

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD
CATÓLICA DEL PERÚ**

Facultad de derecho



Informe sobre la sentencia del Tribunal Constitucional
01126-2011-HC/TC “Caso
Tres Islas”

Trabajo de suficiencia profesional para optar el título
profesional de Abogado/a

Autor:

Luis Adrián Bustamante López

Asesor(es):

Alberto Cruces Burga

Lima, 2022

ESQUEMA

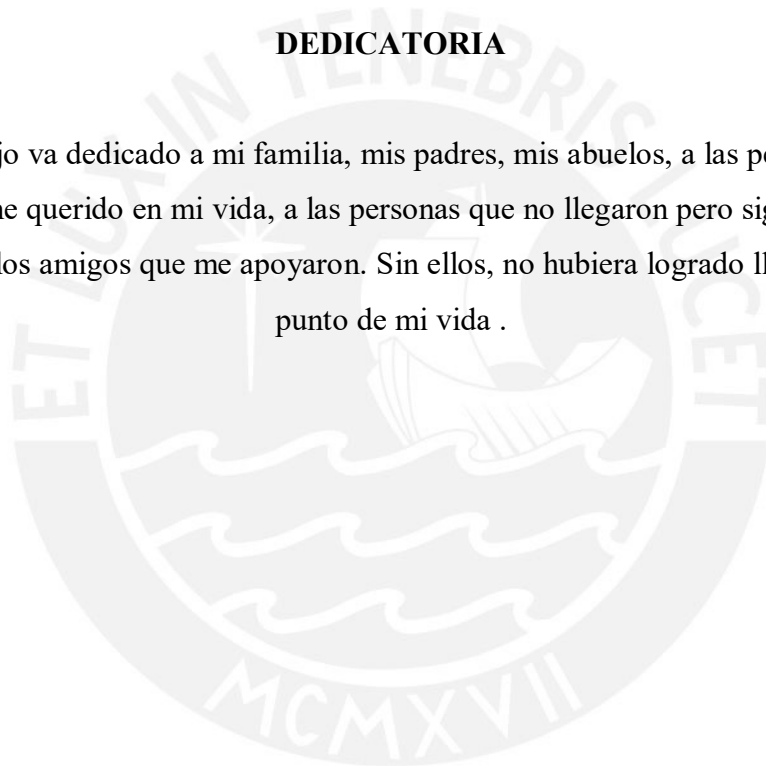
1.- INTRODUCCIÓN	7
2.- HECHOS Y CONTEXTO	9
2.1 ¿Quiénes son la Comunidad Nativa de Tres Islas?	10
2.2 Inicio de los problemas	10
2.2.1 Intrusión de terceros a su propiedad	10
2.2.2 El establecimiento de la “tranquera”	10
2.3 Primer Hábeas Corpus interpuesto por las empresas de transporte y fallo en primera y segunda instancia	10
2.4 El Hábeas Corpus interpuesto por la comunidad	11
2.5 Sentencia del Tribunal Constitucional	11
2.5.1 Quebrantamiento de la forma y la necesidad de dilucidar sobre la controversia	12
2.5.2 Proceso de hábeas corpus y reconducción al amparo	12
2.5.3 Garantías de la propiedad sobre la tierra de comunidades nativas y campesinas	14
2.5.4 Afectación del derecho de propiedad del territorio indígena	16
2.5.5 Afectación a la autonomía comunal	17
2.5.6 La protección del territorio comunal y la autonomía comunal	18
2.5.7 Voto del magistrado Mesía Ramírez	18
2.6 ¿Qué otros problemas enfrenta la comunidad además de los descritos?	20
3.- PROBLEMAS JURÍDICOS	20
3.1 Problemas secundarios	20
3.1.1 Dimensión procesal	21
3.2 Problema principal del caso	21
4.- ANÁLISIS JURÍDICO	21
4.1 Dimensión procesal	21
4.1.1 Los supuestos establecidos por el tribunal para ejecutar la reconversión de un proceso de Habeas Corpus a un proceso de Amparo	24
4.1.1.1 Análisis de los requisitos establecidas por el tribunal	25
4.1.1.2 ¿La decisión vulnera el derecho a la debida defensa?	32
4.2 Derecho de propiedad de las comunidades nativas	33
4.2.1 La conexidad entre la propiedad y el entorno, los recursos	35
4.4.2. La propiedad del territorio comunal y su conexidad con la identidad	37
4.2.3 Necesidad de una mejor protección hacia el derecho de propiedad de las comunidades nativas	40
4.3 Derecho de Autonomía comunal y jurisdicción “especial”	41
4.3.1 Estándar normativo sobre la autonomía comunal	41
4.3.1.1 Contexto de discriminación histórica que han	46

sufrido las comunidades	
4.3.1.2 Principio de igualdad y no discriminación	47
4.3.1.3 Criticas a la referencia “especial”	48
4.3.1.4 Criticas al constituyente, y la baja representación indígena	49
4.3.2 El Artículo 149 de la constitución	49
4.3.3 Necesidad de una interpretación mas amplia sobre la jurisdicción indígena	50
5.-CONCLUSIONES	52
6.- RECOMENDACIONES	52
7.- BIBLIOGRAFÍA	54



DEDICATORIA

Este trabajo va dedicado a mi familia, mis padres, mis abuelos, a las personas que siempre he querido en mi vida, a las personas que no llegaron pero siguen en mi mente, a los amigos que me apoyaron. Sin ellos, no hubiera logrado llegar a este punto de mi vida .



RESUMEN

El presente trabajo tiene por finalidad analizar la sentencia recaída en el expediente 01126-2011-HC/TC “Caso Tres Islas”, la cual analiza la afectación a la propiedad del territorio comunal, y la vulneración de la autonomía comunal. Se estudian los problemas surgidos, tanto en la parte procesal, como en la parte sustancial, y así se propone una visión con un enfoque pluricultural que tienda a brindar una mayor protección a las comunidades. En ese sentido, se critica la falta de argumentación que pueden incurrir en graves vicios que nos pueden llevar a entender un razonamiento arbitrario del Tribunal Constitucional. Se cuestiona el avance “retórico” que hace este respecto a la protección de la propiedad del territorio indígena. Asimismo, se analiza por qué existe una afectación a la jurisdicción indígena y a la autonomía comunal. Finalmente, se brinda el alcance de un análisis que incluya el contexto concreto del caso, la importancia del mismo para generar una igualdad sustancial, dejando de la lado la igualdad formal, y por lo tanto brindar mejores respuestas que eviten vulneraciones futuras sobre los mismos derechos.

Palabras Clave

Pluriculturalidad, Comunidades Indígenas, Territorio, Propiedad Comunal, Irreparabilidad, Hábeas Corpus, Proceso de Amparo, Jurisdicción Indígena, Autonomía Comunal, Activismo judicial, Arbitrariedad, Igualdad.

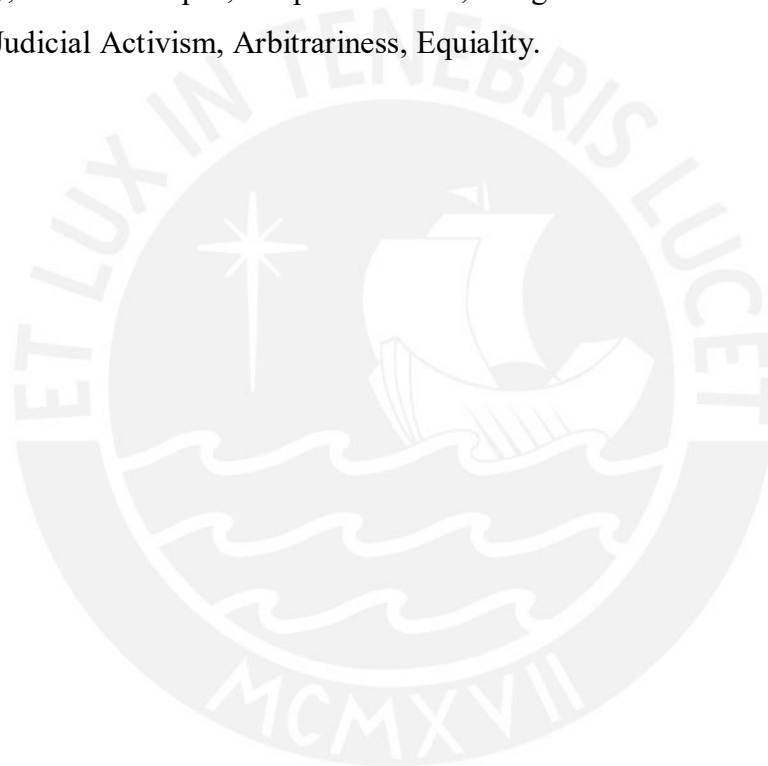
ABSTRACT

The purpose of this paper is to analyze the sentence issued in file 01126-2011-HC/TC "Caso Tres Islas", which analyzes the affectation of the property of the communal territory, and the violation of communal autonomy. The problems that have arisen will be studied, both in the procedural part and in the substantive part, and thus a vision will be proposed with a multicultural approach that tends to provide greater protection to the communities. In this sense, the lack of argumentation that can incur in serious vices that can lead us to understand an arbitrary reasoning of the Constitutional Court will be criticized, likewise, the "rhetorical" advance made by the Constitutional Court regarding the protection of property will be questioned. of the indigenous territory. In the last place, it will be analyzed why there is an affectation to

the indigenous jurisdiction and in this way the affectation to the communal autonomy. And finally, a scope of an analysis will be provided that includes the specific context of the case, the importance of it to generate substantial equality, leaving formal equality aside, and therefore provide better responses that avoid future violations of the same rights.

Key Words

Pluriculturalidad, Indigenous Communities, Territory, Communal Property, Irreparability, Habeas Corpus, Amparo Process, Indigenous Jurisdiction, Communal Autonomy, Judicial Activism, Arbitrariness, Equality.



I. INTRODUCCIÓN:

Como hemos observado, a lo largo del tiempo, los pueblos originarios han sido marginados, excluidos, discriminados y exterminados. Esta tendencia, si bien ha disminuido, sobre todo en los niveles de violencia, no ha parado del todo. Actualmente, aún, es común escuchar referirse a las personas que conforman estos pueblos originarios como ciudadanos de “segunda clase”, como salvajes que se oponen al desarrollo, y sobre todo, aún se sigue viendo como a estos pueblos como retrógrados, y son usados como sinónimos para referirse a comportamientos “tontos” con el fin de menoscabar y marginar aún más a estas comunidades. De esta manera, como menciona la página “Alerta contra el racismo” en la Encuesta Nacional: Percepciones y actitudes sobre diversidad cultural y discriminación étnico-racial se obtuvo el resultado que “El 59 % percibe que la población quechua y aimara es discriminada o muy discriminada siendo las principales causas color de piel, su lugar de procedencia, su forma de hablar, vestimenta e idioma o lengua que habla” (2017)

El Perú, no ha sido ni es ajeno a esta tendencia, en nuestra historia, los pueblos originarios han sido sometidos y destruidos durante diversas épocas. Como menciona la profesora Raquel Yrigoyen “Históricamente, aparece primero el proyecto de ocupación y sometimiento de naciones originarias en el siglo XVI. Tal se implementa a través de la ocupación político-militar de los pueblos pre-colombinos, lo que implicó la desestructuración del Tawantinsuyo (el llamado “Imperio de los Incas”) y el sometimiento de los pueblos y señoríos que lo componían” (2006: 4), que nos demuestra, como esta tendencia colonialista que comenzó en el siglo XVI, aún perdura en nuestra sociedad.

De la misma manera, incluso con los avances jurisprudenciales internos y externos como de la Corte IDH, una mayor protección con diversos convenios internacionales, los pueblos indígenas aún no encuentran una debida protección y reivindicación en nuestro entorno. Un caso reciente que pude evidenciar esta, aun presente, discriminación, puede encontrarse, en los cuestionamientos hacia las protestas ocurridas en Bagua, quienes han recibido criticas en base a su procedencia, y sus reclamos legítimos utilizándose la frase “ciudadanos de segunda clase” como sinónimo y con el fin de minimizar las capacidades de estas personas.

Sin embargo, todo este contexto social no ha sido ajeno al derecho. Como sabemos, con los españoles, existía una subordinación en el caso del derecho de los llamados en ese entonces “indios”. Donde se les permitía administrar su propia justicia en su propio territorio, sólo entre ellos y de manera muy limitada. Posteriormente, ya con la república se dieron políticas basadas en la alfabetización que terminaron por excluir a los pueblos originarios y sus ideales y perspectivas quedaron fuera del ojo de la constitución, es por eso, que en esta época es donde comienza una de las épocas más crueles. Dando paso a torturas incalculables, y una desprotección aceptada y respaldada popularmente. tanto en la sierra como en la costa comienzan las grandes haciendas a funcionar bajo el maltrato y explotación de los pobladores de estos pueblos, de la misma manera, en la selva, con el boom cauchero, se comienzan a esclavizar indígenas con el fin de conseguir una mano de obra, básicamente, gratis, que era sometidas a torturas condenables cuando no cumplían con entregar las abusivas cantidades que se les encomendaba.

Si bien, en los años posteriores, sobre todo desde comienzos del siglo XX, ya comenzaban “chispazos” en la región sobre luchas de derechos indígenas, con la revolución mexicana que darían paso a una serie de reivindicaciones en la región, y que llegaron a nuestro país en la época de los sesentas con el dictamen de la reforma agraria, estas no han sido suficientes para lograr un verdadero respeto y visión pluralista que se necesita realmente. En ese sentido, incluso actualmente con el artículo 149 de la actual constitución peruana que menciona que “Las autoridades de las Comunidades Campesinas y Nativas, y en su defecto las Rondas Campesinas, pueden ejercer las funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial de conformidad con el derecho consuetudinario, siempre que no violen los derechos fundamentales de la persona” viene siendo interpretada de una manera que sigue poniendo en una situación de inferioridad a las comunidades originarias, subordinandola a la jurisdicción “ordinaria” y, afortunadamente cada vez menos, desautorizando la toma de decisiones de las comunidades y su libre autodeterminación.

Esta brevísima reseña histórica presentada a modo de introducción, nos puede dar un breve marco de idea del contexto al cual se expusieron los pueblos originarios, y desgraciadamente, esta visión sesgada, estereotipada a la que se exponen los pueblos

indígenas perdura actualmente, así esta situación de desigualdad ha perdurado, y según encuestas sobre los datos de niveles socioeconómicos “la población quechua y aimara tiene un 48%. La población indígena y nativa de la Amazonia tiene 68% de sus ciudadanos ubicados en el nivel E” (Alerta contra el racismo, 2007) en ese sentido, a continuación pasaremos a revisar la sentencia del Tribunal Constitucional Peruano conocida como el “Caso 3 islas” del 2012, el cual inicialmente es un Habeas Corpus interpuesto por la presidenta de la comunidad “ Tres islas” Juana Griselda Payaba contra una resolución expedida por la Sala Superior Mixta y de Apelaciones de la corte superior de Justicia de Madre de Dios.

Por lo tanto, a continuación pasaremos a describir brevemente los hechos del caso y los argumentos del tribunal, para luego identificar los problemas jurídicos hallados y finalmente brindar un análisis jurídico y las conclusiones.

II. HECHOS Y CONTEXTO:

2.1 ¿Quiénes son la Comunidad Nativa de Tres Islas?

La comunidad nativa “Tres Islas” se encuentra ubicada en Tambopata, en la provincia de Madre de Dios. Según la base de Datos de Pueblos Indígenas u Originarios está conformada por los pueblos indígenas de Ese Eja y Shipibo- Konibo, además de contar con 32501.11559043 de hectáreas. De la misma manera, su resolución de reconocimiento como una comunidad indígena es la R.D 027-92-RI-DSRA-MD, de 1992. Si bien, este es un reconocimiento territorial del Estado, esta comunidad es preexistente al Estado peruano y por lo tanto, su territorio también pre existe a su reconocimiento. Aún así, cuenta con el Título de Propiedad N.º 538, otorgado por el Ministerio de Agricultura en 1994.

Entre sus principales actividades se encuentran la recolección de castaña, horticultura, caza, pesca, actividades forestales, entre otras¹. Si bien, la sentencia data del 2012, para el año 2016, el 60% de su territorio se encontraba concesionado, es decir 19500.66935 hectáreas, aproximadamente el tamaño de un país pequeño como Liechtenstein que tiene como superficie 16000 hectáreas. Pudiéndose encontrar, más de 150

¹ Congreso de la República (2016) “Comunidad Nativa Tres Islas” [diapositiva]. https://www.congreso.gob.pe/Docs/comisiones2016/PueblosAndinosEcologia/files/tres_islas.pdf

concesiones mineras que fueron otorgadas sin la consulta ni aprobación de la comunidad.

2.2 Inicio de los problemas

2.2.1 Intrusión de terceros a su propiedad

La comunidad comenzó a sufrir perturbaciones dentro del territorio descrito, ya que muchos mineros y taladores ilegales e informales comenzaron a invadir la zona. Como podemos desprender de la sentencia en análisis, la comunidad encontró en las empresas de transporte “Los Mineros S.A.C” y “Los Pioneros S.R.L” la causa de que este flujo de gente aumentara. Así, es necesario mencionar, que como aduce la comunidad, la presencia de la minería y tala ilegal en la zona trajo diversos problemas, como la contaminación en general, ya que no existe una fiscalización ni control apropiados de la prostitución, y el aumento de violencia por las peleas y riñas que se inician por la venta de alcohol, asimismo, los madereros también ayudan a depredar su territorio, siendo este territorio su principal medio de subsistencia.

2.2.2 El establecimiento de la “tranquera”

Por lo tanto, cuando la comunidad identificó a estas dos empresas de transporte, quienes si bien contaban con un permiso otorgado por la gerencia de la Municipalidad Provincial de Tambopata estas no habían sido consultadas con la comunidad, como la causante de que estos problemas aumenten, decidió construir una caseta de 5 metros de ancho por 10 de largo y de una cerca de madera, y de esta manera, actuando de acuerdo a su propias decisiones y autodeterminación, impidió el paso de las mencionadas empresas de transporte.

2.3 Primer Hábeas Corpus interpuesto por las empresas de transporte y fallo en primera y segunda instancia

Las empresas de transporte, no conformes con tal decisión comunal, interpusieron el recurso de agravio constitucional de Hábeas Corpus, solicitando el retiro del cerco de madera, puesto que impedían el libre tránsito de sus moviidades. Al respecto, el

juzgado de investigación preparatoria de Madre de Dios, falló a su favor, declarando fundado el pedido de Hábeas Corpus, por lo que procedió con la solicitud previamente presentada.

Ante ello, la comunidad apeló dicha decisión ante el juzgado de investigación preparatoria de Madre de Dios, obteniendo una respuesta no favorable para ellos, reiterándose una vez más el retiro del cerco y la caseta construida e instalada por la comunidad.

2.4 El Hábeas Corpus interpuesto por la comunidad

Con fecha 15 de noviembre del 2010, el Segundo Juzgado de Investigación Preparatoria de Tambopata declaró improcedente el Hábeas Corpus que había interpuesto la comunidad, al considerar que el Ministerio Público, no tiene facultades coercitivas para restringir o limitar la libertad y por lo tanto no había ninguna incidencia en la misma.

El 27 de diciembre del 2010, la sala de apelaciones de la sede central Puerta Maldonado, declaró nulo el rechazo liminar y ordenó al juez admitir a trámite la demanda y emitir una nueva Resolución.

Con fecha 19 de enero de 2011, se declaró improcedente la demanda por los argumentos previamente señalados, por lo que, la comunidad apeló.

El 4 de febrero de 2011, se declara improcedente el Hábeas Corpus por considerar que no se pueda acudir a la justicia constitucional con la finalidad de que se reevalúen los medios probatorios del proceso constitucional ya fenecido ni la investigación penal en curso.

2.5 Sentencia del Tribunal Constitucional

La presidenta de la comunidad, Juana Griselda Payaba Cachique (en adelante, la demandante), interpuso un recurso de agravio constitucional (en adelante, RAC) contra la Resolución expedida por la sala Superior Mixta y de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Madre de Dios (Tribunal constitucional 2012:1).

Al respecto, la sala concede el RAC y el TC lo admite; sin embargo, reconduce el Hábeas Corpus y lo convierte en un amparo ya que el juzgado no encontraba una conexión necesaria con la libertad, y por eso, usando jurisprudencia, establece y describe los límites y principios para una correcta reconducción del proceso.

Asimismo, brinda ciertas nociones y ayuda a una interpretación más amplia sobre el constitucionalismo, la garantía de la propiedad sobre la tierra de las comunidades nativas y campesinas, y la afectación de la autonomía comunal.

Finalmente, declara fundada la demanda y nula la Resolución N° 8, derivada de la Sentencia del Expediente N° 00624-2010-0-2701-JR-PE-01.

2.5.1 Quebrantamiento de la forma y la necesidad de dilucidar sobre la controversia

Cuando el TC admitió la demanda, advirtió que la sentencia sobre la cual recae el proceso de Hábeas Corpus no contaba con las firmas requeridas, pero se precisa que ello no implica declarar la nulidad, por lo que, basándose en la jurisprudencia que recae en la Sentencia del Expediente N° 04053-2007, en caso donde la resolución es urgente para evitar el daño, la sala puede resolver sobre el fondo.

En este sentido, los vocales superiores Marrou Garmes y Arcela Ynfante determinaron la improcedencia de la demanda. Por su parte, el vocal Rodas Huamán decidió declarar infundada la demanda. Sin embargo, como ya se advirtió, este colegiado consideró innecesario rehacer el procedimiento, habida cuenta de la necesidad de un pronunciamiento inmediato sustentada en la razones de urgente tutela (Tribunal Constitucional 2012:5).

Por lo tanto, el Supremo interprete de la Constitución dejó de lado este tema, por las razones urgentes que se querían tutelar, y continua con el proceso.

2.5.2 Proceso de Hábeas Corpus y reconducción al amparo.

A partir del párrafo 7, en adelante, nuestro Tribunal Constitucional, da argumentos para ejercer la reconducción del hábeas corpus y convertirlo en un amparo. Al respecto, el numeral 1 del artículo 200 de la Constitución Política del Perú (en adelante, la Constitución), indica que frente a la amenaza o vulneración de la

libertad individual y los derechos conexos procede la interposición del Hábeas Corpus.

