

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

FACULTAD DE DERECHO



**POTESTAD DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS SOBRE
LOS RECURSOS NATURALES**

Tesis para optar por el título de Licenciada que presenta la bachiller:

MARÍA D'JALMA TORRES SÁNCHEZ

ASESORA: DRA. RAQUEL ZONIA YRIGOYEN FAJARDO

LIMA, MAYO DE 2015

A Fidel D'jalma Torres Zevallos y
María Hermelinda Sánchez Serna.



AGRADECIMIENTOS

A las comunidades campesinas, comunidades nativas, rondas campesinas y demás pueblos originarios del Perú, por su resistencia para mantener hasta el día de hoy sus costumbres, cosmovisiones, saberes, valores y demás cultura, pese a las políticas de exterminio y asimilación forzada que vienen sufriendo por más de 500 años.

A Ydelso Hernández, Manuel Ramos, Roger Ponce, Eduar Rodas y Walter Castañeda, en representación de todas/os las/os ronderas/os que me enseñaron que otro país, donde los pueblos originarios tengan el control de sus vidas, es posible.

A mamá Nico y papá Flavio, por todo su amor.

A mi mamá Mely y papá Fidel, por su incondicionalidad.

A mi tía Mikelly Sánchez, por ser mi compañía cuando más lo necesite.

A Raquel Yrigoyen y Zulma Villa, maestras y amigas, por inspirarme todos los días a pensar en un país y mundo en el que los pueblos puedan ejercer plenamente sus derechos.

Al equipo del Instituto Internacional de Derecho y Sociedad, por las alegrías y retos que compartimos en la defensa de los derechos de los pueblos indígenas.

A Daniel Sánchez, Zainab Ascencio, Mirian La Rosa, Jessenia Cuaresma, Zarella Jara, Lucy León, Daniel Zorrilla, Yolanda Alcarraz, Miriam Collado, Krassimira Dimitrova, Vilma Zavaleta y Rosa Pineda, por acompañarme en mis utopías. Especialmente a Rosa, por ser, además, pura energía para terminar esta tesis.

A Carlos Enrique, por ser mi mejor interlocutor.

Lista de acrónimos

ANA: Autoridad Nacional del Agua.

ANP: Áreas Naturales Protegidas.

CADH: Convención Americana de Derechos Humanos.

CIDH: Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

CPC: Código Procesal Constitucional, Ley N° 28237

Corte IDH: Corte Interamericana de Derechos Humanos.

DNUPI: Declaración de Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas

LOAS: Ley Orgánica para el Aprovechamiento Sostenible de los Recursos Naturales, Ley 26821.

OIT: Organización Internacional del Trabajo.

PIDCP: Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

PIACI: Pueblos Indígenas en situación de aislamiento y contacto inicial.

SERNANP: Servicio Nacional de Áreas Naturales Protegidas por el Estado.

SERFOR: Servicio Nacional Forestal y de Fauna Silvestre.

TC: Tribunal Constitucional

ÍNDICE

ÍNDICE.....	5
INTRODUCCIÓN.....	8
1. MOTIVACIÓN	8
2. PLANTEAMIENTO DEL TEMA.....	9
3. HIPÓTESIS.....	15
4. OBJETIVOS	15
5. ABORDAJE METODOLÓGICO.....	16
6. JUSTIFICACIÓN	16
6.1 ESTADO DE LA CUESTIÓN.....	16
6.1.2 <i>Con respecto al paradigma de la titularidad de la propiedad y la potestad de los pueblos indígenas para decidir sobre los recursos naturales ubicados en sus territorios.....</i>	17
6.1.3 <i>Con respecto a la aplicación en el Perú del paradigma de la titularidad de la propiedad y la potestad de los pueblos indígenas sobre los recursos naturales</i>	18
6.2 IMPORTANCIA ACADÉMICA - APORTES.....	18
7. ALCANCES Y LÍMITES.....	19
8. ESQUEMA	20
CAPÍTULO I:	21
MARCO TEÓRICO	21
1. FUENTES.....	22
1.1 FUENTES DE DERECHO PARA EL ESTADO PERUANO.....	22
1.1.1 <i>Fuentes de Derecho</i>	22
1.1.1 <i>Jerarquía de las fuentes de Derecho</i>	29
1.1.1.1 Rango constitucional.....	30
1.1.1.1.1 Constitución	30
1.1.1.1.2 Tratados.....	31
1.1.1.1.3 Derecho propio de los pueblos indígenas u originarios.....	32
1.1.1.2 Rango de ley	34
1.1.1.3 Principio pro <i>homine</i> o pro indígena.....	35
1.1.2 <i>Bloque de constitucionalidad</i>	37
2. CATEGORÍAS OPERATIVAS	39
2.1 PUEBLOS INDÍGENAS U ORIGINARIOS.....	39
2.1.1 <i>Constituciones</i>	39
2.1.2 <i>Leyes</i>	41
2.1.3 <i>Tratados</i>	46
2.1.4 <i>Derecho propio de los pueblos indígenas u originarios</i>	48
2.2 RECURSOS NATURALES.....	48
2.2.1 <i>Constitución</i>	48
2.2.2 <i>Leyes, doctrina y jurisprudencia del TC</i>	50

2.2.3	<i>Tratados, declaraciones internacionales y jurisprudencia de la Corte IDH</i>	52
2.2.4	<i>Derecho propio de los pueblos indígenas u originarios</i>	52
CAPÍTULO II:		57
PARADIGMA DE LA POTESTAD DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS PARA DECIDIR SOBRE LOS RECURSOS NATURALES		57
1. FUENTES DEL PARADIGMA		58
2. BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD DEL PARADIGMA		59
2.1	DERECHO A LA LIBRE DETERMINACIÓN	60
2.2	POTESTAD Y PROPIEDAD SOBRE EL TERRITORIO Y LOS RECURSOS NATURALES	64
2.2.1	<i>Definición de territorio</i>	64
2.2.2	<i>Relación especial pueblo-territorio</i>	65
2.2.3	<i>Propiedad y potestad</i>	67
2.3	DERECHO A LA DEMARCACIÓN, DELIMITACIÓN, TITULACIÓN Y REGISTRO DEL TERRITORIO TRADICIONALMENTE POSEÍDO, OCUPADO O UTILIZADO	74
2.4	GARANTÍAS PARA LA RESTRICCIÓN DEL DERECHO DE PROPIEDAD SOBRE EL TERRITORIO Y LOS RECURSOS NATURALES	77
2.5	DERECHO A LA REPARACIÓN POR LAS TIERRAS, TERRITORIOS Y RECURSOS NATURALES AFECTADOS SIN CONSENTIMIENTO PREVIO, LIBRE E INFORMADO	83
3. OBLIGACIONES DERIVADAS PARA EL ESTADO		85
3.1	OBSERVANCIA DE LOS TRATADOS (PRINCIPIO PACTA SUNT SERVANDA)	86
3.2	ADECUACIÓN DEL DERECHO INTERNO	87
CAPÍTULO III:		89
PARADIGMA DE LA POTESTAD EXCLUSIVA DEL ESTADO PARA DECIDIR SOBRE LOS RECURSOS NATURALES		89
1. FUENTES DEL PARADIGMA		90
2. INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL SOBRE LA POTESTAD DEL ESTADO PARA DECIDIR SOBRE LOS RECURSOS NATURALES		91
2.1	ALCANCE Y LÍMITE DEL DERECHO DE PROPIEDAD SOBRE LAS TIERRAS DE LAS COMUNIDADES Y PUEBLOS ORIGINARIOS	92
2.2	LA NACIÓN COMO TITULAR DE LA PROPIEDAD SOBRE LOS RECURSOS NATURALES	93
2.3	EL ESTADO COMO TITULAR EXCLUSIVO DE LA POTESTAD PARA DECIDIR RESPECTO DEL APROVECHAMIENTO DE LOS RECURSOS NATURALES	96
2.4	BENEFICIARIOS DEL APROVECHAMIENTO DE LOS RECURSOS NATURALES	99
3. DESARROLLO NORMATIVO DEL PARADIGMA		100
3.1	LEYES ESPECIALES SOBRE RECURSOS NATURALES	100
3.1.1	<i>Titular de la propiedad sobre los recursos naturales</i>	101
3.1.2	<i>Titular de la potestad para decidir sobre los recursos naturales</i>	106
3.1.3	<i>Beneficiarios</i>	110
3.2	LEYES ESPECIALES SOBRE PUEBLOS INDÍGENAS	127
3.2.1	<i>Titular de la propiedad sobre los recursos naturales</i>	127
3.2.2	<i>Titular de la potestad para decidir sobre los recursos naturales</i>	129
3.2.3	<i>Beneficiarios</i>	132
CAPÍTULO IV:		136
ANÁLISIS CRÍTICO DEL PARADIGMA DEL DOMINIO EMINENCIAL A LA LUZ DEL PARADIGMA DE LOS DERECHOS INDÍGENAS		136
1. PRIMACÍA DEL PARADIGMA DE LOS DERECHOS INDÍGENAS SOBRE EL PARADIGMA DEL DOMINIO EMINENCIAL		137

2. CONTRASTE ENTRE EL PARADIGMA DEL DOMINIO EMINENCIAL Y EL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD	138
2.1 REINTERPRETACIÓN DE LAS DISPOSICIONES CONSTITUCIONALES	138
2.1.1 <i>Propiedad y potestad sobre los recursos naturales</i>	138
2.1.2 <i>Propiedad Comunal</i>	139
2.1.3 <i>Autonomía en el uso y libre disposición de las tierras</i>	140
2.1.4 <i>Prescripción de tierras en caso de abandono</i>	140
2.1.5 <i>Expropiación</i>	141
2.2 REINTERPRETACIÓN DE LAS DISPOSICIONES LEGALES	142
2.2.1 <i>Loas</i>	142
2.2.2 <i>Ley General de Minería</i>	144
2.2.3 <i>Ley Especial que Regula el Otorgamiento de Concesiones Mineras en Áreas Urbanas y de Expansión Urbana</i>	145
2.2.4 <i>Ley de Recursos Hídricos y su Reglamento</i>	146
2.2.5 <i>Ley Forestal y de Fauna Silvestre (Ley 29763)</i>	149
2.2.6 <i>Ley del derecho a la consulta previa a los pueblos Indígenas u originarios y su Reglamento</i>	151
2.2.7 <i>Ley de Comunidades Nativas</i>	154
2.2.8 <i>Ley de Tierras</i>	154
2.2.9 <i>Ley Piaci</i>	156
CONCLUSIONES.....	158
1. SOBRE LAS FUENTES DE DERECHO.....	159
2. SOBRE LAS CATEGORÍAS OPERATIVAS PUEBLOS INDÍGENAS Y RECURSOS NATURALES	161
2.1 PUEBLOS INDÍGENAS	161
2.2 RECURSOS NATURALES.....	162
3. SOBRE EL PARADIGMA DE LOS DERECHOS INDÍGENAS	163
4. SOBRE EL PARADIGMA DEL DOMINIO EMINENCIAL	165
5. SOBRE LA OBLIGACIÓN DE REINTERPRETAR EL PARADIGMA DEL DOMINIO EMINENCIAL A LA LUZ DEL PARADIGMA DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS	166
5.1 PRIMACÍA DEL PARADIGMA DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS SOBRE EL PARADIGMA DEL DOMINIO EMINENCIAL.....	166
5.2 SOBRE LA OBLIGACIÓN DE REINTERPRETAR EL PARADIGMA DEL DOMINIO EMINENCIAL A LA LUZ DEL PARADIGMA DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS.....	166
BIBLIOGRAFÍA	168

INTRODUCCIÓN

1. MOTIVACIÓN

Con ocasión de mi visita al pueblo Kandozi, en Loreto en el 2010, conocí el problema de salud que viene sufriendo dicho pueblo con posterioridad a la llegada de terceros en su territorio, debido a las actividades extractivas de una empresa petrolera. El 90% del pueblo Kandozi viene sufriendo la enfermedad de Hepatitis B. Dicha enfermedad puede llevar a los Kandozi a la extinción. Esta situación me motivó a estudiar sobre los derechos de los pueblos indígenas.

Más adelante, tuve la oportunidad de conocer el caso de las comunidades campesinas y rondas campesinas de las provincias de Celendín, Hualgayoc-Bambamarca y Cajamarca de la región Cajamarca, quienes se autoidentifican como descendientes de los pueblos indígenas Chachapoyas, Coremarcas, Caxamarcas y otros. Actualmente, el Estado busca imponer por la fuerza el megaproyecto minero Conga a tales pueblos. Dicho megaproyecto supone el secamiento de todo el sistema hídrico que constituye la base de la subsistencia social, económica y cultural de las comunidades y rondas mencionadas. La imposición de este megaproyecto por el Estado ha tenido como resultado, a la fecha, la muerte de cinco personas y un número indeterminado de heridos, teniendo entre sus víctimas mujeres, niños, niñas, ancianos y ancianas.

Me di cuenta de que, en ambos casos, los problemas que sufrían –y siguen sufriendo– los pueblos indígenas referidos se habían originado con el ingreso de empresas concesionarias en el territorio de tales pueblos, sin siquiera el conocimiento de los mismos. Las empresas ingresaron a territorio indígena bajo el supuesto derecho de ser titulares de una concesión otorgada por el

Estado para el aprovechamiento de los recursos naturales que ahí se encontraban.

Entonces, me pregunté qué tipo de derechos tienen los pueblos indígenas para hacer frente a la presencia de empresas concesionarias que alegan tener autorizaciones del Estado para el aprovechamiento de recursos naturales en sus territorios. Encontrar respuestas a esta pregunta me motivó a realizar la presente tesis.

2. PLANTEAMIENTO DEL TEMA

El Estado otorga, a favor de particulares, concesiones, autorizaciones u otro tipo de permisos para el aprovechamiento de los recursos que se encuentran en todo el territorio nacional, incluyendo el territorio de pueblos indígenas. En ese marco, las empresas extractivas ingresan a territorios donde habitan pueblos indígenas para realizar actividades de exploración y explotación de los recursos naturales que ahí se encuentran, con autorizaciones del Estado, pero no de los pueblos, e incluso con la oposición de los mismos. Por lo general, los pueblos se resisten y oponen a las actividades extractivas en sus territorios porque tales actividades extractivas causan contaminación, deterioro, destrucción de ríos, bosques, flora, fauna y demás recursos naturales necesarios para su subsistencia física y cultural, y por los cambios que se producen en sus formas de vida a raíz de la presencia de terceros, cambios que tales pueblos no pueden controlar.

Los pueblos indígenas exigen tener el control de los recursos que hay en sus territorios y demandan al Estado que reconozca dicho territorio íntegramente, incluyendo los recursos naturales que se encuentran en él. Así, por ejemplo, el pueblo indígena Achuar, ubicado en la región Loreto, ha decidido no aceptar más actividades petroleras en su territorio, debido al daño que las mismas han causado en éste. Ello comprende: alteración del modo de vida, cambio de usos alimentarios y costumbres familiares; contaminación del agua que utilizan; trastornos graves en la salud física y mental; entre otros. Los Achuar vienen exigiendo al Estado peruano que revise la legalidad de los contratos petroleros

a la luz de los parámetros establecidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, y que reconozca la propiedad colectiva de su territorio integral, con *todos* los componentes que se encuentran en él, incluyendo los del subsuelo, debido a la estrecha relación pueblo–territorio (FENAP, ATI y ORACH 2008b: 73, 76, 90 y 91).

Casos como el de los Achuar ilustran los numerosos conflictos que hay en el país entre pueblos indígenas y empresas concesionarias de recursos naturales en los territorios de tales pueblos. Ello también se desprende de los registros mensuales de la Defensoría del Pueblo. Según el reporte mensual de Conflictos Sociales del mes de febrero de 2015 de la Defensoría del Pueblo, de 211 conflictos sociales registrados, 142 son socioambientales, y de éstos, 95 son por actividades mineras y 23 por actividades hidrocarburíferas. Es decir, por lo menos el 56% de los conflictos sociales a nivel nacional están relacionados con la extracción de recursos naturales del subsuelo (Defensoría del Pueblo, 2015).

En ese contexto, el Estado interviene a través de las fuerzas del orden, para acallar y neutralizar a aquellos pueblos indígenas que se resisten a la imposición de dichos proyectos. Producto de esta violencia, ha habido muertos y heridos, entre los cuales se encuentran hombres y mujeres, niñas y niños, ancianos y ancianas. Solo en el año 2012, la imposición del megaproyecto Conga por parte del Estado, a través del uso ilegal de la fuerza, ha causado la muerte de cinco personas, entre ellos un menor de edad, y un número indeterminado de heridos a la fecha. En el 2011, por el mismo megaproyecto, y también por el uso ilegal de la fuerza por parte de las fuerzas del orden, resultaron heridos decenas de ronderos en Celendín – Cajamarca. Producto de este ataque policial, un rondero quedó parapléjico y otro perdió la vista de uno de los ojos (IIDS 2012a).

Esta violencia no solamente es física, sino también psicológica y moral. Algunas autoridades, incluso, han tratado como <<perros>> a los indígenas que se oponen a proyectos extractivos que afectarán sus territorios. En el marco de protestas contra la imposición del megaproyecto Conga, mujeres y

hombres, miembros de las comunidades y rondas campesinas de las provincias de Celendín, Hualgayoc-Bambamarca y Cajamarca de la región Cajamarca, han manifestado que los efectivos de la policía se dirigen a ellos con desprecio e insultos. El día 4 de julio de 2012 en la ciudad de Cajamarca, se registró un video en el que una mujer le pregunta a los efectivos policiales por qué les hablaban y trataban así, a lo que uno de estos efectivos del orden responde: “porque son perros”.¹ Asimismo, el día 16 de marzo de 2012, efectivos de la DINOES ingresaron sin autorización al territorio de las rondas y comunidades campesinas del Centro Poblado Vista Alegre y de la Comunidad de Pampa Verde, ubicadas en el distrito de Huasmín, provincia de Celendín. En esta ocasión, los efectivos del orden lanzaron bombas lacrimógenas a los patios de los colegios de primaria y secundaria, cuando los niños y niñas todavía estaban en clases, e insultaron y golpearon a las madres de familia que se encontraban cerca (IIDS 2012a).

A partir de esta situación, se abren una serie de cuestionamientos sociales, políticos, económicos y jurídicos. En esta tesis me centraré en estos últimos. La cuestión central que quiero analizar en el plano jurídico es la potestad del Estado para autorizar a terceros el aprovechamiento de los recursos naturales que se encuentran en los territorios de los pueblos indígenas, con los efectos que ello implica. Y, del otro lado, la potestad de los pueblos indígenas para decidir sobre los recursos naturales que se encuentran en sus territorios.

Frente a esta cuestión, existen dos posiciones polares. La primera de ellas sostiene que solo el Estado tiene la atribución para decidir sobre el aprovechamiento de los recursos naturales en todo el territorio nacional y la potestad para concesionarlos a terceros, incluyendo aquellos que se encuentran en el territorio de los pueblos indígenas. La segunda plantea, más bien, que son los pueblos quienes tienen dicha potestad cuando se trata de recursos naturales ubicados en sus territorios, o, entre otros supuestos, en caso de proyectos que, aún no ubicándose dentro de sus territorios, son susceptibles de afectarlos directamente, como el secamiento o contaminación

¹ Ver: <http://www.youtube.com/watch?v=n9BV0IW-ZXI>

² Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay, párr. 137: <<[...] la estrecha

de aguas de ríos, lagunas, etc. Y, entre tales posiciones polares, hay una gama de posiciones que otorgan distintas atribuciones al Estado y a los pueblos indígenas, dependiendo del tipo de recurso natural y de los impactos de la extracción del mismo.

La primera posición supone que el Estado es propietario de los recursos naturales o, sin serlo, tiene el *dominio eminencial* sobre ellos. La doctrina del dominio eminencial, al interpretar el artículo 66 de la actual Constitución Política del Perú, establece la exclusividad del Estado para regular, administrar y ejercer funciones jurisdiccionales sobre el aprovechamiento de los recursos, con base en su soberanía sobre el territorio nacional. En consecuencia, bajo esta doctrina, sólo el Estado tiene potestad para otorgar derechos de aprovechamiento sobre tales recursos a sujetos privados, incluso cuando estos recursos se encuentren en territorios de los pueblos indígenas.

Esta doctrina, en ningún caso, admite que las comunidades o pueblos indígenas tengan la propiedad o algún derecho originario para decidir sobre los recursos naturales que hay en sus territorios. Tales pueblos sólo gozan del uso de los recursos naturales que hay en sus territorios, en tanto les sean cedidos en uso por el Estado y éste no los haya cedido a terceros para su aprovechamiento. De esta posición se deriva la práctica estatal de dar concesiones, permisos u otro tipo de autorizaciones a particulares, para el aprovechamiento de los recursos naturales que se encuentran en los territorios de los pueblos indígenas, sin obstar que los pueblos puedan tener algún tipo de participación. Como ya señalé, existe un conjunto de disposiciones normativas que permite una gama de niveles de participación de los pueblos indígenas en las decisiones del Estado, de acuerdo con el tipo de recurso natural, el lugar de ubicación con relación al recurso, la etapa del procedimiento concesionario, entre otros factores.

Frente a la doctrina del dominio eminencial del Estado mencionada, derivada del Derecho Administrativo, existe otra doctrina desarrollada por el Derecho Internacional de los Pueblos Indígenas, que le reconoce a estos la propiedad y

la potestad para decidir sobre los recursos naturales se encuentren dentro de sus territorios.

El paradigma desarrollado por el Derecho Internacional de los Pueblos Indígenas encuentra su fundamento principalmente en el Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo (en adelante, Convenio 169 de la OIT), la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (en adelante, DNUPI) y, sobre todo, en la doctrina de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, CIDH) y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH).

El Derecho Internacional de los Pueblos Indígenas reconoce a tales pueblos como sujetos colectivos que preexisten al Estado y que tienen derecho a seguir existiendo como tales. Para ello, los pueblos indígenas tienen derechos intrínsecos a los medios o recursos que les permiten existir y de los que pueden disponer libremente para poder continuar existiendo como tales. Entre estos medios, están la tierra, los recursos naturales y los territorios. El derecho de los pueblos indígenas a estos medios o recursos tienen como contrapartida el deber de los mismos de preservarlos para las generaciones futuras.

