

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD
CATÓLICA DEL PERÚ**

FACULTAD DE DERECHO



Programa de Segunda Especialidad en Derechos Fundamentales y
Constitucionalismo en América Latina

Análisis del artículo 7 de la ley 24656 “Ley general de
Comunidades Campesinas”

Trabajo académico para optar el título de Segunda
Especialidad en Derechos Fundamentales y
Constitucionalismo en América Latina

Autor:

Luis Adrian Bustamante López

Asesor:

Alberto Cruces Burga

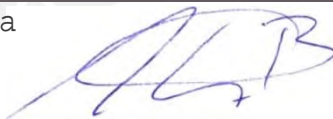
Lima, 2022

Informe de Similitud

Yo, Cruces Burga, Alberto, docente de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, asesor del trabajo académico titulado, “Análisis del artículo 7 de la ley 24656 “Ley general de Comunidades Campesinas” del autor Luis Adrian Bustamante López, dejo constancia de lo siguiente:

- El mencionado documento tiene un índice de puntuación de similitud de 24%. Así lo consigna el reporte de similitud emitido por el software *Turnitin* el 07/12/2022.
- He revisado con detalle dicho reporte, así como el Trabajo Académico, y no se advierten indicios de plagio.
- Las citas a otros autores y sus respectivas referencias cumplen con las pautas académicas.

Lima, 26 de mayo de 2023

<u>Cruces Burga, Alberto</u>	
DNI: 44157341	Firma 
ORCID: https://orcid.org/0000-0003-1871-9606	

RESUMEN

El trabajo aborda la problemática en torno al tratamiento que da el artículo 7 de la ley 24656, "ley general de comunidades campesinas", en sostiene la inembargabilidad de la propiedad del territorio comunal. Se propone una análisis desde una perspectiva histórica y de estándares interamericanos sobre la propiedad comunal, para al final hacer una breve conclusión de porqué se trataría de una medida con un corte paternalista, y de paso, la implicancia que esta medida tiene con las comunidades campesinas, quienes se ven privadas de acceder a los sistemas bancarios y crediticios, debido a que no pueden contar con su mayor activo como garantía de los préstamos.

En ese sentido, también se hace una recopilación de sentencias de la corte interamericana sobre la propiedad comunal e indígena, y se plantean los estándares actuales de derechos humanos sobre el mencionado derecho. De la misma manera, se plantea y se desarrolla brevemente el concepto del paternalismo "fuerte" y el paternalismo "libertario", para de esta manera, pasar al análisis concreto del artículo en cuestión y plantear sugerencias y las conclusiones de la formulación del mismo.

Palabras clave

Paternalismo, Inembargabilidad, Comunidades Campesinas, Propiedad comunal, Territorio Indígena

ABSTRACT

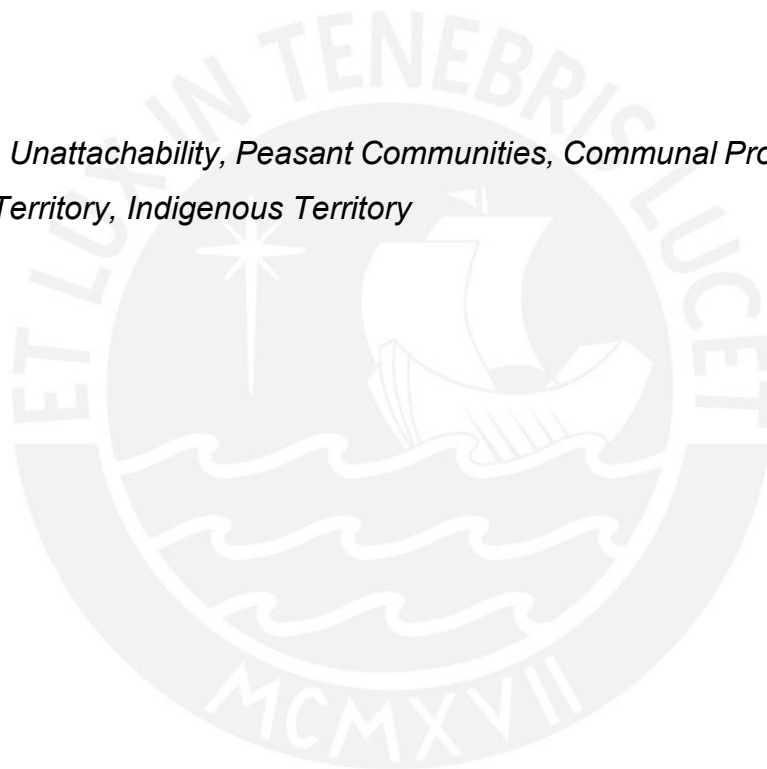
The paper deals with the problem of the treatment given by article 7 of law 24656, "general law of peasant communities", in support of the unseizability of the communal territory property. An analysis is proposed from a historical perspective and from the perspective of inter-American standards on communal property, in order to make a brief conclusion as to why it is a paternalistic measure, and the implications that this measure has on the peasant

communities, who are deprived of access to the banking and credit systems, because they cannot count on their greatest asset as collateral for loans.

In this sense, a compilation of judgments of the Inter-American Court on communal and indigenous property is also made, and the current human rights standards on this right are discussed. In the same way, the concept of "strong" paternalism and "libertarian" paternalism is presented and briefly developed, in order to move on to the concrete analysis of the article in question and to present suggestions and conclusions of its formulation.

Keywords

Paternalism, Unattachability, Peasant Communities, Communal Property, Indigenous Territory, Indigenous Territory



ÍNDICE

Introducción	0
1.- ¿Por qué el territorio comunal de las comunidades campesinas merece una protección diferente?	3
1.1 Contexto historico de discriminación	3
1.2 Mecanismos internacionales de protección	5
1.3 La idea del legislador	7
2.- ¿La inembargabilidad es necesaria para una protección completa del territorio de la propiedad comunal?	8
2.1 ¿La inembargabilidad se encuentra en los estándares internacionales de protección?	8
2.2 ¿La inembargabilidad es necesaria?	12
3.- ¿Existe un paternalismo encubierto dentro de la norma?	15
3.1 ¿Que es el paternalismo?	15
3.2 ¿Es realmente una medida paternalista?	19
3.3 ¿Cuál es el impacto del mismo dentro de las comunidades campesinas?	23
4.- Conclusiones	25
Bibliografía	27

INTRODUCCIÓN

Los años sesenta, fueron un momento de un cambio político importante, el ambiente era tenso, y los “aristócratas” empezaron a ver el resultado de los que Gabriel García Márquez llamaría “crónica de una muerte anunciada”. Un militar había llegado al poder por la fuerza, había echado del palacio de un presidente llamado Fernando Belaunde, y puso como norte un proyecto que había comenzado en la región años antes, pero había tardado en llegar al Perú, una “reforma agraria”.

Esta idea había comenzado en el norte del Perú específicamente en México, las revoluciones de los años 10 en el país habían terminado por establecer una primera reforma agraria a modo de intentar revertir una situación de injusticia palpable y latente respecto a la distribución de la tierra. Una situación similar en Perú, un pequeño porcentaje de personas era propietaria de una gran cantidad de territorio, y había esclavizado a las comunidades indígenas para que trabajen la tierra. La figura de la hacienda era un mecanismo social-legal que permitía este tipo de abusos, la tierra valía, pero valía más cuando incluía esta mano de obra “esclava”.