Del mismo modo, el numeral 2 del artículo 200, dispone que el proceso de Amparo procede frente a amenazas o vulneraciones de los demás derechos reconocidos por la constitución con excepción del derecho al acceso a la información y a la autodeterminación informativa.

En este sentido, tomando en cuenta los dos procesos constitucionales previamente citados, el TC en su párrafo 7 de la presente sentencia indica la importancia de reconducción del proceso de Hábeas Corpus en un proceso de Amparo.

En tal sentido, de los hechos del caso previamente mencionados se alegó la vulneración de la integridad del territorio, al domicilio territorial o domicilio comunal. Ante ello, el TC indicó que el domicilio comunal, y que el territorio no tiene una conexidad con el derecho a la libertad individual y de locomoción, por lo tanto, el proceso adecuada en este caso sería un proceso de Amparo, por mas que Magistrados como Mesías, en su voto individual no se encontraran de acuerdo.

Asimismo, se advierte que incluso cuando no existe conexidad, esto no significa que la demanda sea declarada improcedente, para que esta sea procesada desde un inicio como amparo. Por lo tanto, usando también su jurisprudencia, determina, que este cambio, es decir el paso del proceso de Hábeas Corpus a un proceso de Amparo puede ser realizado de oficio por el TC, siguiendo los 6 principios que ya han establecido previamente en el Fundamento Jurídico 27 de la Sentencia del Expediente N° 05761-2009-PHC/TC, el cual señala que:

En primer lugar, establece que la conversión no es obligatoria para los jueces constitucionales de primera instancia, pero sí para los de segunda y última instancia. Principio que no necesita mayor desarrollo.

En segundo lugar, se debe de observar que el plazo de prescripción de la demanda no haya vencido. En ese sentido, como podemos observar, el artículo 44 del antiguo Código Procesal Constitucional otorga un plazo de 30 días hábiles, posteriores a la notificación, para interponer la demanda de amparo contra una resolución judicial. Por ello, analizando el iter procesal, el TC evidenció que no se

le había notificado a la demandante la resolución, por lo tanto se encuentra dentro del plazo para alegar el Amparo.

En tercer lugar, la conversión debe de verificar la legitimidad para obrar del demandante, cuestión que no requiere mayor análisis por parte del Tribunal, porque la persona que interpone la demanda es Juana Griselda Payaba Cachique, quien es la misma emplazada en el proceso de Hábeas Corpus. Por lo tanto no requiere mayor precisión.

En cuarto lugar, la conversión en ningún momento puede variar el petitorio ni la argumentación fáctica de la demanda. Tampoco requiere mayor análisis, porque en el caso en análisis, no se cambia ni el petitorio ni los argumentos emitidos en la misma. Por lo tanto, no hay ninguna sustitución del Tribunal sobre la demandante, y este principio también se cumple.

En quinto lugar, se tiene que comprobar el riesgo de irreparabilidad del derecho, que el Tribunal en el caso confirma, que “la continua afectación al derecho a la propiedad y a la autonomía de la comunidad impactaría irremediamente en la vida y desarrollo de sus miembros (...) esta alegada afectación puede extenderse hasta hacer inviable el modo de vida que tiene el pueblo indígena asentado en la zona. (Tribunal Constitucional 2012:8). Y además, concurre un peligro latente de irreparabilidad. Por lo tanto esta condición se cumple

Y en sexto lugar, la conversión deberá preservar el derecho de defensa del demandado. En ese sentido, el TC menciona que, tanto el Ministerio Público, como el Poder Judicial han tomado conocimiento del proceso y han ejercido su derecho de defensa. Del mismo modo, a las empresas de transporte Los Pioneros S.R.L y Los Mineros S.A.C se les notificó la Resolución de fecha 9 de noviembre de 2011, con ello poder hacer uso de su derecho de defensa. Finalmente, el Tribunal concluye señalando que dicho principio también se cumple en el caso. Y de esta manera se puede proceder con la reconducción del Hábeas Corpus.

2.5.3 Garantías de la propiedad sobre la tierra de comunidades nativas y campesinas

Luego de lo anteriormente mencionado, el Tribunal Constitucional, comienza a darle un marco jurídico al derecho de propiedad. Así menciona que el Tribunal ya había reiterado anteriormente que el presente derecho es concebido como aquel poder por medio del cual la persona puede hacer uso, disfrute, disposición y reivindicación de un bien. De esta manera, la persona propietaria podrá servirse directamente de su bien, percibir su frutos y sus productos y dar destino y condición conveniente a sus interés, siempre que ejerza tales (...) dentro de los límites establecidos por ley (Tribunal Constitucional 2012:12). Garantizando de esta manera la inviolabilidad, en concordancia con el artículo 88 de la Constitución que reconoce la propiedad, ya sea de forma privada o comunal, de la tierra.

Del mismo modo, el TC resalta los 4 atributos de la propiedad en el ámbito civil, es decir, el atributo de ser un derecho real, absoluto, exclusivo y perpetuo. Sin embargo, mencionan que esta mirada civilista debe ser complementada por una mirada multicultural, es decir con aspectos propios para el caso de los pueblos indígenas, y por lo tanto recoge los criterios establecidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH) en el en el fundamento jurídico 137 emitido en la Sentencia del caso Yakye Axa vs. Paraguay, el cual señala que “la estrecha vinculación de los pueblos indígenas sobre sus territorios tradicionales y los recursos naturales ligados a su cultura que ahí se encuentren, así como los elementos incorporales que se desprenden de ellos, deben ser salvaguardados por el artículo 21 de la convención americana”

En este sentido, indica que si bien, la Constitución en los artículos 88 y 89 hace referencia a la protección de las tierras de las comunidades y campesinas, sin recoger el concepto de territorio de forma expresa, esto se subsana con el artículo 13 del Convenio OIT 169² el cual establece que la utilización del término tierras debe incluir el concepto de territorios. Ante ello, el TC realiza una diferencia entre tierras y territorios, en la cual, las tierras se encuentran en una dimensión civil o patrimonial, mientras que la palabra territorio tiene una vocación política de autogobierno y autonomía (Tribunal Constitucional, 2012:13) .

² Ratificado por el Estado peruano mediante Resolución Legislativa N° 26253 del 05 de diciembre de 1993 y entrado en vigencia el 02 de febrero de 1995.

Por lo tanto, de conformidad con lo señalado por el TC, el termino que se debe acuñar para hacer referencia a las poblaciones originarias es “territorio”, puesto que este engloba sus costumbres, su organización y la creación y aplicación de su derecho, por lo que va mas allá de una mera dimensión civil.

Así, este derecho más bien, tiene como cimiento el derecho a autodeterminación de los pueblos indígenas, haciendo un hincapié en que esto no significa que exista una tendencia separatista, sino por el contrario, una tendencia en el derecho de “conceptualizar el derecho a la autodeterminación de los pueblos indígenas sin el elemento separatista o secesionista” (Tribunal Constitucional, 2012:14).

Ello, en concordancia con el artículo 46 de la Declaración de las naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, el cual menciona de manera expresa una limitación, la cual consiste en que la autodeterminación no puede comprender acciones que menoscaben o quebrante la unidad política de los Estados ni la integridad territorial. Asimismo, no olvida el criterio interpretativo de la unidad, dejando de lado aquellas concepciones falsas donde se señala que el Estado peruano es uno e indivisible. Así, el TC indica que la propiedad del territorio comunal se encuentra limitada.

2.5.4 Afectación del derecho de propiedad del territorio indígena

Como podemos observar en el Fundamento jurídico 34, de la presente sentencia en análisis, el Tribunal Constitucional considera que, se acreditó la vulneración del derecho a la propiedad del territorio de la comunidad Tres Islas, cuando se le permitió a las empresas de transporte, ingresar a su territorio, sin título legítimo que les autorice.

Mencionando de esta manera que, la sentencia previa no tomó en cuenta el derecho de propiedad de la comunidad nativa, descrito anteriormente, y sólo se enfoca en la libertad de tránsito que habían invocado los demandantes. En ese sentido el TC menciona que se debe de tomar en cuenta aquellos intereses igualmente legítimos de la comunidad y no sólo tomar en cuenta aquel argumento que señala que el cierre de las vías de tránsito por donde transitaban las empresas de transporte afecta un interés de naturaleza colectiva como lo es el desplazamiento de personas.

En este sentido, se puede concluir que el derecho a la propiedad del territorio indígena ha sido severamente vulnerado, puesto que se ha omitido el derecho que ellos poseen de indicar quienes pueden o no ingresar a su propiedad.

2.5.5 Afectación a la Autonomía Comunal

Al respecto, el Tribunal Constitucional, desde el fundamento jurídico 40 en adelante, del presente caso en análisis, menciona que a partir de la Sentencia del Expediente N° 0023-2003-AI/TC se entiende que la función jurisdiccional tiene como punto de partida el dirimir los conflictos pre existentes entre individuos. Pero también, recalca que el artículo 149 de la Constitución, señala que, la suprema norma reconoce el ejercicio de la función jurisdiccional de las comunidades nativas y campesinas por mas que sea una “jurisdicción especial”, que se consolida dentro de su propio ámbito territorial, siempre y cuando no se vulnere los derechos de las personas.

Por lo tanto, una vez reconocida dicha jurisdicción, el Tribunal menciona que es necesario revisar si se trata de una determinación jurisdiccional la decisión de poner tranqueras. Concluyendo que ello no es una manifestación propia de su jurisdicción, sino que dicha acción es realizada bajo los cánones de su autonomía, la cual también se puede ver reflejada mediante la forma en que la comunidad dispone sus tierras.

Todo ello, en concordancia con el artículo 7 del Convenio OIT 169 , el cual señala que los pueblos tiene el libre derecho de decidir lo que mejor les convenga en cuanto a su proceso de desarrollo, en la medida que este tenga una repercusión en sus creencias, instituciones, tierras, bienestar espiritual y vida de la comunidad.

Finalmente, la autonomía de las comunidades nativas se ha ejercido dentro del marco constitucional y legal. Sin embargo, es preciso aclarar que, esto no implica que las autoridades Estatales no puedan, en el ejercicio de sus funciones fiscalizadoras, ingresar al territorio, siempre y cuando este ingreso se encuentre debidamente justificado.

Asimismo, no debemos perder de vista que en virtud del Convenio 169 de la OIT y la Ley a la Consulta Previa de los Pueblos Indígenas u Originarios, Ley N°.

29785³, “el Estado está obligado a consultar previamente a los pueblos indígenas aquellos actos administrativos o legislativos que pudieran afectarles directamente”(Tribunal Constitucional 2012:20) . Por ello, la importancia en la comunicación entre los miembros de la comunidad y el Estado, para poder llegar a acuerdos eficientes en beneficio de todos.

2.5.6 La protección del territorio comunal y la autonomía comunal

La demandante, había expresado, que por la sentencia cuestionada en este procedimiento se han iniciado varias investigaciones en la Policía Nacional del Perú (en adelante, PNP) y del Ministerio Público. Por lo tanto, el Tribunal insta a estas instituciones que resuelvan esas investigaciones tomando en cuenta esta sentencia.

Finalmente, el 25 de agosto del 2010, se declaró fundada la demanda, y nula la Resolución N° 8, expedida por la Sala Mixta y Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Madre de Dios.

2.5.7 Voto del Magistrado Mesía Ramírez

Si bien el Magistrado Mesía Ramírez vota en el mismo sentido, es decir, porque se declare fundada la demanda de Hábeas Corpus, el señala otros argumentos. En primer lugar, menciona que le parece incorrecto el razonamiento sobre que no se evidencie un derecho a la libertad vinculado. Porque la Corte IDH, en el caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs Ecuador, menciona que la libertad es “la capacidad de hacer y no hacer todo lo que esté lícitamente permitido”, es decir constituye “el derecho de toda persona de organizar con arreglo a ley su vida individual y social conforme a sus propias opciones y convicciones” (Tribunal Constitucional 2012:22).

En ese sentido, considera que, en el voto en mayoría ha existido un error al interpretar la libertad sólo como la libertad física, y por lo tanto el Hábeas Corpus tiene un ámbito de protección que va más allá de la libertad corpórea, idea que no compartimos. Del mismo modo, distingue dos tipos de Hábeas Corpus, por un lado el Hábeas Corpus preventivo, que como su nombre indica se encuentra destinado a

³ Entró en vigencia el 06 de diciembre del 2011.

prevenir una vulneración de algo cierto e inminente que va a pasar; y por otro lado, el Hábeas Corpus restringido, que tiene como función proteger el derecho a la libertad cuando éste es objeto de molestias, obstáculos o perturbaciones (Tribunal Constitucional 2012:22).

Continúa su exposición mencionando que la demandante ha sido arbitrariamente investigada y perseguida, por actos que no configuran delitos, por el simple hecho de la interposición de un Hábeas Corpus por parte de las empresas de transportes, con el firme objetivo de que se retire la caseta y el cerco de madera que había instalado la comunidad.

Por lo tanto, estos alegatos en palabras del Magistrado “evidencian que la demanda no sólo busca el cese de la amenaza de violación del derecho a la libertad de la demandante, sino también la tutela del derecho a la libertad de la Comunidad Nativa Tres Islas” De esta manera, utilizando el principio de *iura novit curia* se busca en la que se declare la nulidad de las sentencias de Hábeas Corpus, y que concluyan las investigaciones fiscales originadas por las mismas. Encontrándonos de esta manera frente a un Hábeas Corpus mixto, preventivo y correctivo.

De esta manera, analiza la sentencia de Hábeas Corpus de primera instancia, y concluye que el razonamiento detrás es arbitrario, irrazonable e inconstitucional y por lo tanto el juez del Juzgado de investigación preparatoria de Tambopata “imparte justicia con manifiesta subjetividad y no con objetividad” (Tribunal Constitucional 2012:23). Posteriormente, en el recurso de apelación el Magistrado critica que la Sala de segunda instancia del proceso de Hábeas Corpus desconoció el derecho a la propiedad de la comunidad Nativa de Tres Islas, porque el cerco de madera y la caseta fueron construidos dentro de la propiedad de la comunidad (Tribunal Constitucional 2012:24).

En este sentido, la orden del retiro de la caseta afecta el derecho a la libertad de la Comunidad Nativa de Tres Islas, porque estas se encontraban dentro de su propiedad, por lo que al emitir los órganos jurisdiccionales dicha orden, lo único que hacen es ir contra de su autonomía y de su derecho de propiedad; puesto que la comunidad es libre de decidir quien transita por su territorio. (Tribunal Constitucional 2012:24)

Finalmente, considera que el enfoque de multiculturalismo que se da es impertinente, porque, en el Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua, mencionan que “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” (Tribunal Constitucional, 2012: 24). Y por lo tanto, en los alegatos no parece que exista una afectación al elemento material y espiritual. debiendo haber sido declarado fundada la demanda de Hábeas Corpus.

2.6 ¿Qué otros problemas enfrenta la comunidad además de los descritos?

La comunidad Tres Islas, además de la afectación a sus derechos antes descritos, actualmente también sufre problemas de salud debido a la alta concentración de mercurio producto de la minería ilegal, viéndose afectados sus ecosistemas, que son su principal medio de supervivencia.

En ese sentido, la actividad de la minería ilegal ha dañado gravemente el modelo de vida de la comunidad, y como ellos mismos mencionan, aumenta la deserción escolar, ya que los mismos jóvenes ahora entran a trabajar en la minería y abandonan sus estudios. (Congreso de la república, 2016)

III. PROBLEMAS JURÍDICOS

Entonces, una vez descrito el contexto y con un breve resumen de la sentencia, ahora es necesario pasar a describir los problemas secundarios y los principales del presente caso.

3.1 Problemas Secundarios

Como problema secundario, nos encontramos frente a la parte procesal, el caso es interesante en cuanto se presenta una serie de requisitos que llevan al tribunal a decidir reconducir el Habeas Corpus a un amparo, “el Tribunal Constitucional ha avalado la reconversión como una manifestación de los principios de elasticidad y economía procesal que rigen los procesos constitucionales de la libertad” (Suárez Lopez de Castilla 39:2018)

Así, una alternativa a la improcedencia del Hábeas corpus es la reconducción de este a un amparo, cuando se cumplan ciertos requisitos que describiremos en el siguiente capítulo. Por lo tanto, existe el problema secundario referido a la dimensión procesal del caso.

3.1.1 Dimensión procesal

Como ya presentamos anteriormente, en los próximos capítulos se hará un análisis de como el procedimiento utilizado por el Tribunal Constitucional para realizar la reconducción del amparo pudo haber afectado ciertos derechos, como el derecho a la defensa, ya que no queda muy clara en la sentencia como se tutela este derecho frente a los jueces que emiten la resolución, o el principio de doble instancia, ya que no se sabe claramente cómo se podría acudir a una segunda instancia para pedir la revisión de esta decisión.

3.2 Problema principal del caso

Ya pasando la parte procesal, pasaremos al problema principal, el cual es determinar si los derechos alegados por la comunidad han sido vulnerados. De esta manera, pasaremos a realizar un análisis sobre la violación derecho de propiedad del territorio de la comunidad, la autonomía comunal y el respeto de sus decisiones; y finalmente, un breve comentario sobre derechos no tomados en cuenta por el Tribunal, que también se han visto afectados a lo largo del presente caso.

IV. ANÁLISIS JURÍDICO

4.1 Dimensión procesal

Continuando con el esquema planteado, a continuación es momento de desarrollar el primer problema encontrado, debemos de primera brindar un breve resumen del proceso de amparo. Como es de conocimiento, siempre se habla del Habeas Corpus como un proceso absolutamente ligado a la libertad. Así, “es el proceso constitucional mediante el cual se tutela el derecho a la libertad individual y los derechos conexos a ella” (Gaceta Jurídica 9: S/F), este se encuentra regulado en el artículo 200 de la constitución y también en el Código Procesal constitucional, y ha

sido objeto de bastante desarrollo jurisprudencial tanto nacional como internacional.

De la misma manera, podemos “encontrarlo” en la Convención Interamericana de Derechos Humanos, el artículo 7, referido a la libertad personal, más precisamente en el inciso 6 del referido artículo donde menciona que:

“Toda persona privada de libertad tiene derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que éste decida, sin demora, sobre la legalidad de su arresto o detención y ordene su libertad si el arresto o la detención fueran ilegales. En los Estados Partes cuyas leyes prevén que toda persona que se viera amenazada de ser privada de su libertad tiene derecho a recurrir a un juez o tribunal competente a fin de que éste decida sobre la legalidad de tal amenaza, dicho recurso no puede ser restringido ni abolido. Los recursos podrán interponerse por sí o por otra persona”

Así, entonces, el Hábeas Corpus tiene como fin el tutelar, y así revertir amenazas o posibles amenazas a la libertad. Sin embargo, es necesario también, entrar a dilucidar si es que el Hábeas Corpus, cuando la constitución en el artículo 200, menciona la libertad individual y los derechos conexos, a que se refiere exactamente, es decir cual es el límite de la esfera de protección de este proceso. Como hemos visto en la sentencia, el voto en mayoría tiende más a un límite mucho más relacionado con la mera libertad de movimiento. Es por eso, que como mencionaremos en el siguiente punto, este opta por recurrir a una reconducción y así transformar el proceso de Hábeas Corpus en un proceso de amparo, para proteger de una mejor manera los derechos de la comunidad, es decir la afectación a la propiedad indígena y la afectación a la autonomía comunal.

Por el contrario, podemos encontrar que el magistrado Mesía Ramirez, es partidario de un proceso de habeas corpus más “amplio” así, critica el voto en mayoría al mencionar que el artículo 200 “en tanto que prescribe que el proceso de hábeas corpus procede cuando se “vulnera o amenaza la libertad individual” (subrayado agregado). Es evidente que la Constitución no habla de libertad física (como pretende hacer entender la sentencia), sino de libertad individual. En consecuencia, el hábeas corpus tiene un ámbito de protección que va más allá de la libertad corpórea”, así, citando la sentencia interamericana Chaparro Alvez y Lapo

Iñiguez Vs. Ecuador, donde mencionan que el contenido de la libertad, es “la capacidad de hacer y no hacer todo lo que esté lícitamente permitido” el concluye que no era necesaria la reconducción, porque la sentencia de habeas corpus que ordena el retiro del cerco, al deber ser declarada nula entonces le está impidiendo a la comunidad que algo que si le es lícito, es decir, en orden de su autonomía el poder colocar la caseta y la tranquera, y por lo tanto al prohibirse esto se está afectando su libertad y el proceso de hábeas corpus es la vía correcta para tutelar este caso.

Como vemos, entonces, en la sentencia se aprecia dos tipos de concepciones de los “límites” que existen planteados por el artículo 200 de la constitución, en cuanto a lo que significa la libertad y con qué derechos tiene conexidad. Sin embargo, considero que si bien, como menciona el magistrado Mesía, el desarrollo jurisprudencial latinoamericano, en un afán proteccionista ha expandido la libertad a un punto más alto, la concepción correcta del proceso de Hábeas Corpus debe ser el más limitado a la “libertad corpórea, de movimiento”. Así, concuerdo con el voto en mayoría del tribunal, quienes, para una mayor protección de los derechos de la comunidad reconducen el habeas corpus a un proceso de amparo, esto, considero es un acierto, porque la construcción en nuestro sistema del proceso de habeas corpus, es decir, las características con las que cuenta, como en primer lugar la sumariedad que es “aquella cualidad por la que este proceso se tramita “sin sujeción a las formas dilatorias del juicio ordinario en el procedimiento común, que le son extrañas, y sin otra regla ni otra guía que las discrecionales que impone la naturaleza misma excepcional y privilegiada del recurso y que basten a llenar las condiciones esenciales de todo juicio” (Gaceta Jurídica 17:S/F).

Así, como podemos desprender, este proceso ha privilegiado en cuanto a podido a la celeridad, por eso, incluso cualquier persona podría presentarlo sin necesidad de la firma de un letrado, y lo puede hacer incluso de manera verbal sin respetar los turnos (Gaceta jurídica: 17: S/F). Que son fundamentos necesarios para tutelar la protección de la libertad por ejemplo de un apresado, pero que no tendría tanto sentido si es que se trata de tutelar, como en el caso, la autonomía comunal, o la protección de la propiedad, aunque ciertamente tales derechos puedan encontrar una conexidad con la libertad.