Este paradigma sí admite que los pueblos indígenas sean propietarios de los recursos naturales que se encuentren en su territorio colectivo o que, sin ser propietarios, tengan la potestad para decidir sobre los mismos. El Derecho Internacional establece que los pueblos indígenas son propietarios y tienen la potestad de decidir sobre los recursos naturales ubicados en sus territorios que son necesarios para su subsistencia.² Y, en caso de que la legislación no

² Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay, párr. 137: <<[...] 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 de la Convención Americana. Al respecto, en otras oportunidades, este Tribunal ha considerado que el término “bienes” utilizado en dicho artículo 21, contempla “aquellas cosas materiales apropiables, así como todo derecho que pueda formar parte del patrimonio de una persona; dicho concepto comprende todos los muebles e inmuebles, los elementos corporales e incorporeales y cualquier otro objeto inmaterial susceptible de tener un valor”. [...] 146. [...] los Estados deben tener en cuenta que los derechos territoriales indígenas abarcan un concepto más amplio y diferente que está relacionado con el derecho colectivo a la supervivencia como pueblo organizado, con el control de su hábitat como una condición necesaria para la reproducción de su cultura, para su propio desarrollo y para llevar a cabo sus planes de vida>>. Ver también Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam, párr. 122;

reconozca la propiedad de los recursos del subsuelo a los pueblos, entre otros estándares de protección, el Derecho Internacional establece que, cuando se trate de megaproyectos de desarrollo o inversión que pudieran impactar de manera significativa en la vida, territorio o recursos naturales necesarios para la subsistencia de los pueblos indígenas, el Estado requiere del consentimiento libre, previo e informado de los mismos para llevar a cabo dicho megaproyecto y no afectar su integridad.³

Estos dos paradigmas suponen interpretaciones distintas del texto constitucional en materia de propiedad sobre los recursos naturales que hay en territorios de los pueblos indígenas, así como sobre la potestad para decidir respecto del aprovechamiento de los mismos.

En el Perú, el paradigma del dominio eminential del Estado ha sido desarrollado por el Derecho Administrativo, y constituye la doctrina dominante que guía las prácticas institucionales del Estado en materia de aprovechamiento de los recursos naturales que se encuentran en territorios indígenas. Este paradigma se ha desarrollado sin tener en cuenta, e incluso en contra de, los estándares establecidos por el Derecho Internacional de los Pueblos Indígenas.

De aquí surgen diversas preguntas: ¿Bajo qué paradigma debemos leer la Constitución? ¿Qué significa que el Estado tenga la soberanía en el aprovechamiento de los recursos naturales? ¿Tiene el Estado la exclusividad para decidir sobre el aprovechamiento de los recursos naturales en territorios

Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador, párr. 145 y 146; y Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay, párr. 118.

³ Corte IDH. Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam, párr. 134: <<[...] la Corte considera que, cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala que tendrían un mayor impacto dentro del territorio Saramaka, el Estado tiene la obligación, no sólo de consultar a los Saramakas, sino también debe obtener el consentimiento libre, informado y previo de éstos, según sus costumbres y tradiciones. La Corte considera que la diferencia entre "consulta" y "consentimiento" en este contexto requiere de mayor análisis. [...] 137. [...] La Corte coincide con el Estado y además considera que, adicionalmente a la consulta que se requiere siempre que haya un plan de desarrollo o inversión dentro del territorio tradicional Saramaka, la salvaguarda de participación efectiva que se requiere cuando se trate de grandes planes de desarrollo o inversión que puedan tener un impacto profundo en los derechos de propiedad de los miembros del pueblo Saramaka a gran parte de su territorio, debe entenderse como requiriendo adicionalmente la obligación de obtener el consentimiento libre, previo e informado del pueblo Saramaka, según sus costumbres y tradiciones>>.

de pueblos indígenas? ¿Son los pueblos indígenas propietarios de los recursos naturales que hay en sus territorios? ¿Qué potestades tienen los pueblos indígenas en la decisión sobre los recursos naturales que se encuentren en sus territorios?

Yo voy a centrarme en responder la siguiente pregunta: ¿En el Perú, los pueblos indígenas tienen potestades para decidir respecto de los recursos naturales existentes en sus territorios?

Para responder esta pregunta, debo establecer la jerarquía y los efectos que tiene el Derecho Internacional de los Pueblos Indígenas respecto del Derecho Administrativo.

3. HIPÓTESIS

“De conformidad con las obligaciones internacionales que tiene el Estado peruano, los pueblos indígenas tienen la potestad para decidir sobre los recursos naturales ubicados en sus territorios, a diferencia de lo que establece el Derecho Administrativo”.

4. OBJETIVOS

Principal:

Analizar el alcance de las potestades que tienen los pueblos indígenas para decidir sobre los recursos naturales ubicados en sus territorios, de conformidad con las obligaciones internacionales que tiene el Estado peruano.

Secundarios:

1. Analizar el paradigma desarrollado por el Derecho Internacional de los Pueblos Indígenas, que reconoce a los mismos la potestad para decidir sobre los recursos naturales que se encuentran en sus territorios; sus supuestos, estándares y efectos respecto de las obligaciones del Estado.
2. Analizar el paradigma desarrollado por el Derecho Administrativo, que solo reconoce al Estado como titular de la potestad para decidir sobre el

aprovechamiento de los recursos naturales ubicados en territorios indígenas; sus supuestos y desarrollo normativo.

3. Contrastar ambos paradigmas y reinterpretar las provisiones constitucionales y legales relativas a recursos naturales a la luz del Derecho Internacional de los Pueblos Indígenas.

5. ABORDAJE METODOLÓGICO

El abordaje metodológico de esta tesis es teórico-crítico, aunque parte de un trabajo empírico con comunidades campesinas y rondas campesinas, así como sus organizaciones de representación local, regional y nacional.

Para el abordaje teórico crítico de las instituciones jurídicas recurriré a las fuentes del derecho, como la legislación, la jurisprudencia, el derecho consuetudinario y la doctrina, tanto para analizar el Derecho Administrativo, como el Derecho Internacional de los Pueblos Indígenas.

6. JUSTIFICACIÓN

6.1 ESTADO DE LA CUESTIÓN

6.1.1 Con respecto al paradigma de la potestad exclusiva del Estado sobre los recursos naturales en territorio de los pueblos indígenas

Existen numerosos estudios plasmados en artículos y libros sobre cómo las leyes y políticas del Estado sobre el aprovechamiento de los recursos naturales afectan a pueblos indígenas. Sin embargo, en estos estudios el análisis suele ser sectorial, es decir, se enfocan en el marco normativo de un recurso natural en específico, como la tierra, el agua, los minerales del subsuelo, etc. (Del Castillo *et al* 1995; CEPES 2003, 2004, 2005 y 2010; DAR 2010; Boelens *et al* 2006; Burneo 2011; GRUPO ALLPA 2010 y 2011; IWGIA 2009; García y Surralés 2004 y 2009; García 2001; Roldán y Tamayo 1999; Canales s.a.).

Estos estudios suelen ser críticos con el marco normativo que analizan, aunque no identifican, a la potestad *exclusiva* del Estado para decidir sobre los recursos ubicados en territorios de los pueblos indígenas, como la causa de los efectos negativos que las normas de este paradigma producen en dichos pueblos.

Existe, sin embargo, la tesis de licenciatura de Luis Pacheco Rojas, en la que dicho autor sostiene, explícitamente, que el *dominio eminential* del Estado sobre los recursos naturales, plasmado en el artículo 66 de la Constitución, tiene impactos negativos en el desarrollo de los pueblos indígenas (2013).

6.1.2 Con respecto al paradigma de la titularidad de la propiedad y la potestad de los pueblos indígenas para decidir sobre los recursos naturales ubicados en sus territorios

Al igual que en el apartado anterior, existen numerosos artículos y libros que analizan y/o sistematizan los estándares internacionales sobre los derechos de los pueblos indígenas relacionados con los derechos al territorio y a los recursos naturales. Sus autores recurren, principalmente, al Convenio N° 169 de la OIT, la DNUPI y la jurisprudencia de la Corte IDH (Dasso 2009; García 2001, 2009 y 2011; Ballón 2001 y 2007; Gentes 2005; Ardito s.a.; 2010; Canales s.a.; Zambrano 2012; Salmón 2010 y 2012; Ruiz 2011a, 2011b, 2012a y 2012b; Stavenhagen 2010; Villa 2011; Yrigoyen 2009a, 2009b, 2010 y 2011, 2013).

Algunos pueblos indígenas también han alegado este paradigma en sus casos de litigio. Este es el caso del pueblo Achuar, que viene exigiendo que el Estado titule su territorio de manera integral, incluyendo sus recursos naturales (FENAP 2008a y 2008b). De igual manera, las rondas campesinas y comunidades campesinas de las provincias de Celendín, Hualgayoc-Bambamarca y Cajamarca de la región Cajamarca vienen exigiendo al Estado que respete su derecho al consentimiento previo, libre e informado en el caso del megaproyecto Conga, conforme lo establece la jurisprudencia de la Corte IDH (IIDS 2012a).

6.1.3 Con respecto a la aplicación en el Perú del paradigma de la titularidad de la propiedad y la potestad de los pueblos indígenas sobre los recursos naturales

De los autores referidos en el apartado anterior, muy pocos nos dicen *cómo* argumentar frente al artículo 66 de la Constitución y toda la normativa administrativista que lo desarrolla, de tal forma que se garantice y respete la titularidad de la propiedad y la potestad de los pueblos indígenas sobre los recursos naturales.

Un ejemplo es Raquel Yrigoyen, quien señala que, al reconocerse que el concepto de territorio de los pueblos indígenas incluye los recursos naturales necesarios para su subsistencia, existe una obligación de reinterpretar el artículo 66 de la Constitución. Las leyes y políticas públicas derivadas de este artículo habrían despojado a los pueblos de los principales recursos existentes en sus territorios y que son necesarios para sus modos de vida (2013: 107). De ahí la importancia de releer el artículo 66 a la luz del Derecho Internacional de los Derechos de los Pueblos Indígenas. Yrigoyen, sin embargo, no identifica todas las leyes sobre recursos naturales que habría que interpretar a la luz del Derecho Internacional, ni cómo sería efectivamente dicha relectura.

6.2 IMPORTANCIA ACADÉMICA - APORTES

La investigación de este tema es importante porque en el país no se han hecho estudios que, de modo integral y comprehensivo, analicen críticamente el conjunto de normas administrativas relativas a la potestad exclusiva del Estado sobre los recursos naturales, a la luz del Derecho Internacional de los Pueblos Indígenas. En particular, en relación a la titularidad de la propiedad y la potestad de los pueblos indígenas para decidir sobre los recursos naturales ubicados en sus territorios.

Esta investigación develará las contradicciones entre el Derecho Administrativo y el Derecho Internacional de los Derechos de los Pueblos Indígenas. Por

ejemplo, cómo la legislación sobre recursos hídricos, forestales, mineros, entre otros, desconocen los avances de la jurisprudencia de la Corte IDH.

La investigación aportará una relectura de las provisiones constitucionales a la luz de la propiedad y la potestad de los pueblos indígenas para decidir sobre los recursos naturales ubicados en sus territorios. Planteará, además, pautas para un desarrollo del Derecho Administrativo que regule el aprovechamiento de los recursos naturales respetando los estándares del Derecho Internacional de los Pueblos Indígenas.

7. ALCANCES Y LÍMITES

Mi tesis parte de un trabajo empírico con organizaciones de pueblos indígenas, y toma de ellas las preocupaciones centrales sobre las violaciones de sus derechos. Sin embargo, no me centro en analizar los problemas empíricos, sino me enfoco en un análisis de las normas que explican los problemas que sufren dichos pueblos.

La tesis se centra, de un lado, en un análisis del Derecho Constitucional interpretado según el Derecho Internacional de Pueblos Indígenas, y de otro, en un análisis exegético de las normas administrativas nacionales. El primer análisis me permitirá hacer una evaluación crítica de estas últimas normas.

Dada la amplitud del Derecho Administrativo, esta tesis no cubre todas las materias de recursos naturales. Se limita a estudiar la legislación especial sobre tierras, aguas, minerales, bosques, flora, fauna y diversidad biológica.

Con respecto a las fuentes de Derecho Internacional en materia de pueblos indígenas, si bien éstas son amplias, me he centrado en el Convenio 169 de la OIT, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en adelante, PIDCP), la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante, CADH) y la doctrina y jurisprudencia de la Comisión y Corte IDH.

8. ESQUEMA

La tesis se divide en cuatro capítulos y un apartado de conclusiones.

En el primer capítulo, presento el marco conceptual que sirve para la construcción de la presente tesis. Aquí analizo qué fuentes de Derecho existen en el ordenamiento jurídico peruano, así como las categorías jurídicas claves sobre las cuales giran los paradigmas en cuestión.

En el segundo capítulo, analizo el paradigma de la potestad de los pueblos indígenas para decidir sobre los recursos naturales que se encuentran en sus territorios, en qué fuentes de Derecho se sustenta y las obligaciones que se derivan para el Estado peruano.

En el tercer capítulo, analizo el paradigma de la potestad exclusiva del Estado para decidir sobre los recursos naturales, incluso sobre aquellos que se ubican en territorios indígenas, y en qué fuentes de Derecho se sustenta.

En el cuarto capítulo, contrasto ambos paradigmas, a fin de proponer una solución a su contradicción, vía reinterpretación de la Constitución y las leyes a la luz del Derecho Internacional de los Pueblos Indígenas, o la modificación o derogación de las primeras.

Finalmente, doy a conocer las conclusiones de la tesis.

CAPÍTULO I: MARCO TEÓRICO



1. FUENTES

Mi tesis se pregunta si los pueblos indígenas tienen potestades para decidir respecto de los recursos naturales existentes en sus territorios. Por lo tanto, es relevante identificar, previamente, quiénes son pueblos indígenas y qué entendemos por *recursos naturales*. Esto dependerá de las distintas fuentes y paradigmas jurídicos.

1.1 Fuentes de Derecho para el Estado peruano

1.1.1 Fuentes de Derecho

En el ordenamiento jurídico peruano la fuente que origina las demás fuentes de Derecho es la Constitución, pues en ella se ve reflejada la voluntad del Poder Constituyente para la creación de las normas que regularán la organización del Estado y el reconocimiento de los derechos fundamentales. Estas fuentes pueden ser internas, es decir, producidas por los distintos órganos estatales; o internacionales, producidas por la comunidad internacional. Además, dichas fuentes, sean leyes, tratados u otras, dan origen a otra lista de fuentes distintas a las reconocidas por la Constitución.

Entre las fuentes de Derecho que el ordenamiento jurídico peruano reconoce, incluyendo las del Derecho Internacional, se encuentran:⁴

a) Fuentes normativas:

- Tratados. El artículo 55 de la Constitución señala que los tratados forman parte del derecho nacional, y su Cuarta Disposición Final y Transitoria establece que los derechos y libertades reconocidas en ella deben ser interpretadas *de conformidad* con la DUDH y los tratados en materia de derechos humanos suscritos por el Perú.⁵ Los tratados

⁴ Para esta tesis, recorro principalmente a la teoría de fuentes utilizada por el Tribunal Constitucional, en la sentencia recaída en el Exp. 047-2004-AI/TC, f.j. 7-45.

⁵ Constitución Política del Perú. Artículo 55.- Los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional. Cuarta Disposición Final y Transitoria.- Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú.

pueden ocuparse de distintas materias, sin embargo, cuando se traten sobre derechos humanos, el TC ha establecido que su “[...] interpretación [...] contiene, implícitamente, una adhesión a la interpretación que, de los mismos, hayan realizado los órganos supranacionales de protección de los atributos inherentes al ser humano [...]”.⁶ Lo señalado por el TC es importante, dado que de esta manera reconoce también a las interpretaciones de los órganos internacionales de derechos humanos –como la Comisión y Corte Interamericana de Derechos Humanos–, mayormente expresadas en resoluciones o recomendaciones, como fuente de Derecho.

- Declaraciones internacionales sobre derechos humanos. Si bien la doctrina cuestiona su fuerza vinculante, por no ser adoptadas bajo la formalidad de los tratados,⁷ al menos dos declaraciones de este tipo son claramente consideradas fuente de Derecho en el ordenamiento jurídico peruano. La primera es la Declaración Universal de Derechos Humanos, en virtud de la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución.⁸ La segunda es la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, en virtud del artículo 15 de la Ley de Creación del Ministerio de Cultura. Esta norma establece el deber del Estado de promover y garantizar el respeto de los derechos de los pueblos de

⁶ Sentencia del TC recaída en el Exp. 0217-2002-HC/TC, f.j. 2: “De conformidad con la IV Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política del Estado, los derechos y libertades reconocidos en la Constitución deben interpretarse de conformidad con los tratados internacionales en materia de derechos humanos suscritos por el Estado Peruano. Tal interpretación, conforme con los tratados sobre derechos humanos, contiene, implícitamente, una adhesión a la interpretación que, de los mismos, hayan realizado los órganos supranacionales de protección de los atributos inherentes al ser humano y, en particular, el realizado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, guardián último de los derechos en la Región”.

⁷ La doctrina entiende que las declaraciones proclaman principios de gran valor y perdurabilidad, sin embargo, al no haber sido adoptados bajo la formalidad de los tratados, no tienen la fuerza vinculante de estos (Nikken, citado por Novak y Salmón 2002: 87). Incluso en el caso de la Declaración Universal de Derechos Humanos, existe controversia sobre su naturaleza jurídica. Como explican Novak y Salmón, un grupo niega toda obligatoriedad jurídica a dicho instrumento; sin embargo, existe otro grupo que señala que, “[...] si bien cuando se adoptó el texto de la Declaración Universal no se tuvo en mente atribuirle un carácter vinculante, en la actualidad se ha convertido en un instrumento obligatorio”. Esto se deriva de considerar a la Declaración Universal como “[...] una interpretación auténtica de las disposiciones de la Carta de la ONU, documento que sí tiene carácter obligatorio para los Estados miembros”; y porque su contenido coincide con la costumbre internacional (2002: 88-96).

⁸ Constitución Política del Perú. Cuarta Disposición Final y Transitoria.- Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú.

conformidad con el Convenio 169 de la OIT y la DNUPI.⁹ De igual manera, el artículo II del Título Preliminar, inciso 3, de la Ley Forestal de Flora y Fauna Silvestre, Ley 29763, establece que son aplicables a la gestión forestal y de fauna silvestre los principios, derechos, deberes y disposiciones de la DNUPI.¹⁰ El artículo 1, inciso 1.4, del Reglamento de la Ley de Consulta Previa también señala el deber del Estado de implementar el derecho de consulta *tomando en consideración* la DNUPI.¹¹ El propio TC ha aplicado la DNUPI para reconocer a los pueblos indígenas el derecho a la autodeterminación.¹²

- Leyes. El artículo 102, inciso 1, de la Constitución atribuye al Congreso de la república su dación.¹³
- Decretos legislativos. El artículo 104 de la Constitución permite al Poder Ejecutivo legislar por delegación del Congreso.¹⁴
- Decretos supremos. El artículo 118, inciso 8, de la Constitución reconoce la potestad del Presidente de la República para reglamentar las leyes sin transgredirlas ni desnaturalizarlas.¹⁵

⁹ Ley 29565, Ley de creación del Ministerio de Cultura. Artículo 15.- Del Viceministerio de Interculturalidad. El Viceministro de Interculturalidad [...] ejerce las siguientes funciones: a) Promover y garantizar el sentido de la igualdad social y respeto a los derechos de los pueblos del país de conformidad con el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y la Declaración de las Naciones unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. [...].

¹⁰ Ley 29763, Ley Forestal y de Fauna Silvestre. Artículo II.- Principios Generales. Son principios generales aplicables a la gestión forestal y de fauna silvestre [...] los principios, derechos, deberes y disposiciones aprobados en la Constitución Política del Perú, el Acuerdo Nacional, el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), la Declaración de la Organización de las Naciones unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y los demás tratados internacionales [...]. Esta Ley aún no se encuentra vigente. Entra en vigencia al día siguiente de la publicación de su Reglamento en el diario oficial El Peruano, el cual actualmente está en proceso de consulta previa con las organizaciones representativas de los pueblos indígenas del país.

¹¹ Decreto Supremo 001-2012-MC, artículo 1.- Del objeto. [...] 1.4 El Viceministerio de Interculturalidad, en ejercicio de su función de concertar, articular y coordinar la implementación del derecho de consulta, por parte de las distintas entidades del Estado, toma en consideración la Declaración de las Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas. [...].

¹² Sentencia del TC recaída en el Exp. 01126-2011-HC/TC, de fecha 11 de setiembre de 2012, f.j. 23: “[...] 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 3 y 4 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas]. [...]”.

¹³ Constitución Política del Perú. Artículo 102.- Son atribuciones del Congreso: 1. Dar leyes y resoluciones legislativas, así como interpretar, modificar o derogar las existentes. [...]

¹⁴ Constitución Política del Perú. Artículo 104.- El Congreso puede delegar en el Poder Ejecutivo la facultad de legislar, mediante decretos legislativos, sobre la materia específica y por el plazo determinado establecidos en la ley autoritativa. [...]

¹⁵ Constitución Política del Perú. Artículo 118.- Corresponde al Presidente de la República: [...] 8. Ejercer la potestad de reglamentar las leyes sin transgredirlas ni desnaturalizarlas; y, dentro de tales

- Ordenanzas regionales y ordenanzas municipales. Los artículos 191 y 194 de la Constitución reconocen autonomía política, económica y administrativa a los gobiernos regionales y a las municipalidades provinciales y distritales, en los asuntos de su competencia, respectivamente.¹⁶

b) Jurisprudencia:

- Nacional:
 - Del Poder Judicial. El artículo 138 de la Constitución reconoce que este ejerce la potestad de administrar justicia.¹⁷ Por otro lado, el artículo 22 de la Ley Orgánica del Poder Judicial establece la potestad de la Corte Suprema de Justicia de fijar principios jurisprudenciales como precedentes vinculantes.¹⁸
 - Del Tribunal Constitucional. Los artículos 201 y 202 de la Constitución reconocen que este tribunal es el órgano de control de la misma. Le corresponde conocer, en instancia única, la acción de constitucionalidad; en última y definitiva instancia, las resoluciones denegatorias de hábeas corpus, amparo, hábeas data y acción de cumplimiento; así como los conflictos de competencia o atribuciones asignadas por la Constitución.¹⁹ Por otro lado, el artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional reconoce como fuente de Derecho a las interpretaciones que el TC realiza sobre normas

límites, dictar decretos y resoluciones. [...]

¹⁶ Constitución Política del Perú. Artículo 191.- Los gobiernos regionales tienen autonomía política, económica y administrativa en los asuntos de su competencia. [...]. Artículo 194.- Las municipalidades provinciales y distritales son los órganos de gobierno local. Tienen autonomía política, económica y administrativa en los asuntos de su competencia. [...].

¹⁷ Constitución Política del Perú. Artículo 138.- La potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos con arreglo a la Constitución y a las leyes. [...]

¹⁸ Ley Orgánica del Poder Judicial. Artículo 22.- Carácter vinculante de la doctrina jurisprudencial. Las Salas Especializadas de la Corte Suprema de Justicia [...] fijan principios jurisprudenciales que han de ser de obligatorio cumplimiento, en todas las instancias judiciales. Estos principios deben ser invocados por los Magistrados de todas las instancias judiciales, cualquiera que sea su especialidad, como precedente de obligatorio cumplimiento. En caso que por excepción decidan apartarse de dicho criterio, están obligados a motivar adecuadamente su resolución dejando constancia del precedente obligatorio que desestiman y de los fundamentos que invocan. [...].