La situación en la costa era más “próspera” que en la sierra, los grandes “fundos”, como aquel mítico fundo Huando, propiedad de la familia Graña, de donde provenían las conocidas naranjas al mercado limeño, era un ejemplo de esto. Sin embargo, ocultaba detrás, un sistema de esclavismo y de aprovechamiento de la mano de obra indígena, entre otras cosas. Si bien esta situación de por sí ya era mala, la situación en la sierra y la selva no era mejor. Los hacendados de las alturas, más conocidos en la región como “Gamonales”, eran terriblemente abusivos. Esto puede verse reflejado, como menciona Jorge Yamamoto, profesor de la Universidad Católica del Perú, sobre cuales son las regiones con más alto índice de felicidad, pone como el lugar más infeliz a la ciudad del Cusco, debido a las normas sociales estrictas y clasistas que aún perduran.

No es de extrañar el resultado de este estudio, los fantasmas de los hacendados pasados siguen resonando en la ciudad. En este sitio, según el estudio antes mencionado, la escala social depende de provenir, en su mayoría, de provenir de estos grandes clanes familiares, clanes, que, en su mayoría, perdieron casi todo, por no decir todo, después de la reforma agraria. Resuenan en la ciudad, aún, los míticos relatos de los grandes castigos y abusos que ejercían los hacendados a los campesinos, por no haber logrado una cuota exitosa impuesta por el “patrón” en la recolección de ciertos productos agrícolas. Era usual ver, como los hacendados en el Cusco se oponen al nombramiento de autoridades indígenas, en una suerte de intentar mantener un “status quo” de la situación cuasi colonial de la mano de obra.

Un punto importante que evidencia esta situación de desigualdad y barbarie propiciada por los gamonales andinos, ocurrió luego del asesinato de un hacendado de nombre Leopoldo Alencastre, en la comunidad alto andina de Langui fruto de una revolución indígena, que se había producido por la situación precaria y por la negación de estos primeros a reconocer a las autoridades que habían elegido. Esto trajo consigo, que las familias “poderosas” de la época se “atrincheraron” en la iglesia local, y dispararon a quemarropa contra la revuelta. Tal fue el calibre del abuso, que tuvo que llegar el ejército peruano del momento a detener la masacre, e intentar apaciguar la situación “arrestando” a algunos de los gamonales que habían promovido tal desastre.

Esto no se apaciguo hasta muchos años después, y una muestra de esto, es también el asesinato de Andres Alencastre, hijo de Leopoldo, también a manos de una comunidad campesina, luego de una disputa de tierras, donde se presume, que este último había despojado de ciertos terrenos a la comunidad en el sitio denominado “El descanso”, evento que sucedió incluso después de la reforma agraria, y producto de esto la comunidad prendió fuego en el recinto donde se ubicaba y este no pudo escapar de su destino. Este tipo de eventos no era aislados, el famoso fundo “Huadquiña” ubicado en el Cusco propiedad de la familia Romainville, era conocido por los grandes abusos que sucedían en su interior. No era extraño encontrar campesinos mutilados, o con marcas producto de los castigos ejercidos por el gamonal.

En justamente, en este momento, en este contexto y lugar donde surge un personaje que intenta frenar, de una manera violenta, tales abusos, aparece Hugo Blanco, en la provincia de la Convención en Cusco. Hugo, quien había nacido en una localidad de nombre Paruro a 50 kilómetros del Cusco, y se había formado en el extranjero, quien intenta, de modo violento, tomar ciertas acciones para comenzar a frenar los abusos descritos anteriormente. Fruto de esto, cuando fue capturado, fue amenazado con la pena de muerte, pero con presión internacional pudo redirigir su condena hacia años en prisión, los cuales finalmente fueron “amnistiados” cuando Velasco llegó al poder.

Este círculo vicioso de abuso era alimentado por mecanismos legales, que permitían que los hacendados mantengan su poder, entre ellos, como mencionamos al inicio y de la mano con el profesor José Carlos Fernández, la figura de la hacienda, mecanismo de propiedad que incluía en el centro también el poder del trabajo gratis de las comunidades. La tierra valía, pero valía más si esta contenía una mano de obra, la cual era, en la mayoría de los casos, las comunidades campesinas. Asimismo, la exclusión de la representatividad indígena, por criterios legales y sociales, jugaba a favor de los grandes propietarios de las regiones, quienes no dudaron en sacar ventaja de la situación y perpetraron este esquema hasta donde pudieron.

La situación no era distinta en la selva, esta se basaba en la explotación producida por el “boom” cauchero. Una fotografía clara de este tema, lo podemos encontrar en los escritos del irlandés Roger Casement, quien evidenció, en el Perú, como los indígenas Huitotos, entre otros, eran sometidos a contextos de esclavitud y abusos sin precedentes. Todo esto también lo podemos encontrar en el libro “el sueño del Celta” de Mario Vargas Llosa, el cual narra la travesía de este personaje y la denuncia que realiza contra los abusos cometidos contra estas comunidades.

Entonces, al tener este panorama absolutamente desolador, era evidente que tenía que darse un cambio importante. Este iba a llegar, se estaba gestando entre la gente que consideraba que el Estado la había abandonado, y a la par, que consideraba que no formaba parte del mismo. Las preguntas esenciales

eran ¿Cuándo? Y ¿Cómo?. Como mencionamos al inicio, esta llegó en los años sesentas, con la toma del poder de Juan Velazco Alvarado, casi cuarenta años después de las primeras revoluciones Mexicanas. Este fue el panorama, absolutamente accidentado que vivieron las comunidades indígenas y como existió un aprovechamiento de sus tierras y su mano de obra.

Luego de esta breve reflexión y contexto enfocado principalmente en el siglo XX, pasaremos a analizar el tratamiento de la propiedad comunal en la ley de comunidades campesinas Ley N° 24656. En ese sentido, primero abordemos, el por qué es necesaria una protección diferente sobre el territorio de las comunidades campesinas, los mecanismos internacionales que aseguran la propiedad comunal para luego pasar brevemente a el por qué la inembargabilidad no es el mejor método para la protección de esta, y como en realidad ha limitado el crecimiento de las comunidades campesinas en las etapas actuales, y finalmente explicar y criticar el paternalismo existente detrás de esta medida.

1.- ¿Por qué el territorio comunal de las comunidades campesinas merece una protección diferente?

1.1 Contexto historico de discriminación

Como podemos observar, la norma en análisis, prevé un tratamiento especial, en el artículo 7, a la propiedad y la disposición de la propiedad en el caso de las comunidades campesinas. Así, regula que “Las tierras de las Comunidades Campesinas son las que señala la Ley de Deslinde y Titulación y son inembargables e imprescriptibles. También son inalienables. Por excepción podrán ser enajenadas, previo acuerdo de por lo menos dos tercios de los miembros calificados de la Comunidad, reunidos en Asamblea General convocada expresa y únicamente con tal finalidad. Dicho acuerdo deberá ser aprobado por ley fundada en el

interés de la Comunidad, y deberá pagarse el precio en dinero por adelantado.”

Entonces, el legislador ha señalado que la tierra de las comunidades son inembargables e imprescriptibles, es decir, sobre la inembargabilidad, como menciona Nataly Vargas “la inembargabilidad genera una situación jurídica extraordinaria o de excepción establecida única y exclusivamente por ley en determinados casos, y ciertos bienes pertenecientes a un deudor que se extraen de la esfera de bienes que pueden ser objeto de persecución, de sus acreedores, sustrayéndose así de la responsabilidad patrimonial universal que contrae cuando se obliga” (Vargas, 2020).

