pueblos indígenas de la ONU y OEA y el estado actual de ratificación del Convenio 169 de la OIT en la región. *La Paz: Fondo Indígena [para el desarrollo de los pueblos indígenas de América Latina y el Caribe] y Agencia Española de Cooperación Internacional.*

FRAGA, Gabino (2013) Derecho Administrativo. 48 Ed. Pd. Porrúa.

FERNANDEZ, Gastón (1994) La obligación de enajenar y el sistema de transferencia de la propiedad inmueble en el Perú. *Themis: revista de derecho*, 1994, no 30, p. 149-173.

FERRERO, Ricardo (2016) Protección de la propiedad comunal indígena por la Corte Interamericana. *Revista IIDH*, 2016, no 63, p. 65-104.

GUILLÉN M., Víctor (1921) La reintegración de la propiedad comunal indígena 1921. Tesis Doctoral. Universidad del Cusco.

HIERRO, Pedro García; SURRALLÉS, Alexandre. *Antropología de un derecho: libre determinación territorial de los pueblos indígenas como derecho humano*. IWGIA, 2009.

KOURÍ, E. (2017). Sobre la propiedad comunal de los pueblos, de la Reforma a la Revolución. *Historia mexicana*, 66(4), 1923-1960. En: https://www-jstor-org.ezproxybib.pucp.edu.pe/stable/26165826?seq=1#metadata_info_tab_contents

LÓPEZ MARTÍN, J. C. (2016). El derecho fundamental a la consulta previa de las comunidades indígenas: un estudio comparado entre Colombia y Perú desde un enfoque territorial.

MARES, Carlos Federico 1997 “Los Indios y sus derechos Invisibles”. Ponencia presentada en el Seminario: Derecho Indígena. Seminario Internacional realizado en el Auditorio Fray Bernardino de Sahún del Museo Nacional de Antropología e Historia en la ciudad de México del 26 al 30 de mayo de 1997.

MEREMINSKAYA, E. (2011). El Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales: Derecho internacional y experiencias comparadas. Estudios públicos, (121).

MORELLI SALGADO, Jorge Eduardo (2011) *Un marco para el contrato comunal-privado*. Cuatro parámetros para una política pública que permita a las comunidades, las empresas y el Estado procesar y resolver los conflictos socio ambientales. 2011. Tesis Doctoral. Pontificia Universidad Católica del Perú. Facultad de Ciencias Sociales. Mención: Antropología.

OEA-Organización de los Estados Americanos, CIDH-Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2009 Derecho de los pueblos indígenas y tribales sobre

sus tierras ancestrales y recursos naturales: Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. OEA/Ser.L/V/II.Doc. 56/09, 30 diciembre 2009 Original: Español. Consultado: 20 de diciembre del 2019. <http://www.cidh.oas.org/countryrep/TierrasIndigenas2009/TierrasAncestrales.ESP.pdf>

ORTEGA VÁSQUEZ, Nancy Milagros. (2014) *El derecho de propiedad comunal indígena en la amazonia y su regulación en la legislación peruana*. Tesis.

PATIÑO, L. (2014). "Fundamentos y práctica internacional del derecho a la consulta previa, libre e aquí a pueblos indígenas." ACDI, Anuario Colombiano de Derecho Internacional 7: 69–111.

PEÑA JUMPA, A., CABEDO MALLOL, V., & LÓPEZ BÁRCENAS, F. (2002). *Constituciones, derecho y justicia en los pueblos indígenas de América Latina*. Pontificia Universidad Católica de Perú. Fondo Editorial. Perú.

PEÑA JUMPA, Antonio (2012) *La propiedad originaria en América: el derecho de propiedad en las comunidades andinas y amazónicas del Perú. Ius et Veritas*, 2012, vol. 22, no 45, p. 254-272.

RIVAS VALCÁRCEL, Yenny Elizabeth. *El Reconocimiento del derecho de propiedad indígena en las comunidades nativas para la titulación de tierras*.

RODRIGUEZ-PEREZ ROYO (2006) "El sistema interamericano de derechos humanos y los pueblos indígenas", en M. Berraondo López (coord.), *Pueblos indígenas y Derechos Humanos*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2006, pág. 16.

SALMON, E., BREGAGLIO, R., OLIVERA, J. F., & OCAMPO, D. (2012). *La consulta previa, libre e informada en el Perú: la inclusión del interés indígena en*

el mundo de los derechos humanos. Lima: IDEHPUCP, Fundación Konrad Adenauer.

SALMON, Elizabeth (2013). "La lucha por las leyes de la consulta libre, previa e informada en Perú: lecciones y ambigüedades en el reconocimiento de los pueblos indígenas." *Pacific Rim Law and Policy Journal* 22(2): 353–390.

STAVENHAGEN, Rodolfo

1988 Derecho indígena y derechos humanos en America Latina. México, Instituto Interamericano de Derechos Humanos.

1990 Entre la Ley y la Costumbre. El Derecho Consuetudinario Indígena en América Latina. México, Instituto Interamericano de Derechos Humanos.

1997 "El marco internacional del derecho indígena". Ponencia presentada en Derecho Indígena: Seminario Internacional realizado en el Auditorio Fray Bernardino de Sahún del Museo Nacional de Antropología e Historia en la ciudad de México del 26 al 30 de mayo de 1997.

TICONA ALEJO, Esteban (2003) Pueblos indígenas y Estado boliviano. La larga historia de conflictos.

URTEAGA, Patricia

2009 "Fundamentación jurídica del derecho a la consulta y al consentimiento libre, previa e informe en el marco del Convenio 169 de la OIT. El caso de Perú. "El Otro Derecho. El derecho a la consulta previa en América Latina. Del reconocimiento formal a la exigibilidad de los derechos de los pueblos indígenas 40: 123–162.

2012 El derecho a la consulta y al consentimiento, libre e informe. Avances, limitaciones y retos. Bolivia, Ecuador, Colombia y Perú. Informe Regional CAOI. Lima: CAOI.

VELA PERDOMO, C. J. (2011). La consulta previa para la explotación de recursos naturales en territorios de los pueblos indígenas en el marco del convenio 169 OIT y su eficacia en los resguardos del gran pueblo de los pastos que habitan en el departamento de Nariño. Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales.

ZÚÑIGA NAVARRO, Gerardo (2013) Los procesos de constitución de Territorios Indígenas en América Latina.

JURISPRUDENCIA

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERU

Sentencia N°0048-2004-AIITC

Sentencia N°5614-2007- PNTC

Sentencia N° 7130-2006-PNTC

Sentencia N° 00024-2009-PI

Sentencia N° 0864-2009-PAITC LIMA. NEGOCIACIÓN MAMACONA SAC

Normativa Sub constitucional

Ley general de comunidades campesinas, ley 24656

<http://extwprlegs1.fao.org/docs/pdf/per20093.pdf>

Ley de titulación de las tierras de las comunidades campesinas de la costa, ley n° 26845

<https://docs.peru.justia.com/federales/leyes/26845-jul-23-1997.pdf>

Ley de la Inversión Privada en el desarrollo de las Actividades Económicas en las tierras del territorio nacional y en las comunidades campesinas y nativas. LEY N° 26505

Decreto legislativo n° 1192: “Ley marco de adquisición y expropiación de inmuebles, transferencia de inmuebles de propiedad del estado, liberación

de interferencias y dicta otras medidas para la ejecución de obras de infraestructura”.