¹⁹ Constitución Política del Perú. Artículo 201.- El Tribunal Constitucional es el órgano de control de la Constitución. [...]. Artículo 202.- Corresponde al Tribunal Constitucional: 1. Conocer, en instancia única, la acción de inconstitucionalidad. 2. Conocer, en última y definitiva instancia, las resoluciones denegatorias de hábeas corpus, amparo, hábeas data, y acción de cumplimiento. 3. Conocer los conflictos de competencia, o de atribuciones asignadas por la Constitución, conforme a ley.

con rango de ley o reglamentario. El artículo VII de este Código también reconoce la potestad del TC de establecer precedentes vinculantes.^{20 y 21}

– Internacional:

- De tribunales u organismos internacionales, con efectos particulares. El artículo 205 de la Constitución señala que, agotada la jurisdicción interna, quien se considere lesionado en sus derechos, podrán recurrir a los tribunales u organismos internacionales constituidos según tratados o convenios de los que el Perú es parte.²² El artículo 205 se refiere a esta jurisprudencia como fuente de Derecho para un caso en concreto.

²⁰ Código Procesal Constitucional. Artículo VI.- Control Difuso e Interpretación Constitucional. Cuando exista incompatibilidad entre una norma constitucional y otra de inferior jerarquía, el Juez debe preferir la primera, siempre que ello sea relevante para resolver la controversia y no sea posible obtener una interpretación conforme a la Constitución. Los Jueces no pueden dejar de aplicar una norma cuya constitucionalidad haya sido confirmada en un proceso de inconstitucionalidad o en un proceso de acción popular. Los Jueces interpretan y aplican las leyes o toda norma con rango de ley y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional. Artículo VII.- Precedente. Las sentencias del Tribunal Constitucional que adquieren la autoridad de cosa juzgada constituyen precedente vinculante cuando así lo exprese la sentencia, precisando el extremo de su efecto normativo. Cuando el Tribunal Constitucional resuelva apartándose del precedente, debe expresar los fundamentos de hecho y de derecho que sustentan la sentencia y las razones por las cuales se aparta del precedente.

²¹ El TC también se ha pronunciado sobre los artículos VI y VII del CPC, en la sentencia recaída en el Exp. N° 03741-2004-AA/TC, f.j. <<42: La incorporación del precedente constitucional vinculante, en los términos en que precisa el Código Procesal Constitucional, genera por otro lado, la necesidad de distinguirlo de la jurisprudencia que emite este Tribunal. Las sentencias del Tribunal Constitucional, dado que constituyen la interpretación de la Constitución del máximo tribunal jurisdiccional del país, se estatuyen como fuente de derecho y vinculan a todos los poderes del Estado. Asimismo, conforme lo establece el artículo VI del Código Procesal Constitucional y la Primera Disposición General de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, N° 28301, los jueces y tribunales interpretan y aplican las leyes y reglamentos conforme a las disposiciones de la Constitución y a la interpretación que de ellas realice el Tribunal Constitucional a través de su jurisprudencia en todo tipo de procesos. La jurisprudencia constituye, por tanto, la doctrina que desarrolla el Tribunal en los distintos ámbitos del derecho, a consecuencia de su labor frente a cada caso que va resolviendo. 43. Por otro lado, con objeto de conferir mayor predecibilidad a la justicia constitucional, el legislador del Código Procesal Constitucional también ha introducido la técnica del precedente, en su artículo VII del título preliminar, al establecer que “Las sentencias del Tribunal Constitucional que adquieren la autoridad de cosa juzgada constituyen precedente vinculante cuando así lo exprese la Sentencia, precisando el extremo de su efecto normativo (...)”. De este modo, si bien tanto la jurisprudencia como el precedente constitucional tienen en común la característica de su efecto vinculante, en el sentido de que ninguna autoridad, funcionario o particular puede resistirse a su cumplimiento obligatorio, el Tribunal, a través del precedente constitucional, ejerce un poder normativo general, extrayendo una norma a partir de un caso concreto>>.

²² Constitución Política del Perú. Artículo 205.- Agotada la jurisdicción interna, quien se considere lesionado en los derechos que la Constitución reconoce puede recurrir a los tribunales u organismos internacionales constituidos según tratados o convenios de los que el Perú es parte.

- De tribunales u organismos internacionales, con efectos generales. El artículo 38, inciso 1, literal d, del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia reconoce esta jurisprudencia como fuente de Derecho.²³
- De tribunales internacionales sobre derechos humanos, con efectos generales. La Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución y el artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional establecen que los derechos constitucionales sean interpretados *de conformidad* con los tratados de derechos humanos y las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según tratados de los que el Perú es parte.²⁴ En aplicación de ambos dispositivos, el TC ha recogido reiteradamente en sus sentencias la jurisprudencia de tribunales internacionales, como la Corte IDH:

No debe perderse de vista que la vinculatoriedad de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos no se agota en su parte resolutive (la cual, ciertamente, alcanza sólo al Estado que es parte en el proceso), sino que se extiende a su fundamentación o *ratio decidendi*, con el agregado de que, *por imperio de la Cuarta Disposición Final Transitoria de la Constitución y el artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional*, en dicho ámbito *la sentencia resulta vinculante para todo poder público nacional, incluso en aquellos casos en los que el Estado peruano no haya sido parte en el proceso* [la cursiva es mía]. En efecto, la capacidad interpretativa y aplicativa de la Convención que tiene la Corte, reconocida en el artículo 62.3 de dicho tratado, aunada al mandato de la Cuarta Disposición Final Transitoria de la Constitución, hace que la interpretación de las disposiciones de la Convención que se realiza en todo proceso, sea vinculante para todos los poderes públicos internos, incluyendo, desde luego, a este Tribunal Constitucional.²⁵

c) Costumbre:

²³ Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. Artículo 38.- 1. La Corte, cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar: [...] d. las decisiones judiciales [...], como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho [...].

²⁴ Constitución Política del Perú. Cuarta Disposición Final y Transitoria.- Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú.

Código Procesal Constitucional. Artículo V.- El contenido y alcances de los derechos constitucionales protegidos por los procesos regulados en el presente Código deben interpretarse de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos, los tratados sobre derechos humanos, así como de las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según tratados de los que el Perú es parte.

²⁵ Sentencia del TC recaída en el Exp. 03891-2011-PA/TC, f.j. 55. Ver también las sentencias recaídas en los Exp. 00007-2007-PI/TC, f.j. 16, 26 y 36; Exp. 2730-2006-PA/TC, f.j. 12; Exp. 5854-2005-PA/TC, f.j. 23; Exp. 2209-2002-AA/TC, f.j. 5; y Exp. 0217-2002-HC/TC,.,j. 2.

- Nacional. El artículo 139, inciso 8, de la Constitución señala que, en caso de vacío o deficiencia de la ley, debe aplicarse el derecho consuetudinario.²⁶
 - Internacional. Está reconocida por el artículo 139, inciso 8 de la Constitución; pero además, en virtud del artículo 38, inciso 1, literal b, del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.²⁷
 - De los pueblos indígenas. El artículo 149 de la Constitución reconoce al derecho propio o consuetudinario de las comunidades campesinas y nativas y las rondas campesinas como fuente de Derecho, siempre que no violen los derechos fundamentales de la persona.²⁸
- d) Principios generales del Derecho. El artículo 139, inciso 8, de la Constitución señala que, en caso de vacío o deficiencia de la ley, debe aplicarse, además del derecho consuetudinario, los principios generales del derecho.²⁹ Su artículo 3, además, reconoce como derechos fundamentales, además de los enunciados explícitamente, a aquellos que se funden en los principios de soberanía del pueblo, el Estado democrático de derecho y la forma republicana de gobierno.³⁰ El artículo 38, inciso 1, literal c, del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia también ha reconocido a los principios generales del derecho como fuente de Derecho.³¹

²⁶ Constitución Política del Perú. Artículo 138.- Son principios y derechos de la función jurisdiccional: [...] 8. El principio de no dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley. En tal caso, deben aplicarse los principios generales del derecho y el derecho consuetudinario. [...].

²⁷ Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. Artículo 38.- 1. La Corte, cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar: [...] b. la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho [...].

²⁸ Constitución Política del Perú. Artículo 149.- Las autoridades de las Comunidades Campesinas y Nativas, con el apoyo de 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. La ley establece las formas de coordinación de dicha jurisdicción especial con los Juzgados de Paz y con las demás instancias del Poder Judicial.

²⁹ Constitución. Artículo 138.- Son principios y derechos de la función jurisdiccional: [...] 8. El principio de no dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley. En tal caso, deben aplicarse los principios generales del derecho y el derecho consuetudinario. [...].

³⁰ Constitución Política. Artículo 3.- La enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno.

³¹ Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. Artículo 38.- 1. La Corte, cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar: [...] c. los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas [...].

- e) Doctrina. El Tribunal Constitucional la considera como fuente de Derecho. Este ha señalado que tanto él como el Poder Judicial “[...] recurren a la doctrina, nacional y extranjera, para respaldar, ilustrar, aclarar o precisar fundamentos jurídicos que respaldarán los fallos que se sustentan en la Constitución, en las normas aplicables al caso y en la jurisprudencia”.³² El Estatuto de la Corte Internacional de Justicia también reconoce la doctrina de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones como fuente de Derecho, en su artículo 38, inciso 1, literal d.³³
- f) Contratos. Los artículos 2, inciso 14, y 62 de la Constitución reconocen la autonomía de las personas para contratar con fines lícitos y siempre que no contravengan leyes de orden público.³⁴

1.1.1 Jerarquía de las fuentes de Derecho

Las normas producidas por las fuentes mencionadas tienen un orden jerárquico establecido por la propia Constitución. El principio de jerarquía “[...] es la imposición de un modo de organizar las normas vigentes en un Estado, consistente en hacer depender la validez de unas sobre otras. Así una norma es jerárquicamente superior a otra cuando la validez de esta depende de aquella”.³⁵

³² Sentencia recaída en el Exp. 047-2004-AI/TC, f.j. 45: <<Esta noción alude al conjunto de estudios, análisis y críticas que los peritos realizan con carácter científico, docente, etc. Dicha fuente se encuentra constituida por la teoría científica y filosófica que describe y explica las instituciones, categorías y conceptos disciplinarios e indaga sobre los alcances, sentidos y formas de sistematización jurídica, constituyéndose en uno de los engranajes claves de las fuerzas directrices del ordenamiento estatal. Si bien no podemos afirmar que esta fuente derive de la Constitución, el Tribunal Constitucional y los diversos niveles jerárquicos del Poder Judicial recurren a la doctrina, nacional y extranjera, para respaldar, ilustrar, aclarar o precisar los fundamentos jurídicos que respaldarán los fallos que se sustentan en la Constitución, en las normas aplicables al caso y en la jurisprudencia. Al respecto, Rubio Correa apunta que: “(...) la doctrina ha sido recogida y citada intensamente por el Tribunal Constitucional, lo que muestra reconocimiento de esta fuente del Derecho. El Tribunal ha aceptado aportes tanto de la doctrina nacional como de la extranjera”>>.

³³ Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. Artículo 38.- 1. La Corte, cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar: [...] d. [...] las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho [...].

³⁴ Constitución Política del Perú. Artículo 2.- Toda persona tiene derecho: [...] 14. A contratar con fines lícitos, siempre que no se contravengan leyes de orden público. [...]. Artículo 62.- La libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato. Los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase. [...].

³⁵ Sentencia recaída en el Exp. 047-2004-AI/TC, f.j. 55: <<La Constitución contiene un conjunto de normas supremas porque estas irradian y esparcen los principios, valores y contenidos a todas las demás

La jerarquía de las fuentes de Derecho se basa en su fuerza jurídica. Esta puede ser:

- Activa: puede modificar cualquier norma de fuerza inferior a la suya o de su misma fuerza.
- Pasiva: no puede ser modificada por ninguna norma de fuerza inferior.³⁶

Para efectos de la presente tesis, me interesa diferenciar solamente la diferencia jerárquica que tiene la Constitución y los tratados sobre derechos humanos respecto de las leyes infraconstitucionales, pertenecientes a otras ramas del Derecho, como el Administrativo.

En ese sentido, diferencio dos niveles: rango constitucional y rango de ley.

1.1.1.1 Rango constitucional

1.1.1.1.1 Constitución

Según la propia Constitución, ella es la que tiene mayor jerarquía en el ordenamiento jurídico peruano:

pautas jurídicas restantes. En esa perspectiva el principio de jerarquía deviene en el canon estructurado del ordenamiento estatal. El principio de jerarquía implica el sometimiento de los poderes públicos a la Constitución y al resto de normas jurídicas. Consecuentemente, como bien afirma Requena López, “es la imposición de un modo de organizar las normas vigentes en un Estado, consistente en hacer depender la validez de unas sobre otras. Así, una norma es jerárquicamente superior a otra cuando la validez de ésta depende de aquella”. Con referencia a este principio estructurado del sistema, el artículo 51.º de la Constitución dispone que: “La Constitución prevalece sobre toda norma legal; la ley, sobre las normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente.” La publicidad es esencial para la vigencia de toda norma del Estado. En ese sentido, el referido artículo afirma los principios de supremacía constitucional que supone una normatividad *supra* –la Constitución– encargada de consignar la regulación normativa básica de la cual emana la validez de todo el ordenamiento legal de la sociedad política. Como bien afirma Pérez Royo, “el mundo del derecho empieza en la Constitución (...)” no existe ni puede existir jurídicamente una voluntad superior a la Constitución. La Constitución es una especie de super ley, de *norma normarum*, que ocupa el vértice de la pirámide normativa>>.

³⁶ Sentencia recaída en el Exp. 00047-2004-AI/TC, f.j.: 56: <<[...] b) La jerarquía basada en la fuerza jurídica distinta de las normas. Al respecto, se precisa que “la fuerza o eficiencia de una fuente pueden definirse como su capacidad para incidir en el ordenamiento (...) creando derecho objetivo o modificando el ya existente, su potencialidad frente a las otras fuentes”. Asimismo, exponen que mediante el concepto de fuerza jurídica atribuible a cada forma normativa se establece una ordenación jerárquica del sistema de fondo, según la cual las relaciones entre las fuentes se desarrollan conforme a dos reglas básicas: 1º En virtud de su fuerza activa, una fuente puede modificar: a) cualquier disposición o norma de fuerza inferior a la suya, y b) cualquier disposición o norma de su misma fuerza. 2º En virtud de su fuerza pasiva, ninguna disposición o norma puede modificarla por una fuente de fuerza inferior>>. Ver también sentencia recaída en el Exp. 0025-2005-PI/TC y 0026-2005-PI/TC, párr. 33.

Artículo 51.-

La Constitución prevalece sobre toda norma legal; la ley, sobre las normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente. La publicidad es esencial para la vigencia de toda norma del Estado.

Artículo 138.-

[...]

En todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera. Igualmente, prefieren la norma legal sobre toda otra norma de rango inferior.

1.1.1.1.2 **Tratados**

Otras normas que ostentan rango constitucional son los tratados *de derechos humanos*, en virtud del artículo 3 y la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución.

Artículo 3.-

La enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, *ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre* [la cursiva es mía], o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno.

Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución.-

Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan *de conformidad con* [la cursiva es mía], la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú.

En palabras del TC:

[...]

26. Los tratados internacionales sobre derechos humanos no sólo conforman nuestro ordenamiento sino que, además, detentan rango constitucional. El Tribunal Constitucional ya ha afirmado al respecto que dentro de las “normas con rango constitucional” se encuentran los “Tratados de derechos humanos”. [...]

30. Los “derechos de naturaleza análoga” pueden estar comprendidos en cualquier otra fuente distinta a la Constitución, pero que ya conforma el ordenamiento jurídico. Dentro de las que pudiera identificarse como tal no cabe duda que se encuentran los tratados internacionales sobre derechos humanos de los que el Estado peruano es parte. En efecto, si en las fuentes de nuestro ordenamiento jurídico se indaga por aquella donde se pueda identificar derechos que ostenten “naturaleza análoga” a los derechos que la Constitución enuncia en su texto, resulta indudable que tal fuente reside, por antonomasia, en los tratados internacionales sobre derechos humanos que conforman

nuestro ordenamiento jurídico. En consecuencia, dichos tratados, todos ellos de consuno, enuncian derechos de naturaleza “constitucional”.³⁷

Para Landa, “[...] en caso de conflicto entre un tratado constitucional de materia constitucional y una ley, prima la primera, en función del principio de jerarquía normativa, que no es otro que el de la supremacía constitucional, reconocido en el artículo 51 de la Constitución” (2006: 120).

Como señalé líneas arriba, interpretar los derechos y libertades fundamentales de conformidad con la DNUDH y los tratados y acuerdos de derechos humanos implicará, como ha establecido la jurisprudencia del TC, una adhesión a las interpretaciones que de los mismos hayan realizado los órganos supranacionales. Para Landa, los derechos fundamentales deben interpretarse, sobre todo por el TC, “[...] en función no sólo del texto normativo constitucional; sino, también, de las resoluciones, recomendaciones y opiniones que tanto la Corte Interamericana de Derechos Humanos como la Comisión hayan establecido, para la tutela de los derechos humanos” (2006: 127).

1.1.1.1.3 Derecho propio de los pueblos indígenas u originarios

La Constitución también reconoce como normas de rango constitucional al derecho propio o consuetudinario de los pueblos indígenas, al señalar que este tiene como único límite el respeto de los derechos de la persona, o derechos humanos:

Artículo 149.-

Las autoridades de las Comunidades Campesinas y Nativas, con el apoyo de 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* [la cursiva es mía]. [...].

Del artículo 149, se desprende que el derecho propio de los pueblos indígenas está por encima de las normas legales y también de las constitucionales que no reconozcan derechos de la persona o derechos humanos. Incluso para la

³⁷ Sentencia recaída en los Exp. 0025-2005-PI/TC y 0026-2005-PI/TC, f.j. 26 y 30. Ver también las sentencias recaídas en los Exp. 05427-2009-PC/TC, f.j. 10; Exp. 0022-2009-PI/TC, f.j. 9; Exp. 06316-2008-PA/TC, f.j. 52; Exp. 03343-2007-PA/TC, f.j. 31; y 047-2004-AI/TC, f.j. 61.

Corte Suprema de Justicia del Perú, el derecho propio de los pueblos tiene como límite un *núcleo esencial* de los derechos fundamentales, y no todos los que la Constitución reconoce.

En su Acuerdo Plenario 1-2009/CJ-116, la Corte Suprema señala que el núcleo esencial de los derechos fundamentales está comprendido, entre otros, por la vida; la dignidad humana; la prohibición de torturas, de penas y de tratos humillantes o degradantes; la prohibición de la esclavitud y de la servidumbre; y la legalidad del proceso, de los delitos y de las penas. Este núcleo, además, debe ser interpretado desde las concepciones culturales propias de los pueblos, para asegurar su mantenimiento y prevenir las amenazas a su supervivencia.³⁸

La Corte Suprema de nuestro país ha seguido la jurisprudencia comparada de la Corte Constitucional de Colombia. En 1996, esta última estableció como únicos límites de la jurisdicción especial indígena el derecho a la vida; la prohibición de la esclavitud; la prohibición de la tortura; y la legalidad de los procedimientos, delitos y penas.

Para la Corte Constitucional de Colombia, el principio de la diversidad cultural y el hecho de que solo con un alto grado de autonomía es posible la supervivencia cultural exigen “[...] la maximización de la autonomía de las

³⁸ Acuerdo Plenario 1-2009/CJ-116, f.j. 9: “[...] El derecho consuetudinario que debe aplicar las Rondas Campesinas no puede vulnerar los derechos fundamentales de la persona. Se trata de una condición de legitimidad y límite material para el ejercicio de la función jurisdiccional especial comunal-ronderil. [...] 11. El segundo, el factor de congruencia, exige que la actuación de las Rondas Campesinas, basadas en su derecho consuetudinario, no vulnere el núcleo esencial de los derechos fundamentales –se trata de aquellos derechos fundamentales en los que existe suficiente consenso intercultural-, entendiendo por tales, como pauta general, los derechos fundamentales que no pueden derogarse ni siquiera en situaciones de máximo conflicto o estados de excepción. La premisa es que los derechos fundamentales vinculados a la actuación de las Rondas Campesinas y de sus integrantes, en este caso el derecho a la identidad étnica y cultural y el derecho colectivo al ejercicio de la jurisdicción especial, nunca se reconocen de manera absoluta, y que existen otros derechos individuales y colectivos con los cuales deben ponderarse los derechos fundamentales antes citados [RENÉ PAUL AMRY: Defensa cultural y pueblos indígenas: propuestas para la actualización del debate. En: Anuario de Derecho Penal 2006, pagina 95]-. Entre los derechos fundamentales de primer orden, inderogables, es de citar, enunciativamente, la vida, la dignidad humana, la prohibición de torturas, de penas y de tratos inhumanos, humillantes o degradantes, la prohibición de la esclavitud y de la servidumbre, la legalidad del proceso, de los delitos y de las penas – bajo la noción básica de “previsibilidad” para evitar vulnerar el derecho a la autonomía cultural (Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia T-349)-. Estos derechos, en todo caso, han de ser interpretados, desde luego, de forma tal que permitan comprender, en su significado, las concepciones culturales propias de las Rondas Campesinas en donde operan y tienen vigencia”.

comunidades indígenas y, por lo tanto, la minimización de las restricciones a las indispensables para salvaguardar intereses de superior jerarquía”. Es así que, según el tribunal colombiano, los límites de la jurisdicción especial indígena “[...] solo pueden estar referidos a lo que verdaderamente resulta intolerable por atentar contra los bienes *más preciados* [la cursiva es mía] del hombre”.³⁹

1.1.1.2 Rango de ley

Conforme a los artículos 51 y 138 de la Constitución ya citados, el nivel jerárquico inmediato inferior a esta corresponde a las normas con rango de ley o rango legal.

Según el artículo 200, inciso 4, de la Constitución, las fuentes de Derecho que tienen rango de ley son:

³⁹ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-349, recaída en el Exp. T-83456, consideraciones 2.2: <<[...] “[...] el desarrollo del principio de la diversidad cultural en las normas constitucionales citadas, y considerando que sólo con un alto grado de autonomía es posible la supervivencia cultural”, puede concluirse como regla para el intérprete la de la maximización de la autonomía de las comunidades indígenas y, por lo tanto, la de la minimización de las restricciones a las indispensables para salvaguardar intereses de superior jerarquía. Esta regla supone que al ponderar los intereses que puedan enfrentarse en un caso concreto al interés de la preservación de la diversidad étnica de la nación, sólo serán admisibles las restricciones a la autonomía de las comunidades, cuando se cumplan las siguientes condiciones: a. Que se trate de una medida necesaria para salvaguardar un interés de superior jerarquía (v.g. la seguridad interna). b. Que se trate de la medida menos gravosa para la autonomía que se les reconoce a las comunidades étnicas. [...] 2.3: [...] Interesa aquí, particularmente, el estudio de los límites que se fijan para el ejercicio de las facultades jurisdiccionales conferidas de manera potestativa a las autoridades de las comunidades indígenas, a la luz del principio de la diversidad cultural, pues si bien la Constitución se refiere de manera general a “la Constitución y la ley” como parámetros de restricción, resulta claro que no puede tratarse de todas las normas constitucionales y legales; de lo contrario, el reconocimiento a la diversidad cultural no tendría más que un significado retórico. La determinación del texto constitucional tendrá que consultar entonces el principio de maximización de la autonomía que se había explicado anteriormente. Ahora, para concretar este mínimo, es preciso distinguir dos situaciones que deben ser objeto de una regulación diferente. Una es aquella en la que la comunidad juzga comportamientos en los que se ven involucrados miembros de comunidades distintas (v.g. un blanco y un indígena, un negro y un indígenas, indígenas de dos comunidades diferentes). La otra es la situación típicamente interna, es decir, una situación en la que todos los elementos definitorios pertenecen a la comunidad: el autor de la conducta pertenece a la comunidad que juzga, el sujeto (u objeto) pasivo de la conducta pertenece también a la comunidad y los hechos ocurrieron en el territorio de la misma. [...] Es éste segundo caso el que ocupará la atención de la Corte [...]. El principio de maximización de la autonomía adquiere gran relevancia en este punto por tratarse de relaciones puramente internas, de cuya regulación depende en gran parte la subsistencia de la identidad cultural y la cohesión del grupo. Los límites a las formas en las que se ejerce este control interno deben ser, entonces, los mínimos aceptables, por lo que sólo pueden estar referidos a lo que verdaderamente resulta intolerable por atentar contra los bienes más preciados del hombre. A juicio de la Sala, este núcleo de derechos intangibles incluiría solamente el derecho a la vida, la prohibición de la esclavitud y la prohibición de la tortura. [...] A este conjunto de derechos habría que agregar, sin embargo, el de la legalidad en el procedimiento y, en materia penal, la legalidad de los delitos y de las penas, por expresa exigencia constitucional [...]>>.