Y por el otro lado, la imprescriptibilidad, referida a que queda excluida del régimen establecido en nuestro Código Civil, establecida en el artículo 950, el cual podemos definir a esta como “prescripción adquisitiva como aquella forma de adquisición originaria de la propiedad a través de la posesión de un bien inmueble por un periodo de tiempo determinado sumado a otros requisitos (posesión continua, pacífica, pública y como propietario)” (Coca, 2020). Por lo tanto, uno no podría adquirir la propiedad de una comunidad campesina si es que quisiera ampararse bajo este artículo, aunque pase el tiempo que quiera.

Es decir, como vemos, las tierras de las comunidades campesinas, tienen un régimen especial de protección, de las que no gozan ningún otro tipo de tierras. Pero, ¿por qué cuentan con esta protección? Para comenzar a responder esta pregunta, como menciona el profesor José Carlos Fernández hay que hacer una reconstrucción, breve del origen de la propiedad, así, como el menciona, este origen es perverso, hay siempre un punto de quiebre, si uno analiza siempre ve un evento violento, si bien, la investigación que él hace se refiere al escenario americano, y como la propiedad se da por la dominación de la clase ganadora, en el caso americano, mayormente ingleses, etc. y luego con una lógica de introducir al mercado las tierras adquiridas se van lotizando, y esto explica, de cierta manera, la formación de estados que tienen límites rectos en el mapa.

Lo mismo sucede en nuestro caso, de manera sucinta, la era colonial primero, reduciendo a los pueblos originarios a los denominados pueblos de indias, donde aún, ligeramente, podían ejercer su propio gobierno y tenían cierta protección ante la invasión en esas determinadas áreas. Y luego en la época republicana, donde esta pequeña protección fue desaparecida, con Bolívar como jefe de estado, los primeros decretos fueron destinados a extinguir el Curacazgo, y con esto explota la “burbuja” de protección que tenían, de manera ligera, los pueblos indígenas, y el comienzo de la figura de la hacienda, y como mencionaba el profesor Fernández, se ve evidenciado en los relatos de Basadre, cuando se discutía cómo se debía de acabar con el territorio comunal porque era poco eficiente.

Como hemos hecho mención en la introducción, páginas más arriba, es en este punto donde comienzan los abusos, tanto como los castigos físicos, como la asimilación de las tierras a favor de los hacendados. Así, entonces tenemos como un punto clave de referencia, que puede justificar, una mayor protección de los pueblos indígenas, esta situación de indefensión y de abusos que han sufrido los pueblos originarios. ¿Pero basta este punto para asegurar una protección diferente?, parece que por sí misma no, aunque sea un factor bastante importante.

1.2 Mecanismos internacionales de protección

Para complementar lo anteriormente descrito, debemos de mencionar que en el orden internacional el Estado también tiene obligaciones para con la propiedad y la protección del territorio de los pueblos indígenas. Así, hay varios instrumentos, entre ellos, uno de los más importantes, el convenio 169 de la Organización internacional del Trabajo (OIT), así como la convención interamericana de derechos humanos, sobre la cual la Corte Interamericana de derechos humanos ha dado sentencias para una comprensión pluricultural de los que significa el territorio en repetida jurisprudencia, y también la declaración de las naciones unidas sobre los

derechos de los pueblos indígenas, pasaremos a describirlas brevemente.

En primer lugar, sobre el convenio 169 de la OIT, en el que se introduce, aunque no completamente, la idea de la autodeterminación de los pueblos indígenas, o las comunidades campesinas. Este convenio, para que pueda ser aplicado, trae dos elementos, el elemento objetivo, es decir descender de un pueblo anterior al Estado originario, mantener ciertas costumbres, etc. y por otro lado, el elemento subjetivo, el cual es la consciencia y la auto identificación de ello. Así en los artículos 25 al 30 del mismo, podemos extraer la obligación especial del Estado Peruano, a proteger, mantener, y en el peor de los casos, indemnizar de una manera especial, sobre el territorio de los pueblos indígenas. Y por lo tanto, hay una obligación de una mayor protección sobre los mismos.

En segundo lugar, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se ha pronunciado en reiterada jurisprudencia como el caso *Yakye Axa vs. Paraguay* o *Kaliña y Lokono Vs Surinam*, sobre la propiedad y la concepción pluricultural de hay que tener sobre ella. Ha ahondado en una concepción especial de la propiedad de los pueblos indígenas y su conexidad con el entorno así por ejemplo en el caso de *Kaliña y Lokono Vs. Surinam* menciona que dentro del territorio también se tiene que proteger los recursos “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).

Este tipo de pronunciamiento no han sido aislados, también la Corte Interamericana en el caso *Xakmok Kasek Vs. Paraguay* da una concepción de la propiedad del territorio indígena muy conexo con la identidad de los mismos, así el párrafo 175 menciona “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”.(Corte IDH 44:2010).

Por lo tanto, entonces, debida su naturaleza especial, y con una concepción pluricultural, existe una obligación especial del Estado en su protección, con lo cual sí se justificaría una ley como la de las comunidades. Sin embargo, para una concepción total de la protección que se quería brindar, debemos de ver cuál fue la intención del legislador al momento de promulgar la ley.

1.3 La idea del legislador

Como menciona la profesora Raquel Yrigoyen, lo primero que acontece luego de la reforma agraria, es el cambio de nombre, por el sesgo peyorativo que tenía, de comunidades indígenas, a comunidades campesinas. De la misma manera cuando vemos el artículo 2 de la Ley N° 24656, que está bajo análisis, podemos encontrar los elementos del convenio 169 de la OIT, el objetivo y subjetivo, por lo tanto, concluimos que las comunidades campesinas tienen exactamente los mismos derechos que los pueblos indígenas.

Así, si bien la ley fue promulgada en 1987, ya teníamos antes la protección del Convenio 107 de la OIT, y también la protección constitucional sobre los territorios indígenas. Asimismo hay que notar, que no es posible encontrar la exposición de motivos de la referida norma, como si, de su reglamento, el cual no hace mención alguna al establecimiento de tal. Por lo tanto, no hay una forma clara de establecer la idea que tenía en mente el legislador, sin embargo, con lo anteriormente mencionado, podemos suponer que la idea detrás, era la protección y que se evite perder los territorios de las comunidades indígenas como había sucedido hasta antes, casi, de la reforma.

2. ¿La inembargabilidad es necesaria para una protección completa del territorio de la propiedad comunal?

2.1 ¿La inembargabilidad se encuentra en los estándares internacionales de protección?

Ya hemos desarrollado previamente un breve contexto que nos ayuda a identificar la situación en la cual habitan y coexisten las comunidades indígenas. Y los sesgos a los cuales han sido sometidas históricamente. Asimismo, el contexto, de revisión histórica brindado en los párrafos previos sobre la propiedad nos ayuda a entender cuán necesaria es la protección de la propiedad de las comunidades indígenas.

Pero surge de nuevo la pregunta de esta parte del trabajo, es si realmente la inembargabilidad protege adecuadamente la propiedad o por el contrario la restringe de sobre manera. A primera vista parecería que existe un conflicto de principios reconocidos en nuestra constitución, por un lado tenemos el respaldo constitucional, por un lado, tenemos el derecho a la libertad, como menciona el voto en discordia del magistrado Mesía Ramirez en la sentencia 01126-2011-HC citando a la corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso “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 el derecho de toda persona de organizar, con arreglo a la ley, su vida individual y social conforme a sus propias opciones y convicciones” (TC: s/n 2011).