En segundo lugar, otra de las características que podemos encontrar en este proceso, y el código constitucional ampara es la intermediación, “entendida esta como la obligación que tiene el juez constitucional de tomar un conocimiento directo de los hechos, lo que se traduce en el contacto que debe tener con las partes y las autoridades, funcionarios o personas emplazadas en el proceso” (Gaceta Jurídica 18: S/F), lo que evidencia que el diseño de este proceso ha sido pensado en tutelar un concepto de libertad mas ligado a lo corpóreo. De esta manera, no coincido con la idea formulada por el magistrado Mesía Ramirez, y concuerdo con la decisión en mayoría de la sala, ya que con el amparo se podía ofrecer una protección más completa. Porque, como hemos podido apreciar, este parece más orientado a la protección de una libertad corpórea que a una libertad de un contexto sumamente amplio, y que por el contrario, existen otros procesos constitucionales que ayudan a tutelar los otros derechos de una manera distinta pero no menos efectiva, y por lo tanto el camino correcto era el amparo.

Ahora, con un breve repaso de los conceptos del habeas corpus, debemos de analizar los supuestos establecidos por el tribunal para efectuar la reconducción del proceso de Hábeas Corpus en un proceso de Amparo y analizar, si estos afectan algún derecho constitucional.

4.1.1 Los supuestos establecidos por el tribunal para ejecutar la reconversión de un proceso de Hábeas Corpus a un proceso de Amparo

Existen seis requisitos que el Tribunal Constitucional toma en cuenta en esta Resolución para dar paso a la reconducción del Proceso de Hábeas Corpus y convertirlo a un Proceso de Amparo. estos son los siguientes:

- La conversión no es obligatoria para los jueces constitucionales de primera instancia, más sí para los de segunda y última instancia.
- La conversión deberá observar que el plazo de prescripción de la demanda no haya vencido.
- La conversión deberá verificar la legitimidad para obrar del demandante.
- La conversión en ningún caso podrá variar el petitorio ni la fundamentación fáctica de la demanda.
- Ha de existir riesgo de irreparabilidad del derecho.

- La conversión deberá preservar el derecho de defensa del demandado.

Como hemos advertido con anterioridad, uno de los problemas que se plantea en el análisis de esta sentencia es si alguno de estos supuestos, en primer lugar afecta algún derecho fundamental, como la debida defensa, el principio de doble instancia, entre otros, o si en segundo lugar, no un supuesto en sí, sino la aplicación del mismo ha afectado en el caso concreto los derechos anteriormente mencionados. Así, pasaremos al análisis de los requisitos establecidos por el Tribunal.

4.1.1.1 Análisis de los requisitos establecidos por el Tribunal

El primer requisito es que la conversión no es obligatoria para los jueces constitucionales de primera instancia más si para los de segunda y última instancia. Como se puede derivar fácilmente este requisito no necesita mayor análisis porque no significa necesariamente una afectación a algún derecho fundamental, sino, como nos encontramos frente a un recurso de agravio constitucional, es decir que se efectuó sobre una decisión de segunda instancia y es por eso que el Tribunal Constitucional ahora se encuentra dilucidando tal proceso, entonces no hay ningún problema con este requisito, que parece establecer una obligación para los jueces constitucionales, por lo tanto pasaremos al siguiente.

El segundo requisito es que la conversión deberá observar que el plazo de prescripción de la demanda no haya vencido. En ese sentido, al igual que el primer requisito este sólo se limita a comprobar una situación concreta, es decir, a observar el plazo establecido, aunque, si bien como menciona Carlos Mesía “que el Hábeas Corpus tiene carácter imprescriptible, toda vez que la demanda puede ser interpuesta en cualquier momento, sin considerarse en nuestra legislación plazos de prescripción o caducidad para este proceso constitucional” (Gaceta Jurídica 18:S/F). Es natural que el Tribunal se refiera al caso concreto de que no se haya dado el plazo de prescripción para los procesos de amparo el cual como mencionan en la sentencia es de 30 días luego de notificada la Resolución, de cumplase lo decidido esto en concordancia con el artículo 44 del antiguo Código Procesal Constitucional,

así, no existiendo tampoco vulneración sobre algún derecho fundamental, debemos de pasar al siguiente requisito.

El tercer requisito es que la conversión deberá verificar la legitimidad para obrar del demandante. Al igual que los dos primeros, este solamente ayudará a comprobar un requisito procesal, en aras de proteger también derechos fundamentales como el debido proceso, y de esta manera evitar impases, en la sentencia. Al respecto, no existe mayor problema, puesto que quien interpone el Hábeas Corpus es la presidenta de la comunidad, por lo tanto existe legitimidad para obrar.

El cuarto requisito es que la conversión en ningún caso podrá variar el petitorio ni la fundamentación fáctica de la demanda. Esto también es importante porque el Tribunal no podría sustituir la labor del demandante, en la sentencia no ocurre este supuesto, ya que este se avoca solo en lo pretendido por la demandante, y tampoco agrega mayor argumentación fáctica en la demanda, por lo tanto, este requisito no vulnera derechos fundamentales, sino por el contrario está abocado en evitar que sucedan situaciones donde el Tribunal en un exceso de activismo judicial, termina por reemplazar la labor del demandante. Del mismo modo, se afectaría la imparcialidad del Tribunal, porque si este alega hechos y además el petitorio, es obvio que existirá una seria vulneración de un tribunal neutral, con lo que si se correría el riesgo de que se afecten derechos fundamentales.

El quinto requisito es que debe de existir el riesgo de irreparabilidad del derecho. En el caso, sobre la propiedad y la autonomía comunal, así el voto en mayoría argumenta que este requisito se cumple por lo que se busca evitar que la afectación de los derechos se extienda a tal punto de convertirse en inviable continuar con el modo de vida que poseen los pobladores de la comunidad. Frente a este peligro constante que puede desencadenar en irreparable, podemos afirmar que se cumple la presente condición.

Como hemos visto en los hechos del caso, lo que se buscaba era anular la sentencia expedida por la sala superior que declaraba improcedente el Hábeas Corpus interpuesto por la comunidad y por lo tanto se legitimaba la orden del

retiro de la caseta y la cerca construidas en el camino. Pero, falla el Tribunal en cuanto a la argumentación, ya que menciona que existe un riesgo de irreparabilidad porque “esta alegada afectación pueda hacer inviable el modo de vida que tiene el pueblo indígena asentado en la zona”, la cual en realidad es una argumentación circular, puesto que menciona que es irreparable porque existe el riesgo de que sea irreparable.

Por lo tanto, primero hay que definir qué significa la irreparabilidad de un derecho. El propio Tribunal Constitucional ha descrito esto en reiterada jurisprudencia, como en el fundamento jurídico 6 de la Sentencia del Expediente N° 0091-2005-PA/TC en donde señala que la “irreparabilidad de la agresión supondría que los efectos del acto reclamado como vulneratorio de un derecho fundamental no pudieran ser retrotraídos en el tiempo, ya sea por imposibilidad jurídica o material, de forma que la judicatura no pudiese tomar una medida para poder restablecer el derecho constitucional invocado como supuestamente afectado” (Tribunal Constitucional, 6:2005)

De esta manera, se requiere el trabajo del Tribunal para argumentar porque en este caso el la garantía de la propiedad del territorio indígena o la autonomía comunal serían irreparables para poder reconducir el proceso de Hábeas Corpus en un Proceso de Amparo, y parece ser, que la argumentación que brindan no es suficiente para cubrir tal necesidad.

Por eso, siguiendo el mismo razonamiento emitido por el Tribunal Constitucional, la irreparabilidad, no basta que sea invocada, sino que es necesario que sea probada con razones objetivas y suficientes que doten de un grado importante de verosimilitud a tal afirmación (Tribunal Constitucional 6: 2005) vamos a analizar este requisito.

A continuación, cabe preguntarnos, si es que acaso existe una irreparabilidad de los derechos invocados, para de esta manera cumplir con este requisito mencionado por el tribunal. Primero, sobre la propiedad del territorio, si bien es parte del siguiente capítulo describir con exactitud la afectación a este derecho y como debió entenderlo, requiere un especial análisis, la pregunta de ¿si realmente se va a producir un daño que si no es tutelado en ese momento se

tornaría irreparable?. En ese sentido, consideramos, efectivamente, que existía un riesgo de irreparabilidad del derecho, ya que los daños, producto de la minería, la tala ilegal iban a ser de profundo impacto en términos ambientales, lo cual lo convertía en un daño materialmente irreparable, ya que afectaba el territorio indígena de gran manera.

Así, el mercurio vertido en los ríos, y la deforestación son daños a la propiedad sobre la tierra indígena que materialmente no pueden ser reparables, en el sentido restitutivo, y por lo tanto se volvería imposible volver al estado anterior de la afectación, por lo cual realmente existe un grave riesgo de la irreparabilidad de este derecho. Esta afectación es importante, y debe ser tutelada con urgencia, porque como ha mencionado la jurisprudencia interamericana, en el caso *Saramaka vs Suriname*, la Corte IDH menciona que “Las afectaciones a los recursos naturales pueden presentarse de manera directa e indirecta. Así, lo observó la Corte en en dicho caso, respecto del agua limpia y natural en relación con actividades de subsistencia como la pesca, o los bosques y sus frutos como hogar para distintos animales de caza para su sobrevivencia”. (Calderón, 6: S/F) De la misma manera, dicha Corte, en el caso *Yakye Axa vs Paraguay*, en el señala que el acceso de de los pueblos indígenas a sus tierras ancestrales se encuentran estrechamente vinculados con el acceso al agua limpia y a la obtención de alimentos propios de su zona. (Corte IDH 90: 2005). .

De esta manera, no es un tema ajeno, el hecho de que la contaminación producida por la minería, sobre todo la informal que no está fiscalizada, genera un grave daño al territorio indígena, y en ese sentido esta no es fácilmente, por no decir imposible, restaurar el entorno ecológico después de este impacto. Con lo cual, efectivamente existía un riesgo de una irreparabilidad del derecho sobre la propiedad del territorio indígena, que el Tribunal Constitucional debió de argumentar de una manera más sólida.

Por lo tanto, con toda esta jurisprudencia, que evidencia la fuerte vinculatoriedad entre la propiedad del territorio indígena y el medio ambiente, el Tribunal Constitucional debió de ofrecer esta argumentación para

mencionar que efectivamente se corrió un grave riesgo de tener un daño irreparable, sin embargo, no lo hizo.

En segundo lugar, es necesario de agregar, es que el Tribunal Constitucional, también pudo prever el riesgo de irreparabilidad en el caso del derecho a la identidad indígena, este es “el derecho de todo grupo étnico-cultural y sus miembros a pertenecer a una determinada cultura y ser reconocido como diferente; conservar su propia cultura y patrimonio cultural tangible o intangible; y a no ser forzado a pertenecer a una cultura diferente o ser asimilado involuntariamente por ella” (Ruiz 45:2006). Concepto, que también es compartido con otros Tribunales latinoamericanos, como el caso de la Corte Constitucional Colombiana, para quienes en la Sentencia T- 599/16 el derecho a la identidad:

“comprende el conjunto de referencias por medio de las cuales una persona, individual o colectivamente, se define, se constituye, comunica y entiende ser reconocida en su dignidad. El derecho a la identidad cultural, de este modo, es reflejo directo del principio de dignidad humana y, por ello, su titularidad radica en toda persona de esta especie. El contenido general de esta garantía, reconoce a toda persona el derecho a identificarse con uno o varios pueblos y a no ser asimilado, en contra de su voluntad, a una determinada comunidad o cultura”(Corte Constitucional Colombiana S/N:2016)

Si bien, este derecho no fue desarrollado por el Tribunal Constitucional en el presente caso, consideramos que, efectivamente, existe un riesgo bastante elevado de irreparabilidad que debió ser materia de análisis, sobre cuando procede la reconducción del proceso de Hábeas Corpus al Proceso de Amparo.

Por otro lado, el paso de la carretera y con este la introducción de una cultura, va a terminar afectando irreparablemente la identidad cultural de la comunidad, como mencionamos en los hechos, era parte de la identidad cultural y la cosmovisión y un fuerte arraigo a la naturaleza. Ello se puede demostrar mediante el hecho de que la supervivencia de la comunidad se daba en base la pesca, la horticultura, etc.

Sin embargo, con la llegada de las mineras, muchos de los jóvenes dejan sus estudios para irse a trabajar a las mismas. Esto, de por sí ya demuestra un daño absolutamente irreparable a la identidad cultural de la comunidad, No siendo este el único, ya que, la introducción de una nueva cultura, de una idiosincrasia diferente mediante la vía, generará un desmedro en la identidad de la comunidad.

Si bien el derecho a la identidad posee un aspecto dinámico, como menciona Ruiz “la identidad cultural de un grupo no es estática y tiene una conformación heterogénea. Esta fluye y tiene un proceso de reconstrucción y revalorización dinámico que se produce tanto por las continuas discusiones a nivel interno, como por el contacto e influencia que se tenga con otras culturas” (46:2006). Este contacto debe ser de manera voluntaria, libre e informada (Ruiz 46:2006) lo cual no sucede en el caso, porque en realidad la comunidad se oponía al paso de los foráneos y por lo tanto a la existencia de la ruta. De la misma manera, hay un fuerte malestar y se expresa con la protesta de la comunidad sobre las áreas que estaban concesionadas sin que exista una consulta previa. En conclusión, como podemos observar, existe realmente un grave riesgo de irreparabilidad en cuanto al derecho de la identidad cultural, que no debió ser tomado en cuenta por el Tribunal Constitucional.

Sobre la autonomía comunal, el Tribunal no brinda mayores argumentos: sin embargo, no considero que sea un supuesto irreparable, en cuanto, es posible volver al estado anterior a la violación de este derecho, declarando nula la Resolución que declara improcedente el proceso de Hábeas Corpus interpuesto por la comunidad y reponiendo de nuevo la caseta y el cerco, este derecho es reparable materialmente, ya que en tanto manifestación de la autonomía comunal puede revertirse, por lo cual no debería existir mayor análisis.

Por lo tanto, para cerrar el este quinto para una reconducción del Amparo, debemos de comprobar que efectivamente existe un riesgo de irreparabilidad de los derechos mencionados, y el Tribunal Constitucional debió de argumentar de una manera más compleja y clara sobre esta, porque esta carga argumentativa es importante porque sino caeríamos en un supuesto de arbitrariedad, y con esto existiría un grave perjuicio sobre los demandados y el

sistema jurídico. Así, es un punto a considerar que el Tribunal Constitucional debió de argumentar de mejor manera y es criticable.

Como sexto requisito tenemos que la conversión deberá preservar el derecho de defensa del demandado. En el petitorio, lo que se solicita es que se declare nula la Resolución N° 8 que declara fundado el Hábeas Corpus, en ese sentido, la demanda se hace contra los funcionarios que emiten tal sentencia, es decir los jueces de la Sala. Por ello, es necesario detenernos en este punto para comprobar si realmente se ha protegido el derecho de defensa.

A primera vista, no es claro a que se refiere El Tribunal Constitucional cuando menciona que se debe de preservar el derecho de defensa. La Corte IDH, en el párrafo 74 del caso Genie Lacayo vs Nicaragua señala que el derecho de la defensa en el ámbito procesal es aquel derecho que posee toda persona de ser oída con las garantías respectivas, dentro de un plazo establecido que sea razonable ante un juez o tribunal que posea competencia, imparcial e independiente, que haya sido establecido con anterioridad por la ley ante un trámite en la vía procesal de cualquier acusación penal formulado en contra o para determinar sus derechos en diversos caracteres del derecho (Corte IDH 21:1997)

En ese sentido, es labor del Tribunal entonces, si se refiere a este derecho, el probar como las partes demandas, tanto los jueces que emitieron la sentencia, como el fiscal que realiza las investigaciones, y las empresas que se solicitaron el Hábeas Corpus no se han visto afectados por la reconversión. Sin embargo, de nuevo la argumentación esgrimido por el Tribunal vuelve a ser deficiente, puesto que se mencionan que se ha protegido este derecho porque ha emplazado a todas las partes, así, se le ha comunicado al fiscal que realizaba las investigaciones en contra de la presidenta de la comunidad, y ante el presidente de la sala que había dado la Resolución N° 8 que declara fundado el proceso de Hábeas Corpus. Del mismo modo, se les había notificado a las empresas de transporte Los Mineros S.A.C y Los pioneros S.R.L. y todos han efectuado sus descargos, no aludiendo de manera explícita a las garantías antes efectuadas.

Asimismo, en la argumentación, que será desarrollada de manera más amplia en los siguientes acápite, en cuanto a los argumentos de los demandados sobre la afectación a la propiedad del territorio indígena se ve que se ingresa un oficio, y una copia simple de una Resolución gerencial, que aprueba el expediente técnico de la obra de mantenimiento, lo cual parece indicar que en realidad no hay un derecho de defensa efectivamente garantizado. De igual manera, el mismo Tribunal Constitucional ha mencionado que el derecho de defensa no sólo consiste en la notificación del mismo proceso, sino según su misma jurisprudencia reciente este posee dos dimensiones :

La primera, es una dimensión material, la cual hace referencia al derecho que poseen los imputados de ejercer su derecho a la defensa desde el instante en que este es notificado y toma conocimiento de que se le esta atribuyendo la comisión de un hecho delictivo. La segunda, es una dimensión de corte formal, la cual hace referencia a la defensa técnica, por medio de la asesoría y patrocinio de un abogado defensor que vea su causa durante el tiempo que dure el proceso.

Las dos dimensiones del derecho de defensa forman parte del contenido constitucionalmente protegido de el mismo” (Tribunal Constitucional SN: 2021)

Y si bien, en la sentencia se aprecia la argumentación del procurador del Poder Judicial, aún así queda bastante corta la argumentación del Tribunal, ya que es necesario que se explicita como se ha resguardado el derecho de defensa de los demandados, y esto no se encuentra detallado en la sentencia, por lo tanto encontramos que estos puntos carecieron de una argumentación necesaria.

4.1.1.2 ¿La decisión vulnera el derecho a la debida defensa?

Continuando, luego de la reconducción al Amparo con estas falencias argumentativas, necesitamos preguntarnos si esta decisión ha vulnerado el derecho a la debida defensa. Como hemos mencionado en los anteriores párrafos, queda bastante corta la argumentación del Tribunal en este punto. Si, como hemos mencionado anteriormente, el derecho a la debida defensa procesal lo constituyen una serie de puntos como las debidas garantías, un

plazo razonable y con un Tribunal imparcial e independiente, entonces la argumentación de este debía completar dichos requisitos.

En el caso, es realmente evidente que nos encontrábamos ante un Tribunal imparcial e independiente. Como podemos desprender, el término independiente indica que la persona del juez o el Tribunal en general debe de alejarse de cualquier influencia externa que pueda tener, al momento de tomar la decisión. Por lo que se podría considerar, teniendo en cuenta estas atenciones, que el juez ideal, es aquella persona estudiosa de las leyes que es independiente, por lo que la única guía que tendrá al momento de emitir un fallo será aquella que decisión que realice teniendo en cuenta los conocimientos jurídicos, legales y su experiencia a lo largo de los años (Picado Vargas 44:2014).

En este sentido, no hay problemas cuando hablamos de un Tribunal imparcial, ni establecido previamente por ley, ya que el Código Procesal Constitucional prevé que el recurso de agravio constitucional lo debe dilucidar el Tribunal Constitucional. Sin embargo, lo que no se llega a visualizar, es los argumentos de los jueces, la sala mixta y penal de apelaciones de la Corte Superior, por lo tanto, parece que en el caso, no se está resguardando de la mejor medida el derecho a la debida defensa, sobre todo porque ya no es el proceso de habeas corpus, sino ahora hablamos de un proceso de amparo.

Por lo tanto, en conclusión el tribunal presenta una argumentación deficiente sobre los requisitos 5 y 6 para la reconducción del proceso de habeas corpus a un amparo, por lo tanto, debería haberse argumentado de manera más amplia y como se ha desarrollado en este capítulo. Esto es trascendente porque refleja una actuación que puede rondar la arbitrariedad, y por lo tanto, podría generar responsabilidad internacional del Estado Peruano, al encontrarse en la última instancia.

4.2 Derecho de propiedad de las comunidades nativas

Ahora pasaremos a desarrollar el primer derecho planteado por el Tribunal, sobre el derecho de propiedad del territorio comunal. Como hemos adelantado en la introducción, nuestro Tribunal Constitucional, primero distingue la propiedad comunal de la propiedad “normal”, recalcando lo caracteres civiles de la propiedad, y adelantando que la propiedad comunal tiene un aspecto mucho más político, y que tiene sus raíces en una interpretación conjunta de nuestra constitución, los tratados internacionales, y la jurisprudencia de la Corte IDH, con el caso Yakye Axa vs. Paraguay, donde recalcan la vinculación de los territorios tradicionales y los recursos naturales, los cuales también estaban siendo violentados en el caso.

De esta manera, revisando el Convenio 169 de la OIT, y los artículos 88 y 89 de la Constitución, se puede comprender que no debemos hacer referencia al término “tierra”, sino por el contrario, al término “territorio”, puesto que la diferencia a la que se hace referencia en el fundamento jurídico 22 de la presente sentencia en análisis, radica en que el término “tierra” se encuentra dentro de una concepción del derecho civilista o patrimonial; mientras que el segundo término acuñado “territorio”, se refiere a aquella vocación de autonomía, política y de autogobierno.

Recalcan entonces, la dimensión política que se establece en el derecho de propiedad del territorio indígena, y por lo tanto, tiene como base de esta la autodeterminación de la misma. Un límite importante que se tiene que destacar en el caso, como bien hace el Tribunal Constitucional, es citar a la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, quienes en el artículo 46, establece específicamente una limitación, la cual consiste en evitar “menoscabar, total o parcialmente, la integridad territorial o la unidad política de los Estados soberanos e independientes”. Asimismo, mencionan el principio interpretativo de la unidad de la Constitución y de la concordancia práctica. Por ello, el artículo 43 de nuestra Carta Magna, no podría ser interpretado de ninguna norma pensando que el Estado peruano es uno e indivisible.