- leyes,
- decretos legislativos,
- decretos de urgencia,
- tratados,
- reglamentos del Congreso,
- normas regionales de carácter general y
- ordenanzas municipales.⁴⁰

En tanto los tratados de derechos humanos tienen rango constitucional, debe entenderse que a los que hace referencia el artículo 200, inciso 4, son aquellos que versan sobre materias distintas.

Según la jerarquía establecida, la fuerza *activa* de las fuentes de rango constitucional puede modificar las normas con rango de ley o inferior, y su fuerza *pasiva* impide que sean modificadas por estas.

1.1.1.3 Principio pro *homine* o pro indígena

El principio pro *homine*, también conocido como pro persona, es un principio de interpretación que establece, según el TC, que

[...] ante eventuales diferentes interpretaciones de un dispositivo legal [...] se opte por aquella interpretación que conduzca a una alternativa lo menos limitadora posible de los derechos fundamentales, descartando de este modo aquellas que, por el contrario, los restrinjan.⁴¹

Castillo afirma que, por el principio pro *homine*,

[...] si al interpretar un dispositivo normativo es posible concluir dos o más interpretaciones, se ha de decantar por aquella que más y mejor favorezca o promueva la plena vigencia de los derechos humanos o fundamentales, en buena cuenta, que más y mejor promueva el pleno desarrollo de la persona humana como fin. Este principio se predica tanto de las disposiciones

⁴⁰ Constitución Política. Artículo 200.- [...] 4. La Acción de Inconstitucionalidad, que procede contra las normas que tienen rango de ley: leyes, decretos legislativos, decretos de urgencia, tratados, reglamentos del Congreso, normas regionales de carácter general y ordenanzas municipales que contravengan la Constitución en la forma o en el fondo. [...].

⁴¹ Sentencia recaída en el Exp. 00252-2009-PA/TC, f.j. 14. Ver también las sentencias recaídas en los Exp. 4912-2008-PHD/TC, f.j. 16; Exp. 2509-2005-HC/TC, f.j. 7; Exp. 00075-2004-AA/TC, f.j. 6; y Exp. 1003-1998-AA/TC, f.j. 3, literal d.

infraconstitucionales como de las de rango constitucional, porque “en última instancia, todo precepto constitucional, incluso aquellos pertenecientes a la denominada ‘Constitución orgánica’, se encuentran reconducidos a la protección de los derechos fundamentales, como manifestaciones del principio-derecho de dignidad humana, cuya defensa y respeto es el fin supremo de la sociedad y el Estado (artículo 1 de la constitución)” (Exp. 5976-2006-PA/TC, f.j. 18) (2009: 61).

Este principio de interpretación, sin embargo, también es utilizado para preferir una norma sobre otra. La norma preferida será la que restrinja u obstaculice menos el ejercicio de un derecho fundamental, que favorezca más el ejercicio del mismo. Sobre esto, el TC ha señalado que dicho principio

[...] ordena que deba optarse, ante una pluralidad de normas aplicables, siempre por aquella norma *iusfundamental* que garantice de la manera más efectiva y extensa posible los derechos fundamentales reconocidos; [...]. Asimismo pero de manera inversa, también implica que debe preferirse la norma o interpretación más restringida cuando de los que se trata es de fijar restricciones al ejercicio de los derechos [...].⁴²

Para Landa, de conformidad con el principio pro *homine*, recogido en el artículo 1 de la Constitución: “La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”, algunas veces prevalecerá la norma internacional sobre la nacional, y en otras, sucederá al revés, según cuál proteja mejor a la persona humana y a su dignidad (2006: 121).

Este principio además está recogido en tratados de derechos humanos ratificados por el Perú, como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; la CADH; el Convenio 169 de la OIT, entre otros.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales
Artículo 5.-

[...]

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

CADH
Artículo 29.- Normas de interpretación

⁴² Sentencia recaída en el Exp. 02005-2009-PA/TC, f.j. 33.

Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de:

[...]

b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados;

Convenio 169 de la OIT

Artículo 35.-

La aplicación de las disposiciones del presente Convenio no deberá menoscabar los derechos y las ventajas garantizados a los pueblos interesados en virtud de otros convenios y recomendaciones, instrumentos internacionales, tratados, o leyes, laudos, costumbres o acuerdos nacionales.

El principio *pro homine* es, en determinadas ocasiones, la excepción al principio de jerarquía normativa, en tanto implica preferir la norma (o la interpretación de una norma) que favorece más el ejercicio de los derechos humanos a aquella jerárquicamente superior.

El principio *pro homine* aplicado a los pueblos indígenas es lo que Raquel Yrigoyen ha denominado el principio *pro indígena* (2002).

1.1.2 Bloque de constitucionalidad

El concepto de *bloque de constitucionalidad* hace referencia al conjunto de normas constitucionales, pero también a las de rango de ley, que desarrollan o complementan las primeras. Este conjunto de normas sirve de parámetro para determinar la validez constitucional de otras.

Landa se refiere al bloque de constitucionalidad como aquel que incorpora las disposiciones constitucionales, las leyes de desarrollo constitucional y las relativas a los derechos fundamentales. Agrega este autor, que “la jerarquía del bloque de constitucionalidad no es algo que venga dado o acabado por la norma suprema, sino que se basa en reglas y técnicas de interpretación y constitucionales” (Landa 2011: 31).

Por su parte, el Código Procesal Constitucional señala:

Artículo 79.-

Para apreciar la validez constitucional de las normas el Tribunal Constitucional considerará, *además de las normas constitucionales, las leyes* [la cursiva es

mía], que, dentro del marco constitucional, se hayan dictado para determinar la competencia o las atribuciones de los órganos del Estado o el ejercicio de los derechos fundamentales de la persona.

En aplicación del artículo 79, el TC reconoce que

[...] el parámetro de control en la acción de inconstitucionalidad, en algunos casos comprende a otras fuentes distintas de la Constitución “(...) en concreto, a determinadas fuentes con rango de ley, siempre que esa condición sea reclamada directamente por una disposición constitucional (...). En tales casos, estas fuentes asumen la condición de *'normas sobre la producción jurídica'* en un doble sentido; por un lado, como *'normas sobre la forma de la producción jurídica'*, esto es, cuando se les encarga la capacidad de condicionar el procedimiento de elaboración de otras fuentes que tienen su mismo rango; y, por otro, como *'normas sobre el contenido de la normación'*; es decir, cuando por encargo de la Constitución pueden limitar su contenido” [...].⁴³

Para efectos de la presente tesis, las fuentes de Derecho que forman parte del bloque de constitucionalidad cuando se trate de derechos fundamentales de los pueblos indígenas son:

Jerarquía de la Fuente de Derecho	Fuente de Derecho	
	Derecho Interno	Derecho Internacional
Rango constitucional	1. La Constitución interpretada a la luz de 	2. tratados sobre derechos humanos según la interpretación que de ellos realicen los órganos internacionales sobre la materia.
		3. declaraciones internacionales sobre derechos humanos: DUDH y la DNUPI.
		4. la jurisprudencia de tribunales internacionales sobre derechos humanos.
Rango legal	5. leyes que desarrollen el ejercicio de los derechos fundamentales.	

Es necesario subrayar que la Constitución y las leyes deben ser interpretadas *de conformidad* con los tratados sobre derechos humanos, según la

⁴³ Sentencia recaída en el Exp. 0046-2004-PI/TC, f.j. 6. Ver también sentencia recaída en el Exp. 007-2002-AI/TC, f.j. 5.

interpretación que de ellos realicen los órganos internacionales; la DUDH y la DNUPI; y la jurisprudencia de tribunales internacionales sobre la materia. Es decir, la interpretación y aplicación de la Constitución y las leyes no puede contradecir estas últimas fuentes de Derecho, salvo que permitan el mayor goce de los derechos fundamentales. Si en aplicación del principio *pro homine* o *pro indígena*, la Constitución y las leyes son las más favorables, entonces estas serán las que primen.

Dado que el bloque de constitucionalidad es el parámetro para el resto de normas del ordenamiento jurídico peruano, provenientes de las distintas ramas del Derecho, en esta tesis conviene resaltar que el Derecho Administrativo está subordinado a dicho bloque. Esta subordinación impide que el Derecho Administrativo contradiga, impida u obstaculice el ejercicio de derechos fundamentales que el bloque de constitucionalidad reconoce.

2. CATEGORÍAS OPERATIVAS

Las categorías operativas de la presente tesis que conviene analizar son *pueblos indígenas y recursos naturales*.

2.1 Pueblos indígenas u originarios

Teniendo en cuenta las fuentes de Derecho en el Perú, las mismas han utilizado diferentes categorías a lo largo de la historia para referirse a los pueblos indígenas u originarios.

2.1.1 Constituciones

Las Constituciones del Perú del Siglo XX han utilizado las siguientes categorías:

- comunidades indígenas (1920 y 1933),
- comunidades campesinas (1979 y 1993),
- rondas campesinas (1993) y

- pueblos originarios (1993).⁴⁴

Si bien ninguna de las Constituciones ha definido las categorías mencionadas, sí les reconocieron derechos y atribuciones o potestades como sujetos colectivos:

- La Constitución de 1920 reconoció la existencia legal de las comunidades indígenas y el derecho de propiedad sobre sus bienes, que es imprescriptible y solo puede ser transferida por título público; y estableció que el Estado dictará leyes especiales para su desarrollo y cultura.⁴⁵
- La Constitución de 1933 reconoció la existencia legal y personería jurídica de las comunidades indígenas; el derecho de propiedad imprescriptible, inajenable e inembargable, salvo en caso de expropiación por causa de utilidad pública, previa indemnización, y su correspondiente catastro y titulación; y la adjudicación de tierras a su favor cuando no las tengan en cantidad suficiente, pudiendo el Estado expropiar tierras de propiedad privada.⁴⁶
- La Constitución de 1979 reconoció la existencia legal y personería jurídica de las comunidades campesinas y nativas; el derecho a la autonomía en su organización, trabajo comunal, uso de la tierra, lo económico y administrativo; la inalienabilidad, inembargabilidad e imprescriptibilidad de sus tierras, salvo por ley fundada en el interés de la Comunidad y solicitada por mayoría de dos tercios de miembros calificados, o en caso de expropiación por necesidad o utilidad públicas, previo pago en dinero; y a la

⁴⁴ Raquel Yrigoyen también hace un recuento de los distintos nombres y tratamientos que la legislación nacional le ha dado a los colectivos indígenas, citando las Constituciones Políticas de 1920, 1933, 1979 y 1993; así como la Ley 27908, Ley de Rondas Campesinas, la Ley 28495, Ley del Instituto Nacional de Desarrollo de Pueblos Andinos, Amazónicos y Afroperuano, y la Ley 28736, Ley para la Protección de Pueblos Indígenas u Originarios en Situación de Aislamiento y en Situación de Contacto Inicial (2009b: 3).

⁴⁵ Constitución de 1920. Artículo 41.- Los bienes de propiedad del Estado, de instituciones públicas y de comunidades de indígenas son imprescriptibles y sólo podrán transferirse mediante título público, en los casos y en la forma que establezca la ley. Artículo 58. - El Estado protegerá a la raza indígena y dictará leyes especiales para su desarrollo y cultura en armonía con sus necesidades. La Nación reconoce la existencia legal de las comunidades de indígenas y la ley declarará los derechos que les correspondan.

⁴⁶ Constitución de 1933. Artículo 207.- Las comunidades indígenas tienen existencia legal y personería jurídica. Artículo 208.- El Estado garantiza la integridad de la propiedad de las comunidades. La ley organizará el catastro correspondiente. Artículo 209.- La propiedad de las comunidades es imprescriptible e inajenable, salvo el caso de expropiación por causa de utilidad pública, previa indemnización. Es, asimismo, inembargable. Artículo 211.- El Estado procurará de preferencia adjudicar tierras a las comunidades de indígenas que no las tengan en cantidad suficiente para las necesidades de su población, y podrá expropiar, con tal propósito, las tierras de propiedad privada.

educación primaria en su propio idioma o lengua. También estableció que el Estado respete y proteja las tradiciones de dichas comunidades, propiciando la superación cultural de sus integrantes.⁴⁷

- La Constitución de 1993 reconoce a las comunidades campesinas y nativas propiedad comunal; existencia legal y personería jurídica; el derecho a la autonomía en su organización, trabajo comunal, uso y libre disposición de sus tierras, lo económico y administrativo; a la identidad cultural; a la propiedad comunal imprescriptible de sus tierras, salvo el caso de abandono; a ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial y de conformidad con su derecho consuetudinario; y a contar con un porcentaje mínimo de representación en los Consejos Regionales y Municipales.⁴⁸

2.1.2 Leyes

Las leyes también utilizaron distintas categorías para referirse a los pueblos indígenas u originarios.

⁴⁷ Constitución de 1979. Artículo 161.- Las Comunidades Campesinas y Nativas tienen existencia legal y personería jurídica. Son autónomas en su organización, trabajo comunal y uso de la tierra, así como en lo económico y administrativo dentro del marco que la ley establece. El Estado respeta y protege las tradiciones de las Comunidades Campesinas y Nativas. Propicia la superación cultural de sus integrantes. Artículo 162.- El Estado promueve el desarrollo integral de las Comunidades Campesinas y Nativas. Fomentan las empresas comunales y cooperativas. Artículo 163.- Las tierras de las Comunidades Campesinas y Nativas son inembargables e imprescriptibles. También son inalienables, salvo ley fundada en el interés de la Comunidad, y solicitada por una mayoría de los dos tercios de los miembros calificados de esta, o en caso de expropiación por necesidad y utilidad públicas. En ambos casos con pago previo en dinero. Queda prohibido el acaparamiento de tierras dentro de la Comunidad.

⁴⁸ Constitución de 1993. Artículo 88.- El Estado apoya preferentemente el desarrollo agrario. Garantiza el derecho de propiedad sobre la tierra, en forma privada o comunal o en cualquiera otra forma asociativa. La ley puede fijar los límites y la extensión de la tierra según las peculiaridades de cada zona. [...]. Artículo 89.- Las Comunidades Campesinas y las Nativas tienen existencia legal y son personas jurídicas. Son autónomas en su organización, en el trabajo comunal y en el uso y la libre disposición de sus tierras, así como en lo económico y administrativo, dentro del marco que la ley establece. La propiedad de sus tierras es imprescriptible, salvo en el caso de abandono previsto en el artículo anterior. El Estado respeta la identidad cultural de las Comunidades Campesinas y Nativas. Artículo 149.- Las autoridades de las Comunidades Campesinas y Nativas, con el apoyo de 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. La ley establece las formas de coordinación de dicha jurisdicción especial con los Juzgados de Paz y con las demás instancias del Poder Judicial. Artículo 191.- [...] La ley establece porcentajes mínimos para hacer accesible la representación de género, comunidades campesinas y nativas, y pueblos originarios en los Consejos Regionales. Igual tratamiento se aplica para los Concejos Municipales."

El cambio de la categoría *comunidad indígena* a *comunidad campesina* a nivel constitucional, señalada anteriormente, tuvo su precedente en el Decreto Ley 17716, Ley de Reforma Agraria,⁴⁹ y el Decreto Ley 17718, que modifica el nombre de la festividad cívica denominada *Día del Indio*, para llamarla *Día del Campesino*.⁵⁰

De igual manera, la categoría *comunidades nativas* utilizada por la Constitución de 1979 tuvo su precedente en la Ley de Comunidades Nativas y de Promoción Agropecuaria de Regiones de Selva y Ceja de Selva, de 1974. Y en 1986, la categoría *rondas campesinas* fue empleada por la Ley 24571, que reconoce a las Rondas Campesinas, Pacíficas, Democráticas y Autónomas; incluso mucho antes de que lo haga la Constitución de 1993.

Otras categorías utilizadas han sido *pueblos andinos*, *pueblos amazónicos*, y *pueblos afroperuanos*, por la Ley 28495, Ley del Instituto Nacional de Desarrollo de Pueblos Andinos Amazónicos y Afroperuano, y por el artículo 35 del Reglamento del Congreso, cuando señala la existencia de la Comisión Ordinaria de Pueblos andinos, Amazónicos y Afroperuanos, Ambiente y Ecología.⁵¹

En la actualidad, la gran mayoría de normas con rango de ley o inferior utilizan las categorías *comunidades campesinas* o *comunidades nativas*. Son pocas las normas que utilizan las categorías *pueblos indígenas* o *pueblos originarios*. Entre estas últimas, se encuentran la Ley 29785, Ley del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios, reconocido en el Convenio 169 de la OIT, y su Reglamento; y la Ley 27811, Ley que Establece el Régimen de

⁴⁹ Decreto Ley 17716. Artículo 115.- Para efectos de la presente Ley, a partir de su promulgación, las Comunidades de indígenas se denominarán Comunidades Campesinas.

⁵⁰ Decreto Ley 17718. Cuarto considerando.- Que el 24 de junio ha venido siendo celebrado como Día del Indio, pero con sentido tradicional simplemente, ajeno a la verdadera significancia del campesino [...]. Artículo 1.- Declárese “Día del Campesino Peruano” el 24 de Junio de cada año, constituyendo fiesta cívica laborable

⁵¹ Esta Comisión es la fusión de lo que era antes la Comisión de Amazonía, Asuntos indígenas y Afroperuanos, y la Comisión de Ambiente y Ecología. Recién en el 2005, a través de Resolución Legislativa del Congreso 001-2005-CR, que modificó el Reglamento del Congreso, no solo se fusionan ambas comisiones, sino que se utiliza la categoría de *pueblos*.

Protección de los Conocimientos Colectivos de los Pueblos Indígenas Vinculados a los Recursos Biológicos.

La Ley 27811 empleó una nueva categoría, *pueblos en aislamiento voluntario o no contactados*, que luego es recogida por la Ley 28736, Ley para la Protección de Pueblos Indígenas u Originarios en Situación de Aislamiento y en Situación de Contacto Inicial.

A diferencia de las Constituciones, las leyes sí han definido o brindado criterios para identificar a los pueblos indígenas. El artículo 2, literal a, de la Ley 27811 define a los pueblos indígenas como “[...] pueblos originarios que tienen derechos anteriores a la formación del Estado peruano, mantienen una cultura propia, un espacio territorial y se autoreconocen como tales”. Entre ellos, señala, se incluyen a:

- pueblos en aislamiento voluntario o no contactados,
- comunidades campesinas y
- comunidades nativas (IIDS 2011).

El artículo 2 de aquella Ley termina por señalar que la denominación *indígenas* comprende y es sinónimo de *originarios, tradicionales, étnicos, ancestrales, nativos*, entre otros.⁵²

Es importante señalar que el artículo 2 de la Ley 27811 tiene su origen en el Dictamen de la Comisión de Asuntos Indígenas y Afroperuanos del Congreso de la República, que aprueba los proyectos de ley que propusieron dicha

⁵² Ley 27811. Artículo 2.- Definiciones. Para efectos del presente dispositivo se entenderá por: a) Pueblos indígenas.- Son pueblos originarios que tienen derechos anteriores a la formación del Estado peruano, mantienen una cultura propia, un espacio territorial y se autorreconocen como tales. En estos se incluye a los pueblos en aislamiento voluntario o no contactados, así como a las comunidades campesinas y nativas. La denominación "indígenas" comprende y puede emplearse como sinónimo de "originarios", "tradicionales", "étnicos", "ancestrales", "nativos" u otros vocablos.

Ley. En ese Dictamen, el Congreso de la República establece que el término *pueblos indígenas* agrupa ya a las comunidades campesinas y nativas.

Dictamen en mayoría aprobado de la Comisión de Asuntos Indígenas y Afroperuanos del Congreso de la República recaído en los Proyectos de Ley N°s 2754, 2934 y 3275/2001-CR, que proponen la Ley que establece el régimen de protección de los conocimientos colectivos de los pueblos indígenas vinculados a los recursos biológicos

IV. Análisis de los Proyectos

(...) Las referidas iniciativas legislativas merecen ser dictaminadas favorablemente, debiendo modificarse algunos aspectos relacionados a:

- Las definiciones ya que *el término Pueblos Indígenas agrupa ya a las comunidades campesinas y nativas* [la cursiva es mía], ya que éstas son formas de organización social.

Por su parte, el artículo 7 de la Ley 29785 establece criterios objetivos y subjetivos para la identificación de los pueblos indígenas u originarios. Los criterios objetivos son:

- a) descendencia directa de las poblaciones originarias del territorio nacional,
- b) estilos de vida y vínculos espirituales e históricos con el territorio que tradicionalmente usan u ocupan,
- c) instituciones sociales y costumbres propias, y
- d) patrones culturales y modos de vida distintos a los otros de sectores de la población nacional.⁵³

El criterio subjetivo que exige esta norma es la conciencia del grupo colectivo de poseer una identidad indígena u originaria.

Además, el artículo 7 de dicha Ley señala que las denominaciones empleadas para designar a los pueblos indígenas u originarios no alteran su naturaleza ni sus derechos colectivos. En esa lógica, establece que también *pueden* ser identificados como tales, conforme a los criterios arriba señalados:

⁵³ Ley 29785. Artículo 7.- Criterios de identificación de los pueblos indígenas u originarios. Para identificar a los pueblos indígenas u originarios como sujetos colectivos, se toman en cuenta criterios objetivos y subjetivos. Los criterios objetivos son los siguientes: a) Descendencia directa de las poblaciones originarias del territorio nacional. b) Estilos de vida y vínculos espirituales e históricos con el territorio que tradicionalmente usan u ocupan. c) Instituciones sociales y costumbres propias. d) Patrones culturales y modo de vida distintos a los de otros sectores de la población nacional. El criterio subjetivo se encuentra relacionado con la conciencia del grupo colectivo de poseer una identidad indígena u originaria. Las comunidades campesinas o andinas y las comunidades nativas o pueblos amazónicos pueden ser identificados también como pueblos indígenas u originarios, conforme a los criterios señalados en el presente artículo. Las denominaciones empleadas para designar a los pueblos indígenas u originarios no alteran su naturaleza ni sus derechos colectivos.