Y por otro lado, el derecho a la propiedad reconocido tanto en el artículo 2, inciso 17 de la constitución como también en el artículo 70, la cual si bien no nos brinda la definición exacta del referido derecho, el tribunal constitucional, y la doctrina, han desarrollado ciertas características de la misma, las cuales no se discutían en el presente trabajo, ya que el

enfoque del presente versa sobre un tipo de propiedad “diferente” diferente al civilista, el cuál cuenta con un fuerte desarrollo doctrinal.

En ese sentido, sobre la propiedad convencional como menciona Garcia Chavarri, el derecho de propiedad como derecho fundamental “puede entenderse como una situación jurídica subjetiva, protegida constitucionalmente, que posee todo sujeto de derecho. Por medio de este derecho se faculta a su titular al empleo de todos los atributos del bien del cual se es propietario: es decir le permite usarlo, disfrutar de él, reivindicarlo frente a su despojo, transferirlo y excluir de dicho empleo a quien no es su propietario” (2012:315) .

Asimismo, según Kresalja y Ochoa “la propiedad es un derecho subjetivo que presenta los siguientes rasgos: otorga un derecho de goce en su máxima plenitud, consistente en el poder de someterla a la voluntad de su titular en todos sus aspectos y obtener la mayor utilidad” (Garcia Chavarri 2012:315). En ese sentido, nuestra constitución también abarca el derecho a la propiedad en diversos artículos, pero es el tribunal constitucional el encargado de desarrollarlo. Así, en cuanto a su contenido constitucionalmente protegido, menciona que tiene “dos elementos: su rol como instituto sobre el que el Estado interviene bajo determinados supuestos y su condición como derecho individual de libre autodeterminación.” (Garcias Chavarri 212:318). Así, podemos encontrar que en todo el desarrollo constitucional del derecho de propiedad, tampoco encontramos dentro el tema de la inembargabilidad, por el contrario todas las definiciones apuntan, sobre todo, a un libre uso, disfrute y disposición de la misma.

Si bien, es necesario tener en cuenta esta breve descripción, debemos de tomar en cuenta el artículo 89 respectivamente sobre la propiedad comunal, en el cual solo hace referencia a la imprescriptibilidad de la propiedad comunal, pero no menciona a la inembargabilidad de las mismas. Sin embargo, se le debe de dar contenido también acompañado de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos esto en concordancia con la IV disposición transitoria de nuestra constitución.

Así, parece que la corte ha tenido un desarrollo jurisprudencial de protección de la propiedad comunal, con un primer acercamiento multicultural en la sentencia *Awas Tingni vs. Nicaragua*, que versa sobre una concesión a una empresa para la explotación de los recursos de su propiedad comunal, sin antes consultarles ni definir su territorio, donde la corte además de dar un enfoque pluricultural de la propiedad en la cual se incluyen los recursos naturales, se crea un primer estándar para la protección de la propiedad comunal, la cual incluye la obligación estatal de, antes de dar una concesión a un tercero, delimitar sanear y titular la propiedad comunal, y sobre todo también que la ocupación se proteja como propiedad. Además, para realizar este saneamiento, se tiene que tener en cuenta la propia identidad y sus costumbres. Por lo tanto, tenemos un primer marco de protección de la propiedad que incluye básicamente obligaciones de reconocimiento.

Sin embargo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos avanzó más en la protección, y con el Caso *Punta Piedra y sus miembros vs. Honduras*, agregó nuevas obligaciones estatales respecto a la protección de la propiedad comunal, ahora se le suman tres obligaciones más las cuales son registrar, sanear y entregar la propiedad antes de darla en concesión, además de que las actividades que ya han sido concedidas sin respetar este estándar deben de cesar inmediatamente y además de que se merece una indemnización por este uso indebido y desprotección del territorio comunal. Es decir, hasta este punto, el Estado, en materia de propiedad, además de la protección ordinaria que merece la propiedad como derecho constitucional, en el caso de las poblaciones indígenas, las comunidades campesinas, entre otros, debe de, antes dar cualquier tipo de concesión delimitar, sanear, titular, registrar y entregar la propiedad.

Adicionalmente a esto, la Corte Interamericana de Derechos humanos, en el caso *Saramaka vs. Surinam* menciona, y de conformidad con el convenio 169 de la OIT, nuevas garantías, en ese sentido, se necesitaba la participación, la consulta y el consentimiento previo, libre e informado en los casos donde se den medidas que afecten su territorio,

adicionalmente a ello se necesitan estudios de impacto ambiental objetivos, que no los realice una de las partes, y en caso se consienta, se compartan beneficios de la explotación de los recursos del territorio.

Sin embargo, en el caso *Sarayaku vs. Ecuador* del 2012, se aumenta más estándares a la protección del territorio, así se reconoce, ya que Ecuador no había ratificado el convenio 169 de la OIT cuando sucedieron los que la consulta previa es un principio general del derecho, y por lo tanto, la aplicación que tiene no deriva de la ratificación del convenio 169 de la OIT, y que este además se deriva de los derechos de propiedad, identidad, y de participaciones que tienen las comunidades, y por lo tanto, además no es un derecho individual, sino colectivo, es decir que le pertenece a la comunidad como grupo plural. En la sentencia *Lahka Honhat vs. Argentina*, además, pone énfasis en la protección de otro tipo de derechos conexos a la propiedad, es decir al territorio indígena. Entre ellos se incluyen el derecho a un medio ambiente equilibrado, y se da además una protección hacia las aguas y los bosques, lo cual comprende una concepción mucho más integral y pluricultural del territorio.

En el propio derecho interno, en el caso de la comunidad nativa de tres islas, en el expediente 00675-2017-0-2701-JM-CI-01, sobre una acción de amparo que inicia la comunidad nativa de tres islas alegando que se ha violado, entre otras cosas, su derecho a la propiedad comunal, territorio, jurisdicción, vida, se declara fundada la acción de amparo y se cumplen con los estándares internacionales antes mencionados, llegando incluso a declarar la reparación del territorio comunal dañado en obligación del Gobierno Regional de Madre de Dios por la concesiones mal asignadas, ya que fueron realizadas sin la consulta previa necesaria, y sin respetar las decisiones de la comunidad. Además, es necesario mencionar que esta sentencia también obliga a la policía nacional para que apoye a la expulsión y al cese de toda actividad minera, maderera, entre otras, y se cumpla con la voluntad de la comunidad.

Por lo tanto, una vez que hemos repasado brevemente los estándares de protección del territorio comunal, de nuevo se nos viene la pregunta ¿la inembargabilidad es necesaria?.

2.2 ¿La inembargabilidad es necesaria?

Es notorio que la Corte Interamericana no menciona nada acerca de la inembargabilidad, sin embargo, se debe usar el estándar más alto encontrado de protección del derecho, y si bien la Corte no se ha pronunciado respecto a este, si se demuestra que la ley bajo análisis ofrece una mejor protección, se debería utilizar también esta. Como hemos visto brevemente en la introducción, luego de la reforma agraria, cuando se expropia las tierras de los hacendados y se las da a las comunidades indígenas, existía aún una gran desprotección de las poblaciones originarias. Aún vivíamos en un contexto absoluto de discriminación y se encontraban desprotegidos, esta es la razón por la que el convenio que utilizamos de guía en las poblaciones originarias, es decir el convenio 169 lo realizó la organización internacional del trabajo (OIT).