Y por último, para condensar el concepto de la propiedad del territorio comunal, mencionan que en base al artículo 18 del Convenio 169 de la OIT, se deben de prever sanciones contra la intrusión no autorizada en las tierras de los pueblos, y

que el Estado tiene la obligación de tomar medidas ante tales efectos. Ello en concordancia con el artículo 89 de nuestra Constitución, el cual también establece que tienen la facultad para decidir quienes ingresan a sus territorios, y como todo derecho fundamental tiene límites.

Por lo tanto, declaran fundada la vulneración a la propiedad del territorio comunal, ya que, no hay ningún documento que pruebe la existencia de una servidumbre, que se haya iniciado algún proceso de expropiación, o al menos se haya realizado algún tipo de trámite respecto a una consulta previa, lo que sí se ha probado es que existen títulos de la comunidad que acreditan la propiedad del territorio, y que estos no han sido cuestionados ni negados en ningún momento, por lo tanto la comunidad tiene el derecho legítimo de hacer uso de su derecho de propiedad y controlar quienes entran y quienes no.

Estamos de acuerdo con la interpretación que brinda el Tribunal Constitucional, sobre el derecho al territorio, es un buen primer paso para lograr una protección efectiva de este, dejar de lado la concepción sólo occidental de la propiedad y el territorio y comenzar a concebir esta de manera, como también mencionan, pluricultural.

Sin embargo, como vamos a pasar a describir a continuación, la aproximación que dan en el caso, ya en la parte del análisis concreto, es sólo la violación al territorio concebido de manera occidental, es decir sin pronunciarse por aspectos que si son sumamente importantes para las comunidades indígenas. Así, debemos de comenzar a advertir que el Tribunal, obvia, en la fundamentación sobre la vulneración, pronunciarse por aspectos que se encuentran dentro del mismo derecho a la propiedad del territorio, estos son, tanto la conexidad del mismo con el ambiente que lo rodea, como la fuerte conexidad del mismo con la identidad indígena.

4.2.1 La conexidad entre la propiedad y el entorno, los recursos

Es importante observar que el Tribunal Constitucional, cuando efectúa este concepto normativo de la propiedad del territorio indígena, rescata la idea

detrás, de la autodeterminación, lo cual es un gran avance para la protección, no solo de este derecho sino de diversos derechos de los pueblos indígenas, y además, otro punto bastante rescatable es la inclusión de la jurisprudencia de la Corte IDH que relaciona el territorio indígena con el ecosistema, es decir, los recursos naturales que hay a su alrededor. Sin embargo, si bien toca este punto, en la parte de la fundamentación de por qué se ha violentado la propiedad comunal, lo ignora, pronunciándose solo por la parte de la carretera, es ahí donde va nuestra primera crítica.

Como se puede apreciar, el Tribunal vincula el derecho a la propiedad del territorio comunal con el ecosistema. Sin embargo, se pudo haber encontrado una mejor defensa a favor de los pueblos indígenas, de pronunciarse sobre la afectación existente. Esta argumentación, incluso, hubiera salvado uno de los vicios que encontramos en la parte procesal, referida a la argumentación del riesgo de irreparabilidad de la propiedad indígena, esto por la excesiva contaminación que sufre el territorio, porque como ellos mismos manifiestan en el relato fáctico, ha existido una alteración dentro de la propiedad comunal, ya que han aumentado los niveles de contaminación, de tala ilegal, de prostitución, y por lo tanto existe un cambio absolutamente relevante dentro de la comunidad que también se encuentra incluido dentro de este mismo derecho, y por lo tanto el tribunal puede, pronunciarse sobre este aspecto.

Asimismo, debemos de mencionar, que además del caso *Yakye Axa vs. Paraguay*, también la Corte IDH se ha pronunciado sobre la estrecha conexión del territorio indígena con los recursos naturales que están dentro. En el caso *Kaliña y Lokono Vs Surinam*, la Corte IDH en el fundamento jurídico 164 ha dejado en claro que existe esta profunda conexión, y que además, la protección de este “y que son necesarios para su supervivencia física y cultural, así como el desarrollo y continuidad de su cosmovisión, deben ser protegidos bajo el artículo 21 de la Convención” (Corte IDH, S/N” 2015). Los recursos protegidos en este caso bajo el artículo 21, son aquellos que históricamente han sido utilizados por la comunidad para su supervivencia y desarrollo.

Por lo tanto, un error del Tribunal Constitucional, es no pronunciarse sobre la afectación de los recursos de la comunidad, ya que esto también implica una afectación sobre el derecho de propiedad del territorio comunal. Una buena solución para esto, no solo era declarar fundado la afectación al territorio indígena, sino que, utilizando un activismo dialógico, donde existe una conversación entre diferentes instituciones, en respeto también al principio de separación de poderes (Rodríguez Garavito, 26: 2016). era establecer pautas y remitirse al legislativo para que se pueda respetar y controlar de mejor manera las perpetraciones en el territorio comunal, así como dar una legislación que esté más de acuerdo con el respeto con este derecho, una guía que pueda establecer mejores controles y límites máximos en la afectación al ambiente de los pueblos indígenas. Por lo tanto, el Tribunal, ha dado un gran paso, también, tiene una pequeña omisión, al no pronunciarse sobre otros aspectos que vienen ligados al territorio.

4.2.2 La propiedad del territorio comunal y su conexidad con la identidad

Otra falla argumentativa, que el Tribunal Constitucional cometió, es la de no darse cuenta, que conforme a la misma definición que ellos están construyendo, y de conformidad con la jurisprudencia de la Corte IDH, el derecho al territorio indígena tiene una conexidad bastante próxima con derechos protegidos por la Convención, como por ejemplo la identidad. Sobre este último, ya hemos adelantado un poco en la parte referida a la dimensión procesal. Sin embargo, hay que profundizar más al respecto.

La identidad ha sido catalogada por la Corte IDH como un elemento absolutamente importante en la interpretación y protección de los derechos humanos. Así, en la Sentencia Pueblo indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador menciona en su párrafo 213 que “ Bajo el principio de no discriminación, establecido en el artículo 1.1 de la Convención, el reconocimiento del derecho a la identidad cultural es ingrediente y vía de interpretación transversal para concebir, respetar y garantizar el goce y ejercicio de los derechos humanos de los pueblos y comunidades indígenas” (Corte IDH, S/N:2012) Teniendo esto en cuenta, entonces, la identidad se

convierte en un aspecto absolutamente determinante para entender los derechos de los pueblos indígenas, lo cual no excluye al derecho de propiedad comunal.

En esta línea, es preciso citar el caso *Kaliña y Lokono Vs. Surinam*, en el cual, se recalca que la protección del territorio es importante tanto para la supervivencia física como cultural, y para la continuidad de su cosmovisión. Por ello, podemos concluir, que la propiedad necesita de una protección que vá más allá de la brindada por el Tribunal, y por lo tanto, debe incluir otros derechos. Como menciona Lima:

“el derecho a la identidad cultural, si bien no se encuentra establecido expresamente, sí se encuentra protegido en el tratado a partir de una interpretación evolutiva del contenido de los derechos consagrados en los artículos 1.1 (obligación de respetar los derechos), 5 (integridad personal), 11 (protección del honor y la dignidad), 12 (libertad de conciencia y de religión), 13 (libertad de expresión), 15 (derecho de reunión), 16 (libertad de asociación), 17 (protección a la familia), 18 (derecho a tener un nombre), 21 (propiedad privada), 23 (derechos políticos) y 24 (igualdad frente a la ley) del mismo, dependiendo de los hechos del caso concreto.” (Lima, 132 :2013)

Sin embargo, esta no es la única sentencia que propone la unión de estos dos conceptos. Al respecto, la Corte IDH, ha sido bastante firme en mencionar la conexidad de las tierras de la comunidad con la identidad, así, en la sentencia *Comunidad Indígena Xakmok Kasek Vs. Paraguay* en el fundamento jurídico 175 menciona que “Cuando se trata de pueblos indígenas o tribales, la posesión tradicional de sus tierras y los patrones culturales que surgen de esa estrecha relación forman parte de su identidad. Tal identidad alcanza un contenido particular debido a la percepción colectiva que tienen en tanto grupo, (...) y la relación con la tierra donde desarrollan su vida” (Corte IDH 44:2010). También, la corte IDH en el caso *Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador* se pronuncia por la afectación a la identidad del pueblo derivada directamente de la violación a la propiedad de su territorio comunal por no efectuar una consulta previa (Corte IDH S/N: 2012). Por lo tanto hay una base absolutamente sólida en el sistema interamericano que relaciona

necesariamente la identidad con el derecho de propiedad indígena, que debió ser tomado en cuenta por el Tribunal Constitucional en el desarrollo de la sentencia.

Así, podemos concluir, que a partir de la afectación al territorio comunal, también se puede extraer la afectación, no de manera autónoma al derecho, a la identidad como producto de la mala protección del territorio. Como hemos explicado brevemente en la parte referida a la parte procesal, la identidad, es un elemento absolutamente trascendente de los pueblos indígenas. Tiene un elemento dinámico, que puede ir variando conforme avanza el tiempo, y conforme al cambio ordinario que produce el tiempo. Sin embargo, como se ha evidenciado en el caso, la comunidad se encontraba negada a aceptar esta “invasión” y es por eso que se instala la tranquera, lo cual quita de la esfera el sentimiento de libertad, sobre este cambio en la identidad. Así, la argumentación que brinda el Tribunal Constitucional, no es adecuada para proteger esta faceta.

En ese sentido, podemos ver que la violación a la identidad se evidencia en el mismo relato factico de los demandantes, quienes alegan este cambio en su vida diaria, con la prostitución, el aumento del consumo de las bebidas alcohólicas, el aumento de tala ilegal, entre otros. Asimismo, el Estado, conforme a diversos instrumentos internacionales, tiene la obligación de establecer medidas para que se proteja no solo el territorio indígena, sino también la identidad de los mismos, en estos instrumentos se encuentran incluidos el Convenio 169 de la OIT en su artículo 2B referido a tomar acciones que promuevan la efectividad de los derechos incluyendo su identidad, o la declaración de las naciones Unidas sobre los Derechos de los pueblos indígenas que en artículo 2 menciona que “Los pueblos y los individuos indígenas son libres e iguales a todos los demás pueblos y personas y tienen derecho a no ser objeto de ningún tipo de discriminación en el ejercicio de sus derechos, en particular la fundada en su origen o identidad indígenas” (4:2007).

Por ello, merece una mayor protección este punto, que lo evaluado por el Tribunal, ya que, amerita un mayor cuidado en la protección de otro derecho que se encuentra fuertemente ligado a la propiedad.

4.2.3 La necesidad de una mejor protección del derecho de propiedad de las comunidades nativas

Como hemos argumentado hasta este punto, es necesaria una concepción pluricultural sobre este derecho. Si bien, el Tribunal Constitucional, declara fundada la afectación y acepta que existió una violación a este derecho, solo lo hace desde la mirada tradicional occidental, al mencionar que esta se realiza, tomando en cuenta que, la comunidad tenía un título que acredita la propiedad que no había sido cuestionado, que no existía ningún procedimiento de expropiación o que se hayan presentado mecanismos de consulta.

En ese sentido, podemos evidenciar que si bien el Tribunal Constitucional había generado un estándar más amplio, al final termina por pronunciarse sólo en sentido al sentido de propiedad del territorio “ordinario”, así, no existe un enfoque pluricultural, y se trata solo de un avance “retórico”.

Por ello, es necesario una mejor protección del derecho de propiedad del territorio de las comunidades nativas, porque como hemos visto, este concepto es sumamente importante en el caso de los pueblos originarios, puesto que de este se vinculan otros derechos que son absolutamente trascendentes como la identidad o la misma conexidad con el entorno, con los recursos propios del lugar. Así, hay que comprender este tipo de enfoque para asegurar una verdadera protección.

En ese sentido, es una obligación estatal reforzar el diálogo intercultural para realmente comprender la raíz de esta problemática y mediar soluciones que provengan de ambos lados. Por lo tanto, como conclusión de esta pequeña parte, podemos mencionar que si bien, es un intento bastante importante, la posición tomada por el nuestro Tribunal Constitucional, hizo falta una verdadera toma de posición y apuesta por el enfoque multicultural, un

razonamiento sesgado y parcial como el que ejerció el tribunal en este caso, no brinda un aporte que pueda solucionar y ofrecer una protección adecuada para este derecho. Y como hemos visto, esto parte de una comprensión parcial de lo que significa el territorio para las comunidades indígenas.

Asimismo, como profundizaremos también el siguiente punto de análisis, el análisis del contexto, mas allá de la visión tradicional, ayuda a solucionar problemas absolutamente graves que existen en nuestra sociedad, problemas que solo pueden ser abordados desde una óptica que incluya el dialogo, la comprensión y el respeto de las partes involucradas. Con esto, ayudaremos a ofrecer medidas que realmente puedan proteger los derechos de las partes que tradicionalmente han sido discriminadas en nuestro entorno. Con esto, cerramos el breve análisis sobre la argumentación que ha realizado el Tribunal Constitucional respecto a la vulneración del derecho a la propiedad comunal.

4.3 Derecho de Autonomía comunal y jurisdicción “especial”

4.3.1 Estándar normativo sobre la autonomía comunal

El derecho a la libre determinación lo podemos encontrar en diversos instrumentos internacionales, como la carta de la ONU de 1945, la cual tiene que ser leída de manera complementaria a la par con el numeral 1 del artículo 7 del Convenio 169 de la OIT, el cual indica que;

“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 este 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” (1989)

En esta línea, la Corte IDH también ha desarrollado este derecho en el fundamento 93 de la sentencia del Caso Pueblo Saramanka Vs. Surinam donde se menciona que:

“La legislación interna de Surinam no reconoce el derecho a la propiedad comunal de los miembros de sus pueblos tribales y no ha ratificado el Convenio OIT No. 169. No obstante, Surinam ratificó tanto el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos como el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. 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. Al respecto, en virtud del derecho a la autodeterminación de los pueblos indígenas conforme a dicho artículo 1, los pueblos podrán “proveer[r] a su desarrollo económico, social y cultural” y pueden “disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales” para que no se los prive de “sus propios medios de subsistencia”. Conforme al artículo 29.b de la Convención Americana, esta Corte no puede interpretar las disposiciones del artículo 21 de dicho instrumento en el sentido que limite el goce y ejercicio de los derechos reconocidos por Surinam en dichos Pactos. La Corte considera que el mismo razonamiento aplica a los pueblos tribales debido a las características similares sociales, culturales y económicas que comparten con los pueblos indígenas (supra, Pp. 80-86) (Corte IDH: 2007)

Asimismo, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH), en el informe sobre el derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas y tribales, ha mencionado los elementos del derecho a la libre determinación y ha considerado a los siguientes. En primer lugar, tiene que existir una identificación y reconocimiento de los pueblos indígenas y tribales, en segundo lugar, una identidad cultural y no discriminación, en tercer lugar, la propiedad colectiva, tierras, territorios y recursos naturales, en cuarto lugar, derechos políticos y de participación, en quinto lugar la consulta y consentimiento libre, previo e informado, y por último, los derechos económicos sociales, culturales y ambientales.

Por otro lado, también ha identificado obstáculos para el ejercicio de libre determinación de los pueblos indígenas y tribales, los cuales son los desafíos en el reconocimiento, respeto a las estructuras representativas propias, a los procedimientos. La falta de reconocimiento, protección y garantía de derechos a tierras, territorios y recursos naturales, también la falta de reconocimiento a los

sistemas de justicia y jurisdicción, así como la soberanía alimentaria, cambio climático y derechos económicos, sociales, culturales y ambientales. (CIDH: 2021).

Por lo tanto se puede decir que el derecho a la libre determinación de conformidad con los estándares internacionales, para los pueblos indígenas y tribales de América, poseen el derecho fundamental de libre determinación por medio del cual, tiene la facultad de determinar de manera libre su desarrollo económico, condición política y los derechos propios de estos pueblos, esto es trascendente porque resulta fundamental para el goce efectivo de otro tipo de derechos humanos. (CIDH 2021: 163).

Para complementar esta definición, la Corte Constitucional Colombiana en la sentencia C-463/14 menciona que se debe considerar que la jurisprudencia indígena, proviene de la expresión de los principios de identidad, diversidad cultural, étnica y del pluralismo. Por medio de los cuales, se llega a concretar la autonomía de los pueblos indígenas, la cual se encuentra prescrito en el Convenio 169 de la OIT como en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas” (SN: 2014)

Como se puede apreciar de la mencionada cita, el derecho a la libre determinación actualmente es sumamente amplio, y si bien la sala lo desarrolla, tomando en cuenta que era el año 2012, aún faltaba una comprensión mucho más amplia, que pudo condensar la para una mejor protección de este derecho, que si bien no se encuentra expresamente mencionado en la Constitución, lo podemos inferir de su artículo 89 en una lectura concordante con el andamiaje normativo internacional pertinente.

En este sentido, podemos indicar que existe una necesaria unión entre la autonomía indígena y la jurisdicción. Por ello el TC no es ajeno a esta idea y también reconoce que la jurisdicción indígena es una forma de expresión de la autonomía comunal, sin embargo, como ellos mencionan, no es la única, y así hay otras como la manera en la que usan y disponen sus tierras.

Por ello, es interesante notar que citan a la Sentencia del Expediente N° STC 0023-2003-AI/TC para definir que “la finalidad de la función jurisdiccional comunal o

indígena es la de resolver conflictos interpersonales sobre la base del derecho consuetudinario” y así concluyen que la comunidad mediante sus representantes, no resolvió un conflicto interpersonal, sino que plasmó una medida sobre el “uso y la libre disposición de sus tierras”, en virtud de la autonomía reconocida por el artículo 89 de la Constitución”.

Es obvio que la decisión de establecer una tranquera es parte de la autonomía comunal. Sin embargo, como acabamos de mencionar, esto no hace per se que no se derive de la dimensión de la jurisdicción indígena. De nuevo, la argumentación del Tribunal es insuficiente como para sostener esa afirmación, cuando incluso en la Sentencia citada se sostiene que existen elementos dentro de la jurisdicción. Así, la Sentencia del Expediente N° STC 0023-2003-AI/TC sostiene en el fundamento 13 que el ejercicio de la jurisdicción implica 4 requisitos los cuales son: a) Conflicto entre las partes b) Interés social en la composición del conflicto c) Intervención del Estado mediante el órgano judicial, como tercero imparcial d) Aplicación de la ley o integración del derecho.

Si podemos analizar detenidamente el caso, encontraremos que en existe un conflicto entre las partes, el cual es la decisión de dar paso o impedirlo dentro de una determinada área es necesario aclarar que la jurisdicción indígena no solo se extiende a los habitantes de la comunidad, ni es solo sobre su territorio (como es en el caso), sino que existe un concepto mucho más amplio y por lo tanto aquí hay un conflicto entre partes, por un lado la comunidad y por el otro las personas que deseen ingresar por la vía, hay un interés social en la composición del conflicto, como se trata de la justicia indígena, la intervención Estatal es reemplazada por el uso de sus propios sistemas de resolución indígenas, y por último existe la aplicación de una norma o ley o costumbre (ya que es un caso de jurisdicción indígena), la cual termina en la prohibición del paso.

Asimismo, si bien en un caso posterior en la Sentencia del Expediente N° 02765-2014-PA/TC de la Comunera Carmen Zelada, el Tribunal Constitucional ha establecido los criterios y las características que tiene la jurisdicción comunal, así se incluye “ i) la territorialidad: ii) la aplicación del derecho consuetudinario y; iii) El respeto a los derechos fundamentales” (La Rosa 157: 2020). Criterios que podemos

encontrar fácilmente en el caso. En este sentido, cabe argumentar sobre el quebrantamiento de alguna norma y la solución con el procedimiento detrás. En el caso, como hemos descrito, podemos desprender la norma/costumbre de un cuidado al entorno natural, ello visto desde la cosmovisión de la comunidad, y de sus tradiciones, que como hemos visto en la parte del territorio es abrumadoramente importante.

Entonces, teniendo como horizonte esto, se desprende automáticamente, que hay una costumbre de no perpetrar, ni depredar el entorno natural, así, la entrada de los taladores, mineros, etc. vulneran esta costumbre ya establecida de la comunidad. En ese sentido, la comunidad, se junta en una asamblea para resolver este problema, es decir que se evite la depredación y el desequilibrio que provoca dentro de su cosmovisión esta situación; llega a una solución, la cual es no dejar pasar y/o expulsar a las personas que ellos consideran están quebrantando esta costumbre mediante el establecimiento de una tranquera, por lo tanto, podemos ver que existe una clara manifestación de la jurisdicción indígena. No negamos, sin embargo, que dentro de esta decisión también se encuentra escondida una decisión que pueda ser de carácter administrativo, pero, no por eso debería el Tribunal Constitucional, descartar la afectación a la jurisdicción indígena.

Podemos alegar, también, que pudo existir algún tipo de quebrantamiento respecto a un debido proceso, porque, en la toma de decisión, el establecimiento de una caseta, no se había escuchado a la otra parte, sin embargo, si bien puede existir alguna vulneración a este límite, se sigue transgrediendo la propia jurisdicción, y por lo tanto, no podemos coincidir con el tribunal, quien concluye que no existe ninguna afectación a la jurisdicción indígena.

Por lo tanto, a grandes rasgos parece que en realidad la jurisdicción indígena ha sido afectada, o en todo caso, no basta con la deficiente calidad argumentativa para descartar que efectivamente haya sido vulnerada, mas si en el párrafo 14 de la misma sentencia, el Tribunal Constitucional menciona que “El ejercicio de la potestad jurisdiccional o la potestad de administrar justicia comprende, en lo esencial, lo siguiente: la tutela de los derechos fundamentales, los derechos ordinarios e intereses legítimos; la sanción de los actos delictivos; el control difuso

de la constitucionalidad; y el control de la legalidad de los actos administrativos”. Y en el caso hay una tutela de derechos fundamentales, como hemos visto hasta aquí la propiedad del territorio, la identidad, la salud, entre otros.