- comunidades campesinas o andinas y
- comunidades nativas o pueblos amazónicos.

Como se puede ver, el artículo 7 de la Ley 29785, a diferencia la Ley 27811, solo establece la *posibilidad* de que las comunidades campesinas y nativas sean consideradas pueblos indígenas. Es decir, para la Ley 29785, podría darse el caso de que no lo sean, lo que ocurriría si no cumplen con los criterios objetivos y subjetivos establecidos por ella misma.

Expuestas estas normas, es importante subrayar que ni la definición del artículo 1 de la Ley 27811 ni los criterios del artículo 7 de la Ley 29785 para identificar a pueblos indígenas se ajustan a lo establecido por el Convenio 169 de la OIT. Ambas leyes exigen más requisitos que este tratado para el ejercicio de derechos fundamentales, violando además la jerarquía normativa de los tratados. Por ejemplo, el Convenio 169 de la OIT en ninguna parte exige territorio o una relación con este para la identificación de pueblos a quienes se deben aplicar sus disposiciones.

Otra norma que establece a qué colectivos se aplican los derechos de pueblos indígenas es el artículo 1 de la Ley 27908, Ley de Rondas Campesinas, cuando señala que “Los derechos reconocidos a los pueblos indígenas y comunidades campesinas y nativas se aplican a las rondas Campesinas en lo que les corresponda y favorezca”. Esta norma tiene su origen en el Dictamen de la Comisión de Amazonía, Asuntos Indígenas y Afroperuanos del Congreso de la República, que aprueba los proyectos de ley que propusieron la Ley de Rondas Campesinas. Dicho dictamen reconoce que las rondas campesinas son pueblos indígenas.

Dictamen en mayoría aprobado de la Comisión de Amazonía, Asuntos Indígenas y Afroperuanos del Congreso de la República recaído en los Proyectos de Ley N°s 164, 651, 948, 1441, 2434, 2590, 2900/2001, 3408 y 3862/2002-CR, que propusieron la Ley de Rondas Campesinas

8. Conclusión.

Con la aprobación de la fórmula legal que se propone, se da el soporte legal que requieren *los pueblos indígenas que no son reconocidos como tales, al haber perdido su propiedad colectiva* [la cursiva es mía], no obstante que mantienen vigente las demás manifestaciones culturales y sociales que las identifican como comunidades indígenas.

2.1.3 Tratados

Los tratados que el Perú ha ratificado sobre pueblos indígenas, como son el Convenio 107 y el Convenio 169 de la OIT, han utilizado la categoría de *poblaciones indígenas y pueblos indígenas*, respectivamente.⁵⁴

El Convenio 107 de la OIT, ratificado por el Perú en diciembre de 1960, reconoció a los pueblos derechos a las tierras, los idiomas indígenas, el derecho consuetudinario, entre otros. Dicho tratado tenía una orientación integracionista, que concebía a un Estado cuyo papel era decir sobre las políticas que deben ser aplicadas a los indígenas (Yrigoyen 2010: 24-25).

El Convenio 169 de la OIT, ratificado por el Perú en febrero de 1994, que deroga el Convenio 107, más bien proscribía las políticas asimilacionistas o de integración forzosa establecidas por su predecesor. Reconoce “[...] las aspiraciones de tales pueblos a asumir el control de sus propias instituciones, formas de vida y de su desarrollo económico y a mantener y fortalecer sus identidades, lenguas, religiones, dentro de los estados en los que viven”. Para ello, este tratado le reconoce a los pueblos los siguientes derechos: a definir sus prioridades de desarrollo, a la tierra, al territorio, a los recursos naturales, al derecho consuetudinario, a las propias lenguas, entre otros (Yrigoyen 2010: 26).

El Convenio 169 establece que los derechos de pueblos indígenas se aplican a colectivos que:

- a) cualquiera sea su situación jurídica,
- b) descienden de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales, y
- c) conservan todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas.⁵⁵

⁵⁴ Ratificado por el Estado Peruano mediante Resolución Legislativa 26253 del 05 de diciembre de 1993. Se registró ante la OIT el 02 de Febrero de 1994, entrando en vigor a partir del 02 de febrero de 1995 en aplicación de lo dispuesto por el artículo 38° de dicho convenio.

Además, el Convenio 169 de la OIT señala que, para determinar a qué colectivos se aplican los derechos que él reconoce, es fundamental que ellos sean conscientes de su identidad indígena. Para Yrigoyen, esta conciencia de su identidad significa que “[...] ellos mismos consideren que: (a) descienden de pueblos originarios y (b) que tienen una identidad e instituciones propias, al margen del nombre o estatus jurídico que tengan (2009b: 1)”.

Como señalé líneas arriba, ninguna norma de derecho interno puede exigir más criterios de los establecidos por el Convenio 169 de la OIT para la aplicación de los derechos de pueblos indígenas. De hacerlo, dicha norma estaría restringiendo el ejercicio de derechos humanos con límites no previstos por una norma jerárquicamente superior a ella, como lo es un tratado de derechos humanos.

Por el contrario, si el derecho interno reconoce la aplicación de los derechos de pueblos indígenas a colectivos determinados, ya no será necesario evaluar si estos cumplen con los criterios del Convenio 169 de la OIT para que gocen de dichos derechos. Ello en virtud del principio pro indígena, a través del cual se debe aplicar la norma que maximice el ejercicio de los derechos humanos. No se puede invocar un tratado de derechos humanos para restarle derechos a colectivos que el derecho interno ya reconoció, y así lo establece el Convenio 169 de la OIT en su artículo 35:

La aplicación de las disposiciones del presente Convenio no deberá menoscabar los derechos y las ventajas garantizados a los pueblos interesados en virtud de otros convenios y recomendaciones, instrumentos internacionales, tratados, o leyes, laudos, costumbres o acuerdos nacionales.

⁵⁵ Convenio 169. Artículo 1.- 1. El presente Convenio se aplica: [...] b) a los pueblos en países independientes, considerados indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conservan todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas. 2. La conciencia de su identidad indígena o tribal deberá considerarse un criterio fundamental para determinar los grupos a los que se aplican las disposiciones del presente Convenio.

2.1.4 Derecho propio de los pueblos indígenas u originarios

Los pueblos indígenas utilizan sus propias categorías para autodenominarse, que no siempre son tomados en cuenta por la legislación. En todo caso, en virtud de su libre determinación y autonomía, los pueblos deciden cómo autodenominarse, sin que la categoría que utilicen sea un obstáculo para el goce de los derechos como pueblos indígenas.

El cuadro a continuación demuestra a qué colectivos en el país se aplican los derechos de los pueblos indígenas.

FUENTE	COLECTIVOS
Ley 27811, artículo 2, literal a	Comunidades campesinas
Ley 27811, artículo 2, literal a	Comunidades nativas
Ley 27908, artículo, inciso 1	Rondas campesinas
Ley 27811, artículo 2, literal a	Pueblos en aislamiento voluntario o contacto inicial
Convenio 169 de la OIT, artículo 1, inciso 1, literal b, e inciso 2.	Pueblos que ellos mismos consideren que: d) cualquiera sea su situación jurídica, e) descienden de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales, y f) conservan todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas.

2.2 Recursos Naturales

EL concepto de *recursos naturales* también ha sido abordado por las distintas fuentes de Derecho.

2.2.1 Constitución

El término *recursos naturales* ha sido empleado recién desde la Constitución de 1979. La Constitución de 1920 se refirió solo a *minerales* y *ríos*.⁵⁶ Por su

⁵⁶ Constitución 1920. Artículo 38: [...] No pueden ser materia de propiedad privada las cosas públicas cuyo uso es de todos como los ríos y caminos públicos. [...]. Artículo 42.- La propiedad minera en toda su amplitud pertenece al Estado. Sólo podrá concederse la posesión o el usufructo en la forma y bajo las condiciones que las leyes dispongan.

lado, la Constitución de 1933 se refirió a *ríos, lagos, minas, tierras, bosques, aguas, a otras fuentes naturales*.⁵⁷

Cuando la Constitución de 1933 regula las *fuentes naturales*, señala que estas pertenecen al Estado, salvo que privados tengan derechos legalmente adquiridos. El Estado se encargará de regular su utilización, que puede ser por él mismo o por particulares. En este último caso, será a través de concesiones que otorguen derechos de propiedad o usufructo.⁵⁸

La Constitución de 1979 no brinda una definición de *recursos naturales*, sin embargo, considera entre ellos a *minerales, tierras, bosques, y aguas*; y los clasifica en renovables y no renovables. Establece que los recursos naturales son patrimonio de la Nación, pero también que ellos pertenecen al Estado. Este regulará la utilización de dichos recursos por él mismo y su otorgamiento a particulares. Además, esta Constitución hace referencia a la *concesión minera*, que obliga a su trabajo y otorga un derecho real.⁵⁹

La Constitución de 1993 tampoco define qué son los *recursos naturales*, limitándose a clasificarlos en renovables y no renovables. Señala que dichos recursos son patrimonio de la Nación y que el Estado es soberano en su aprovechamiento. Es este, a través de ley orgánica, el que regulará las condiciones de su utilización y de su otorgamiento a particulares. Al igual que

⁵⁷ Constitución de 1933. Artículo 33.- No son objeto de propiedad privada las cosas públicas, cuyo uso es de todos, como los ríos, lagos y caminos públicos. Artículo 37.- Las minas, tierras, bosques, aguas y en general todas las fuentes naturales de riqueza pertenecen al Estado, salvo los derechos legalmente adquiridos. La ley fijará las condiciones de su utilización por el Estado, o de su concesión, en propiedad o en usufructo, a los particulares.

⁵⁸ Constitución de 1933. Artículo 37.- Las minas, tierras, bosques, aguas y en general todas las fuentes naturales de riqueza pertenecen al Estado, salvo los derechos legalmente adquiridos. La ley fijará las condiciones de su utilización por el Estado, o de su concesión, en propiedad o en usufructo, a los particulares.

⁵⁹ Constitución de 1979. Artículo 118.- Los recursos naturales, renovables y no renovables, son patrimonio de la Nación. Los minerales, tierras, bosques, aguas y, en general, todos los recursos naturales y fuentes de energía, pertenecen al Estado. La ley fija las condiciones de su utilización por éste y de su otorgamiento a los particulares. Artículo 122.- El Estado fomenta y estimula la actividad minera. Protege la pequeña y mediana minería. Promueve la gran minería. Actúa como empresario y en las demás formas que establece la ley. La concesión minera obliga a su trabajo y otorga a su titular un derecho real, sujeto a las condiciones de ley.

su predecesora, esta Constitución establece que la concesión, en general y no solo la de tipo minero, otorga un derecho real.⁶⁰

2.2.2 Leyes, doctrina y jurisprudencia del TC

La Loas,⁶¹ la jurisprudencia del Tribunal Constitucional⁶² y doctrina nacional (Hundskopf 2013: 170-171; Chanamé 2009: 337) coinciden en el concepto de *recursos naturales* como aquellos elementos que provienen de la naturaleza y que pueden ser utilizados por los seres humanos para la satisfacción de sus necesidades. Este concepto mínimo alude a dos aspectos:

- a) origen natural: se trata de elementos, componentes o bienes de la naturaleza, que tienen un origen natural o son brindados por ella, que se encuentran en el ambiente o entorno natural. Son bienes o cosas que no son creadas por las personas, sino que se encuentran en las aguas, el suelo, aire, etc.; y
- b) utilidad: se trata de elementos que son susceptibles de ser aprovechados por las personas para la satisfacción de necesidades, de modo directo o luego de alguna transformación.

Algunas definiciones inciden en otras características como:

- c) valor de uso: los bienes considerados recursos naturales lo son por la utilidad actual o potencial que tienen para las personas, lo que podría traducirse en un valor de uso, para fines materiales o espirituales. Este es el

⁶⁰ Constitución de 1993. Artículo 66.- Los recursos naturales, renovables y no renovables, son patrimonio de la Nación. El Estado es soberano en su aprovechamiento. Por ley orgánica se fijan las condiciones de su utilización y de su otorgamiento a particulares. La concesión otorga a su titular un derecho real, sujeto a dicha norma legal.

⁶¹ Ley N° 26821. Artículo 3.- Se consideran recursos naturales a todo componente de la naturaleza, susceptible de ser aprovechado por el ser humano para la satisfacción de sus necesidades y que tenga un valor actual o potencial en el mercado.

⁶² Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Exp. N° 0048-2004-PI/TC, f.j. 28: “Los recursos naturales pueden definirse como el conjunto de elementos que brinda la naturaleza para satisfacer las necesidades humanas, en particular, y las biológicas, en general. Representan aquella parte de la naturaleza que tiene alguna utilidad actual o potencial para el hombre. [...]”. Ver también sentencia recaída en el Exp. N° 0003-2006-PI/TC, f.j. 5.

caso de la definición del Tribunal Constitucional⁶³, recogida también por Chanamé (2009: 337).

- d) valor de mercado: los bienes considerados recursos naturales lo son por el valor que puedan tener en el mercado. Este es el caso de la definición de la LOAS⁶⁴ y de Caillaux (2013: 179).
- e) susceptibilidad de modificación: el concepto de recursos naturales se opone a los bienes producidos por el ser humano. Se trata de bienes susceptibles de ser modificados por este, dependiendo de su conocimiento científico y tecnológico. Este es el caso de la definición de Hundskopf (2013: 170-171).
- f) susceptibilidad de explotación: los bienes considerados recursos naturales son susceptibles de ser extraídos de la naturaleza, por lo general, de modo cuantioso para obtener beneficios económicos. Este es el caso de la definición de Hundskopf (2013: 171), Lastres (1994: 137) y Gamarra (s.a.: 276).

La jurisprudencia del TC⁶⁵ y la doctrina (Hundskopf 2013: 171 y Gamarra s.a.: 276) suelen clasificar los recursos naturales en:

- renovables: aquellos que tienen la capacidad de autoregenerarse, por lo que no se agotan con su obtención o explotación, como los bosques, la fauna y flora.

⁶³ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Exp. N° 0048-2004-PI/TC, f.j. 28: “Los recursos naturales [...] son los elementos naturales que el ser humano aprovecha para satisfacer sus necesidades materiales o espirituales [...]”.

⁶⁴ Ley N° 26821. Artículo 3. supra nota 61.

⁶⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Exp. N° 0048-2004-PI/TC, f. 28: “[...] Los recursos naturales [...] se clasifican en: Recursos renovables: Son aquellos que, a pesar de ser utilizados, pueden regenerarse y, por ende, no perecen para su posterior aprovechamiento. Es el caso del suelo, el agua, las plantas y los animales. En tal sentido, devienen en duraderos y obtienen permanencia de utilidad. Los procesos de autoregeneración y autodepuración se denominan resiliencia, y sólo tienen lugar cuando el ser humano no excede la capacidad de carga en su aprovechamiento. Por tal motivo, un recurso será renovable en la medida que su utilización o aprovechamiento no se realice de manera desmesurada e irracional. Sólo así se podrá alcanzar el aprovechamiento sostenible del bien ambiental. b) Recursos no renovables: Son aquellos que, al ser utilizados, se agotan irremediablemente. Es el caso de los minerales, el petróleo, el carbón, el gas natural, etc. Su utilización o provecho comporta inexorablemente la extinción de su fuente productiva, habida cuenta de su incapacidad de alcanzar autoregeneración o autodepuración”.

- no renovables: aquellos que no tienen la capacidad de autoregenerarse y se agotan o extinguen con la primera explotación o aprovechamiento, como los minerales.

2.2.3 Tratados, declaraciones internacionales y jurisprudencia de la Corte IDH

Entre los instrumentos internacionales que interesan en la presente tesis, que utilizan el concepto de *recursos naturales*, se encuentran el Convenio 169 de la OIT, la DNUPI, la jurisprudencia de la Corte IDH y el informe *Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales* de la CIDH.

De todos ellos, el único que brinda una definición de *recursos naturales* es el informe de la CIDH, que entiende que son

[...] sustancias que existen naturalmente en la Tierra [...] valiosos para la manufactura de productos, la satisfacción de necesidades o comodidades humanas, y la provisión de servicios ecosistémicos que mantienen la salud de la biosfera. Los recursos naturales incluyen el aire, la tierra, el agua, el gas natural, el carbón, el petróleo e hidrocarburos, los minerales, la madera, el humus, la fauna, la flora, los bosques y la vida silvestre. Los recursos naturales renovables son aquellos que se reproducen o renuevan, e incluyen la vida animal, las plantas, los árboles, el agua y el viento. Los recursos no renovables son irremplazables una vez [que] han sido extraídos del agua o de la tierra, e incluyen el oro, la plata, los combustibles fósiles, los diamantes, el gas natural, el cobre y otros minerales.⁶⁶

El resto de instrumentos internacionales señalados regula o reconoce derechos respecto de los recursos naturales. Su análisis será materia del capítulo II, correspondiente al paradigma que reconoce a los pueblos indígenas la potestad de decidir sobre los recursos naturales ubicados en sus territorios.

2.2.4 Derecho propio de los pueblos indígenas u originarios

Ahora me referiré al concepto que tienen los pueblos sobre los recursos naturales.

⁶⁶ CIDH. Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, párr. 41.

En primer lugar, debo señalar que no es propio de los pueblos referirse a los elementos de la naturaleza como *recursos naturales*. En tanto cada pueblo tiene una relación especial con su hábitat o territorio, cada uno de ellos tiene una concepción distinta de la naturaleza, que hace que cada cultura le asigne un nombre distinto a dichos elementos.

En segundo lugar, si bien cada pueblo denomina a los elementos de la naturaleza o a ella misma de determinada manera, todos los pueblos indígenas comparten un principio. Esto es que la naturaleza es *la Madre Tierra*, por lo que merece respeto y tiene derechos.

Los pueblos han definido a la *Madre Tierra* o *Pachamama* como “[...] un ser vivo. [...] una comunidad única, indivisible y autoregulada, de seres interrelacionados que sostiene, contiene y reproduce a todos los seres que la componen”. Reconocen que “[...] es fuente de vida, alimento, enseñanza y provee todo lo que necesitamos para vivir bien”, pero también que tiene derechos inherentes. Para los pueblos, “[...] en una comunidad de vida interdependiente no es posible reconocer derechos solamente a los humanos, sin provocar un desequilibrio en la Madre Tierra”.⁶⁷

Entre los derechos inherentes que los pueblos le reconocen a la *Madre Tierra*, se encuentran los siguientes: a la vida y a existir; a ser respetada; a la regeneración de su biocapacidad y continuación de sus ciclos y procesos vitales libres de alteraciones humanas; al aire limpio; a estar libre de contaminación, polución y desechos tóxicos o radioactivos; entre otros.

De lo dicho hasta ahora, se extraen las siguientes principales diferencias entre el concepto de *recursos naturales* que maneja el resto de fuentes de Derecho

⁶⁷ Entre el 19 y 22 de abril de 2010, en Bolivia, se celebró la Conferencia Mundial de los Pueblos sobre el Cambio Climático y los Derechos de la Madre Tierra, que reunió a representantes de pueblos, grupos indígenas, campesinos, movimientos sociales, científicos académicos, entre otros, de alrededor de 142 países. En esta Conferencia se redactó el proyecto de Declaración Universal de la Madre Tierra, que reconoce a esta como un ser vivo, así como sujeto de derechos. Ver: http://www.un-ngls.org/spip.php?page=article_es_s&id_article=2402 y <http://difusionrebelde.blogspot.com/2012/10/declaracion-universal-de-los-derechos.html>

producidas por no indígenas, y el concepto de *Madre Tierra* de los pueblos indígenas:

- La *Madre Tierra* es un ser vivo que existe por sí mismo y no es en tanto brinda los elementos que satisfacen las necesidades humanas, aunque sí lo hace. Los *recursos naturales* son bienes considerados como tales en tanto sean provechosos para los seres humanos, son cosas que los humanos utilizan para satisfacer sus necesidades.
- La *Madre Tierra* tiene derechos por su sola existencia, que garantizan su integridad y su no extinción. Los *recursos naturales* son regulados a favor y conveniencia del hombre, pudiendo ser agotados o extinguidos.

Es decir, los pueblos indígenas no ven a los *recursos naturales* como bienes que estén a su servicio y sobre los cuales tengan una capacidad de aprovechamiento discrecional. Los pueblos más bien reconocen que los seres humanos no tienen ese derecho, pues la *Madre Tierra* merece respeto y todo uso de ella debe ser limitado para garantizar su existencia.

La contradicción que existe entre el concepto de *recursos naturales* y el de *Madre Tierra* explica por qué la regulación de las fuentes de Derecho no indígenas no satisface a los pueblos indígenas, impactando negativamente en sus culturas, cosmovisiones y subsistencia.

A la fecha, sin embargo, el concepto de *Madre Tierra* o *Pachamama* ya no es exclusivo de los pueblos indígenas. Este ha sido reconocido por la Constitución de Ecuador⁶⁸ y la Ley Marco de la Madre Tierra y Desarrollo Integral para Vivir Bien, de Bolivia,⁶⁹ así como por la Asamblea General de Naciones Unidas, que el 22 de abril de 2009 declaró el *Día Internacional de la Madre Tierra*.⁷⁰

⁶⁸ Constitución de la República del Ecuador de 2008. Artículo 71.- La naturaleza o Pacha Mama, donde se reproduce y realiza la vida, tiene derecho a que se respete integralmente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos. Toda persona, comunidad, pueblo o nacionalidad podrá exigir a la autoridad pública el cumplimiento de los derechos de la naturaleza. [...]. Ver también artículos 72, 73 y 74.

⁶⁹ Ley 300, aprobada por la Asamblea Legislativa Plurinacional de Bolivia, publicada en la Gaceta Oficial de Bolivia el 15 de octubre de 2012.

⁷⁰ Naciones Unidas. Asamblea General del Sexagésimo Tercer Período de Sesiones. A/63/PV.80

Ejemplo del concepto de *Madre Tierra* de los pueblos indígenas

Pueblo Kandozi

El pueblo Kandozi denomina a su territorio *tsaponish*, concepto que hace referencia a una geografía conocida y vivida por la humanidad actual. Para los Kandozi, a cada pueblo les ha sido otorgado un espacio, y a ellos se les otorgó el *tsaponish*. Este espacio emergió del agua, hundiendo otro, junto con la sociedad que ahí vivía, y que se ha convertido en los espíritus subacuáticos *tsogi*, que habitan las profundidades del agua.

Los árboles y animales del bosque son considerados por los Kandozi como personas que llevan una vida similar a la de ellos. El contacto con algunos animales, como el jaguar y la anaconda, es el resultado de una búsqueda especial, pues de ellos se adquieren capacidades de percepción y acción. En los bosques también habitan espíritus considerados *dueños de los animales*, con los cuales todo cazador debe tener buenas relaciones. Estos espíritus otorgan habilidades de caza y protegen a los animales de los abusos del ser humano.

La relación de los Kandozi con su entorno o territorio es de interacción social, pues no solo se realizan actividades de subsistencia, sino que también interactúan con los espíritus, animales, árboles, lagunas, aguajales, entre otros, que se encuentran muy apartados de sus residencias habituales

Fuente: García y Surralés 2009: 74-84.