Ellos dieron cuenta que la desprotección más grande en temas laborales, ya que hablamos de una esclavitud de facto, era las poblaciones originarias y esto derivado del despojo de su propiedad, es decir de sus territorios. Y es por eso que establece una serie de obligaciones para los estados, donde se le dedica una basta cantidad de artículos referida a la defensa de los territorios de los pueblos originarios. Así, la parte II del referido convenio que comprende los artículos 13 al 19, establecen mecanismos de defensa y de reconocimiento de la propiedad comunal, entre ellos el artículo 14 que establece que “Deberá reconocerse a los pueblos interesados el derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan” y Los gobiernos deberán tomar las medidas que sean necesarias para determinar las tierras que los pueblos interesados ocupan

tradicionalmente y garantizar la protección efectiva de sus derechos de propiedad y posesión, (OIT, 1989).

Sin embargo, como podemos apreciar a lo largo del texto, tampoco existe la medida de la inembargabilidad de los territorios comunales, ni de los territorios de los pueblos originarios. La historia constitucional del Perú, nos da una idea, como menciona Cesar Landa en el texto “Derecho a la tierra y al territorio de los pueblos indígenas u originarios. apuntes desde una perspectiva constitucional” ya la constitución de 1933 establecía el tema de la inembargabilidad de la tierra de los pueblos indígenas, si bien esta normativa fue meramente nominal, y no se cumplió en la práctica, ya teníamos un antecedente (2020: 86).

Asimismo, la constitución de 1979, post reforma agraria establecía que:

“Las tierras de las Comunidades Campesinas y Nativas son inembargables e imprescriptibles. También son inalienables, salvo ley fundada en el interés de la Comunidad, y solicitada por una mayoría de los dos tercios de los miembros calificados de esta, o en caso de expropiación por necesidad y utilidad públicas. En ambos casos con pago previo en dinero”

Esto muestra, una tendencia del legislador con una vocación de protección del territorio indígena, sin embargo aún no explica el sentido de la inembargabilidad. Si bien a nivel latinoamericano, no somos el único país que regula de esta manera la propiedad de las comunidades indígenas, ya que países como México también tienen la protección de la inembargabilidad de la propiedad comunal, no parece existir una argumentación detrás. Es probable que el legislador, influenciado y en concordancia a este texto constitucional de 1979, ya que como mencionamos al inicio, la ley bajo análisis fue promulgada en 1992, es decir es anterior a la constitución vigente, haya decretado que la propiedad de las comunidades indígenas es inembargable.

Sin embargo, como hemos descrito en todos este capítulo, parece que si el Estado peruano no disponía, o en el futuro retira la calidad de

inembargable a los territorios comunales, no se encontraría incumpliendo ningún estándar internacional. Por el contrario, como menciona Landa, al referirse a la reforma agraria sucedida en Perú, donde las intenciones fueron prohibir el latifundio y, gradualmente, eliminar el minifundio mediante planes de concentración parcelaria. Difunde, consolida y protege la pequeña y mediana propiedad rural privada. La ley fija sus límites según las peculiaridades de cada zona” (LANDA 2020 :87)

Es decir, si la idea fue consolidar la pequeña y mediana propiedad privada, parece que la inembargabilidad ahora no es necesaria. Para ponerlo en términos más claros, lo que se pretende con la reforma agraria al asignar tierras a las comunidades indígenas, que en ese momento cambiaron de nombre a comunidades campesinas, fue, además de intentar romper con ese esquema discriminatorio que aún persiste en nuestra sociedad, darles activos para poder desarrollar otro esquema agrícola, entonces el tema del acceso a la liquidez, a través de el acceso al crédito actualmente se vuelve necesario. Y si bien, como hemos visto hasta ahora, este el activo máspreciado que tienen, ya que la asignación de la tierra se dio, y este es un valioso instrumento que garantiza el acceso a créditos, por ejemplo a nivel bancario, entonces para que el tema de la inembargabilidad podría estar frenando su desarrollo.

Por lo tanto, debemos de adelantar una breve conclusión, si bien, antes habían niveles altos en el tema de la desigualdad, sobre todo en el acceso a la educación que podían de alguna manera sustentar la idea de “protección” tan extrema como el tema de la inembargabilidad, actualmente parece que está perdiendo predominancia y por el contrario parece una medida que puede entorpecer el desarrollo de las mismas.

A esto hay que sumarle, como describimos al inicio de este capítulo, en la sección anterior, el tema de otro derecho constitucional en juego, el cual es la libertad, referido también a la libre disposición de sus tierras cuando existe un acuerdo comunitario que tenga tal voluntad, es decir por ejemplo acceder a un crédito que tenga como garantía parte del

territorio comunal. Por lo tanto, al no existir una justificación amplia detrás de tal medida parece que estamos cayendo en el abismo del paternalismo, el cuál será abordado en el próximo capítulo.

3.- ¿Existe un paternalismo encubierto dentro de la norma?

3.1 ¿Que es el paternalismo?

Como hemos analizado hasta este momento, para el capítulo final debemos de comenzar a definir, qué es el paternalismo y si es que esta norma ha caído en este supuesto. Como menciona Cecilia O'Neill recogiendo citas de Mill, "nadie puede ser obligado justificadamente a realizar o no realizar determinados actos porque eso fuera mejor para él, porque le haría feliz, porque, en opinión de los demás, hacerlo sería más acertado o más justo" (2013: 55).

Asimismo, continúa mencionando que "se entiende por paternalismo la interferencia en la libertad de acción de una persona, justificada por razones que se refieren exclusivamente al bienestar, al bien, a la felicidad, a las necesidades, a los interés o los valores de la persona coaccionada" (2013: 55). Así, entonces podemos comprender al paternalismo como una perturbación a la libre elección basada casi solo en motivos morales o de lo que se comprende como bienestar, es por eso que el mismo nombre "paternalismo" responde a esto, a actuar como si fuera un padre y se está formando a la persona en un camino que incluyen ciertas valoraciones morales.

Así, "son tres las características más importantes de un acto paternalista: hay una interferencia a la libertad del afectado; se pretende alcanzar un objetivo que cuida sus interés y bienestar; y se actúa sin el consentimiento del afectado" (CSERNE citado en O'Neill 2013: 57). En base a lo planteado, entonces, queda la cuestión, que tales medidas serían válidas, y no representar una intrusión grave a la esfera de

libertad del individuo cuando este no pueda decidir, o no tenga la capacidad para hacerlo, de ahí, que las medidas dirigidas a la población menor de edad, como la prohibición de ingerir alcohol, o de consumir tabaco, están justificadas usualmente.

Un claro ejemplo de esto, fue la ley N° 28705- ley general para la prevención y control de los riesgos del consumo de tabaco”, donde se discutió la constitucionalidad del artículo 3 de la referida ley, que de manera concreta, prohibía fumar en el interior de los lugares públicos cerrados, prohibiendo así incluso la existencia de lugares que sean totalmente exclusivos para fumadores. Sentencia, donde se resuelve a favor de la constitucionalidad del referido artículo, donde además, citando a Nino, la corte hace una distinción necesaria, entre el paternalismo y el perfeccionismo, este último que es más totalitaria y que pretende implantar un modelo de vida en los individuos, y que en nuestro estado se encontraría absolutamente prescrito. Decisión que enmarca también una definición de paternalismo similar a la planteada en los párrafos anteriores, y que contribuye con el debate de manera significativa.