Así, el Tribunal omite pronunciarse sobre la jurisdicción indígena sin proponer alguna carga argumentativa relevante que precise porque no hay una afectación a la jurisdicción indígena. Es importante porque la jurisdicción indígena tiene una especial protección internacional a través de diversos tratados internacionales los cuales mencionaremos después.

Finalmente, previo a la conclusión si es que en el caso materia de análisis existió una vulneración a la jurisdicción indígena, debemos de dar un repaso de por qué se necesita y se exige una protección mucho más amplia y cuidadosa que la brindada por el Tribunal c en este caso.

4.3.1.1 Contexto de discriminación histórica que han sufrido las comunidades

Como hemos desarrollado brevemente en la introducción, las comunidades indígenas han sufrido un gran contexto de discriminación histórica a lo largo de toda nuestra historia. Comenzando por la conquista y colonialismo español, que trajo consigo la neutralización de los pueblos originarios y como menciona Yrigoyen “El Derecho Indiano establece un régimen de separación física y diferenciación legal que se implementa desde el siglo XVI hasta inicios del XIX. Los indígenas fueron reducidos en pueblos de indios, y sujetos a cargas coloniales” (1006:4). Relatando así, como fueron despojados de sus territorios y recortados en casi todos sus derechos.

En ese sentido, Yrigoyen indica que dentro de los pueblos denominados “pueblos de indios”, existió un sistema de gobierno, por medio del cual se les permitía de acuerdo a sus derechos internos la existencia de autoridades indígenas como los curacas y los alcaldes, un pluralismo legal subordinado y el uso de sus costumbres, en tanto no vayan en contra de las leyes de españoles ni de la religión impuesta (2006:4). Por ello, nos podemos hacer una idea de cómo funcionaba la

jurisdicción “especial” dentro en estas épocas, que parece ser incluso un poco similar a la concepción mayoritaria que hay en nuestros tiempos.

Sin embargo, luego, en el proceso republicano, es donde los pueblos indígenas sufren más, ya que se levantan sus cargas coloniales y desaparecen las protecciones que tienen, como sus propias autoridades, los usos y costumbres, el idioma, entre otros. Es aquí, donde en realidad aparecen las haciendas, y la poca protección que tenían estos pueblos se pierde totalmente para pasar a ser mano de obra esclavizada de las personas privilegiadas de la época, donde suceden los peores abusos.

Si bien, luego se ha superado poco a poco esta mirada, con la ratificación del Convenio 169 de la OIT, la reforma agraria, que cambia (por el sesgo negativo que tenía) la palabra indígena y la sustituye por el término “campesino”, y con el reconocimiento constitucional de la jurisdicción y autonomía indígena, aún no se ha superado la discriminación a la que son sometidos en todos los contextos y momentos.

4.3.1.2 Principio de igualdad y no discriminación

El tratamiento diferenciado, que se ha dado en la comunidad al no resguardar la decisión derivada de la jurisdicción indígena a lo largo del proceso descrito, supone también una violación al principio de igualdad y no discriminación que el Tribunal Constitucional, no desarrolla en su sentencia. Como sabemos, este principio internacional se encuentra consagrado en diversos mecanismos internacionales, como la Convención Internacional de Derechos Humanos y es considerado como una norma *Ius Cogens*, desarrollado más a profundidad, en la Opinión Consultiva N° 18. En ese sentido, además debemos mencionar, que este enfoque ya no se utiliza de manera individual, sino, que actualmente perdura un enfoque interseccional del mismo, el cual se refiere a una mirada “colectiva” y “amplia” sobre la condición de una persona o grupo de personas, como en el caso concreto son los pobladores de la comunidad tres Islas.

Este principio, ha sido dejado de lado en el análisis del Tribunal, quienes además, debieron de prestar un mayor énfasis, en la violencia estructural e histórica que han sufrido las comunidades originarias, desarrollado brevemente en los puntos anteriores. Y en ese sentido, desarrollar una mayor protección sobre este grupo vulnerable, así, puede considerarse una decisión arbitraria, en base a las premisas desarrolladas en la sentencia del tribunal constitucional, y en presente informe, sobre el tratamiento que se le dio y por el cual se declaró improcedente el proceso de Hábeas Corpus interpuesto por la comunidad, ya que no hubo ningún análisis concreto del caso, y por lo tanto, sin ninguna justificación válida, lo cual hace que la orden de retirar la caseta y la tranquera que habían implementado para evitar el paso de las personas se vuelva de carácter discriminatorio, ya que no hay ninguna condición detrás para que tal decisión sea válida. De este modo, la orden de retiro puede considerarse arbitraria, y por lo tanto se le está dando un trato desigual a la comunidad, ya que tenía la facultad de construir tal caseta y la tranquera dentro de su territorio.

En ese sentido, no existe ninguna situación clara, ni argumentada sobre la decisión de declarar improcedentes los recursos planteados por la comunidad, y por lo tanto legitimar la acción del retiro de la caseta y la tranquera. Con lo cual consideramos que se ha cometido un trato desigual y por lo tanto una vulneración del principio de no discriminación, que debió ser también abordada por el TC.

4.3.1.3 Críticas a la referencia “especial”

En concordancia con los argumentos antes mencionados, la referencia “especial” evoca la creencia de que existe una jurisdicción ordinaria, y por lo tanto deriva un entender que puede ser la inferioridad de la jurisdicción indígena. En tal sentido, debería haber utilizado dicho término el Tribunal. Como hemos visto, la determinación de los pueblos, con sus diferentes manifestaciones, es tan amplia como para que se concebida de una manera tan discriminatoria. Por lo tanto, considero que la referencia “especial” solo ayuda a que se perpetúe, al igual que en la colonia, la creencia de que la jurisdicción indígena es inferior a la occidental. Es por ello que es necesario enfatizar, que no debería ser utilizado tal término.

4.3.1.4 Críticas al constituyente, y la baja representación indígena

Sumado lo anterior, también, debemos de mencionar, que una de las razones históricas de la marginación de estos grupos, fue la baja tasa de representatividad que han tenido en el marco político. En ese sentido, es alarmante, que en un caso como el Peruano, el cual tiene una población indígena de casi 6 millones de habitantes, es decir, el 20% de la población, de conformidad con el censo realizado el año 2017 por el Instituto Nacional de Estadísticas e Informática (INEI), no ha tenido una gran representación en el constituyente de 1992. Esto, impacta drásticamente en como se plasmaron los ideales de las comunidades indígenas en la Constitución, y afectó severamente a que no exista un marco más amplio de protección de derechos de los pueblos originarios. Por lo tanto unido a lo anterior, podemos observar un marco de discriminación y desprotección permanente de las comunidades indígenas.

4.3.2 El Artículo 149 de la Constitución

El artículo 149, consagra, como menciona el Tribunal en su Sentencia, la jurisdicción de las comunidades indígenas y campesinas, este mencionó que “Las autoridades de las Comunidades Campesinas y Nativas, y en su defecto las Rondas Campesinas, pueden ejercer las funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial de conformidad con el derecho consuetudinario, siempre que no violen los derechos fundamentales de la persona”. Como hemos visto, esta jurisdicción es una expresión de la libre determinación de los pueblos, y en ese marco debe ser protegida de la manera más amplia posible. Teniendo en cuenta el Convenio 169 de la OIT. Al respecto, el artículo 7 de dicha norma precisa que :

“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 este 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” (1989)

En esta misma línea, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas en el artículo 5, señala que “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” (2007). Lo cual concuerda y complementa nuestro marco legal sobre la jurisdicción indígena.

Por lo tanto existe un marco normativo profundo sobre el reconocimiento de la jurisdicción indígena, y si bien, nuestra constitución lo ha condensado en el artículo 149, debemos leerlo acompañado de esto, es decir, realizar una interpretación conforme tomando en cuenta el andamiaje jurídico nacional e internacional.

Por otro lado, si bien es cierto, el Tribunal, descarta la vulneración de la jurisdicción indígena, consideramos que es necesario que se haya profundizado en el caso, dada la importancia del tema, existe una carga argumentativa elevada que debió de cumplirse, para así generar un contexto de protección de las comunidades y brindar detalles y mayores alcances de este derecho, como describimos en la primera parte de este capítulo.

4.3.3 Necesidad de una interpretación más amplia sobre la jurisdicción indígena

Por lo tanto, ya casi a modo de conclusión de este capítulo, hemos comprobado que las comunidades indígenas gracias a la violencia y discriminación histórica, actualmente necesitan una mayor protección. En ese sentido, aunado a las recomendaciones que da la CIDH, debemos de mencionar que se necesita una interpretación más amplia sobre la jurisdicción indígena, así debe de cambiarse las referencias a esta como una “jurisdicción especial”, y se debe romper el paradigma que se ha usado desde la época colonial, de una jurisdicción subordinada, que se da sólo entre las personas de la comunidad, y que tiene límites muy marcados. Puesto que sin superar este problema, solo seguiremos perpetuando el enfoque discriminatorio que existe actualmente. En ese sentido, considero de que el Tribunal si bien, a mi

opinión, ha efectuado una buena protección en este ámbito, ha omitido desarrollar mas a fondo aspectos importantes, como la no discriminación, que son necesarios para brindar la mayor protección posible a la comunidad.

Por lo tanto, podemos colegir que, efectivamente como menciona el Tribunal Constitucional existe una violación a la autonomía de la comunidad; sin embargo, como hemos desarrollado, la jurisdicción indígena es una manifestación de esta y por lo tanto la violación de la autonomía no es excluyente de la violación de la jurisdicción indígena, y por eso debió de exigirse una mayor carga argumentativa para descartar esta afectación. En ese sentido, utilizando la jurisprudencia citada por el Tribunal en el caso, con los 4 elementos de la jurisdicción que son a) Conflicto entre las partes b) Interés social en la composición del conflicto c) Intervención del Estado mediante el órgano judicial, como tercero imparcial d) Aplicación de la ley o integración del derecho. Si podemos señalar que ha existido la afectación de una decisión derivada de la jurisdicción indígena.

Asimismo, el tribunal no solo deja que desear en cuanto a la argumentación del derecho a la jurisdicción indígena y por qué no había sido vulnerado, sino que olvida la descripción y recopilación del contexto histórico de la comunidad, porque en realidad la verdadera riqueza del contexto desarrollado brevemente aquí ayuda a encontrar la causa de la discriminación y por lo tanto ayuda a brindar soluciones que tutelen mejor el concepto. Por esto, si el Tribunal realmente se encontraba en la búsqueda de una igualdad sustancial, derivada de una concepción de crecimiento basada en las libertades como los descrito por Amartya Sen, necesita compulsivamente analizar el contexto.

Por ello, en la Sentencia, si bien se declara la afectación del derecho a la autonomía y a la propiedad, la nulidad no va a ayudar a que en un futuro se revierta la situación de indefensión de la comunidad. Como menciona Valencia hay que ver el contexto para ver “si esta distinción perpetúa desventajas pre-existentes o genera nuevas vulnerabilidades al reforzar el prejuicio o estereotipos en contra de determinados individuos o grupos” (384:2021) Por lo tanto, lo que se busca además de reparar la afectación de un derecho, es evitar que se vuelva a cometer la violación, y una de las maneras en la que se logra esto es mirar el contexto.

Por lo tanto, el Tribunal Constitucional, debió de declarar afectada la jurisdicción indígena, y además desarrollar un contexto para dar soluciones que ayuden a que se evite perpetuar este tipo de acciones, y así contrarrestar el contexto de desigualdad en el cual viven los pueblos indígenas, que los convierten en sujetos de especial protección. Asimismo, si bien es meritorio el paso dado por el Tribunal Constitucional, en cuanto a la intención de protección de los derechos sobre la propiedad de las comunidades nativas y la autonomía, carece de argumentación que permita ayudar a realmente combatir y dar soluciones efectivas para la protección de estos derechos.

CONCLUSIONES

1. Existen severos vicios argumentativos en la sentencia, el Tribunal Constitucional, al no fundamentar de manera adecuada, en la reconducción del Hábeas Corpus en un Proceso de Amparo, el riesgo de irreparabilidad de los derechos analizados. Esto, nos lleva a un supuesto de arbitrariedad del Tribunal, quienes, en un intento de activismo judicial violan derechos fundamentales de las otras partes.
2. Existe un serio problema argumentativo, relativo a conservar el derecho de defensa de los demandados, no hay una argumentación suficiente que se pueda desprender de la sentencia que compruebe esto. Así se desprotege el derecho a la defensa.
3. El Tribunal Constitucional, declaró afectada la propiedad del territorio comunal, sin embargo lo hace sin un enfoque pluricultural, por lo tanto no ofrece una solución adecuada al caso, ya que se centra solo en el enfoque occidental de la propiedad y no toma postura por una comprensión integral de este derecho, que incluye a la identidad y el entorno natural, por lo tanto hay un avance retórico.

4. Hay una violación a la jurisdicción indígena que el Tribunal Constitucional no reconoce, y por lo cual no existe un desarrollo de esta faceta de la autonomía comunal.
5. El supremo intérprete de la Constitución no ha realizado un análisis concreto del presente caso, el cual, hubiera que ayudado a brindar una mejor reparación y protección a la comunidad afectada. Así, todos los derechos analizados se hacen de manera aislada, lo que no le permitió visualizar mas allá de la vulneración de los derechos perse.

RECOMENDACIONES

1. La recomendación general va hacia el Poder Judicial, quienes tienen que dar medidas para generar un dialogo y coordinación general para lograr verdaderos avances y consensos entre las diferentes jurisdicciones. Lograr plenos pluriculturales, y generar un enfoque que vaya acorde a los pueblos originarios.
2. La segunda recomendación es generar un visión que pueda romper la forma “tradicional” de concebir los derechos. Así recién se puede revertir y hallar soluciones a estos problemas tan complicados que tienen las comunidades.

BIBLIOGRAFÍA

ACTUALIDAD AMBIENTAL

2020 Contaminación por mercurio: un problema que va de la mano con la minería ilegal e informal. Consulta 23 de abril de 2022.

<https://www.actualidadambiental.pe/contaminacion-por-mercurio-problema-que-va-de-la-mano-con-la-mineria-ilegal-e-informal/>

BELAUNDE, Manuel

S/F Consideraciones sobre el Derecho indiano. Historia del derecho peruano. Lima, Pp. 51-53. Consultado el 25 de mayo del 2022.

CALDERÓN GAMBOA, Jorge

S/F Pueblos indígenas y medio ambiente en la jurisprudencia de la corte interamericana de derechos humanos: un desafío verde. Consulta 2 de junio de 2022

<https://www.corteidh.or.cr/tablas/r33329.pdf>

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

2021 Informe sobre derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas y tribales. Consulta 10 de mayo de 2022.

<https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/LibreDeterminacionES.pdf>

2017 Comunidad Nativa “Tres Islas” de Madre de Dios respecto de Perú. Medida cautelar Nro. 113-16. Consulta 20 de abril de 2022

Comunidad Nativa “Tres Islas” de Madre de Dios respecto de Perú. Medida cautelar Nro. 113-16

2008 Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del sistema Interamericano de Derecho Humanos. Consulta 20 de abril de 2022

<https://www.oas.org/es/cidh/indigenas/docs/pdf/Tierras-Ancestrales.ESP.pdf>

CONGRESO DE LA REPÚBLICA

2016 Comunidad nativa “Tres Islas” [diapositiva]. Consulta 10 de mayo de 2022

https://www.congreso.gob.pe/Docs/comisiones2016/PueblosAndinosEcologia/files/tres_islas.pdf

CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA

2016 Sentencia T-599/16. Consulta 4 de Junio de 2022

<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/t-599-16.htm>

2014 Sentencia C-463/14. Sentencia 9 de julio de 2014. Consulta 5 de junio de 2022

<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/C-463-14.htm>

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

2015 Caso Pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam. Sentencia 25 de noviembre de 2015. Fondo, reparaciones y costas. Consulta 25 de Junio de 2022

https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_309_esp.pdf

2012 Caso Pueblo Indígena Kichwa Sarayaku Vs. Ecuador. Sentencia 27 de junio de 2012. Fondo y reparaciones. Consulta 20 de abril de 2022.

https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_245_esp.pdf

2010 Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay (Fondo, reparaciones y costas). Sentencia 24 de agosto de 2010. Consulta 25 de junio de 2022.

https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_214_esp.pdf

2008 Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam. (Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y Costas). Sentencia 12 de agosto de 2008.

2005 Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay (fondo, reparaciones y costas). Sentencia 17 de junio de 2005. Consulta 12 de mayo de 2022.

https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_125_esp.pdf

1997 Caso Genie Lacayo Vs. Nicaragua (*Fondo, Reparaciones y Costas*) Sentencia de 29 de enero de 2017. Consulta 1 de junio de 2022

https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_30_esp.pdf

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRE DIOS

2020 EXPEDIENTE No. 00515-2017-0-2701-JM-CI-01. Sentencia 25 de febrero de 2020

GACETA JURÍDICA

S/F Guía Rápida, Proceso de Hábeas Corpus. Lima

GARCIA TOMA, Victor

2009 “Consideraciones sobre los principios y los fines de algunos procesos constitucionales”. En Foro Jurídico. Consulta 24 de abril de 2022.

<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/forojuridico/article/view/18529/18769>

INSTITUTO NACIONAL DE ESTADISTICA E INFORMÁTICA

2017 Población indígena y originaria de los Andes (Censo). Lima. Consulta 10 de mayo de 2022

https://www.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/publicaciones_digitales/Est/Lib1642/cap03_01.pdf

LANDA, César

2017 “Los derechos fundamentales”. En: colección esencial del derecho N° 2. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial. Pág. 147.

2018 “Derecho Procesal Constitucional”. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial.

LA ROSA, Javier

2020 La relación entre la justicia indígena y la justicia ordinaria en Perú. Pluralismo Jurídico en Latinoamérica. Cooperación, coordinación y tensiones entre la justicia Indígena y la justicia ordinaria. La paz, pp.145-161

LIMA BÁEZ, Nayeli

2013 “La protección a la identidad cultural de los pueblos indígenas en la corte interamericana a través de derechos individuales ejercidos colectivamente”. En Instituto de Investigaciones Jurídicas. Ciudad de México. Consulta 25 de junio de 2022.

<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3536/9.pdf>

MINISTERIO DE CULTURA

2018 I Encuesta Nacional “Percepciones y Actitudes sobre Diversidad Cultural y Discriminación Étnico-Racial”I – Alerta contra el racismo. Consulta 30 de mayo de 2022

<https://alertacontraelracismo.pe/i-encuesta-nacional>

ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS

2016 Declaración Americana sobre los derechos de los pueblos indígenas. Aprobado el 14 de junio.

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS

2007 Declaración de las naciones unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas. Aprobado el 13 de septiembre de 2007. Consulta 4 de Junio de 2022

https://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS_es.pdf

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO

1991 Convenio 169 Sobre Pueblos Indígenas y Tribales. Declaración de las Naciones Unidas Sobre Derechos de los Pueblos Indígenas

PICADO VARGAS, Carlos Adolfo

2014 El derecho a ser juzgado por un juez imparcial. En revista de IUDEX. Lima. Consulta 1 de junio de 2022

<https://www.corteidh.or.cr/tablas/r32673-1.pdf>

RUIZ CHIRIBOGA, Oswaldo

2005 El derecho a la identidad cultural de los pueblos indígenas y las minorías nacionales: una mirada desde el sistema interamericano. En revista Internacional de Derechos Humanos. Consulta 2 de Junio de 2022

<https://www.corteidh.or.cr/tablas/r23477.pdf>

RODRIGUEZ GARAVITO, César

2016 “El activismo dialógico y el impacto de los fallos sobre derechos sociales”. En Revista Argentina de Teoría Jurídica. Buenos Aires, Volumen 14, pp. 1- 27

SUAREZ LOPEZ DE CASTILLA, Camilo

2018 El Hábeas Corpus en la actualidad, posibilidades y limites. Centro de estudios constitucionales. Lima. Consulta 6 de Junio de 2022.

<https://www.tc.gob.pe/wp-content/uploads/2019/08/El-hábeas-corpus-en-la-actualidad-1.pdf>

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

2022 EXPEDIENTE 02165-2018-PHC/TC. Sentencia 14 de enero de 2021.
Consulta 2 de junio de 2022

https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2021/021652018HC.pdf?fbclid=IwAR2gwTlezT_vanrfKzQtAmLvdo9LbAlbSdRnSEvMMEfu4dJqMsOvPG1L-U

2012 EXPEDIENTE 00126-2011-HC/TC. MADRE D DIOS. JUANA GRISELDA PAYABA CACHIQUE. Sentencia: 11 de septiembre de 2012. Consulta 20 de abril de 2022

2005 EXPEDIENTE 0091-2005-PA/TC. Sentencia 18 de febrero de 2005. Consulta 5 de Junio de 2022

<https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/00091-2005-AA.pdf>

2003 EXPEDIENTE 0023-2003-AI/TC. Sentencia 9 de junio de 2004. Consulta 5 de Junio de 2022

<http://cdn01.pucp.education/idehpucp/wp-content/uploads/2017/07/14145630/incon-0023-2003-sentencia.pdf>

URTEAGA CROVETTO, Patricia

2015 “Los pueblos indígenas y su derecho al territorio: Una lucha que no termina”. Artículo publicado en el portal de Enfoque Derecho el 29 de octubre de 2015. Consulta 19 de abril de 2022

<https://www.enfoquederecho.com/2015/10/29/los-pueblos-indigenas-y-su-derecho-al-territorio-una-lucha-que-no-termina/>

VALENCIA VARGAS, Areli

2021 Contextualismo y desigualdades sistémicas Apuntes desde una mirada socio-jurídica. En Revista Peruana de Derecho Constitucional. Lima. Pp 379- 397.

VIERA, Rafael

2014 “Aspectos procesales del Amparo” en Revista IUS ET VERITAS N° 49. Pág. 165.