Pueblo Achuar

El pueblo Achuar considera a su territorio como su madre, que los alimenta y cuida, que nunca mezquina y uno puede depender de ella siempre. Les brinda recursos para vivir, pero también está habitado por sus antepasados y seres poderosos de la naturaleza. Con ellos se relacionan para obtener conocimientos y poderes a través de cantos, sueños y, sobre todo, la *visión*. La *visión* se obtiene a través de plantas rituales y sagradas, y es una necesidad absoluta para buscar fuerza, poder y habilidades de todo tipo: guerrero, líder, valiente, agricultor, entre otros.

Para este pueblo, el cumplimiento o no de las leyes dadas por sus ancestros pueden mejorar la suerte o traer enfermedad, fracaso e incluso la muerte. Las creencias orientan su comportamiento. Por ejemplo, existen lugares muy alejados, habitados por seres espirituales muy poderosos, donde no pueden hacer sus chacras ni casas, porque dichos seres no lo aceptan. Si no se respeta esto, puede traer mala suerte a la comunidad.

Los Achuar también creen que existen los *dueños de los animales*, que no permiten cazar

indiscriminadamente. Si uno lo hace, estos dueños o *madres* hacen desaparecer a los animales para que no sean cazados. Para los Kandozi, los animales, plantas, y algunas piedras y rocas tienen alma, conciencia, voluntad y sentimientos. Estos se comunican con ellos, a través del sueño o la visión, para orientarlos y darles consejo.

Fuente: FENAP *et al.* 2008b:119-135.



CAPÍTULO II:

**PARADIGMA DE LA POTESTAD DE LOS PUEBLOS
INDÍGENAS PARA DECIDIR SOBRE LOS RECURSOS
NATURALES**



En el siguiente capítulo, analizaré el paradigma que reconoce la titularidad de la propiedad y potestad de los pueblos indígenas sobre los recursos naturales ubicados en sus territorios. Este paradigma encuentra su sustento en las distintas fuentes de Derecho que señalé en el Capítulo I.

Sobre la base de las fuentes de Derecho y la aplicación de los principios de jerarquía normativa y pro indígena, el objetivo de este capítulo es determinar el bloque de constitucional que reconoce el paradigma en cuestión. Luego, analizaré las obligaciones que se derivan para el Estado peruano una vez reconocido dicho bloque.

1. FUENTES DEL PARADIGMA

El paradigma de la propiedad y potestad de los pueblos indígenas sobre los recursos naturales se construye sobre la base de los derechos fundamentales o constitucionales de los pueblos originarios, interpretados de conformidad con el Derecho Internacional de los Pueblos Indígenas.

Los derechos humanos de pueblos indígenas reconocidos por el derecho internacional se encuentran, entre otros, en los siguientes instrumentos:

- Constitución Política de 1993;
- Convenio 169 de la OIT, CADH y PIDCP, según las interpretaciones que de los mismos hayan realizado los órganos internacionales que supervisan su cumplimiento, como la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT o la CIDH;
- DNUPI;
- principios generales de Derecho como la consulta previa, libre e informado, la libre determinación de los pueblos, y la buena fe; y
- jurisprudencia de la Corte IDH.

También son fuente de este paradigma el derecho propio o consuetudinario de los pueblos indígenas; así como sus derechos intrínsecos, “[...] que forma[n] parte del sujeto mismo, sin que pueda[n] ser separado[s] sin hacer desaparecer

a la persona [...]”. Los derechos intrínsecos se funden con el sujeto mismo que lo detenta, quien lo posee por ser quien es y no porque un ordenamiento jurídico así lo dispone (Ballón 2007: 18). Son aquellos que se fundan en la dignidad humana, y han sido reconocidos por el artículo 3 la Constitución y la DNUPI.⁷¹

Este conjunto de normas que sustenta el paradigma por analizar también es llamado el *corpus de derechos indígenas*, cuyo horizonte es “[...] la construcción de sociedades más democráticas y un mundo global más justo sobre la base del reconocimiento de la igual dignidad y derechos de los pueblos indígenas” (Yrigoyen 2010: 19).

2. BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD DEL PARADIGMA

El conjunto de normas constitucionales, internacionales y provenientes de los derechos intrínsecos y del derecho propio de los pueblos indígenas, señaladas en el punto anterior, constituyen lo que el TC ha llamado bloque de constitucionalidad. También forman parte de este bloque, según el TC, las leyes secundarias que desarrollan las mencionadas normas constitucionales e internacionales, en tanto maximicen el reconocimiento de tales derechos y no lo reduzcan o contradigan.

El objetivo a continuación es identificar los derechos de pueblos indígenas reconocidos por el ordenamiento jurídico peruano sobre los cuales se sustenta el paradigma bajo análisis, así como las implicancias de este. Este análisis no incluye, sin embargo, a las normas provenientes del derecho propio de los pueblos indígenas, toda vez que para ello hubiera requerido un trabajo etnográfico ausente en la presente tesis.

⁷¹ Constitución Política de 1993. Artículo 3°.- La enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno.

DNUPI. Séptimo Considerando.- Reconociendo la urgente necesidad de respetar y promover los derechos intrínsecos de los pueblos indígenas, que derivan de sus estructuras políticas, económicas y sociales y de sus culturas, de sus tradiciones espirituales, de su historia y de su filosofía, especialmente los derechos a sus tierras, territorios y recursos [...].

2.1 *Derecho a la libre determinación*

El principal sustento del paradigma de la potestad y propiedad de los pueblos indígenas sobre los recursos naturales ubicados en sus territorios es el derecho a la libre determinación o autodeterminación de los pueblos.

En virtud de este derecho, todos los pueblos tienen derecho a controlar su propio destino, sin interferencias de terceros. Se trata de un derecho que se funda en la libertad e igualdad de las personas que conforman un pueblo, por lo que no se permite que este se encuentre en dependencia o desigualdad impuestas por otros pueblos o naciones (Obieta, citado por Forno 2003: 108).

El derecho a la libre determinación es un derecho humano y colectivo, por lo que el Estado está obligado a reconocerlo a todo pueblo por el solo hecho de serlo (Forno 2003:108). La importancia de este derecho es tal que incluso es considerado, como refiere James Anaya, un principio de derecho internacional consuetudinario, e incluso de *ius cogens* (2005: 136).

Los tratados sobre derechos humanos que reconocen el derecho a la libre determinación de todos los pueblos son la Carta de las Naciones Unidas; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Los dos últimos, en su artículo 1, señalan que, en virtud de tal derecho, los pueblos libremente:

- establecen su condición política y
- proveen a su desarrollo económico, social y cultural.⁷²

Para el logro de ambos fines, los Pactos internacionales reconocen que “[...] todos los pueblos pueden disponer libremente de sus riquezas y recursos

⁷² PIDCP y PIDESC. Artículo 1.- 1. Todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación. En virtud de este derecho establecen libremente su condición política y proveen asimismo a su desarrollo económico, social y cultural. Para el logro de sus fines, todos los pueblos pueden disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales, sin perjuicio de las obligaciones que derivan de la cooperación económica internacional basada en el principio del beneficio recíproco, así como del derecho internacional. En ningún caso podrá privarse a un pueblo de sus propios medios de subsistencia. [...].

3. Los Estados Partes en el presente Pacto, incluso los que tienen la responsabilidad de administrar territorios no autónomos y territorios en fideicomiso, promoverán el ejercicio del derecho de libre determinación, y respetarán este derecho de conformidad con las disposiciones de la Carta de las Naciones Unidas.

naturales, sin perjuicio de las obligaciones que derivan de la cooperación económica internacional basada en el principio del beneficio recíproco, así como del derecho internacional. En ningún caso podrá privarse a un pueblo de sus propios medios de subsistencia”.

Pese a que el derecho a la autodeterminación es incluso considerado como una norma de *ius cogens*, su reconocimiento a favor de los pueblos indígenas ha sido por muchos años materia de debate. Este se origina porque en la época de la post-guerra y del proceso de descolonización, que es cuando se definen paulatinamente los derechos de los pueblos colonizados, surgieron tres opciones para estos: 1) la independencia soberana, 2) la libre asociación, y 3) la incorporación. Estas opciones solo eran válidas para aquellos pueblos colonizados cuyos territorios estaban separados del Estado colonizador por *aguas azules* (océanos), y no para aquellos que sufrirían del *colonialismo interno*. Para estos últimos estaba prohibida la secesión, y por tanto, la libre determinación (Assies 2000). Es decir, en la época de los colonialismos internos, los pueblos indígenas no podían gozar de este derecho, pues entre ellos y el Estado colonizador no existían *aguas azules* y, por lo tanto, no podían separarse o independizarse de dicho Estado. De esta manera, la libre determinación se equiparaba a la independización o separación del Estado colonizador.

Actualmente, sin embargo, la doctrina y el derecho internacional han apostado por no equiparar la libre determinación con la escisión territorial o formación de nuevos Estados. Para James Anaya, no siempre se corresponden la libre determinación con los atributos de la estatalidad. Este derecho “[...] beneficia a los seres humanos en cuanto que seres humanos, y no a las entidades soberanas como tales” (Anaya 2005: 139-140). Además, en la actualidad, los pueblos que reclaman dicho derecho no suelen hacerlo con demandas de autonomía absoluta, si no más bien buscan replantear los procesos de integración existentes o reorientar la dirección de estos (Anaya 2005: 148).

Anaya considera que la libre determinación tiene dos aspectos: uno sustantivo y otro reparativo. El aspecto sustantivo se compone de dos elementos: uno

constitutivo, que “[...] regula los procedimientos episódicos de creación o reforma de las instituciones políticas en el ámbito de una comunidad determinada”; y otro continuado, que exige un diseño de las instituciones políticas que permita a la gente ser capaz “[...] de tomar decisiones significativas en asuntos que afectan a todas las esferas de su vida, y de hacerlo además de forma permanente” (2005: 151-154).

Con relación al aspecto reparativo, Anaya señala que este se deriva de la violación del aspecto sustantivo y beneficia necesariamente solo a aquellos grupos que hayan sufrido violaciones de este. Y da como ejemplo las medidas que dismantelaron los regímenes coloniales, aunque reconoce que los medios para reparar la violación del derecho a la libre determinación no siempre deben regresar al estado anterior de dicha vulneración. Esta reparación debe darse más bien según las aspiraciones actuales de los grupos agraviados (2005: 149 y 157).

Con la Declaración de Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, el debate del reconocimiento o no de la libre determinación a estos pueblos fue superado. El artículo 3 de este instrumento internacional reconoce explícitamente que los pueblos indígenas tienen derecho a la libre determinación. La DNUPI, sin embargo, establece como límite de este derecho que los pueblos no puedan ejercerlo para quebrantar o menoscabar la integridad territorial o unidad política de los Estados soberanos.⁷³

La DNUPI reconoció, al igual que los Pactos Internacionales, que los pueblos indígenas libremente:

- determinan su condición política y
- persiguen su desarrollo económico, social y cultural.

⁷³ DNUPI. Artículo 3.- Los pueblos indígenas tienen derecho a la libre determinación. En virtud de ese derecho determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural. Artículo 46.- 1. Nada de lo contenido en la presente Declaración se interpretará en el sentido de que confiere a un Estado, pueblo, grupo o persona derecho alguno a participar en una actividad o realizar un acto contrarios a la Carta de las Naciones Unidas, ni se entenderá en el sentido de que autoriza o alienta acción alguna encaminada a quebrantar o menoscabar, total o parcialmente, la integridad territorial o la unidad política de Estados soberanos e independientes. [...].

En ejercicio de su autodeterminación, la DNUPI reconoce que los pueblos tienen derecho a la autonomía y al autogobierno en las cuestiones relacionadas con sus asuntos internos y locales; y a disponer de los medios para financiar sus funciones autónomas.

Igualmente, la jurisprudencia de la Corte IDH reconoce el derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas y tribales. En el caso *Saramaka vs. Surinam*, esta Corte se acogió a la interpretación que el Comité sobre Derechos Económicos Sociales y Culturales, encargado de supervisar los Pactos internacionales, hizo sobre el artículo 1 de estos tratados. La interpretación consiste en aplicar dicho artículo a los pueblos indígenas.⁷⁴

Es importante subrayar que, aunque no explícitamente, el Convenio 169 de la OIT también se refiere al contenido del derecho a la autodeterminación de los pueblos indígenas y tribales. En su artículo 7, inciso 1, reconoce que estos pueblos tienen derecho a decidir sus prioridades de desarrollo, en la medida que este afecte sus vidas, creencias, instituciones, bienestar espiritual y sus territorios; así como a controlar su propio desarrollo económico, social y cultural.⁷⁵

A nivel interno, la jurisprudencia del TC también reconoce la libre determinación de los pueblos indígenas, precisando que este no implica la desintegración del

⁷⁴ Corte IDH. Caso *Saramaka vs Surinam*, párr. 93: <<[...] 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>>.

⁷⁵ Convenio 169 de la OIT. Artículo 7.- 1. Los pueblos interesados deberán tener derecho de decidir sus prioridades de desarrollo, en la medida 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. [...].

Estado. Para este tribunal, dicho derecho puede conceptualizarse sin el elemento separatista o secesionista.⁷⁶

2.2 Potestad y propiedad sobre el territorio y los recursos naturales

2.2.1 Definición de territorio

El territorio de los pueblos indígenas ha sido definido por el Convenio 169 de la OIT como “[...] la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna otra manera”.⁷⁷

La jurisprudencia de la Corte IDH ha complementado dicha definición. En el caso *Saramaka vs. Surinam* precisó que el territorio de los pueblos indígenas y tribales comprende tanto la tierra como los recursos naturales necesarios para su subsistencia social, cultural y económica.⁷⁸

Es importante subrayar la diferencia que existe entre el concepto de *tierras y territorio*. El TC señala que el primero “[...] se encuentran dentro de una dimensión civil o patrimonial, mientras que el segundo tiene una vocación política de autogobierno y autonomía. Así esta dimensión política de territorio

⁷⁶ Sentencia recaída en el Exp. N° 01126-2011-HC/TC, f.j. 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 3° y 4° de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas-DNUDPI]. Ello no implica, desde luego, proponer o incentivar la desintegración del Estado o propiciar demandas separatistas; por el contrario, ha sido una tendencia estable en el derecho y la doctrina internacional conceptualizar el derecho a la autodeterminación de los pueblos indígenas sin el elemento separatista o secesionista. El objetivo es más bien el respeto de su autonomía para definir sus propios destinos, así como su idea y proyecto de desarrollo. Por lo tanto, el propio artículo 46° del DNUDPI establece específicamente una limitación -como todo derecho lo tiene- al derecho de autodeterminación indígena, explicitándose que nada de lo establecido en la declaración “autoriza o fomenta acción alguna encaminada a quebrantar o menoscabar, total o parcialmente, la integridad territorial o la unidad política de Estados soberanos e independientes”>>. Ver también sentencia recaída en el Exp. N° 03343-2007-AA/TC, f. 32.

⁷⁷ Convenio 169. Artículo 13, inciso 2.

⁷⁸ Corte IDH. Caso *Saramaka vs Surinam*, párr. 120: “[...]el territorio (entendido como comprendiendo tanto la tierra como los recursos naturales). [...] 194. [...] el Estado debe llevar a cabo las siguientes medidas: [...] c) [...] adoptar [...] medidas legislativas o de otra índole necesarias a fin de reconocer, proteger, garantizar y hacer efectivo el derecho [...] a ser titulares de derechos bajo forma colectiva sobre el territorio que tradicionalmente han ocupado y utilizado, el cual incluye las tierras y los recursos naturales necesarios para su subsistencia social, cultural y económica [la cursiva es mía], así como administrar, distribuir y controlar efectivamente dicho territorio, de conformidad con su derecho consuetudinario y sistema de propiedad comunal, y sin perjuicio a otras comunidades indígenas y tribales”.

se ajusta a la realidad de los pueblos indígenas, que descienden de poblaciones que habitaban lo que ahora es el territorio de la República del Perú”.⁷⁹

Pese a la diferencia entre ambos conceptos, el TC establece que el término *tierras*, utilizado en los artículos 88 y 89 de la Constitución Política de 1993, debe incluir el concepto de *territorio*, tal como lo establece el artículo 13, inciso 2, del Convenio 169 de la OIT.⁸⁰

2.2.2 Relación especial pueblo-territorio

El Convenio 169 de la OIT y la DNUPI reconocen el derecho de los pueblos indígenas a mantener y fortalecer la relación especial que tienen con sus tierras, territorios, aguas, mares costeros y otros recursos que hayan poseído, ocupado o utilizado de alguna otra manera.⁸¹

La relación que tienen los pueblos indígenas con su territorio es especial porque va más allá de lo puramente económico, patrimonial e individual, que caracteriza la concepción de la cultura occidental sobre la propiedad de la tierra o los recursos naturales (Villa 2011: 12).

⁷⁹ Sentencia recaída en el Exp. N° 01126-2011-HC/TC, f.j. 22: <<[...] si bien la Constitución hace referencia a la protección de las tierras de las comunidades campesinas y nativas [artículo 88° y 89° de la Constitución], sin recoger el concepto de “territorio” de forma expresa, el Convenio 169 establece en su artículo 13° que la utilización del término “tierras” debe incluir el concepto de “territorios”. La diferencia entre el concepto de tierra y territorio radica en que el primero se encuentra dentro de una dimensión civil o patrimonial, mientras que el segundo tiene una vocación política de autogobierno y autonomía. Así, esta dimensión política del término territorio se ajusta a la realidad de los pueblos indígenas, que descienden de las poblaciones que habitaban lo que ahora es el territorio de la República del Perú. Pero que, no obstante, luego de haber sido víctimas de conquista y colonización, mantienen sus instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o partes de ellas>>.

⁸⁰ Convenio 169 de la OIT. Artículo 13.- [...] 2. La utilización del término *tierras* en los artículos 15 y 16 deberá incluir el concepto de territorios, lo que cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna otra manera.

⁸¹ Convenio 169 de la OIT. Artículo 13.- 1. Al aplicar las disposiciones de esta parte del Convenio, los gobiernos deberán respetar la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios, o con ambos, según los casos, que ocupan o utilizan de alguna otra manera, y en particular los aspectos colectivos de esa relación. [...] DNUPI. Artículo 25.- Los pueblos indígenas tienen derecho a mantener y fortalecer su propia relación espiritual con las tierras, territorios, aguas, mares costeros y otros recursos que tradicionalmente han poseído u ocupado y utilizado y a asumir las responsabilidades que a ese respecto les incumben para con las generaciones venideras.

Para la Corte IDH, “[...] la estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe de ser reconocida y comprendida como la base fundamental de su cultura, vida espiritual, integridad, supervivencia económica y su preservación y transmisión a las generaciones futuras”.⁸² A partir de esta relación especial con su territorio, cada pueblo tiene una forma de vida particular de ser, ver y actuar en el mundo, que constituye una parte integrante fundamental de su identidad cultural.⁸³

La Corte IDH reconoce que, para los pueblos indígenas,

[...] la tierra está estrechamente relacionada con sus tradiciones y expresiones orales, sus costumbres y lenguas, sus artes y rituales, sus conocimientos y usos relacionados con la naturaleza, sus artes culinarias, el derecho consuetudinario, su vestimenta, filosofía y valores. En función de su entorno, su integración con la naturaleza y su historia, los miembros de las comunidades indígenas transmiten de generación en generación este patrimonio cultural inmaterial, que es recreado constantemente por los miembros de las comunidades y grupos indígenas.⁸⁴

De ahí que la relación de los pueblos indígenas con su territorio no se agota en una cuestión meramente económica o de productividad.⁸⁵ Su relación “[...] puede incluir el uso o presencia tradicional, [...] a través de lazos espirituales o ceremoniales; asentamientos o cultivos esporádicos; caza, pesca o recolección estacional o nómada; uso de recursos naturales ligados a sus costumbres; y

⁸² Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay, párr. 131. Ver también Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua, párr. 149; Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay, párr. 86; Caso de la Comunidad Moiwana vs. Suriname, párr. 131; Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam, párr. 90.

⁸³ Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay, párr. 135: “La cultura de los miembros de las comunidades indígenas corresponde a una forma de vida particular de ser, ver y actuar en el mundo, constituido a partir de su estrecha relación con sus territorios tradicionales y los recursos que allí se encuentran, no sólo por ser estos su principal medio de subsistencia, sino además porque constituyen un elemento integrante de su cosmovisión, religiosidad y, por ende, de su identidad cultural”. Ver también Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay, párr. 118; Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay, párr. 174.

⁸⁴ Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay, párr. 154.

⁸⁵ Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay, párr. 139: “El [...] segundo argumento del Estado respecto a la productividad de las tierras. Bajo este argumento subyace la idea de que los indígenas no pueden, bajo ninguna circunstancia, reclamar sus tierras tradicionales cuando éstas se encuentren explotadas y en plena productividad, mirándose la cuestión indígena exclusivamente a través de la productividad de la tierra y del régimen agrario, lo que resulta insuficiente a las peculiaridades propias de dichos pueblos. Ver también Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua, párr. 149; Caso de la Comunidad Moiwana vs. Suriname, párr. 131; Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay, párr. 182; y Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam, párr. 90.

cualquier otro elemento característico de su cultura”.⁸⁶

El concepto de *Madre Tierra* de los pueblos indígenas, descrita en el Capítulo I, se fundamenta en esta relación especial, que va más allá de una subsistencia material. Se trata de un relación de interdependencia, donde la *Madre* es fuente de vida y alimento, pero también de enseñanza espiritual; donde todos los seres, incluso los animales y las plantas, tienen derechos; y donde los humanos tienen obligaciones frente a ella.

2.2.3 Propiedad y potestad

Sobre el territorio con el cual los pueblos indígenas mantienen una relación particular, también tienen un derecho de propiedad. Debido a su relación especial, sin embargo, este derecho no debe ser entendido como aquel establecido por el derecho civil.

García Hierro señala que los pueblos indígenas han decidido proteger su territorio a través del derecho de propiedad, pero no porque este describa la relación entre ambos. Para los pueblos, afirma el autor, este derecho resulta atractivo por su carácter absoluto (*erga omnes*), exclusivo y permanente, que brinda la protección total de sus territorios. Fuera de esto, las demás características de la propiedad no se corresponden con el concepto indígena, por el contrario, ponen a su territorio en una situación de riesgo. Este es el caso del atributo de la libre disponibilidad, por ejemplo (2001: 622-623).

Es importante la observación realizada por García, pues explica el tratamiento diferenciado entre la propiedad civil de cualquier individuo frente a la propiedad colectiva de los pueblos indígenas. Esta última traspasa el ámbito privado, para

⁸⁶ Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay, párr. 131: “[...] Dicha relación puede expresarse de distintas maneras, según el pueblo indígena del que se trate y las circunstancias concretas en que se encuentre, y puede incluir el uso o presencia tradicional, ya sea a través de lazos espirituales o ceremoniales; asentamientos o cultivos esporádicos; caza, pesca o recolección estacional o nómada; uso de recursos naturales ligados a sus costumbres; y cualquier otro elemento característico de su cultura”. Ver también Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay, párr. 113; y Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador, párr. 148.

ubicarse en lo público, razón por la cual también utilizo el concepto de *potestad*.