Un alcance mayor del uso del paternalismo en los sistemas de salud lo brinda el profesor Leandro Cornejo, quien en el artículo Paternalismo, salud pública y análisis económico del derecho: Un estudio a propósito del debate sobre la alimentación saludable en el Perú menciona que, en el caso del paternalismo y su relación con las políticas públicas de salud, debemos de tener en cuenta que estas son “las reacciones que la sociedad organizada, a través de su sistema de salud, diseña e implementa para atender la salud de la población” (2020:232). Así, citando a Alexy, menciona que el derecho también invoca una pretensión de corrección. En ese sentido, “Las intervenciones jurídicas para abordar condiciones sociales de salud vinculadas a una población son inspiradas a través de distintos principios, como el principio de daño, el principio de equidad, el principio de autonomía, y por supuesto, el principio de paternalismo” (2020: 235), siendo el paternalismo uno de los principios más cuestionados. Sin embargo, no podemos concluir que el uso de

medidas paternalistas per se este mal. Así, el uso de las mismas se encuentra justificado bajo nuestro ordenamiento constitucional, pero, como resalta el autor, no significa que todas las medidas están permitidas, habrá que hacer un análisis caso a caso para determinar la legitimidad de las mismas.

Otro de los puntos importantes a tratar, para entender el concepto de paternalismo, es el desarrollado por Cass Sunstein y Richard Thaler, los cuales definen el concepto de paternalismo libertario como “El paternalismo libertario es un tipo de paternalismo relativamente débil y no intrusivo, debido a que las elecciones no son bloqueadas ni cercadas. En su forma más cautelosa, el paternalismo libertario impone costos triviales a aquellos que buscan apartarse de la opción preferida del planificador. “ (S/F: 161). Este tiene una base, en el planteamiento y sustento de una diferencia al momento de tomar decisiones según nuevos estudios.

Así, la asimetría informativa es un factor determinante para la toma, aunque en teoría se ofrezca en el mercado todos los “items” y que los consumidores, basados en la idea del homo economicus, y que cada uno escoge en base a lo que le conviene y su análisis de la eficiencia que hay, siempre, por la asimetría informativa y la falta de experiencia, no será la mejor decisión. Incluso, como mencionan los autores, sobre las preferencias e incentivos, las decisiones basadas, teniendo el enfoque, solo del homo economicus resultan bastante ideales. Un ejemplo brindado por ellos, es el tema de la obesidad, en donde, si bien, como menciona, el mismo comer es un placer en sí mismo, no todos van a tomar la decisión más adecuada, incluso cuando hay abundante información de que la comida chatarra, con el pasar del tiempo, va a resultar la peor opción.

Adicionalmente, los autores, mencionan, en su texto titulado “un pequeño empujón”, la importancia, y la confianza que tenemos, en nuestro denominado sistema automático en la toma de decisiones, aquel que es casi instintivo y que muchas veces resulta equivocado. A diferencia, de la teoría en donde el pensamiento racional va de la mano

con la idea del homo economicus, que utiliza el sistema reflexivo, más lento y controlado, para elegir una opción, el humano promedio tiende a utilizar y confiar en exceso en su sistema automático e intuitivo. Por lo tanto, el paternalismo libertario parece ser una idea que ayuda en la “arquitectura” de la toma de decisiones, es decir en la estructura del pensamiento que ayuda en la toma de acciones (2008: 38).

Así, por ejemplo, una de los ejemplos que puede ayudarnos a graficar esto es las formas de presentar los ítems, la manera de organizarlos, es decir como poner uno delante del otro, que no necesariamente ejerce coerción, como por ejemplo, como mencionan los autores ¿Alguien se opondría a colocar las frutas y las ensaladas antes de los postres en una cafetería de escuela primaria si de lo que se trata es de aumentar la tasa de consumo de manzanas en lugar de las tartaletas? (S/F: 163). De la misma manera, en el tema ambiental, o de seguridad en los ahorros, parece que los factores que propugna el paternalismo libertario, no son malos, sino por el contrario son útiles e indispensables. En ese sentido, los autores, sostienen que este tipo de paternalismo en realidad es bastante aceptado, en cuanto es un paternalismo “débil” y que no necesariamente genera una coerción, por lo tanto no habría ninguna razón para evitarlo.

La importancia, de este nuevo concepto, que describimos, es decir sobre el paternalismo libertario, es quitar el estigma de que el paternalismo per se es malo, sino por el contrario, parece que con los nuevos estudios neurológicos que analizan la toma de decisiones apuntan a que es un sistema útil y que en realidad, como herramienta pública debería ser implementado para salvaguardar ciertos aspectos y por lo tanto ayudar a proteger ciertos derechos, como el medio ambiente equilibrado o la seguridad social, por cuanto, al no ser coercitivos, no afectan de manera significativa otros derechos como la libertad individual de los individuos y por lo tanto parecen ser medidas necesarias.

Por lo tanto, podemos terminar esta primera parte introductoria y teórica sobre el paternalismo, mencionando, que en cuanto podamos hablar de un paternalismo libertario (débil), o cuando el individuo no puede ejercer

o no tiene la capacidad para tener una elección libre, entonces el paternalismo no es mala y en realidad es permitido y necesario. Sin embargo, ahora viene la pregunta del tema de investigación, ¿hay un caso de paternalismo en el artículo bajo análisis?

3.2 ¿Es realmente una medida paternalista?

Con el paternalismo claro, nos toca ahora analizar, concretamente la medida ¿la prohibición de la embargabilidad de los bienes de las comunidades campesinas, es realmente una medida paternalista?

El primer párrafo del artículo 7 de la norma bajo análisis menciona que “Las tierras de las Comunidades Campesinas son las que señala la Ley de Deslinde y Titulación y son inembargables e imprescriptibles. También son inalienables. Por excepción podrán ser enajenadas, previo acuerdo de por lo menos dos tercios de los miembros calificados de la Comunidad, reunidos en Asamblea General convocada expresa y únicamente con tal finalidad. Dicho acuerdo deberá ser aprobado por ley fundada en el interés de la Comunidad, y deberá pagarse el precio en dinero por adelantado”.

Vemos, como mencionamos a lo largo del artículo, que existe una gran intervención a la libertad, y a la propiedad de las comunidades campesinas al abogar por la inembargabilidad, esto, por ejemplo, trae como consecuencia el poco acceso a créditos a cambio de su mayor activo, sus tierras, en cuanto no podría ser una garantía del pago de los préstamos dinerarios que podrían recibir. Bajo los conceptos que hemos mencionado anteriormente, parece ser a prima facie que si estamos hablando de una medida paternalista. Cómo definimos, el paternalismo en su sentido “fuerte”, es decir no libertario causa una coerción en los individuos respecto a la toma de decisiones, cargado de una fuerte valoración moral. En el caso concreto, no hay una justificación objetiva y suficiente que justifique tal prohibición.

Vimos en el primer capítulo, el contexto de discriminación histórica y de marginación que continua, pero tuvo su apogeo con la república hasta la reforma agraria pudo a ver justificado en un inicio la toma de esta decisión en aras de una protección que no tenía amparo alguno ni en el poder judicial, el cual era sumamente vulnerable por la falta de acceso a derechos básicos, como la educación, y por la gran tasa de discriminación, que además era aceptada, que los convertía en sujetos de especial protección, y sobre todo porque las tierras, como vimos en el capítulo dos del trabajo, significaban más allá de lo económico, la identidad de las mismas.

Sin embargo, pasado el tiempo, actualmente en el siglo XXI, parece que tal sustento, si en su tiempo acaso fue válido, se ha perdido. Si bien, la indefensión y la vulnerabilidad de las comunidades permanece y por lo tanto también tienen una protección especial, no es un sustento suficiente para prohibir una libre disposición de sus tierras. Parece, de manera evidente, que el legislador ha intervenido y perjudicado de manera grave el derecho a la libertad y propiedad de las comunidades, al impedirles que las tierras puedan ser embargables bajo ciertos parámetros.