YRIGOYEN FAJARDO, Raquel

2016 Jurisdicción o fuero indígena. En SIDEKUM, Antonio. Nova Harmonio – Edifurb pp. 491-500

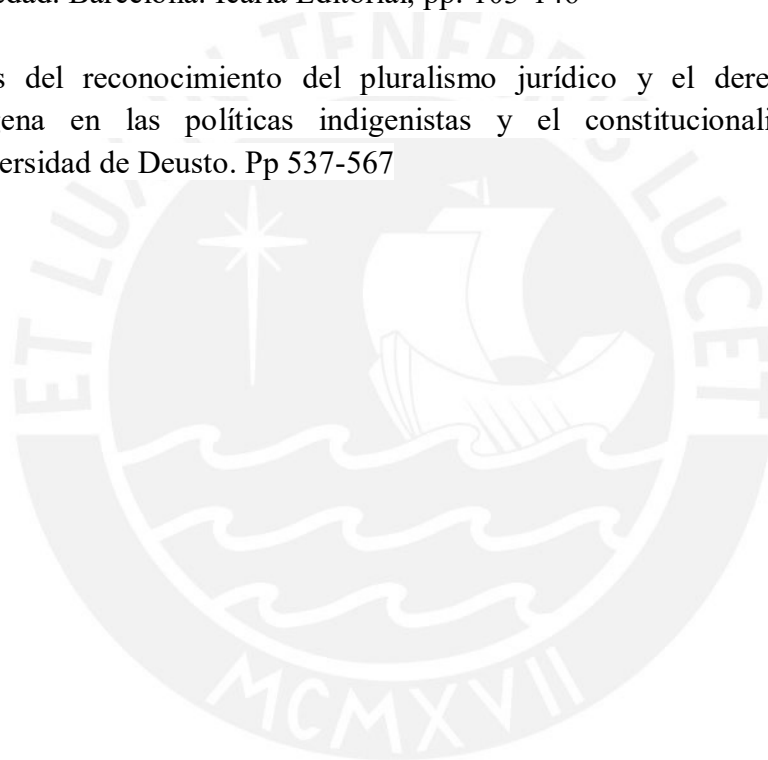
2015 Diez retos de la agenda indígena del 2015. Primer reto: titulación del territorio ancestral integral, como propiedad originaria, incluyendo los bosques y recursos naturales. Lima: Instituto Internacional de Derecho y Sociedad. Consulta 20 de abril de 2022.

<https://www.derechoysociedad.org/wp-content/uploads/2020/06/ABC-4-DERECHO-PROPIEDAD-2015.pdf>

2011 El constitucionalismo pluralista. En El derecho en América Latina, un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI. Siglo Veintiuno: Buenos Aires.

2011 Derecho a la libre determinación del desarrollo, la participación, consulta y el consentimiento. En APARICIO, Marco. Instituto Internacional de Derecho y Sociedad. Barcelona: Icaria Editorial, pp. 103-146

2006 Hitos del reconocimiento del pluralismo jurídico y el derecho indígena indígena en las políticas indigenistas y el constitucionalismo andino. Universidad de Deusto. Pp 537-567





TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 01126-2011-HC/TC

MADRE DE DIOS

JUANA GRISELDA PAYABA CACHIQUE

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 11 días del mes de setiembre de 2012, el Pleno del Tribunal Constitucional, con la asistencia de los señores magistrados Álvarez Miranda, Urviola Hani, Vergara Gotelli, Mesía Ramírez, Beaumont Callirgos, Calle Hayen y Eto Cruz, pronuncia la siguiente sentencia, con el fundamento de voto del magistrado Mesía Ramírez, que se agrega.

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por doña Juana Griselda Payaba Cachique, presidenta de la Comunidad Nativa Tres Islas, contra la resolución expedida por la Sala Superior Mixta y de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Madre de Dios, de fojas 215, que en mayoría declaró improcedente la demanda de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 13 de noviembre de 2010, doña Juana Griselda Payaba Cachique, Presidenta de la Comunidad Nativa Tres Islas, interpone demanda de hábeas corpus en su nombre y a favor de los integrantes de su comunidad contra la División de Seguridad del Estado de la Policía Nacional del Perú con sede en Tambopata, la Segunda Fiscalía Provincial Penal Corporativa con sede en Tambopata y la Sala Superior Mixta y de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Madre de Dios. Alega que mediante la sentencia contenida en la Resolución N.º 8, de fecha 25 de agosto de 2010, derivada del Expediente N.º 624-2010-0-2701-JR-PE-01 expedida por la Sala Mixta y Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Madre de Dios, se ordenó el retiro inmediato del cerco de madera y de la vivienda construida en el centro del camino vecinal Fitzcarrald-Teniente Acevedo-Diamante, y que se remita lo actuado al representante del Ministerio Público para que proceda conforme a sus atribuciones. Indica que con tal sentencia el Poder Judicial está desconociendo la decisión jurisdiccional indígena, reconocida por el artículo 149º de la Constitución, de controlar el ingreso de personas extrañas al territorio comunal. De otro lado, afirma que a partir de ello se ha iniciado una persecución penal arbitraria e inconstitucional en contra de su persona y de las autoridades indígenas de la Comunidad Nativa Tres Islas que tomaron tal decisión. Así, afirma que desde el 1 de octubre de 2010 viene siendo citada por la Policía Nacional del Perú y viene siendo investigada por el Ministerio Público por el hecho de ejercer la función jurisdiccional indígena.

Refiere que la Comunidad Nativa Tres Islas está conformada por los pueblos indígenas *Shipibo* y *Ese'Eja*, de las familias lingüísticas Pano y Tacana, y se encuentra



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 01126-2011-HC/TC

MADRE DE DIOS

JUANA GRISELDA PAYABA CACHIQUE

asentada en la sub-cuenca del Río Madre de Dios en el Distrito de Tambopata, Provincia de Tambopata, Departamento de Madre de Dios. Sostiene que su comunidad tiene reconocimiento oficial inscrito en el Registro Nacional Desconcentrado de Comunidades Nativas, a cargo de la Dirección Subregional de Agricultura-Madre de Dios, y cuenta con título de Propiedad N.º 538, otorgado por el Ministerio de Agricultura. Agrega que el territorio está ubicado en una zona de bosques tropicales húmedos, que es el hábitat natural de su comunidad, la cual basa su subsistencia en las plantas, frutos y animales del bosque, así como en la extracción racional y sostenible de madera de los bosques y de los peces del río Madre de Dios, que bordea y atraviesa su territorio.

Aduce que desde hace unos años su comunidad viene sufriendo la tala ilegal de madera por personas extrañas a la comunidad que están deforestando la zona; que su comunidad es víctima del deterioro del medio ambiente, la muerte de aguajales, plantas, peces, aves y animales del monte debido a la actividad de minería artesanal que vienen desarrollando personas no autorizadas por la comunidad, sin control medioambiental ni fiscalización alguna; y que dichas actividades han generado un deterioro general en sus condiciones de salud y trabajo. Al respecto, manifiesta que los mineros y madereros ilegales invaden el territorio de su comunidad, deforestan los bosques, contaminan el río y depredan el hábitat de su pueblo, destruyendo el medio de subsistencia de la comunidad y alterando su forma de vida. Refiere además que el ingreso de taladores y mineros ilegales implica la realización de otras actividades que perturban la vida y tranquilidad de la comunidad y el libre desarrollo de sus miembros, en particular la de los niños y niñas. Y es que se expenden bebidas alcohólicas en fiestas, provocando riñas y escándalos, además de introducir la prostitución y provocar actos de violencia. Agrega que su comunidad identificó que la presencia e incremento de dichos mineros informales, taladores ilegales de madera y personas dedicadas a la prostitución se debía al ingreso no autorizado de dos empresas de transporte en su territorio: *Los Mineros S.A.C.* y *Los Pioneros S.R.L.*, las que contarían con el permiso otorgado por la resolución de gerencia de la Municipalidad Provincial de Tambopata para circular por la ruta que ingresa al territorio de la comunidad, sin que tal autorización haya sido consultada a la comunidad.

Frente a esta situación manifiesta que en ejercicio de sus funciones jurisdiccionales indígenas, y luego de que el tema fuera debatido al interior de la comunidad, se tomó la decisión de controlar la entrada de vehículos que ingresaban por la trocha carrozable que viene del kilómetro 24 de la carretera Maldonado-Cusco y que pasa por el territorio de la comunidad, para lo cual la comunidad construyó una caseta de 5 metros de ancho por 10 metros de largo; y que frente a ello los miembros de las empresas de transporte referidas interpusieron demanda de hábeas corpus, la misma que fue declarada fundada en primera y segunda instancia por la supuesta afectación arbitraria del derecho a la



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 01126-2011-HC/TC

MADRE DE DIOS

JUANA GRISELDA PAYABA CACHIQUE

libertad de tránsito. No obstante, la demandante alega que no se tomó en cuenta que la decisión de la comunidad de restringir el libre tránsito era la decisión de una autoridad jurisdiccional indígena y que se fundaba en la necesidad de proteger su integridad colectiva.

Por consiguiente, de un lado alega que se viene amenazando su libertad individual al estar siendo investigada y perseguida penalmente de manera arbitraria e inconstitucional, por cuanto la decisión de controlar la intrusión de terceros que dañan la integridad territorial, física y biológica de los pueblos indígenas *Shipibo* y *Ese`Eja* se efectuó de conformidad con el artículo 149º de la Constitución, así como el artículo 18 del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo. De otro lado indica que se ha vulnerado su derecho a ejercer funciones jurisdiccionales como autoridad de la Comunidad Nativa Tres Islas, puesto que la Sala Superior Mixta y de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Madre de Dios ordenó la destrucción de la caseta e impide que la comunidad nativa regule y controle quiénes pueden ingresar a su territorio, vulnerando con ello la integridad territorial de su comunidad. Al respecto, aduce que conforme al artículo 89º de la Constitución, se reconoce el derecho a la identidad cultural de las comunidades campesinas y nativas y a su existencia legal, personería jurídica y autonomía dentro de la ley. Y que el artículo 149º de la Constitución reconoce que las autoridades campesinas y nativas pueden ejercer funciones jurisdiccionales de conformidad con el derecho consuetudinario, siempre que no violen los derechos fundamentales.

La Procuraduría del Poder Judicial solicita que la demanda sea rechazada, sosteniendo que la sentencia cuestionada ha sido motivada adecuadamente, no vulnerando derecho fundamental alguno.

El Segundo Juzgado de Investigación Preparatoria de Tambopata, con fecha 15 de noviembre de 2010, declaró la improcedencia liminar de la demanda, por considerar que el Ministerio Público, como órgano autónomo, no tiene facultades coercitivas para restringir o limitar la libertad, y que, por consiguiente, no tiene ninguna incidencia negativa en la libertad de las personas. La Sala de Apelaciones-Sede Central Puerto Maldonado, con fecha 27 de diciembre de 2010, declara nulo el rechazo liminar y ordena al Juez admitir a trámite la demanda y emitir una nueva resolución. El Segundo Juzgado de Investigación Preparatoria de Tambopata, con fecha 19 de enero de 2011, declara improcedente la demanda, por los mismos motivos ya expuestos.

La Sala Mixta y Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lima, con fecha 4 de febrero de 2011, emitió voto en mayoría suscrito por los magistrados Marrrou Garmes y Arcela Ynfante, que declaró improcedente la demanda de hábeas corpus por considerar que no puede acudir a la justicia constitucional con la finalidad de



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 01126-2011-HC/TC

MADRE DE DIOS

JUANA GRISELDA PAYABA CACHIQUE

reevaluarse los medios probatorios del proceso constitucional ya fenecido ni en la investigación penal en curso. Con fecha 8 de febrero de 2011 se emite el voto en discordia expedido por el juez superior Rodas Huamán, que estima que la demanda debe ser declarada infundada, argumentando que no se evidencia en el caso, que el proceso de hábeas corpus haya sido tramitado transgrediéndose el derecho a la tutela procesal efectiva.

FUNDAMENTOS

1. Delimitación del petitorio

1. Debe identificarse primeramente cuáles son los supuestos actos lesivos a fin de centrar el análisis que se llevará a cabo en la presente sentencia. Esta demanda de hábeas corpus tiene por finalidad anular la sentencia contenida en la Resolución N.º 8, de fecha 25 de agosto de 2010, del Expediente N.º 624-2010-0-2701-JR-PE-01 expedida por la Sala Mixta y Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Madre de Dios (fojas 45). De igual modo, solicita la suspensión de las investigaciones que la Policía Nacional del Perú (PNP) y el Ministerio Público vienen llevando a cabo en contra de la demandante.

2. Como ha sido indicado en la presente demanda, la comunidad nativa representada por la demandante decidió controlar la intrusión no autorizada de terceros que estarían vulnerando la integridad territorial, física y biológica de la comunidad nativa porque estarían realizando actividades de tala ilegal de árboles, minería informal y la prostitución informal. Por ello, dentro de su territorio, se construyó una garita y un cerco de madera en el camino vecinal Fitzcarrald-Teniente Acevedo-Diamante, que permite el acceso a su propiedad. La demandante argumenta que dicha decisión fue tomada por los dirigentes de la comunidad nativa en virtud del ejercicio de su función jurisdiccional, reconocido por el artículo 149º de la Constitución. De igual modo, la demandante alega que luego de la sentencia antes referida y que ahora se cuestiona, se inició una persecución en contra ella y contra los directivos de la comunidad que tomaron la decisión, atentando contra su libertad.

3. Este Tribunal observa que el elemento que genera el presente conflicto se ubica en la supuesta afectación del derecho a la propiedad del territorio de la comunidad nativa Tres Islas. En efecto, fue en virtud a la alegada protección de la integridad de su territorio por lo cual la comunidad nativa decidió controlar la intrusión no autorizada de terceros a su territorio comunal. Decisión que, a decir de la demandante, no habría sido respetada por la sentencia del Poder Judicial, a pesar de haber sido tomada en virtud del artículo 149º de la Constitución. Y como



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 01126-2011-HC/TC

MADRE DE DIOS

JUANA GRISELDA PAYABA CACHIQUE

consecuencia de ello, se habrían iniciado las investigaciones policiales y del Ministerio Público por delitos contra los medios de transporte, comunicación y otros servicios públicos, en la modalidad de entorpecimiento al funcionamiento de los servicios públicos.

4. No obstante lo alegado por la demandante y el proceso constitucional por medio del cual se solicitó la protección de los derechos fundamentales, lo que este Tribunal debe determinar, en primer lugar, es si es que existe vulneración del derecho de propiedad de la comunidad nativa, específicamente respecto de la propiedad de su territorio. Seguidamente se tendrá que determinar si es que el control de la intrusión al territorio comunal mediante la construcción de un cerco de madera y una caseta en el camino vecinal, es una materialización de la función jurisdiccional de las comunidades nativas y campesinas. Debe precisarse, en todo caso, que este Tribunal entiende que, en estricto, se trataría del ejercicio de la autonomía que tienen tales comunidades de conformidad con lo establecido en el artículo 89º de la Constitución. Así también lo ha expuesto la demandante, al afirmar que el derecho al propio sistema jurídico descansa en el derecho de los pueblos indígenas a gozar de su autonomía y autodeterminación. Como se apreciará más adelante, lo resuelto acerca de estas pretensiones tendrá una incidencia directa sobre la pretensión relativa a la amenaza de libertad que se ha invocado en la presente demanda, debiendo repercutir en las investigaciones del Ministerio Público y la PNP.

2. Consideraciones previas

2.1 Quebrantamiento de forma y necesidad de dilucidación de la controversia planteada

5. Si bien se advierte que la sentencia de hábeas corpus materia del recurso de agravio constitucional no cuenta con tres firmas en un mismo sentido, ello no implica que se tenga que declarar la nulidad de todo lo actuado. Así, este Tribunal ha establecido que frente a casos en donde urge la resolución a fin de evitar daños irreparables, es factible que se resuelva sobre el fondo a pesar de que la Sala no haya emitido pronunciamiento con tres firmas en un mismo sentido (STC 04053-2007-PHC/TC, fundamento 2).

6. Como se puede apreciar en el presente caso, a fojas 215-224 los vocales superiores Marrou Garmes y Arcela Ynfante determinaron la improcedencia de la demanda mientras que el vocal Rodas Huaman decidió declarar infundada la demanda. Sin embargo, como ya se advirtió, este Colegiado considera innecesario rehacer el procedimiento, habida cuenta de la necesidad de pronunciamiento inmediato, sustentada en las razones de urgente tutela que más adelante se exponen. Tal



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 01126-2011-HC/TC

MADRE DE DIOS

JUANA GRISELDA PAYABA CACHIQUE

proceder, por otra parte y como lo ha señalado en innumerables ocasiones este mismo Colegiado, se sustenta en la idea de no sacrificar el objetivo del proceso constitucional, por encima de aspectos esencialmente formales, tal como lo establece el Artículo III, párrafo tercero, del Código Procesal Constitucional.

2.2. Proceso de hábeas corpus y reconducción al amparo

7. La Constitución ha dispuesto en su artículo 200, inciso 1, que frente a la amenaza o vulneración de la libertad individual y los derechos conexos procede la interposición del hábeas corpus. Por su parte, el inciso 2, dispone que el amparo procede frente a amenazas o vulneraciones a los demás derechos reconocidos por la Constitución, con excepción del derecho al acceso a la información y a la autodeterminación informativa, que se tutelan por medio del hábeas data.
8. En el presente caso, la demandante alega que impedir la construcción de una caseta –ubicada dentro del territorio comunal– en un camino para poder controlar el ingreso de personas ajenas a la comunidad, vulnera la “integridad territorial, física y biológica de los pueblos *Shipibos* y *Ese’ija*.” Así, la demandante se ha referido en el escrito de la demanda a la vulneración de la “integridad del territorio”, y posteriormente ha hecho referencia al “domicilio territorial” o “domicilio comunal”. No obstante ello este Tribunal entiende que el derecho de propiedad no puede ser equiparado al de domicilio, domicilio territorial o inclusive de domicilio comunal. En tal sentido, puesto que el derecho de propiedad no tiene en este caso una vinculación inmediata o conexas con la libertad individual y de locomoción, debe ser tutelado mediante el proceso de amparo.
9. Así, este Colegiado considera pertinente en el presente caso recordar que ante situaciones en las que se advierta la falta de conexidad con la libertad, no solamente cabe la improcedencia de la demanda o su anulación a fin de que sea tramitada desde un principio como proceso de amparo. Es posible también que el Tribunal Constitucional reconvierta el proceso de hábeas corpus en uno de amparo, a fin de resolver el conflicto constitucional. Al respecto, este Colegiado, en uso de su autonomía procesal, ha previsto reglas para la reconversión de procesos de hábeas corpus a procesos de amparo [STC 05761-2009-PHC/TC, fundamento 27]. En tal sentencia se determinan los principios y límites para la conversión de los procesos constitucionales, que a saber son:
 - a) La conversión no es obligatoria para los jueces constitucionales de primera instancia, mas sí para los de segunda y última instancia.
 - b) La conversión deberá observar que el plazo de prescripción de la demanda no haya vencido.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 01126-2011-HC/TC

MADRE DE DIOS

JUANA GRISELDA PAYABA CACHIQUE

- c) La conversión deberá verificar la legitimidad para obrar del demandante.
- d) La conversión en ningún caso podrá variar el petitorio ni la fundamentación fáctica de la demanda.
- e) Ha de existir riesgo de irreparabilidad del derecho.
- f) La conversión deberá preservar el derecho de defensa del demandado.

10. a) *La conversión deberá observar que el plazo de prescripción de la demanda no haya vencido.* El artículo 44º del Código Procesal Constitucional prevé un plazo de 30 días hábiles para interponer la demanda de amparo contra una resolución judicial. De acuerdo con la jurisprudencia de este Tribunal, dicho plazo concluye 30 días hábiles después de la notificación de la resolución que ordena se cumpla lo decidido [STC 0252-2009-PA/TC, fundamento 13]. Mediante resolución del 1 de julio de 2011 (fojas 45 del cuadernillo del Tribunal Constitucional), este Tribunal ordenó al Juzgado de Investigación Preparatoria del Módulo Penal CPP-CSJMD/PJ que informe documentadamente sobre la ejecución de lo ordenado en la sentencia emitida en el proceso de hábeas corpus 00624-2010-0-2701-JR-PE-01 y, asimismo, se remita copia de los cargos de notificación de la resolución N.º 11, de fecha 21 de setiembre de 2010, que dispone la ejecución de la sentencia. Mediante oficio N.º 624-2010-0-1JIP-CSJMD-PJ/pcqh (fojas 794 del cuadernillo del Tribunal Constitucional), el referido juzgado dio respuesta a lo dispuesto por el Tribunal. De acuerdo con el informe que se acompaña al dicho oficio, la sentencia de hábeas corpus cuestionada se ejecutó el 23 de setiembre de 2010 (fojas 796), conforme al "Acta de ejecución de sentencia" obrante en fojas 812. En dicho informe se aprecia también una fotocopia incompleta de la Resolución N.º 11, de fecha 21 de setiembre de 2010 (fojas 814), así como la constancia de notificación de tal resolución firmada por Lucía Apaza Apaza, demandante en aquel caso (fojas 815). Sin embargo, no se aprecia notificación alguna a la ahora demandante de la resolución de "*cumplase lo decidido*", omisión que además ha sido alegada a lo largo del expediente por parte de la actora.

En tal sentido, al no acreditarse que la resolución que ordena "*cumplase lo decidido*" haya sido notificada a la ahora demandante, este Colegiado considera que la demanda ha sido planteada dentro del plazo estipulado en el artículo 44º del Código Procesal Constitucional, ya que la no notificación genera la continuidad de la vulneración, de acuerdo con la referida STC N.º 0252-2009-PA/TC.