El Convenio 169 de la OIT y la DNUPI reconocen que los pueblos indígenas tienen los siguientes derechos y/o potestades sobre el territorio que han poseído, ocupado o utilizado de alguna otra forma:

- propiedad,
- poseer,
- utilizar,
- desarrollar, y
- controlar.⁸⁷

Por otro lado, la Corte IDH reconoce, desde el 2001, a través de una interpretación evolutiva de la CADH, que el derecho de toda persona al uso y goce de sus bienes, reconocido en su artículo 21,⁸⁸ también protege la propiedad comunal de los pueblos indígenas. Interpretado este artículo a la luz del Convenio 169 de la OIT, la Corte reconoce que no puede existir solo una forma de propiedad, la individual, sino que también deben reconocerse “[...] las versiones específicas de del derecho al uso y goce de los bienes, dadas por la cultura, usos, costumbres y creencias de cada pueblo [...]”.⁸⁹

⁸⁷ Convenio 169 de la OIT. Artículo 14.- 1. Deberá reconocerse a los pueblos interesados el derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan. [...].

DNUPI. Artículo 26.- [...] 2. Los pueblos indígenas tienen derecho a poseer, utilizar, desarrollar y controlar las tierras, territorios y recursos que poseen en razón de la propiedad tradicional u otro tipo tradicional de ocupación o utilización, así como aquellos que hayan adquirido de otra forma.

⁸⁸ CADH. Artículo 21.- Derecho a la propiedad privada. 1. Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. [...].

⁸⁹ Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay, párr. 120: <<[...] los conceptos de propiedad y posesión en las comunidades indígenas pueden tener una significación colectiva, en el sentido de que la pertenencia de ésta “no se centra en un individuo sino en el grupo y su comunidad”. Esta noción del dominio y de la posesión sobre las tierras no necesariamente corresponde a la concepción clásica de propiedad, pero merecen igual protección del artículo 21 de la Convención Americana. Desconocer las versiones específicas del derecho al uso y goce de los bienes, dadas por la cultura, usos, costumbres y creencias de cada pueblo, equivaldría a sostener que sólo existe una forma de usar y disponer de los bienes, lo que a su vez significaría hacer ilusoria la protección del artículo 21 de la Convención para millones de personas>>. Ver también Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua, párr. 149; Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam, párr. 89; Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay, párr. 87; y Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador, párr. 145.

De esta manera, la Corte IDH señala que la estrecha vinculación que existe entre los pueblos indígenas y sus territorios debe ser protegida por el artículo 21 de la CADH, es decir, por el derecho de propiedad. Esta protección alcanza a las tierras, recursos naturales y los elementos incorporeales que se desprendan de ellos.⁹⁰

El alcance de la protección del derecho de propiedad a los recursos naturales y los elementos incorporeales que se desprendan de ellos se debe a la definición de *bienes* que utiliza la Corte IDH, sobre los cuales recae dicho derecho. La Corte entiende por *bienes* “[...] aquellas cosas materiales apropiables, así como todo derecho que pueda formar parte del patrimonio de una persona; dicho concepto comprende todos los muebles e inmuebles, los elementos corporales e incorporeales y cualquier otro objeto inmaterial susceptible de tener un valor”.⁹¹

La protección a la relación especial pueblo-territorio, incluidos los recursos naturales, se debe a que de ella depende la supervivencia social, cultural y económica de los pueblos indígenas. La aplicación del artículo 21 de la CADH debe garantizar que ellos “[...] puedan continuar viviendo su modo de vida tradicional y que su identidad cultural, su identidad cultural, estructura social, sistema económico, costumbres, creencias y tradiciones distintivas serán

⁹⁰ Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay, párr. 137: <<En consecuencia, la estrecha vinculación de los pueblos indígenas sobre sus territorios tradicionales y los recursos naturales ligados a su cultura que ahí se encuentren, así como los elementos incorporeales que se desprendan de ellos, deben ser salvaguardados por el artículo 21 de la Convención Americana. Al respecto, en otras oportunidades, este Tribunal ha considerado que el término “bienes” utilizado en dicho artículo 21, contempla “aquellas cosas materiales apropiables, así como todo derecho que pueda formar parte del patrimonio de una persona; dicho concepto comprende todos los muebles e inmuebles, los elementos corporales e incorporeales y cualquier otro objeto inmaterial susceptible de tener un valor>>. Ver también Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay, párr. 118; Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam, párr. 88; Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay, párr. 85; Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador, párr. 145; Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay, párr. 121; y Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua, párr. 144.

⁹¹ Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay, párr. 137, supra nota 89. Ver también Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay, párr. 118; Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam, párr. 88; Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay, párr. 85; Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador, párr. 145; Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay, párr. 121; y Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua, párr. 144.

respetadas, garantizadas y protegidas por los Estados>>, y así evitar su extinción como pueblos.⁹²

Además de aplicar el artículo 21 de la CADH para garantizar el derecho de propiedad de los pueblos indígenas sobre los recursos naturales que se encuentran en su territorio, la Corte también recurre al artículo 1 de los Pactos Internacionales. Este artículo, además de reconocer la libre determinación de todos los pueblos, establece que estos pueden disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales; y que en ningún caso podrá privárseles de sus propios medios de subsistencia.

Cabe resaltar que, para la Corte IDH, no todos los recursos naturales ubicados en territorio de pueblos indígenas son propiedad de estos. Este derecho solo alcanza a proteger los recursos necesarios para la supervivencia, desarrollo y continuidad del estilo de vida de dichos pueblos.⁹³ No se trata, sin embargo, de una supervivencia meramente física, sino que la Corte entiende que ella debe ser entendida como

[...] la capacidad [...] de “preservar, proteger y garantizar la relación especial que tienen con su territorio”, de tal forma que puedan “continuar viviendo su modo de vida tradicional y que su identidad cultural, social, sistema económico, costumbres, creencias y tradiciones distintivas serán respetadas, garantizadas y protegidas.”⁹⁴

Es importante subrayar la preocupación de la Corte IDH porque los Estados

⁹² Corte IDH. Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam, párr. 121: “[...] De allí la necesidad de proteger las tierras y los recursos que han usado tradicionalmente: para prevenir su extinción como pueblo. Es decir, el objetivo y el fin de las medidas requeridas en nombre de los miembros de los pueblos indígenas y tribales es garantizar que podrán continuar viviendo su modo de vida tradicional y que su identidad cultural, estructura social, sistema económico, costumbres, creencias y tradiciones distintivas serán respetadas, garantizadas y protegidas por los Estados”. Ver también Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador, párr. 146.

⁹³ Corte IDH. Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam, párr. 122: “Los recursos naturales que se encuentran en los territorios de los pueblos indígenas y tribales que están protegidos en los términos del artículo 21 son aquellos recursos naturales que han usado tradicionalmente y que son necesarios para la propia supervivencia, desarrollo y continuidad del estilo de vida de dicho pueblo. Ver también Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador, párr. 146.

⁹⁴ Corte IDH. Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam. Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 37: <<[...] la “supervivencia como una comunidad tribal” debe ser entendida como la capacidad de los Saramaka de “preservar, proteger y garantizar la relación especial que [ellos] tienen con su territorio”, de tal forma que puedan “continuar viviendo su modo de vida tradicional y que su identidad cultural, estructura social, sistema económico, costumbres, creencias y tradiciones distintivas serán respetadas, garantizadas y protegidas [...]”. Por tanto, el término “supervivencia” significa, en este contexto, mucho más que supervivencia física.

protejan los territorios indígenas a través del derecho de propiedad, y no solo a través de derechos preferenciales. Para esta Corte, un mero privilegio para usar el territorio o parte de él puede ser despojado por el Estado u opacado por derechos de propiedad de terceros, por lo que los pueblos deben obtener un título de propiedad a fin de garantizar el uso y goce permanente de dicho territorio.⁹⁵

Así, la Corte IDH reconoce que el derecho de propiedad de los pueblos indígenas incluye el derecho a administrar, distribuir y controlar efectivamente su territorio, de conformidad con su derecho consuetudinario y sistema de propiedad comunal, sin ningún tipo de interferencia externa.⁹⁶ Entiende que “[...] el reclamo por la titularidad de las tierras [...] deriva de la necesidad de garantizar *la seguridad y la permanencia del control y uso* [la cursiva es mía] de los recursos naturales por su parte, lo que a su vez, mantiene ese estilo de vida”.⁹⁷

Para garantizar el efectivo control de su territorio, el Convenio 169 establece la obligación del Estado de “[...] prever sanciones apropiadas contra toda intrusión no autorizada en las tierras de los pueblos interesados o todo uso no autorizado [...] por personas ajenas a ellos, y los gobiernos deberán tomar medidas para impedir tales infracciones”.⁹⁸ Asimismo, este tratado y la DNUPI reconocen a los pueblos indígenas el derecho a tener un derecho propio o

⁹⁵ Corte IDH. Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam, párr. 115: “[...] El marco legal del Estado meramente le otorga a los integrantes del pueblo Saramaka un privilegio para usar la tierra, el cual no le garantiza el derecho de controlar efectivamente y ser propietarios de su territorio sin ningún tipo de interferencia externa. La Corte ha sostenido, en otras ocasiones, que más que un privilegio para usar la tierra, el cual puede ser despojado por el Estado u opacado por derechos a la propiedad de terceros, los integrantes de pueblos indígenas y tribales deben obtener el título de su territorio a fin de garantizar el uso y goce permanente de dicha tierra. [...]”.

⁹⁶ Corte IDH. Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam, párr. 115, supra nota 94, y párr. 194: “[...] el Estado debe llevar a cabo las siguientes medidas: [...] c) (...) adoptar [...] medidas legislativas o de otra índole necesarias a fin de reconocer, proteger, garantizar y hacer efectivo el derecho [...] a [...] administrar, distribuir y controlar efectivamente dicho territorio, de conformidad con su derecho consuetudinario y sistema de propiedad comunal, y sin perjuicio a otras comunidades indígenas y tribales. [...]”.

⁹⁷ Corte IDH. Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam, párr. 122. Ver también Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador, párr. 146.

⁹⁸ Convenio 169 de la OIT. Artículo 18.

consuetudinario. Específicamente, les reconoce el derecho de mantener sus costumbres, tradiciones y sistemas de tenencia propias sobre las tierras.⁹⁹

A nivel interno, los artículos 88 y 89 de la Constitución reconocen el derecho de propiedad comunal sobre las tierras de las comunidades campesinas y comunidades nativas, y la autonomía en su libre disposición, respectivamente. Como señalé anteriormente, sin embargo, ya el TC ha señalado que el término *tierras* de dichos artículos comprende también el concepto de *territorio*, que tiene más bien una vocación política de autonomía y autogobierno.¹⁰⁰

Como manifestación de la autonomía de los pueblos indígenas, el artículo 149 de la Constitución también les ha reconocido facultades jurisdiccionales según su derecho consuetudinario dentro de su ámbito territorial.¹⁰¹ El único límite a esta potestad es el respeto al núcleo esencial de los derechos fundamentales.

Con respecto a la propiedad de los pueblos indígenas sobre los recursos naturales, la jurisprudencia del TC ha recurrido, por lo menos en dos casos, a sentencias de la Corte IDH, en las cuales se reconoce la titularidad del derecho de propiedad de los pueblos sobre aquellos recursos que tradicionalmente han utilizado. Me refiero al caso del Área Natural Protegida Cordillera Escalera y al caso de la Comunidad Nativa Tres Islas.¹⁰²

⁹⁹ Convenio 169 de la OIT. Artículo 8.- 1. Al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario. [...]. Artículo 17.- 1. Deberán respetarse las modalidades de transmisión de los derechos sobre la tierra entre los miembros de los pueblos interesados establecidas por dichos pueblos. [...]. DNUPI. Artículo 26.- [...] 3. Los Estados asegurarán el reconocimiento y protección jurídicos de esas tierras, territorios y recursos. Dicho reconocimiento respetará debidamente las costumbres, las tradiciones y los sistemas de tenencia de la tierra de los pueblos indígenas de que se trate.

¹⁰⁰ Constitución Política del Perú. Artículos 88 y 89, supra nota 48.

¹⁰¹ CIDH. Anexo al Comunicado de Prensa 28/11 sobre el 141º Período de Sesiones de la CIDH: “Finalmente, en una audiencia sobre jurisdicción indígena y derechos humanos, se recibió información sobre la falta de respeto por la aplicación de sistemas jurídicos ancestrales por las autoridades indígenas. La CIDH recuerda que el ejercicio de la jurisdicción indígena constituye una manifestación del derecho a la autonomía de los pueblos indígenas, el cual está reconocido en el derecho internacional de los derechos humanos”.

Constitución Política del Perú. Artículo 149, supra nota 48.

¹⁰² Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Exp. 03343-2007-AA/TC, f.j. 36: <<Estos criterios han sido también recogidos por la Corte Interamericana en el caso *Pueblo de Saramaka vs. Surinam*. En dicha sentencia, Además, se estableció que los integrantes de los pueblos indígenas y tribales tenían el derecho de ser titulares de los recursos naturales que tradicionalmente habían usado en su territorio. De otro lado, también se explicitó que, no obstante ello, es claro que los derechos no son absolutos, pudiendo quedar subordinado el uso y goce de los bienes a los intereses de la sociedad. Frente a ello, la Corte

Como se puede observar, el derecho de propiedad de los pueblos indígenas sobre su territorio va más allá del uso y goce del mismo. Este derecho les reconoce además potestades de autonomía, autogobierno, administración y control. Por este motivo, pero sobre todo porque su principal fundamento es garantizar la subsistencia física y cultura de dichos pueblos, el derecho internacional le reconoce como garantía el atributo de la inalienabilidad.

Para la CIDH, uno de los principios jurídicos internacionales de los derechos humanos de los pueblos indígenas –cuando se trate de derechos de propiedad preexistentes a la creación de los Estados– es el reconocimiento de los títulos de propiedad permanentes e *inalienables* de los territorios de dichos pueblos. Este principio implica, además, que dichos títulos únicamente puedan ser modificados por consentimiento mutuo entre Estado y pueblo indígena.¹⁰³

De este principio, se desprende que los títulos de propiedad de territorios de pueblos indígenas no pueden ser modificados a través cualquier acto de disposición a favor de privados. El derecho internacional exige que ello solo pueda darse entre el pueblo y el Estado correspondiente. Ello porque, como señala García Hierro, el territorio es un derecho político que debe ser

Interamericana de Derechos Humanos consideró que: “[...] cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala que tendrían un mayor impacto dentro del territorio de Saramaka, el Estado tiene la obligación, no solo de consultar a los Saramakas, sino también debe obtener el consentimiento libre, informado y previo de estos, según sus costumbres y tradiciones” (*Pueblo de Saramaka vs. Surinam, fund. 134*). [...]>>. Ver también sentencia recaída en el Exp. 01126-2011-HC/TC, f.j. 21: <<[...] esta visión civilista de la propiedad debe ser recompuesta desde una mirada multicultural [...] tomando en cuenta aspectos culturales propios para el caso de los pueblos indígenas. [...] 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*. [...] en lo concerniente al vínculo espiritual de las comunidades para con sus territorios. [...] 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*]>>.

¹⁰³ CIDH. Caso Dann. y Carrie Dann vs. Estados Unidos. Fondo, Informe N° 75/02, párr. 130: “[...] los principios jurídicos internacionales generales aplicables en el contexto de los derechos humanos de los indígenas incluyen: [...] en los casos en que los derechos de propiedad y uso de los pueblos indígenas deriven de derechos previamente existentes a la creación de sus Estados, el reconocimiento por los Estados de los títulos permanentes e inalienables de los pueblos indígenas y a que ese título sea modificado únicamente por consentimiento mutuo entre el Estado y el pueblo indígena respectivo cuando tengan pleno conocimiento y apreciación de la naturaleza o los atributos de ese bien”.

respetado por otros *pueblos*, a diferencia de un derecho civil que está concebido para ser respetado entre otros particulares (2001: 622-623).

Con base en el principio de inalienabilidad de los territorios de los pueblos indígenas, el artículo 17, inciso 2, del Convenio 169 de la OIT establece el deber del Estado de consultar a dichos pueblos cada vez que se prevea su capacidad de enajenar o de transmitir de otra forma los derechos sobre sus tierras fuera de su comunidad.¹⁰⁴ La garantía de la inalienabilidad también es la que hará posible que las futuras generaciones de los pueblos indígenas gocen de la especial relación que estos mantienen con sus tierras, territorios, aguas, mares y demás recursos naturales, como lo establece el artículo 25 de la DNUPI.¹⁰⁵

2.3 Derecho a la demarcación, delimitación, titulación y registro del territorio tradicionalmente poseído, ocupado o utilizado

Para garantizar la protección efectiva del derecho de propiedad territorial de los pueblos indígenas, los Estados tienen la obligación de demarcar, delimitar, titular y registrar dichos territorios.

La jurisprudencia de la Corte IDH reconoce, para los pueblos indígenas que carezcan de un título real sobre la propiedad de su territorio, el derecho a obtener un título oficial de dicha propiedad y su consiguiente registro. Cabe resaltar que, para el Derecho Internacional, la sola posesión tradicional del territorio, como producto de la costumbre, basta para que los pueblos indígenas obtengan el título oficial sobre dicho territorio y el consiguiente registro. Al respecto, la Corte IDH señala que “[...] la sola posesión tradicional

¹⁰⁴ Convenio 169 de la OIT. Artículo 17.- [...] 2. Deberá consultarse a los pueblos interesados siempre que se considere su capacidad de enajenar sus tierras o de transmitir de otra forma sus derechos sobre estas tierras fuera de su comunidad. [...].

¹⁰⁵ DNUPI. Artículo 25.- Los pueblos indígenas tienen derecho a mantener y fortalecer su propia relación espiritual con las tierras, territorios, aguas, mares costeros y otros recursos que tradicionalmente han poseído u ocupado y utilizado y a asumir las responsabilidades que a ese respecto les incumben para con las generaciones venideras.

de los indígenas sobre sus tierras tiene efectos equivalentes al título de pleno dominio que otorga el Estado”.¹⁰⁶

Para titular y registrar los territorios de pueblos indígenas, sin embargo, es necesario previamente determinar los mismos. El artículo 14, inciso 2 del Convenio 169 de la OIT y el artículo 26, inciso 3 de la DNUPI reconocen esto como una obligación de los Estados, a fin de garantizar la protección efectiva de dichos territorios.¹⁰⁷

Para la Corte IDH, “[...] el reconocimiento meramente abstracto o jurídico de las tierras, territorios o recursos indígenas carece prácticamente de sentido si no se ha establecido y delimitado físicamente la propiedad”. De ahí la necesidad de que el Estado delimite, demarque y tittle los territorios de dichos pueblos.¹⁰⁸

Debe tenerse en cuenta que los procesos de delimitación, demarcación, titulación y registro de los territorios indígenas a cargo del Estado deben realizarse a través de consultas previas con los pueblos respectivos. Estos

¹⁰⁶ Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay, párr. 128: “[...] se concluye que: 1) la posesión tradicional de los indígenas sobre sus tierras tiene efectos equivalentes al título de pleno dominio que otorga el Estado; 2) la posesión tradicional otorga a los indígenas el derecho a exigir el reconocimiento oficial de propiedad y su registro [...]”. Ver también Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua, párr. 151; Caso de la Comunidad Moiwana vs. Suriname, párr. 131; Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay, párr. 109.

¹⁰⁷ Convenio 169 de la OIT. Artículo 14.- [...] 2. Los gobiernos deberán tomar las medidas que sean necesarias para determinar las tierras que los pueblos interesados ocupan tradicionalmente y garantizar la protección efectiva de sus derechos de propiedad y posesión. [...].

DNUPI. Artículo 26.- [...] 3. Los Estados asegurarán el reconocimiento y protección jurídicos de esas tierras, territorios y recursos. Dicho reconocimiento respetará debidamente las costumbres, las tradiciones y los sistemas de tenencia de la tierra de los pueblos indígenas de que se trate.

¹⁰⁸ Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay, párr. 143: “La Corte concuerda con el Estado en el sentido de que tanto la propiedad privada de los particulares como la propiedad comunitaria de los miembros de las comunidades indígenas tienen la protección convencional que les otorga el artículo 21 de la Convención Americana. No obstante, el reconocimiento meramente abstracto o jurídico de las tierras, territorios o recursos indígenas carece prácticamente de sentido si no se ha establecido y delimitado físicamente la propiedad. Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua, párr. 153: “[...] los miembros de la Comunidad Awas Tingni tienen derecho a que el Estado, 1. delimite, demarque y tittle el territorio de propiedad de la Comunidad [...]”. Ver también Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay, párr. 143; Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam, párr. 115; Caso de la Comunidad Moiwana vs. Suriname, párr. 209; y Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay, párr. 109.

procesos deberán respetar las costumbres, tradiciones y sistemas de tenencia de la tierra de los pueblos indígenas de se trate.¹⁰⁹

Hasta que el Estado no lleve a cabo la delimitación, demarcación y titulación de los territorios de pueblos indígenas, estos tienen derecho a que el Estado

[...] se abstenga de realizar actos que podrían dar lugar a que agentes del propio Estado o terceros, actuando con consentimiento o tolerancia del Estado, puedan afectar la existencia, valor, uso o goce del territorio al cual tienen derecho [...], a menos que el Estado obtenga el consentimiento previo, libre e informado de dicho pueblo.¹¹⁰

Sin perjuicio de las obligaciones de delimitar, demarcar, titular y registrar los territorios de pueblos indígenas, el Convenio 169 de la OIT le exige al Estado que salvaguarde “[...] el derecho de los pueblos a utilizar tierras que no estén exclusivamente ocupadas por ellos, pero a las que hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia”.¹¹¹

¹⁰⁹ Corte IDH. Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam, párr. 115: [...] el territorio que los miembros del pueblo Saramaka han usado y ocupado tradicionalmente debe ser primero demarcado y delimitado, a través de consultas realizadas con dicho pueblo y con los pueblos vecinos. [...].

Convenio 169 de la OIT. Artículo 6.- 1. Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán: a) consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente [...].

DNUPI. Artículo 26.- [...] Los Estados asegurarán el reconocimiento y protección jurídicos de esas tierras, territorios y recursos. Dicho reconocimiento respetará debidamente las costumbres, las tradiciones y los sistemas de tenencia de la tierra de los pueblos indígenas de que se trate.

¹¹⁰ Corte IDH. Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam, párr. 194. Ver también Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua, párr. 153; y Caso de la Comunidad Moiwana vs. Suriname, párr. 122.

¹¹¹ Convenio 169 de la OIT. Artículo 14.- 1. [...] en los casos apropiados, deberán tomarse medidas para salvaguardar el derecho de los pueblos interesados a utilizar tierras que no estén exclusivamente ocupadas por ellos, pero a las que hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia. A este respecto, deberá prestarse particular atención a la situación de los pueblos nómadas y de los agricultores itinerantes.

2.4 Garantías para la restricción del derecho de propiedad sobre el territorio y los recursos naturales

El derecho de propiedad territorial de los pueblos indígenas no es absoluto, y puede ser restringido en determinadas ocasiones por el Estado. Para ello, sin embargo, se debe cumplir ciertos requisitos o garantías.