Incluso, esto es más grave al no encontrar existencia del razonamiento de la norma que está bajo análisis, y parece, incluso que el sustento era esta percepción absolutamente discriminatoria de este grupo, como un grupo débil que no puede defenderse por sí mismo, y que no puede tomar decisiones porque no tiene la capacidad de hacerlo ni de medir los riesgos de las mismas. Entonces, al encontrarnos, en un choque de derechos, de manera muy breve, es necesario analizar, muy sucintamente, bajo un test de proporcionalidad si es que existen razones de peso para que tal medida sea permitida, esto, tomando en cuenta la protección especial detrás de las tierras de las comunidades, como los conceptos de paternalismo que fueron desarrollados en los capítulos anteriores.

Como sabemos, el test de ponderación contiene tres pasos, la idoneidad de la medida, la necesidad y la proporcionalidad en sentido estricto. Es

difícil, por un lado encontrar el principio que el legislador quiso proteger al establecer esta medida, en cuanto, como mencionamos, no hay rastro de los debates que se dieron para lograr esta ley. Si bien, detrás puede estar la protección a la propiedad de las comunidades campesinas, no parece evidente, en tanto no tiene sentido que la misma protección de sus tierras perjudique en sí a las mismas comunidades campesinas al impedirles el acceso a como mencionamos el sistema bancario y por lo tanto al otorgamiento de créditos. Sin embargo, con todo lo analizado hasta el momento, parece ser el único derecho que quiere proteger.

Por otro lado, es fácil identificar el otro principio en conflicto, el cual es la libertad. En ese sentido, primero se debe analizar, si prohibiendo la inembargabilidad se protege la tierra comunal, para ver si cumple con lo establecido por el subprincipio de idoneidad, el cual es un análisis, medio - fin. Es bastante complicado, al no tener la justificación de los legisladores saber cual es el principio que pretende proteger y la manera en la cual lo quiere realizar. Sin embargo, parece, que al evitar la embargabilidad lo que se quiere proteger en el fondo es evitar la pérdida de la integridad del territorio comunal, lo cual, sí podría tener algún efecto en la protección, pero, no parece del todo claro. Así, en el mismo artículo, es decir el séptimo, de manera seguida se menciona que la tierra puede ser enajenada o expropiada, con lo cual la protección que se intenta argumentar con la inembargabilidad parece perder fuerza. De todas maneras, teniendo una duda razonable a favor del legislador, podemos concluir que la protección que brinda, si es que la hace, es media.

Continuando en el análisis, es momento de ver el subprincipio de necesidad, el cual es determinar si es que existe otra medida menos gravosa que pueda tener el mismo resultado. Como vimos en el párrafo anterior, la protección no es grande ni significativa, respecto a la propiedad. Por otro lado, la afectación a la libertad es amplia y bastante gravosa. En el sentido que les priva de una libre disposición de sus propias tierras, las cuales, en realidad, son su mayor activo, y por lo tanto, además los termina por excluir del acceso a los sistemas

crediticios, ya que no cuentan con una mejor garantía para poder ser sujetos de estos préstamos a nivel comunal. Así, podemos ver que existen medidas menos gravosas que lograron el mismo nivel de protección del otro subprincipio, como por ejemplo que se ponga una cuota mas alta, al igual que los actos de disposición, para que se pueda embargar las tierras, entre otras, por lo tanto no podría sobrepasar el subprincipio de necesidad, ya que la afectación al otro principio es mayor de lo que realmente se intenta proteger, por lo tanto, no es necesario pasar al tercer subprincipio el cual es la proporcionalidad en sentido estricto.

Entonces, como vemos, la afectación es bastante gravosa a la libertad, y no hay una medida objetiva ni razonable detrás, parece, nuevamente, que el legislador tiene una visión estereotipada de las comunidades indígenas, como sujetos indefensos, que no pueden tomar decisiones, una visión absolutamente sesgada y discriminatoria, ya que, los está tratando como niños pequeños que necesitan una guía para que no sean timados ni que tomen ventaja de ellos. Y si bien, como hemos visto si son sujetos que por el contexto histórica han sido bastante discriminados, y por lo tanto son una población vulnerable, lo único que reafirma este artículo es la percepción de debilidad que tenía el legislador en mente sobre las comunidades indígenas y que habrá que protegerlos incluso de ellos mismos.

Esto es grave, porque, incluso, sin tener rastro de los argumentos brindados por los legisladores en esta etapa merece argumentación y un pronunciamiento de nuestro órgano legislativo, ya que, parece que continúan reproduciendo un estereotipo que termina perjudicándolos incluso a ellos mismos. Asimismo, no cabría ninguna argumentación a favor de que se trata de una medida paternalista libertaria, en tanto, si hay coerción de una de las partes (el Estado) , hacia los comuneros, ya que no pueden, bajo una sanción de invalidez jurídica por ser una ley imperativa el pactar esto, y con lo cual se los excluye del mercado crediticio. Por lo tanto concluimos necesariamente, dentro de la argumentación existente, que nos encontramos ante una medida

paternalista fuerte, que es muy vulneratoria de la libertad y viene cargada de un sesgo absolutamente negativo y de desprecio por las comunidades campesinas.

Por lo tanto, la redacción actual de la referida norma, nos muestra que estamos ante un supuesto de paternalismo fuerte no justificado, el cual debería de ser revisado y establecerse otros modelos, como el adoptado para la enajenación, con un “candado” que lo autoriza cuando los dos tercios de la población están de acuerdo.

3.3 ¿Cuál es el impacto del mismo dentro de las comunidades campesinas?

Como hemos argumentado hasta el momento, el primer impacto, bastante grave, que sufren las comunidades campesinas con esta regulación, es que son excluidos del mercado crediticio y bancario al no poder acceder a préstamos por no tener garantías que los puedan respaldar en el pago. En ese sentido, la falta de acceso a un mercado crediticio, que, si bien no es parte de este trabajo, quizás especial, les niega el desarrollo y por lo tanto el acceso a muchos derechos. En ese sentido, termina por condenarlos a vivir en un entorno económicamente pobre y discriminado, sin brindarles oportunidades de un crecimiento equilibrado, incluso, cuando el Estado ha asumido compromisos internacionales de tomar acciones positivas para con estos grupos vulnerables.

Si bien es cuestionable, la decisión del legislador que ha optado por este método de “protección” lo único que ha logrado es terminar por excluir y privar de libertad a las comunidades campesinas de un disfrute y verdadero uso de sus tierras, siendo que no hay una razón objetiva detrás de esta protección, y por el contrario viene cargada de una gran cantidad de prejuicios y sesgos negativos de que las comunidades campesinas no son lo suficientemente capaces de tomar riesgos. Por

eso, concluimos en que debería de darse una revisión de este artículo y quitarle el sesgo negativo.

Sin embargo, como refieren también las críticas mayoritarias, a Hernando de Soto y su texto el “misterio del capital”, no queremos concluir, que todas las comunidades campesinas tengan un “despertar” donde quieran ser “empresarias”, sino una gran parte no entrará tampoco dentro del mercado del crédito. Esto, no significa necesariamente la exclusión total de tales comunidades. Como hemos sostenido hasta aquí, la inembargabilidad si representa una gran exclusión del mercado crediticio; sin embargo, muchas Organizaciones no Gubernamentales y otros entes no estatales, han encontrado la forma también de generar un crecimiento y un aumento de liquidez dentro de las mismas comunidades. Así, podemos encontrar los denominados “green loans” o préstamos verdes, aquellos que se dan también en base a un enfoque social de preservación del ecosistema y de proyectos que impactan positivamente en el entorno ecológico.