1) La conversión deberá verificar la legitimidad para obrar del demandante. En el presente caso la misma persona que interpone la demanda, doña Juana Griselda Payaba Cachique, es la emplazada en el proceso de hábeas corpus, cuya sentencia ahora se cuestiona. Por tanto, este Colegiado entiende que en caso de producirse la conversión se estaría observando la regla de legitimidad para obrar activa.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 01126-2011-HC/TC

MADRE DE DIOS

JUANA GRISELDA PAYABA CACHIQUE

c) *La conversión en ningún momento podrá variar el petitorio ni la fundamentación fáctica de la demanda.* Como se aprecia, no existe mayor modificación respecto los actos cuestionados y las que provocan la lesión al derecho fundamental argumentadas por la demandante y que fueron explicadas en la demanda. Con ello el Tribunal no sustituye la labor de la demandante, sino que encausa, en virtud de su labor profiláctica, las interpretaciones constitucionales.

d) *Riesgo de irreparabilidad del derecho.* En el presente caso el cuestionamiento de la sentencia de hábeas corpus y de la investigación fiscal persiste en que se continúa afectando la propiedad de la Comunidad Nativa Tres Islas. Se aduce que la continua afectación al derecho a la propiedad y a la autonomía de la comunidad impactaría irremediabilmente en la vida y desarrollo de sus miembros. Así, no es solo cuestión de resolver aspecto relativos a la libertad de la demandante, sino de evitar que precisamente esta alegada afectación pueda extenderse hasta hacer inviable el modo de vida que tiene el pueblo indígena asentado en la zona. Frente a este peligro latente de irreparabilidad, es de apreciarse que se cumple también con esta condición.

e) *La conversión deberá preservar el derecho de defensa del demandado:* El juez constitucional habrá de ser muy escrupuloso en verificar si el demandado ejerció de modo sustancial su derecho de defensa, pues este Colegiado considera que en ningún caso se puede habilitar la tutela de un derecho fundamental si es que se está dejando desprotegido a otro de la misma clase. En el presente caso, tanto el procurador del Ministerio Público como el Poder Judicial han tomado conocimiento de la demanda, habiendo incluso informado oralmente a esta sede.

De otro lado, mediante Oficio N.º 5007-2011-MP-FN-2FPPCT-MDD (fojas 56 del cuadernillo del Tribunal Constitucional), el Fiscal de la Segunda Fiscalía Provincial Penal Corporativa de Tambopata informó a este Colegiado de las investigaciones abiertas en contra de la recurrente. Del mismo modo, el Juez Supernumerario del Primer Juzgado de Investigación Preparatoria de Tambopata, mediante Oficio N.º 00624-2010-0-1JIP-CSJMD-PJ/pcqh (fojas 794), también informó a este Tribunal sobre el hábeas corpus materia de demanda, por lo que se puede afirmar que tanto el Ministerio Público como el Poder Judicial han tomado conocimiento del proceso y han ejercido su derecho de defensa.

Asimismo, cabe señalar que mediante resolución de fecha 9 de noviembre de 2011, este Colegiado dispuso que se oficie a las empresas de transporte *Los Pioneros S.R.L.* y *Los Mineros S.A.C.* a fin de que tengan la oportunidad de ejercer su



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 01126-2011-HC/TC

MADRE DE DIOS

JUANA GRISELDA PAYABA CACHIQUE

derecho de defensa, en tanto que en el presente proceso constitucional se cuestiona la resolución que declaraba fundada la demanda de hábeas corpus a favor de los transportistas accionistas de estas empresas. Al respecto, si bien la sentencia de hábeas corpus cuestionada menciona como beneficiarios de dicha demanda a personas naturales, sin hacer referencia directa a las citadas empresas, en la demanda del presente proceso se precisa que los beneficiarios del hábeas corpus cuestionado son los accionistas de las citadas empresas, lo que ha sido confirmado en los escritos de absolución de los cargos presentados por las empresas *Los Pioneros S.R.L.* y *Los Mineros S.A.C.*, ambos de fecha 29 de diciembre de 2011. De este modo, habiéndose permitido ejercer su derecho de defensa a los emplazados como a quienes resultaron beneficiados con la sentencia de hábeas corpus cuestionada, la conversión al amparo de la presente demanda de hábeas corpus permitirá efectuar un control más adecuado de la resolución que declara fundada la demanda de hábeas corpus ahora cuestionada.

11. En suma, como se aprecia, se cumplen los requisitos impuestos por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional a fin de permitir la conversión del presente proceso de hábeas corpus en uno de amparo.

2.3. Amparo contra hábeas corpus

12. Debe considerarse también que este Tribunal ha establecido en la STC 01761-2008-PA/TC (fundamentos 29 y 30), que son procedentes las demandas de amparo contra sentencias de hábeas corpus. En efecto, se observa del expediente que se está cuestionando una sentencia de hábeas corpus estimatoria en procura de tutelar los derechos fundamentales de la demandante y los integrantes de la Comunidad Nativa Tres Islas, siendo esta la primera vez que tal hábeas corpus viene siendo cuestionado.

2.4. Constitución, multiculturalismo y realidad social

13. El multiculturalismo puede ser comprendido de dos maneras: como la descripción u observación de determinada realidad social, y también como una política de Estado que en base al reconocimiento de tal realidad, pretende reconocer derechos especiales a minorías estructuradas e identificadas en torno a elementos culturales. Este Tribunal ha dicho que “la Constitución de 1993 ha reconocido a la persona humana como miembro de un Estado multicultural y poliétnico; de ahí que no desconozca la existencia de pueblos y culturas originarios y ancestrales del Perú” [STC 0042-2004-AI/TC, fundamento 1]. Tal reconocimiento constitucional no es una mera declaración formal de principios sin consecuencias tangibles; por el contrario, implica un cambio relevante en la propia noción del Estado y la sociedad.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 01126-2011-HC/TC

MADRE DE DIOS

JUANA GRISELDA PAYABA CACHIQUE

Así, la inclusión de la perspectiva multicultural (o intercultural) en la Constitución, implica un giro copernicano en el concepto de Nación y, por consiguiente, de la identidad nacional.

14. Desde la perspectiva multicultural, la idea de una nación conformada por una única y exclusiva cultura homogénea debe de repensarse. Lo multicultural implica la aceptación de distintas culturas, manifestaciones culturales y distintas actitudes de ser y entender lo que es ser peruano, del desarrollo de la libre personalidad, de la visión comunitaria de las costumbres que provienen de la experiencia histórica, religiosa y étnica; y que informa a su manera y en su singularidad peculiar la identidad nacional en todas sus variantes. Este Colegiado ha indicado que la cláusula constitucional de igualdad [artículo 2, inciso 2 de la Constitución], contiene un reconocimiento implícito de *tolerancia a la diversidad* como valor inherente al texto fundamental y como una aspiración de la sociedad peruana [STC 0022-2009-PI/TC, fund. 3]. La *tolerancia a la diversidad* contempla también diferentes formas de aceptar concepciones de justicia y de respetar el ejercicio del poder contramayoritario, siempre que no contravengan directamente derechos fundamentales y los fines esenciales del Estado.

15. Debe considerarse también que el reconocimiento de otras culturas o identidades no debe ser confundido con políticas de asimilación. El concepto de asimilación está construido sobre percepciones que observan que otras culturas minoritarias son “menos avanzadas”, y como consecuencia de ello estarían irremediabilmente destinadas a perder su identidad en un proceso de “superación cultural”, al ser absorbidas por la sociedad dominante. Por el contrario, una visión que pretenda la integración considerando las diferencias culturales o que plantee estrategias de tolerancia por ciudadanías diferenciadas, es más respetuosa de las realidades e identidad cultural y étnica de los pueblos indígenas. La premisa de la que se parte es que deben dejarse atrás perspectivas que situaban a los pueblos indígenas como culturas de menor desarrollo y valía y pasar a reconocerlas como iguales, con el mismo valor y legitimidad que la llamada cultura dominante. Ello es un proceso que requerirá un cambio progresivo de las instituciones democráticas del Estado y la sociedad.

16. Es por ello que el constituyente ha expresado [lo que ya fue resaltado en la STC 0022-2009-PI/TC, fundamento 4], en el artículo 2º, inciso 19 de la Constitución, el derecho a la identidad étnica y cultural, y el artículo 48º que, además del castellano, también son idiomas oficiales el quechua, el aimara y las demás lenguas aborígenes en las zonas donde predominen. Por su parte, el artículo 89º, reconoce la autonomía organizativa, económica y administrativa a las comunidades nativas, así como la libre disposición de sus tierras, las que no son materia de prescripción, reiterándose



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 01126-2011-HC/TC

MADRE DE DIOS

JUANA GRISELDA PAYABA CACHIQUE

de igual forma la obligación del Estado de respetar su identidad cultural. A su vez, el artículo 149º permite que las comunidades nativas y campesinas puedan aplicar su derecho consuetudinario, ejercitando funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, siempre que no vulneren derechos fundamentales. Es relevante mencionar también que el artículo 191º de la Constitución prescribe que la ley establecerá porcentajes mínimos para hacer accesible la representación de género, comunidades campesinas y nativas, y pueblos originarios en los consejos regionales y concejos municipales. Con ello, los pueblos indígenas han sido proveídos de herramientas legales cuyo objeto es proteger su existencia y su cosmovisión. De esta manera se reconoce el respeto a la diversidad y el pluralismo cultural, lo que tendrá que efectuarse siempre dentro del marco de respeto a los derechos fundamentales, el diálogo intercultural, los principios constitucionales y los valores superiores que la Constitución incorpora, tales como la dignidad de la persona, los principios de soberanía del pueblo, el Estado democrático de Derecho y la forma republicana de gobierno.

17. Y si bien resulta ya evidente afirmar que tales derechos y prerrogativas no pueden ser dejados de lado o desnaturalizados por los poderes constituidos, debe tomarse en cuenta que las tensiones y distancia entre la normativa y la realidad son parte de la dinámica social y del fenómeno jurídico. Es, pues, deber del Estado, en su función implementadora del ordenamiento jurídico, resolver estas tensiones e integrar la normativa en la realidad, a fin de que las consecuencias deseadas por las leyes y reglamentos tengan un impacto efectivo en la vida de los ciudadanos. La labor de los jueces del Poder Judicial, en general, y en particular el Tribunal Constitucional, en su calidad de supremo intérprete de la Constitución, adquiere una dimensión relevante en la tarea de cubrir los vacíos existentes entre las normas y la realidad. Con mayor énfasis si se contempla la función supervisora que tienen los jueces constitucionales sobre la actividad de la Administración cuando se alegue la vulneración de derechos fundamentales. Y es que es la Administración la que aplica, en un primer momento, el ordenamiento jurídico en su función administrativa.

18. Así, debe resaltarse que uno de los elementos característicos del fenómeno multicultural en nuestro medio es que se reconoce y ensalza lo multicultural de hecho, pero no se implementan o se protegen eficazmente las políticas y derechos de naturaleza multicultural. Basta poner el ejemplo de lo ocurrido con el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo [en adelante Convenio 169] sobre el cual el Tribunal emitió la STC 05427-2009-PC/TC, en la que se hizo referencia a la inconstitucionalidad indirecta por omisión por parte del Ministerio de Energía y Minas al no haber reglamentado el referido convenio. O por el solo hecho de que tal convenio internacional no haya sido implementado en nuestro ordenamiento



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 01126-2011-HC/TC

MADRE DE DIOS

JUANA GRISELDA PAYABA CACHIQUE

jurídico sino luego de más de 15 años desde su aprobación.

19. Es por ello que el Tribunal debe estar atento al referido contexto a fin de repensar categorías jurídicas y derechos desde la perspectiva multicultural, considerando además lo complejo de la implementación de normas multiculturales específicas, en procura de maximizar garantías que sostengan una sociedad plural y respetuosa de las diferencias. Específicamente para el caso de los pueblos indígenas, estos no solo legitiman sus derechos especiales en virtud de la distinción cultural, sino también por elementos históricos. En efecto, los pueblos indígenas u originarios, existentes desde antes de la creación del virreinato del Perú y de la República del Perú, ejercían hasta ese momento soberanía sobre sus territorios [artículo 1b) del Convenio 169]. Esto implica la autonomía en la toma de decisiones políticas de tal comunidad, incluyendo además la aplicación de sus costumbres jurídicas a fin de resolver conflictos sociales surgidos dentro de la comunidad. Pero esta realidad varió considerablemente con el proceso de conquista y de creación y expansión del Estado peruano, que decidió obviar toda diferenciación cultural a fin de iniciar la construcción de una sola identidad nacional.

2.5. La garantía de la propiedad sobre la tierra de las comunidades nativas y campesinas

20. En la STC 0005-2006-PI/TC (fundamento 40), este Tribunal ha reiterado que el derecho de propiedad es concebido como el poder jurídico que permite a una persona usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien. Así, la persona propietaria podrá servirse directamente de su bien, percibir sus frutos y sus productos, y darle destino y condición conveniente a sus intereses, siempre que ejerza tales actividades en armonía con el bien común y dentro de los límites establecidos por la ley; e incluso podrá recuperarlo si alguien se ha apoderado de él sin derecho alguno. "Constitucionalmente, el derecho a la propiedad se encuentra reconocido no sólo como un derecho subjetivo, conforme a los incisos 8) y 16) del artículo 2º, sino también como una garantía institucional, conforme lo dispone el artículo 70º, según el cual el Estado garantiza su inviolabilidad". Pero, además, la Constitución reconoce su artículo 88º el derecho de propiedad sobre la tierra en forma privada o comunal.

En la misma sentencia se ha indicado que en el "ámbito civil, el derecho de propiedad confiere a su titular cuatro atributos respecto del bien: usar, disfrutar, disponer y reivindicar, cada uno de los cuales permite un ejercicio pleno de este derecho. Asimismo, la doctrina civil analiza los caracteres de la propiedad, en tanto que es un derecho real, absoluto, exclusivo y perpetuo. Así, **es un derecho real** por excelencia, porque establece una relación directa entre el titular y el bien,



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 01126-2011-HC/TC

MADRE DE DIOS

JUANA GRISELDA PAYABA CACHIQUE

ejercitando el propietario sus atributos sin intervención de otra persona. Además, la propiedad es *erga omnes*, esto es, se ejercita contra todos, cualidad denominada “oponibilidad”. **Es un derecho absoluto** porque confiere al titular todas las facultades sobre el bien: usa, disfruta y dispone. **Es exclusivo**, porque descarta todo otro derecho sobre el bien, salvo que el propietario lo autorice. Y **es perpetuo**, pues no se extingue por el solo uso”.

21. Pero esta visión civilista de la propiedad debe ser recompuesta desde una mirada multicultural, esto es, tomando en cuenta aspectos culturales propios para el caso de los pueblos indígenas. Así, este Tribunal ya ha establecido en anteriores sentencias la relevancia que las tierras tienen para los pueblos indígenas. En efecto, en la STC 0022-2009-PI/TC, este Colegiado recogió e hizo suyos los criterios establecidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Yakye Axa vs Paraguay*. Específicamente en lo concerniente al vínculo espiritual de las comunidades para con sus territorios. En efecto, en dicho caso la Corte Interamericana estableció que “la estrecha vinculación de los pueblos indígenas sobre sus territorios tradicionales y los recursos naturales ligados a su cultura que ahí se encuentren, así como los elementos incorporeales que se desprendan de ellos, deben ser salvaguardados por el artículo 21 [derecho a la propiedad privada] de la Convención Americana” [fundamento 137 del caso *Yakye Axa vs Paraguay*].

22. Y si bien la Constitución hace referencia a la protección de las tierras de las comunidades campesinas y nativas [artículo 88º y 89º de la Constitución], sin recoger el concepto de “territorio” de forma expresa, el Convenio 169 establece en su artículo 13º que la utilización del término “tierras” debe incluir el concepto de “territorios”. La diferencia entre el concepto de tierra y territorio radica en que el primero se encuentra dentro de una dimensión civil o patrimonial, mientras que el segundo tiene una vocación política de autogobierno y autonomía. Así, esta dimensión política del término territorio se ajusta a la realidad de los pueblos indígenas, que descienden de las poblaciones que habitaban lo que ahora es el territorio de la República del Perú. Pero que, no obstante, luego de haber sido víctimas de conquista y colonización, mantienen sus instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o partes de ellas.

23. Por consiguiente, el reconocimiento de tales pueblos indígenas, con sus costumbres propias, sus formas de creación de derecho y de aplicación del mismo, traspasan la dimensión de una mera asociación civil. Su visión se asienta sobre una dimensión política, establecida en última instancia en el derecho a la autodeterminación de los pueblos indígenas [artículos 3º y 4º de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas-DNUDPI]. Ello no implica, desde luego, proponer o incentivar la desintegración del Estado o propiciar demandas



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 01126-2011-HC/TC

MADRE DE DIOS

JUANA GRISELDA PAYABA CACHIQUE

separatistas; por el contrario, ha sido una tendencia estable en el derecho y la doctrina internacional conceptualizar el derecho a la autodeterminación de los pueblos indígenas sin el elemento separatista o secesionista. El objetivo es más bien el respeto de su autonomía para definir sus propios destinos, así como su idea y proyecto de desarrollo. Por lo tanto, el propio artículo 46º del DNUDPI establece específicamente una limitación -como todo derecho lo tiene- al derecho de autodeterminación indígena, explicitándose que nada de lo establecido en la declaración “autoriza o fomenta acción alguna encaminada a quebrantar o menoscabar, total o parcialmente, la integridad territorial o la unidad política de Estados soberanos e independientes”.

24. De igual forma, en virtud de los principios interpretativos de unidad de la Constitución y de concordancia práctica [STC 05854-2005-PA/TC, fundamento 12], la Constitución debe estar orientada a ser considerada como un “todo” armónico en donde “toda aparente tensión entre las propias disposiciones constitucionales debe ser resuelta “optimizando” su interpretación, es decir, sin “sacrificar” ninguno de los valores, derechos o principios concernidos, y teniendo presente que, en última instancia, todo precepto constitucional (...)”. Es por ello que lo referido al territorio indígena no puede ser interpretado sin considerar que el Estado peruano es uno e indivisible [artículo 43º de la Constitución].

25. De otro lado, el artículo 18º del Convenio 169 establece que: “La ley deberá prever sanciones apropiadas contra toda intrusión no autorizada en las tierras de los pueblos interesados o todo uso no autorizado de las mismas por personas ajenas a ellos, y los gobiernos deberán tomar medidas para impedir tales infracciones.” En efecto, la Constitución establece una garantía expresa sobre la propiedad de la tierra en forma comunal o cualquier otra forma asociativa [artículo 88]. Y además prescribe en el artículo 89º que las comunidades campesinas y nativas deciden sobre el uso y la libre disposición de sus tierras, desprendiéndose de ello la facultad para decidir quiénes ingresan a sus territorios. Así, tales herramientas legales permiten ejercer su derecho a la propiedad de su territorio. En tal sentido, resulta claro que las comunidades nativas y campesinas tiene el legítimo derecho de, en virtud del derecho a la propiedad, controlar intrusiones a su propiedad. Cabe precisar, no obstante, que tal derecho de propiedad, como cualquier otro derecho en el marco del Estado Democrático y Social de Derecho, se encuentra limitado por otros bienes constitucionales, como lo son los establecidos en los artículos 66º, 67º, 70º y 72º, entre otros.

26. Se advierte entonces que la propiedad del territorio comunal se encuentra también limitada, por lo que no pueden ignorarse cláusulas constitucionales como las precisadas. Las tensiones sobre tales límites tendrán que ser resueltas desde el



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 01126-2011-HC/TC

MADRE DE DIOS

JUANA GRISELDA PAYABA CACHIQUE

desarrollo del dialogo institucional. En la siguiente sección se analizará si es que se viene vulnerando el derecho a la propiedad de la Comunidad Nativa Tres Islas, lo cual será determinado sobre las consideraciones de los artículos 2º.16, 88º y 89º de la Constitución.

3. Sobre la afectación del derecho de propiedad del territorio indígena

a) Argumentos de la demandante

27. La demandante alega que la sentencia de hábeas corpus cuestionada permite que terceros extraños a la comunidad ingresen al territorio comunal sin autorización alguna. Argumenta que, de acuerdo con el Informe N.º 226-2011-MTC/14.07, de fecha 30 de junio de 2011, emitido por el Director de Caminos del Ministerio de Transportes y Comunicaciones, la ruta vecinal o rural MD-561 no atravesaría la Comunidad Nativa de Tres Islas (fojas 1047 del Cuadernillo del Tribunal Constitucional). De igual manera, indica que si bien las empresas de Transportes *Los Pioneros S.R.L.* contaba con autorización para transitar por tal camino, otorgado por la Municipalidad Provincial de Tambopata, esta era una autorización provisional de 60 días vigentes a partir de 15 de setiembre de 2006 (fojas 1052), por lo que ya habría expirado. Pero más aún, se aprecia a fojas 1050 que el Jefe de Control Patrimonial de la Municipalidad Provincial de Tambopata afirma que la autorización provisional referida no fue suscrita o firmada por quien ejercía la función de Sub-Gerente de Seguridad Vial y Tránsito en esa época, por lo que tales permisos serían fraudulentos. Además a tenor del Oficio N.º 0140-2010-MPT-GSC-SGSV y T, de fecha 22 de noviembre de 2010, la Sub-gerente Seguridad Vial y Tránsito, refiere que las empresas referidas no cuentan con resolución de ampliación de ruta. Por último, indica que conforme al Certificado Compendioso del Registro de Propiedad Inmueble emitido por la Oficina de Registros Públicos, Zona Registral Madre de Dios, no aparece inscrito registro de servidumbre de paso sobre el lote de terreno rural denominado Tres Islas. Por lo tanto, la demandante sostiene que no existe derecho alguno que permita a terceros a la comunidad ingresar a su territorio sin su consentimiento, por lo que se estaría vulnerando el derecho a la integridad territorial de la Comunidad nativa Tres Islas.

b) Argumentos del Procurador Público del Poder Judicial

28. El procurador del Poder Judicial (fojas 201 del expediente) alega que la sentencia contra la cual se interpone la demanda se hizo con pleno respeto de los derechos fundamentales de los demandantes. Alega que no se puede determinar una vulneración de la tutela judicial efectiva.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 01126-2011-HC/TC

MADRE DE DIOS

JUANA GRISELDA PAYABA CACHIQUE

c) Argumentos del señor Edgardo Salomón Jiménez Jara (Juez ponente de la sentencia de la Sala Superior Mixta y de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Madre de Dios)

29. Con fecha 9 de febrero de 2012, don Edgardo Salomón Jiménez Jara, quien suscribió en calidad de Juez ponente la sentencia cuestionada en este proceso, presentó documentación a este Tribunal. Así, ha adjuntado copia simple de la Resolución Gerencial General Regional N.º 069-2010-GOREMAD/GGR, de fecha 4 de mayo de 2010, que aprueba el expediente técnico de la obra de mantenimiento del camino vecinal Fitzcarrald-Teniente Acevedo-Diamante.

d) Argumentos de las empresas de transportes los *Pioneros S.R.L.* y transportes *Los Mineros S.A.C.*

30. Con fecha 29 de diciembre 2011, la empresa de transporte *Los Pioneros S.R.L.* sostiene que la demandada nunca interpuso recurso de agravio constitucional contra la sentencia ahora cuestionada, y que pretender anular la sentencia del Expediente N.º 00624-2010-0-2701-JR-PE-01 constituye un imposible jurídico. Agrega, además, que en el referido expediente se adjuntó el Informe N.º 024-98-DRTCVC-MDD-DC, de fecha 9 de setiembre de 1998, de la Dirección Regional de Transportes, Comunicaciones, Vivienda y Construcción, CTAR-Madre de Dios, Dirección de Caminos, con lo que se justifica técnicamente la construcción de la carretera "Fitzcarrald-Teniente Acevedo-Diamante".