Si bien, la exclusión que puede producir esta norma, no es total, sino que han existido alternativas que ayudaron a generar liquidez dentro de las comunidades. Es fundamental este punto. Como mencionan Holmes y Susnstein, los derechos tienen un costo, como ellos proponen, esta relación entre la libertad y los impuestos, ya que el asegurar los derechos no solo es un tema meramente nominativo, sino que depende también en gran parte de que los estados tengan los suficientes recursos como para asegurarlos, es también absolutamente necesario que las comunidades campesinas puedan asegurar sus propios derechos en base a que gozan con autonomía normativa y administrativa consagrada en el convenio 169 de la OIT y otros instrumentos internacionales. Es por eso, que el ingreso de las comunidades campesinas al mercado financiero y por lo tanto el desarrollo económico de las mismas, aunque no sea el factor más determinante, importa.

Hay que recordar, que incluso, ellos cuentan con el derecho a gozar de la autonomía y su propia jurisdicción, eso significa, no sólo una cooperación entre el Estado y las comunidades, sino que ellas mismas,

de manera interna se organicen, y brinden soluciones de acuerdo a sus costumbres y tradiciones, y esto supone necesariamente un costo, por lo tanto, el satisfacer estos costos producidos de la misma protección de los derechos es una preocupación que debería ser tomada en cuenta por el Estado Peruano, quien en realidad, al limitar el desarrollo de las comunidades, por aún tener una mirada paternalista y prejuiciosa de los mismos, está limitando la protección de muchos derechos internos. Así el Estado, mediante políticas públicas que involucren una necesaria preocupación por la protección de las comunidades campesinas, debería tomar acciones positivas a favor de la protección de los derechos de las mismas, tanto de manera colectiva como de manera individual en cada uno de sus miembros.

Por lo tanto, podemos concluir que, a partir del análisis efectuado, se están vulnerando derechos de las comunidades campesinas por la inembargabilidad de las tierras. Así mismo, si bien existen medios diferentes que ayudan con la “inyección” de liquidez, como los préstamos verdes, no existe una justificación suficiente para que continúe esta mirada peyorativa e inferior sobre las comunidades. En ese sentido, el impacto dentro de las comunidades campesinas puede terminar siendo absolutamente abrumador no solo en base al desarrollo económico, sino en el aseguramiento de otros derechos fundamentales, que van de la mano también, con poder cubrir el costo real de los mismos.

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

- No hay una idea clara que nos permita saber cuáles fueron los motivos que tenían los legisladores en mente al momento de promulgar la ley N° 24656
- La inembargabilidad no es necesaria actualmente, el no tenerla no incumple ningún estándar internacional de derechos humanos, ni

tampoco va en contra de la jurisprudencia desarrollada por nuestro tribunal constitucional.

- La inembargabilidad limita el crecimiento de las comunidades, esto porque les impide el acceso al sistema financiero, ya que su mayor activo son las tierras, y les impide usarlas como garantía.
- La redacción de la norma nos permite concluir que estamos ante un supuesto paternalismo fuerte
- Hay sesgos negativos sobre las comunidades campesinas que persisten en la legislación peruana .
- El legislador debería de adoptar otro modelo legislativo para que no aparezca un paternalismo fuerte como el actual.



BIBLIOGRAFÍA

COCA GUZMAN, Saul

2020 *¿Qué es la prescripción adquisitiva de dominio? Bien explicado.*

Publicado en LP derecho. Lima. Consulta 8 de septiembre de 2022

https://lpderecho.pe/prescripcion_adquisitiva_de_dominio-derechos-reales/

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

2020 *Caso Comunidades Indígenas Miembros de la asociación Lhaka Honhat (Nuestra tierra) vs. Argentina. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia 6 de febrero de 2020. Consulta 2 de octubre de 2022.*

https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_400_esp.pdf

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

2015 *Caso Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus miembros Vs. Honduras (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas). Sentencia 8 de octubre de 2015. Consulta 1 de octubre de 2022.*

https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_304_esp.pdf

2012 *Caso Pueblo Indígena Kichwa Sarayaku Vs. Ecuador. Sentencia 27 de junio de 2012. Fondo y reparaciones. Consulta 1 de octubre 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. Consulta 1 de octubre de 2022.*

https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_172_esp.pdf

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

2001 *Caso de la comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua (fondo, reparaciones y Costas). Sentencia 31 de agosto de 2001. Consulta 1 de octubre de 2022.*

https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_79_esp.pdf

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRE DIOS

2019 *EXPEDIENTE No. 00675-2017-0-2701-JM-CI-01. Sentencia 18 de diciembre de 2019. Consulta 2 de octubre de 2022.*

http://www.derechoysociedad.org/IIDS/Documentos/2019/Resolucion_multa_a_GOREMAD_ANA.pdf

CORNEJO AMORETTI, Leandro

2020 *Paternalismo, salud pública y análisis económico del Derecho: un estudio a propósito del debate sobre la alimentación saludable en el Perú. En Justicia, Derecho y mercado: Una investigación sobre el análisis económico del Derecho en el Perú. Lima: Grupo Zela editorial E.I.R.L*

DE SOTO, Hernando

2000 *El misterio del Capital. Lima: Editorial Planeta.*

GARCIA CHAVARRI, Abraham

2012 *La protección constitucional del derecho de propiedad. Alcances sobre sus contenidos esencial y constitucional. s/e, s/f*

HOLMES, Stephen, Cass, SUNSTEIN

1999 *El costo de los derechos: Por qué la libertad depende de los impuestos.*
Nueva York: W.W. Norton

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

LANDA, Cesar

2020 *DERECHO A LA TIERRA Y AL TERRITORIO DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS U ORIGINARIOS APUNTES DESDE UNA PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL.* Lima: Ministerio de cultura. Consulta 1 de octubre de 2022.

https://centroderecursos.cultura.pe/sites/default/files/rb/pdf/Derecho_a_la_tierra.pdf

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO

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

O'NEILL, Cecilia

2013 *Paternalismo Jurídico y alimentación saludable. En Comida Chatarra, Estado y Mercado.* Universidad del Pacífico. Lima

SUNSTEIN, Cass, Richard, THALER

S/F *El paternalismo libertario no es un oximorón. En revista derecho y Sociedad, Nro 27. Lima*

2008 *Un pequeño empujón (Nudge). El impulso que necesitas para tomar mejores decisiones sobre salud, dinero y felicidad. s/l:s/e.*

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

2012 EXPEDIENTE 00126-2011-HC/TC. MADRE DE DIOS. JUANA GRISELDA PAYABA CACHIQUE. Sentencia: 11 de septiembre de 2012. Consulta 1 de octubre de 2022

YRIGOYEN FAJARDO, Raquel

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.*

VARGAS OSSA, Nataly

2021 *Principio de inembargabilidad de los bienes y recursos públicos: Excepciones en la jurisprudencia constitucional y su aplicación en las decisiones del Consejo de Estado (1992-2019). Publicado en Revista de Derecho , N° 54, Barranquilla. Consulta 8 de septiembre de 2022*

http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0121-86972020000200150

YAMAMOTO, Jorge

2019 *La gran estafa de la felicidad. Lima: Planeta.*