31. Explica que la carretera "Fitzcarrald-Teniente Acevedo-Diamante" es una carretera de penetración que da acceso a varias comunidades de la zona, tales como la comunidad no nativa de Fitzcarrald, a la comunidad no nativa de Teniente Acevedo, la Comunidad no nativa y minera de Diamante y a la comunidad nativa de San Jacinto. Agrega que a pesar de contar con autorización para transitar por dicha vía, doña Juana Griselda Payaba Cachique obstruyó el paso por tal camino vecinal con la intención de cobrar un peaje ilegal, ante lo cual se interpuso demanda de hábeas corpus. La empresa de transportes *Los Mineros S.A.C.* expone los mismos argumentos recién expuestos.

e) Consideraciones del Tribunal Constitucional

32. Obra a fojas 2 del expediente el título de propiedad N.º 538, emitido por el Ministerio de Agricultura, por el cual se aprueba la demarcación del territorio ocupado por la Comunidad Nativa Tres Islas. En el presente caso se ha acreditado, a fojas 1047, que el Ministerio de Transportes y Comunicaciones ha indicado que la ruta vecinal o rural MD-561 no cruza o pasa por el territorio de la Comunidad



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 01126-2011-HC/TC

MADRE DE DIOS

JUANA GRISELDA PAYABA CACHIQUE

Nativa Tres Islas. De igual forma, el documento de Provías Descentralizado, de fecha 10 de agosto de 2010, a fojas 283 del cuadernillo del Tribunal Constitucional, refiere que tal ruta vecinal no ha sido elaborada por la entidad. De otro lado, se observa que no existe documento alguno mediante el cual se acredite que tal camino es una servidumbre. Por el contrario, la demandante ha presentado documentación emitida por la Oficina de Registros Públicos, Zona Registral Madre de Dios, en donde se indica que no aparece inscrito registro servidumbre de paso sobre el lote de terreno rural denominado Tres Islas.

33. El Juez ponente de la sentencia de la Sala Mixta y de Apelaciones de la Corte de Justicia de Madre de Dios (señor Edgardo Salomón Jiménez Jara), ha acompañado copias simples de la Resolución de Gerencia General Regional N.º 069-2010-GOEMAD/GGR, sobre la aprobación de obra de mantenimiento del camino vecinal denominado "Fitzcarrlad-Teniente Acevedo-Diamante". Sin embargo, no argumenta nada en base a tal documento. Este Tribunal recuerda que es obligación de las partes presentar las argumentaciones e interpretaciones que coadyuvan a este Colegiado a resolver las causas, lo que no ha ocurrido en esta ocasión. No obstante, respecto a dicha documentación, es relevante indicar que no se aprecia referencia alguna en la que se identifique que tal camino pasará por las tierras de la Comunidad Nativa Tres Islas o que se ha iniciado un proceso de expropiación o inclusive que se hayan programado mecanismos de consulta respecto de dicho proyecto. Es decir, no se establece referencia alguna a la naturaleza del camino ni al derecho de propiedad de la comunidad en cuestión.

34. Por lo expuesto, este Tribunal entiende que se ha acreditado la vulneración del derecho a la propiedad del territorio de la Comunidad Nativa Tres Islas, al haberse permitido a las empresas de transporte ingresar al territorio de tal comunidad, sin que medie título legítimo que así lo autorice. Y es que si bien es cierto que la libertad de tránsito es un derecho fundamental, también lo es que está sometida a ciertos límites, como lo es no invadir tierras ajenas sin consentimiento de los propietarios.

35. En este caso, se observa que la sentencia cuestionada no toma en cuenta el derecho de propiedad de la comunidad nativa amparada por los artículos 2º.16, 88º y 89 de la Constitución, centrándose tan solo en la libertad de tránsito invocada por los demandantes. Igualmente, indica que tal vía no podría ser cerrada ya que afectaría un interés mayor, como lo sería el tránsito por determinadas áreas. Si bien en dicha sentencia se explicita que la mencionada vía se encuentra dentro del "ambiente de propiedad o posesión de la comunidad nativa Tres Islas", la Sala determina que dicho camino es una "vía privada pero de acceso público, ya que la misma tiene larga data en su uso como tal, que no ha sido materia de cuestionamiento (...) y no



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 01126-2011-HC/TC

MADRE DE DIOS

JUANA GRISELDA PAYABA CACHIQUE

se trata de un área en la cual una persona en particular como poseionaria o propietaria del mismo haya construido dicho cerco de madera en medio de dicho camino en salvaguarda de su posesión y propiedad”. Esta afirmación no hace sino poner en evidencia la flagrante vulneración de la propiedad comunal.

36. Así, tales fundamentos no resultan constitucionalmente legítimos para sostener la decisión cuestionada. En efecto, no basta con argumentar que el cierre de tal camino afecta un interés de naturaleza colectiva, como lo es el desplazamiento de personas, cuando de otro lado existe otros derechos o intereses igualmente legítimos. Más aún cuando existen títulos que acreditan la propiedad de tal territorio, los mismos que no han sido negados o cuestionados en ningún momento por los demandados. Por consiguiente, se acredita que se ha vulnerado el derecho a la propiedad del territorio indígena de la Comunidad Nativa Tres Islas. En tal sentido, la comunidad nativa tiene el legítimo derecho de hacer uso de su derecho a la propiedad y determinar quiénes pueden ingresar a su propiedad, y quiénes no.

4. Sobre la afectación de la autonomía comunal

a) Argumentos de la demandante

37. La demandante indica que en virtud de la autonomía comunal reconocida por el artículo 89º y materializada en el artículo 149º de la Constitución, la comunidad tiene derecho de organizarse y tomar las medidas que estimen más pertinentes para la protección de sus intereses y derechos, lo que en este caso se manifiesta en la capacidad de controlar quiénes ingresan a su territorio. No obstante, mediante la sentencia que ahora se cuestiona se ordenó la destrucción de la caseta y el cerco de madera que permitía realizar tal control. Alega que la sentencia cuestionada vulnera su autonomía comunal, facultad constitucional otorgada a las comunidades campesinas y nativas.

b) Argumentos del Procurador Público del Poder Judicial

38. El procurador del Poder Judicial (fojas 201) alega que la sentencia contra la cual se interpone la demanda se emitió con pleno respeto de los derechos fundamentales. Aduce que no se puede determinar una vulneración de la tutela judicial efectiva.

c) Argumentos de las empresas de transportes *Los Pioneros S.R.L.* y *Los Mineros S.A.C.*

39. En sus escritos de fecha 29 de diciembre de 2009, las empresas transportistas no han presentado argumentos específicos sobre la función jurisdiccional ejercida por



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 01126-2011-HC/TC

MADRE DE DIOS

JUANA GRISELDA PAYABA CACHIQUE

la Comunidad Nativa Tres Islas; tan solo se limitaron a argumentar, de manera comprensiva, que el impedimento de transitar por el camino carrozable vulneraba el derecho a la libertad de tránsito de los vehículos de la empresa.

d) Consideraciones del Tribunal Constitucional

40. En la STC 0023-2003-AI/TC (fundamento 11) este Tribunal Constitucional explicó que la “función jurisdiccional debe entenderse como aquel fin primario del Estado consistente en dirimir los conflictos interindividuales.” Por su parte, el artículo 149º de la Constitución reconoce el ejercicio de la función jurisdiccional a las comunidades campesinas y nativas, indicando que se trata de una jurisdicción especial, la cual se ejerce dentro de su ámbito territorial y con el límite de no vulnerar derechos fundamentales de la persona.
41. En tal sentido, este Tribunal entiende que la finalidad de la función jurisdiccional comunal o indígena es la de resolver conflictos interpersonales sobre la base del derecho consuetudinario. En el caso que ahora toca revisar se está más bien frente a una determinación no jurisdiccional de la comunidad nativa. En efecto, la Comunidad Nativa Tres Islas, mediante sus representantes, no resolvió un conflicto interpersonal, sino que plasmó una medida sobre el “uso y la libre disposición de sus tierras”, en virtud de la autonomía reconocida por el artículo 89 de la Constitución.
42. Como ya se estableció, la función jurisdiccional reconocida a las comunidades campesinas y nativas es una manifestación de la autonomía reconocida a tales las comunidades, pero, y esto debe resaltarse, no es la única. Por el contrario, existen otras formas en que esta autonomía es manifestada, como por ejemplo la manera en que usan o disponen de sus tierras, lo que incluye la determinación de quiénes ingresan al territorio de la comunidad. Como ya se ha anotado, esta protección a la propiedad de la tierra comunal permite el desarrollo de la identidad cultural de las comunidades nativas y campesinas, puesto que brinda un espacio material indispensable para el sostenimiento de la comunidad.
43. En la sentencia materia de la presente demanda se expresa que la decisión comunal se sobrepone al interés colectivo de quienes transitan por tal camino. Tal afirmación es realizada sin tomar en consideración la propia naturaleza de la autonomía comunal. En efecto, el artículo 7º del Convenio 169 establece que “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



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 01126-2011-HC/TC

MADRE DE DIOS

JUANA GRISELDA PAYABA CACHIQUE

económico, social y cultural” (subrayado agregado). Ello, desde luego, puede verse materializado a través del ejercicio de su autonomía. Por su parte, el artículo 89º de la Constitución preceptúa que las comunidades nativas pueden disponer y hacer uso de sus territorios. En tal sentido, al no haberse permitido ejercer su derecho a controlar el ingreso de terceros a su comunidad, este Colegiado estima que el ámbito de autonomía de la Comunidad Nativa Tres Islas ha sido vulnerando.

44. Al respecto, debe tomarse en cuenta que la autonomía de las comunidades nativas y campesinas debe ser ejercida dentro del marco constitucional y legal, siempre que no se desnaturalice la esencia del derecho. En este caso, la comunidad nativa no ha afectado disposiciones legales ni administrativas. Por el contrario, la construcción de la caseta y del cerco de madera fue decisión legítima tomada en virtud de su autonomía comunal, reconocida por el artículo 89º de la Constitución. En tal sentido, al ser tal medida el ejercicio de un derecho constitucionalmente protegido, no podrían generarse consecuencias lesivas a tal actividad, de lo contrario se estaría vaciando de contenido la esencia de tales cláusulas constitucionales.
45. Así pues, debe considerarse que esta autonomía no implica que las autoridades estatales no puedan, en el ejercicio de sus funciones fiscalizadoras, ingresar, a fin de cumplir tales labores. Pero tal intromisión en el territorio indígena tendrá que ser debidamente justificada por la autoridad administrativa. De igual forma, este Tribunal estima importante enfatizar que, en virtud del Convenio 169 y la Ley N.º 29785, el Estado está obligado a consultar previamente a los pueblos indígenas aquellos actos administrativos o legislativos que pudieran afectarles directamente.

5. Sobre las consecuencias del ejercicio de protección del territorio comunal y la autonomía comunal

46. La demandante ha expresado que en virtud a la sentencia cuestionada se le ha iniciado una serie de investigaciones a nivel de la PNP y del Ministerio Público. Este Tribunal, atendiendo a los argumentos expuestos por la demandante, los fundamentos expuestos en la presente demanda y en virtud del *principio de corrección funcional* [STC 05854-2005-PA/TC, fundamento 12, c)], estima necesario notificar a las autoridades pertinentes a fin de que resuelvan tales investigaciones, tomando en cuenta las consideraciones expuestas en esta sentencia.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 01126-2011-HC/TC

MADRE DE DIOS

JUANA GRISELDA PAYABA CACHIQUE

HA RESUELTO

1. Declarar **FUNDADA** la demanda de autos en lo que respecta a la afectación del derecho a la propiedad de la tierra comunal y del derecho a la autonomía comunal de la Comunidad Nativa Tres Islas. En consecuencia, **NULA** la Resolución N.º 8, de fecha 25 de agosto de 2010, derivada del Expediente N.º 00624-2010-0-2701-JR-PE-01, expedida por la Sala Mixta y Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Madre de Dios.
2. **ORDENA** a la Sala Mixta y Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Madre de Dios emita una nueva Resolución conforme a los fundamentos de la presente sentencia.
3. **ORDENA** que cesen los actos de violación del territorio de la propiedad comunal y de autonomía de la Comunidad Nativa Tres Islas vinculados a este caso.

Publíquese y notifíquese.

SS.

ÁLVAREZ MIRANDA
URVIOLA HANI
VERGARA GOTELLI
MESÍA RAMÍREZ
BEAUMONT CALLIRGOS
CALLE HAYEN
ETO CRUZ

Lo que certifico:


VICTOR ANDRÉS ALZAMORA CARDENAS
SECRETARIO RELATOR



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 01126-2011-PHC/TC
MADRE DE DIOS
JUANA GRISELDA PAYABA CACHIQUE

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO MESÍA RAMÍREZ

1. En la sentencia, el Tribunal reconduce la demanda de hábeas corpus para resolverla como una de amparo, pues considera que los hechos alegados no evidencian que el derecho a la libertad se encuentre vulnerado. Este razonamiento me parece incorrecto, pues denota un desconocimiento del contenido del derecho a la libertad y de la jurisprudencia de la Corte IDH. En efecto, en el Caso *Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador*, se subrayó que la libertad es “la capacidad de hacer y no hacer todo lo que esté lícitamente permitido”, es decir, constituye “el derecho de toda persona de organizar, con arreglo a la ley, su vida individual y social conforme a sus propias opciones y convicciones”.

Además, la sentencia demuestra un error de comprensión sobre el contenido normativo del art. 200.1 de la Constitución, en tanto que prescribe que el proceso de hábeas corpus procede cuando se “vulnera o amenaza la libertad individual” (subrayado agregado). Es evidente que la Constitución no habla de libertad física (como pretende hacer entender la sentencia), sino de libertad individual. En consecuencia, el hábeas corpus tiene un ámbito de protección que va más allá de la libertad corpórea. A ello cabe agregar que en el hábeas corpus preventivo no existe acto que vulnere el derecho a la libertad, sino una amenaza cierta e inminente de que ello va a suceder. Lo mismo sucede en el hábeas corpus restringido, que tiene por objeto tutelar el derecho a la libertad cuando es objeto de molestias, obstáculos, perturbaciones o incomodidades.

2. En el presente caso, la demandante alega que está “siendo arbitrariamente investigada y perseguida penalmente” por la División de Seguridad del Estado de la PNP, la Segunda Fiscalía Penal de Tampobata y la Sala Mixta y Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Madre de Dios, por “hechos que no configuran delito”. Refiere que la investigación penal se inició porque la Comunidad Nativa Tres Islas decidió construir un cerco y una caseta para controlar el ingreso a su territorio; que este hecho fue denunciado por dos empresas de transporte, aduciendo la comisión del delito de obstrucción a la libertad de tránsito; que las dos empresas de transporte interpusieron una demanda de hábeas corpus por afectación de su derecho a la libertad de tránsito, aduciendo que la construcción del cerco y de la caseta era el acto lesivo; y que en primera y segunda instancia se estimó la demanda de hábeas corpus, mientras que en su etapa de ejecución de la sentencia se dispuso el retiro del cerco y de la caseta mencionada.

Los alegatos referidos evidencian que la demanda no solo busca el cese de la amenaza de violación del derecho a la libertad de la demandante, sino también la tutela del



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

derecho a la libertad de la Comunidad Nativa Tres Islas, pues el tramo por donde transitan las dos empresas de transporte que le interpusieron una demanda de hábeas corpus forma parte de su propiedad.

En buena cuenta, por aplicación del principio *iura novit curia*, considero que la demanda de autos busca que se declare la nulidad de las sentencias de hábeas corpus que estimaron la demanda de las dos empresas de transporte y que se ordene que las investigaciones fiscales originadas por dichas sentencias concluyan. Este último extremo a pesar de haber sido alegado en la demanda, no es analizado en la sentencia. Se trata de un hábeas corpus mixto: preventivo correctivo.

3. Planteada así la cuestión, estimo pertinente señalar que con la Resolución N° 087/MA-DSRA-MD-RI, de fecha 24 de junio de 1994, obrante a fojas 2, se acredita que a la Comunidad Nativa Tres Islas se le otorgó título de propiedad por una extensión superficial de 31,423 Has. 71 m². En la mencionada resolución se precisa que 18,402 Has. 10 m² están constituidos por tierras con aptitud para el cultivo y la ganadería y 9,173 Has. 10 m² por tierras con aptitud forestal.

En la sentencia de hábeas corpus de primera instancia, obrante de fojas 34 a 38, el Juzgado de Investigación Preparatoria de Tampobata para estimar la demanda, aduce que la caseta “obedece a intereses mezquinos y económicos, para exigir que los afectados ingresen vía fluvial, hecho que le genera ingresos económicos para la Comunidad [Nativa] Tres Islas”.

El argumento transcrito no resiste mayor análisis para concluir que contiene un razonamiento arbitrario, irrazonable e inconstitucional. Además, demuestra que el juez del Juzgado de Investigación Preparatoria de Tampobata imparte justicia con manifiesta subjetividad y no con objetividad. En dicha sentencia, además, de ordenarse el retiro del cerco de madera y de la caseta, se dispuso la remisión de copia de todo lo actuado al Ministerio Público.

En el recurso de apelación de esta sentencia, obrante de fojas 40 a 44, la Comunidad Nativa Tres Islas precisa que mediante la instalación de un cerco de madera y una caseta “ha manifestado de modo legítimo el ejercicio de [su] derecho de propiedad, que solamente se podría ver regulado (mas no limitado) por una servidumbre de paso otorgada a nuestros vecinos, que para ese fin tiene el camino vecinal (vía privada de uso público)”.

La sentencia de segunda instancia confirmó la estimación de la demanda de hábeas corpus, por estimar que “el camino (...) corresponde a una vía privad[a] de acceso público ya que la misma tiene larga data en su uso como tal” y porque “no se trata de un área en la cual una persona en particular como posesionaria o propietaria del mismo haya construido dicho cerco de madera en medio de dicho camino en salvaguarda de su posesión o propiedad”.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

4. La motivación transcrita demuestra que la Sala de segunda instancia del proceso de hábeas corpus ahora cuestionado, para estimar dicha demanda desconoció el derecho a la propiedad de la Comunidad Nativa Tres Islas, pues ignora que el cerco de madera y la caseta fueron construidos en la superficie de su propiedad.

Este razonamiento demuestra que la orden de retiro inmediato del cerco de madera y de la caseta afecta el derecho a la libertad de la Comunidad Nativa Tres Islas, por cuanto los órganos jurisdiccionales mencionados le están prohibiendo hacer algo que lícitamente está permitido, por cuanto ella en ejercicio de su derecho a la propiedad construyó el cerco y la caseta referida y en ejercicio regular de ambos derechos decidió quienes podían transitar por su propiedad. Dicha decisión en ningún modo puede afectar la libertad de tránsito, pues el propietario es libre de decidir quienes ingresan o transitan por su propiedad y quienes no.

5. Por estas razones, considero que el mandato de la Resolución N° 1, de fecha 9 de agosto de 2010, y de la Resolución N° 8, de fecha 25 de agosto de 2010, emitidas en el Exp. N° 624-2010, privan el ejercicio del derecho a libertad de la Comunidad Nativa Tres Islas. Asimismo, las investigaciones fiscales recaídas en los Casos N°s 3606014502-2010-1519-0, 3606014502-2010-1882-0, 3606014502-2010-1519-1 y 3606014502-2010-1519-2, al tener conexión con las sentencias mencionadas, deben ser declaradas terminadas, pues suponen una molestia y obstrucción a la libertad de la demandante.
6. Finalmente, considero que la sentencia desarrolla un enfoque de multiculturalismo impertinente para resolver la demanda, pues en autos no existe discusión sobre la naturaleza de la propiedad o las dimensiones de ésta, ya que la titularidad del derecho a la propiedad por parte de la Comunidad Nativa Tres Islas se encuentra fehacientemente acreditada.

Para entender la falta de trascendencia de esta argumentación, es necesario recordar que la Corte IDH en el *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*, enfatizó que “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”.

Los alegatos de la demanda demuestran que en el presente caso no se alega afectación del elemento material y espiritual que tiene la Comunidad Nativa Tres Islas sobre su tierra. Tampoco se aduce la existencia de acciones que busquen dañar el legado cultural que tienen en su tierra. Menos se habla de la autonomía comunal.

Por las consideraciones expuestas, considero que debe:



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

1. Declararse **FUNDADA** la demanda de hábeas corpus, por haberse acreditado la violación del derecho a la libertad de la Comunidad Nativa Tres Islas; en consecuencia, **NULAS** la Resolución N° 1, de fecha 9 de agosto de 2010, y la Resolución N° 8, de fecha 25 de agosto de 2010, emitidas en el Exp. N° 624-2010.
2. **ORDENAR** a las fiscalías correspondientes del Distrito Judicial de Madre de Dios tener por concluidas las investigaciones de los Casos N°s 3606014502-2010-1519-0, 3606014502-2010-1882-0, 3606014502-2010-1519-1 y 3606014502-2010-1519-2, por tener conexión con las sentencias anuladas.

Sr.

MESÍA RAMÍREZ

7-21

Lo que certifico:

[Handwritten Signature]
VICTOR ANDRÉS ALZAMORA CARDENAS
SECRETARIO RELATOR