Cuando determinados planes de desarrollo, inversión, exploración o extracción (en adelante, *plan de desarrollo o inversión*) pretendan restringir el derecho de propiedad territorial de los pueblos indígenas, el artículo 21 de la CADH¹¹² y la interpretación que de este hace la jurisprudencia de la Corte IDH establecen que tal restricción debe cumplir con lo siguiente:

1. estar establecida por ley;
2. ser necesaria para satisfacer un interés público imperativo, no solamente un propósito útil y oportuno;
3. tener como fin el logro de un objetivo legítimo en una sociedad democrática, justificándose en objetivos colectivos que prevalezcan claramente sobre la necesidad del pleno goce del derecho al territorio;
4. ser proporcional, interfiriendo en la menor medida posible en el efectivo ejercicio del derecho de propiedad;
5. no implicar la denegación de la subsistencia económica, social y cultural como pueblos indígenas. Para ello, debe cumplir con tres garantías:
 - 5.1 asegurar la participación efectiva de los pueblos con relación a todo el plan de desarrollo, inversión, exploración o explotación que se lleve a cabo dentro de sus territorios, o que de alguna manera afecte a este, a través de procesos de consulta previa, libre e informada y, cuando sea necesario, la obtención del consentimiento previo, libre e informado;
 - 5.2 otorgar a los pueblos indígenas los beneficios razonables del plan que se lleve a cabo dentro de sus territorios;
 - 5.3 no emisión de ninguna concesión dentro del territorio de los pueblos hasta que entidades independientes y técnicamente capaces, bajo la supervisión del Estado, realicen un estudio previo de impacto social y

¹¹² CADH. Artículo 21.- Derecho a la propiedad privada. 1. [...] La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social. 2. Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley.

ambiental. Estos estudios deben concluirse antes del otorgamiento de la concesión, y deben informar sobre todos los proyectos propuestos en su territorio, los impactos que generarían y el impacto acumulado por proyectos existentes.¹¹³

¹¹³ Corte IDH. Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam, párr. 127: <<[...] la protección del derecho a la propiedad conforme al artículo 21 no es absoluta y, por lo tanto, no permite una interpretación así de estricta. Aunque la Corte reconoce la interconexión entre el derecho de los miembros de los pueblos indígenas y tribales al uso y goce de sus tierras y el derecho a esos recursos necesarios para su supervivencia, dichos derechos a la propiedad, como muchos otros de los derechos reconocidos en la Convención, están sujetos a ciertos límites y restricciones. En este sentido, el artículo 21 de la Convención establece que “la ley podrá subordinar [el] uso y goce de [los bienes] a los intereses de la sociedad”. Por ello, la Corte ha sostenido en otras ocasiones que, de conformidad con el artículo 21 de la Convención, el Estado podrá restringir el uso y goce del derecho a la propiedad siempre que las restricciones: a) hayan sido previamente establecidas por ley; b) sean necesarias; c) proporcionales y d) que tengan el fin de lograr un objetivo legítimo en una sociedad democrática. 128. Adicionalmente, respecto de las restricciones sobre el derecho de los miembros de los pueblos indígenas y tribales, en especial al uso y goce de las tierras y los recursos naturales que han poseído tradicionalmente, un factor crucial a considerar es también si la restricción implica una denegación de las tradiciones y costumbres de un modo que ponga en peligro la propia subsistencia del grupo y de sus integrantes. Es decir, conforme al artículo 21 de la Convención, el Estado podrá restringir el derecho al uso y goce de los Saramaka respecto de las tierras de las que tradicionalmente son titulares y los recursos naturales que se encuentren en éstas, únicamente cuando dicha restricción cumpla con los requisitos señalados anteriormente y, además, cuando no implique una denegación de su subsistencia como pueblo tribal [...]. 129. [...] de conformidad con el artículo 1.1 de la Convención, a fin de garantizar que las restricciones impuestas a los Saramakas respecto del derecho a la propiedad por la emisión de concesiones dentro de su territorio no impliquen una denegación de su subsistencia como pueblo tribal, el Estado debe cumplir con las siguientes tres garantías: primero, el Estado debe asegurar la participación efectiva de los miembros del pueblo Saramaka, de conformidad con sus costumbres y tradiciones, en relación con todo plan de desarrollo, inversión, exploración o extracción [...] que se lleve a cabo dentro del territorio Saramaka. Segundo, el Estado debe garantizar que los miembros del pueblo Saramaka se beneficien razonablemente del plan que se lleve a cabo dentro de su territorio. Tercero, el Estado debe garantizar que no se emitirá ninguna concesión dentro del territorio Saramaka a menos y hasta que entidades independientes y técnicamente capaces, bajo la supervisión del Estado, realicen un estudio previo de impacto social y ambiental. Mediante estas salvaguardas se intenta preservar, proteger y garantizar la relación especial que los miembros del pueblo Saramaka tienen con su territorio, la cual a su vez, garantiza su subsistencia como pueblo tribal. [...] 137. La Corte [...] considera que, adicionalmente a la consulta que se requiere siempre que haya un plan de desarrollo o inversión dentro del territorio tradicional Saramaka, la salvaguarda de participación efectiva que se requiere cuando se trate de grandes planes de desarrollo o inversión que puedan tener un impacto profundo en los derechos de propiedad de los miembros del pueblo Saramaka a gran parte de su territorio, debe entenderse como requiriendo adicionalmente la obligación de obtener el consentimiento libre, previo e informado del pueblo Saramaka, según sus costumbres y tradiciones. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay, párr. 144. <<Ahora bien, cuando la propiedad comunal indígena y la propiedad privada particular entran en contradicciones reales o aparentes, la propia Convención Americana y la jurisprudencia del Tribunal proveen las pautas para definir las restricciones admisibles al goce y ejercicio de estos derechos, a saber: a) deben estar establecidas por ley; b) deben ser necesarias; c) deben ser proporcionales, y d) deben hacerse con el fin de lograr un objetivo legítimo en una sociedad democrática. 145. El artículo 21.1 de la Convención dispone que “[l]a ley puede subordinar [el] uso y goce [de los bienes] al interés social”. La necesidad de las restricciones legalmente contempladas dependerá de que estén orientadas a satisfacer un interés público imperativo, siendo insuficiente que se demuestre, por ejemplo, que la ley cumple un propósito útil u oportuno. La proporcionalidad radica en que la restricción debe ajustarse estrechamente al logro de un legítimo objetivo, interfiriendo en la menor medida posible en el efectivo ejercicio del derecho restringido. Finalmente, para que sean compatibles con la Convención las restricciones deben justificarse según objetivos colectivos que, por su importancia, preponderen claramente sobre la necesidad del pleno goce del derecho restringido>>. Ver también Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam, Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 41; Caso Pueblo Indígena

De los requisitos expuestos para restringir el derecho de propiedad territorial, quiero centrarme en analizar con más detalle la consulta y el consentimiento previo, libre e informado.

Cuando se trata de planes de desarrollo o inversión, el artículo 15, inciso 2 del Convenio 169 de la OIT y el artículo 32, inciso 2, de la DNUPI reconocen el deber de los Estados de consultar de buena fe a los pueblos indígenas interesados, con la finalidad de obtener su consentimiento previo, libre e informado antes de aprobar cualquier proyecto que pueda afectar sus territorios. Esta consulta tiene la finalidad de determinar si los intereses de dichos pueblos serían perjudicados y en qué medida, especialmente cuando se trate de planes o programas de desarrollo o inversión que vayan a utilizar de alguna manera los recursos naturales que se encuentran en sus territorios.¹¹⁴

Además de la buena fe, el Convenio 169 de la OIT y la DNUPI requieren que los procesos de consulta previa se lleve a cabo de una manera apropiada a las circunstancias y a través de las instituciones representativas de los pueblos interesados.¹¹⁵

Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador, párr. 156-157 y 206; Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay, párr. 157; y Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua, párr. 142-143.

¹¹⁴ Convenio 169 de la OIT. Artículo 15.- [...] 2. En caso de que pertenezca al Estado la propiedad de los minerales o de los recursos del subsuelo, o tenga derechos sobre otros recursos existentes en las tierras, los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados, y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras. Los pueblos interesados deberán participar siempre que sea posible en los beneficios que reporten tales actividades, y percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades.

DNUPI. Artículo 32.- [...] 2. Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por conducto de sus propias instituciones representativas a fin de obtener su consentimiento libre e informado antes de aprobar cualquier proyecto que afecte a sus tierras o territorios y otros recursos, particularmente en relación con el desarrollo, la utilización o la explotación de recursos minerales, hídricos o de otro tipo. [...].

¹¹⁵ Convenio 169 de la OIT. Artículo 6.- 1. Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán: a) consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente [...].

DNUPI. Artículo 32.- [...] 3. Los Estados proveerán mecanismos eficaces para la reparación justa y equitativa por cualquiera de esas actividades, y se adoptarán medidas adecuadas para mitigar las consecuencias nocivas de orden ambiental, económico, social, cultural o espiritual.

La jurisprudencia de la Corte IDH reconoce al derecho de la consulta previa, libre e informada como un principio general del Derecho Internacional, que debe realizarse:

- en las primeras etapas del plan de desarrollo o inversión, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos naturales, y no únicamente cuando surja la necesidad de obtener la aprobación del pueblo;
- de buena fe y con la finalidad de llegar a un acuerdo, en un clima de confianza mutua y ausencia de cualquier tipo de coerción por parte del Estado o terceros;
- por el Estado y no por una empresa privada o terceros, mucho menos por la misma empresa interesada en la explotación de los recursos;
- de una manera adecuada y accesible, de conformidad con las costumbres y tradiciones de los pueblos sujetos a la consulta, mediante procedimientos apropiados y a través de sus instituciones representativas; y
- aceptando y brindando información, lo que implica una comunicación constante entre las partes.¹¹⁶

¹¹⁶ Corte IDH. Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador, párr. 180: <<[...] se debe consultar, de conformidad con las propias tradiciones del pueblo indígena, en las primeras etapas del plan de desarrollo o inversión y no únicamente cuando surja la necesidad de obtener la aprobación de la comunidad, si éste fuera el caso, pues el aviso temprano permite un tiempo adecuado para la discusión interna dentro de las comunidades y para brindar una adecuada respuesta al Estado. 186. [...] la consulta no debe agotarse en un mero trámite formal, sino que debe concebirse como "un verdadero instrumento de participación", "que debe responder al objetivo último de establecer un diálogo entre las partes basado en principios de confianza y respeto mutuos, y con miras a alcanzar un consenso entre las mismas". En ese sentido, es inherente a toda consulta con comunidades indígenas, el establecimiento de "un clima de confianza mutua" y la buena fe exige la ausencia de cualquier tipo de coerción por parte del Estado o de agentes o terceros que actúan con su autorización o aquiescencia. Adicionalmente, la misma consulta de buena fe es incompatible con prácticas tales como los intentos de desintegración de la cohesión social de las comunidades afectadas, sea a través de la corrupción de los líderes comunales o del establecimiento de liderazgos paralelos, o por medio de negociaciones con miembros individuales de las comunidades que son contrarias a los estándares internacionales. [...]. 187. [...] la obligación de consultar es responsabilidad del Estado, por lo que la planificación y realización del proceso de consulta no es un deber que pueda eludirse delegándolo en una empresa privada o en terceros, mucho menos en la misma empresa interesada en la explotación de los recursos en el territorio de la comunidad sujeto de la consulta. [...] 201. Las consultas a Pueblos indígenas deben realizarse a través de procedimientos culturalmente adecuados, es decir, en conformidad con sus propias tradiciones. Por su lado, el Convenio No 169 de la OIT dispone que "los gobiernos deberán [...] consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas", así como tomar "medidas para garantizar que los miembros de dichos pueblos puedan comprender y hacerse comprender en procedimientos legales, facilitándoles, si fuere necesario, intérpretes u otros medios eficaces", teniendo en cuenta su diversidad lingüística, particularmente en aquellas áreas donde la lengua oficial no sea hablada mayoritariamente por la población indígena. [...] 208. [...] la consulta previa requiere que el Estado acepte y brinde información e implica una comunicación constante entre las partes. [...]>>. Ver también Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam, párr. 133.

Adicionalmente a la consulta previa, el derecho internacional requiere que el Estado obtenga el consentimiento previo, libre e informado de los pueblos indígenas en los siguientes supuestos:

1. adopción de medidas especiales con el fin de salvaguardar las instituciones, los bienes, las culturas y el medio ambiente de dichos pueblos (IIDS 2011);¹¹⁷
2. traslado y reubicación de los pueblos indígenas (IIDS 2011);¹¹⁸
3. almacenamiento o eliminación de materiales peligrosos en sus territorios (IIDS 2011);¹¹⁹
4. desarrollo de actividades militares en sus territorios (IIDS 2011);¹²⁰
5. megaproyectos de desarrollo o inversión que puedan tener un impacto profundo en sus derechos de propiedad territoriales (IIDS 2011);¹²¹
6. confiscación, utilización, ocupación, u otro daño de sus territorios;¹²²
7. modificación de los títulos de propiedad territorial, cuando tengan pleno conocimiento y apreciación de la naturaleza o los atributos de dicho bien;¹²³
y
8. cuando el Estado no ha delimitado, demarcado y titulado sus territorios, la adopción de actos que podrían dar lugar a que agentes del propio Estado o

¹¹⁷ Convenio 169 de la OIT. Artículo 4.- 1. Deberán adoptarse las medidas especiales que se precisen para salvaguardar las personas, las instituciones, los bienes, el trabajo, las culturas y el medio ambiente de los pueblos interesados. [...].

¹¹⁸ Convenio 169 de la OIT. Artículo 16. [...] 2. Cuando excepcionalmente el traslado y la reubicación de esos pueblos se consideren necesarios, sólo deberán efectuarse con su consentimiento, dado libremente y con pleno conocimiento de causa. Cuando no pueda obtenerse su consentimiento, el traslado y la reubicación sólo deberá tener lugar al término de procedimientos adecuados establecidos por la legislación nacional, incluidas encuestas públicas, cuando haya lugar, en que los pueblos interesados tengan la posibilidad de estar efectivamente representados. [...].

¹¹⁹ DNUPI. Artículo 29.- [...] 2. Los Estados adoptarán medidas eficaces para asegurar que no se almacenen ni eliminen materiales peligrosos en las tierras o territorios de los pueblos indígenas sin su consentimiento libre, previo e informado.

¹²⁰ DNUPI. Artículo 30.- 1. No se desarrollarán actividades militares en las tierras o territorios de los pueblos indígenas, a menos que lo justifique una razón de interés público pertinente o que se haya acordado libremente con los pueblos indígenas interesados, o que éstos lo hayan solicitado. [...].

¹²¹ Corte IDH. Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam, párr. 137, supra nota 112.

¹²² DNUPI. Artículo 28.- 1. Los pueblos indígenas tienen derecho a la reparación, por medios que pueden incluir la restitución o, cuando ello no sea posible, una indemnización justa y equitativa por las tierras, los territorios y los recursos que tradicionalmente hayan poseído u ocupado o utilizado y que hayan sido confiscados, tomados, ocupados, utilizados o dañados *sin su consentimiento libre, previo e informado* [la cursiva es mía]. [...].

¹²³ CIDH. Caso Dann. y Carrie Dann vs. Estados Unidos. Fondo, Informe N° 75/02, párr. 130, supra nota 1012.

terceros, actuando con consentimiento o tolerancia de este, puedan afectar la existencia, valor o uso y goce de dichos territorios.¹²⁴

El consentimiento previo, libre e informado de los pueblos indígenas es una de las expresiones de la potestad de decisión de estos pueblos sobre sus territorios y recursos naturales, que son protegidos a través del derecho de propiedad. El consentimiento es la máxima garantía de los pueblos indígenas para controlar efectivamente su territorio.

De lo anterior, surge una pregunta: ¿pueden los pueblos ejercer su derecho al consentimiento previo, libre e informado cuando se trate de planes de desarrollo o inversión que afectarán de alguna manera recursos naturales que no son de su propiedad? Este es el caso de aquellos recursos naturales que no se encuentran dentro de su ámbito territorial, o que pese a encontrarse dentro de este, no han sido utilizados tradicionalmente para su subsistencia física y/o cultural, como sucede muchas veces con los minerales del subsuelo. En el último caso, cabe señalar que la utilización de estos recursos siempre implica una afectación al territorio donde se encuentran.

Al respecto, debo señalar que el derecho internacional solamente requiere de una afectación significativa los derechos de propiedad territoriales para que los pueblos indígenas puedan ejercer su derecho al consentimiento previo, libre e informado. Es decir, incluso si los planes de desarrollo o inversión tienen como finalidad afectar recursos naturales que no forman parte del derecho de propiedad territorial de los pueblos, pero que sí pueden tener un impacto profundo sobre este, los pueblos indígenas tienen la potestad de otorgar o no su consentimiento.

¹²⁴ Corte IDH. Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam, párr. 194: “[...] el Estado debe llevar a cabo las siguientes medidas: a) [...] Hasta tanto no se lleve a cabo dicha delimitación, demarcación u otorgamiento de título colectivo respecto del territorio Saramaka, Surinam debe abstenerse de realizar actos que podrían dar lugar a que agentes del propio Estado o terceros, actuando con consentimiento o tolerancia del Estado, puedan afectar la existencia, valor, uso o goce del territorio al cual tienen derecho los integrantes del pueblo Saramaka, a menos que el Estado obtenga el consentimiento previo, libre e informado de dicho pueblo. [...]”. Ver también Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua, párr. 153; y Caso de la Comunidad Moiwana vs. Suriname, párr. 211.

Se puede concluir entonces que los pueblos indígenas tienen potestad para decidir sobre los recursos naturales ubicados en sus territorios, sean o no de su propiedad, toda vez que la afectación de dichos recursos siempre implicará un impacto sobre dichos territorios. Igualmente, los pueblos tienen dicha potestad sobre los recursos naturales que no se encuentran en su territorio, pero que su afectación impacta sobre este.

Para terminar este punto, debo precisar que la obligación de los Estados de consultar y obtener el consentimiento de los pueblos indígenas no se agota en los planes de desarrollo o inversión sobre recursos naturales. Dicha obligación alcanza a todas las medidas legislativas y administrativas susceptibles de afectar a los pueblos indígenas, en tanto calcen en los supuestos previstos por el Derecho Internacional, señalados anteriormente.¹²⁵

2.5 Derecho a la reparación por las tierras, territorios y recursos naturales afectados sin consentimiento previo, libre e informado

Cuando los pueblos indígenas hayan sido despojados de sus territorios o estos hayan sido afectados sin su consentimiento previo, libre e informado, el Derecho Internacional les garantiza el derecho de reparación frente a tal daño.

El artículo 14, inciso 3, del Convenio 169 de la OIT establece la obligación de los Estados de instituir mecanismos adecuados para dar solución a las reivindicaciones territoriales de los pueblos indígenas.¹²⁶ Asimismo, el artículo 28 de la DNUPI reconoce el derecho de dichos pueblos a la reparación, cuando sus territorios o recursos naturales hayan sido confiscados, tomados, ocupados, utilizados o dañados sin su consentimiento previo, libre e informado.¹²⁷

¹²⁵ Convenio 169 de la OIT. Artículo 6, supra nota 114.

¹²⁶ Convenio 169 de la OIT. Artículo 14.- [...] 3. Deberán instituirse procedimientos adecuados en el marco del sistema jurídico nacional para solucionar las reivindicaciones de tierras formuladas por los pueblos interesados.

¹²⁷ DNUPI. Artículo 28.- 1. Los pueblos indígenas tienen derecho a la reparación, por medios que pueden incluir la restitución o, cuando ello no sea posible, una indemnización justa y equitativa por las tierras, los territorios y los recursos que tradicionalmente hayan poseído u ocupado o utilizado y que hayan sido confiscados, tomados, ocupados, utilizados o dañados sin su consentimiento libre, previo e informado. 2. Salvo que los pueblos interesados hayan convenido libremente en otra cosa, la indemnización consistirá

La reparación a la que se refiere la DNUPI puede darse de dos maneras. En primer lugar, a través de la restitución de los territorios o recursos naturales. En segundo lugar, y solo cuando lo anterior no sea posible, a través de una indemnización justa, imparcial y equitativa. Esta indemnización debe consistir en tierras, territorios o recursos naturales de igual calidad, extensión y condición jurídica; en una indemnización monetaria; u otra reparación adecuada; salvo que los pueblos hayan convenido libremente otra cosa.

La jurisprudencia de la Corte IDH no solo ha ratificado el derecho de reivindicación y las formas de reparación previstas en el Convenio 169 de la OIT y la DNUPI, sino que también señala cómo debe interpretarse la imposibilidad de la restitución de los territorios y recursos naturales. Establece que dicha imposibilidad debe ser por motivos objetivos fundamentados, evaluándose caso por caso la legalidad, necesidad, proporcionalidad y el logro de un objetivo legítimo en una sociedad democrática.¹²⁸

en tierras, territorios y recursos de igual calidad, extensión y condición jurídica o en una indemnización monetaria u otra reparación adecuada.

¹²⁸ Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay, párr. 95: “[...] el Convenio No. 169 de la OIT, [...], en su artículo 14.3 dispone que [d]eberán instituirse procedimientos adecuados en el marco del sistema jurídico nacional para solucionar las reivindicaciones de tierras formuladas por los pueblos interesados. 96. [...] Esta norma internacional, en conjunción con los artículos 8 y 25 de la Convención Americana, obligan al Estado a ofrecer un recurso eficaz con las garantías del debido proceso a los miembros de las comunidades indígenas que les permita solicitar las reivindicaciones de tierras ancestrales, como garantía de su derecho a la propiedad comunal. [...] 149. Esto no significa que siempre que estén en conflicto los intereses territoriales particulares o estatales y los intereses territoriales de los miembros de las comunidades indígenas, prevalezcan los últimos por sobre los primeros. Cuando los Estados se vean imposibilitados, por razones concretas y justificadas, de adoptar medidas para devolver el territorio tradicional y los recursos comunales de las poblaciones indígenas, la compensación que se otorgue debe tener como orientación principal el significado que tiene la tierra para éstas. 150. Al respecto, el artículo 16.4 del Convenio No. 169 de la OIT, al referirse al retorno de los pueblos indígenas a los territorios de los que han sido desplazados señala que cuando el retorno no sea posible, [...] dichos pueblos deberán recibir, en todos los casos posibles, tierras cuya calidad y cuyo estatuto jurídico sean por lo menos iguales a los de las tierras que ocupaban anteriormente, y que les permitan subvenir a sus necesidades y garantizar su desarrollo futuro. Cuando los pueblos interesados prefieran recibir una indemnización en dinero o en especie, deberá concedérseles dicha indemnización, con las garantías apropiadas”. Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay, párr. 135: “[...] cuando el Estado se vea imposibilitado, por motivos objetivos y fundamentados, de adoptar medidas para devolver las tierras tradicionales y los recursos comunales a las poblaciones indígenas, deberá entregarles tierras alternativas de igual extensión y calidad, que serán escogidas de manera consensuada con los miembros de los pueblos indígenas, conforme a sus propias formas de consulta y decisión. [...] 138. [...] la Corte ha señalado que cuando existan conflictos de intereses en las reivindicaciones indígenas, habrá de valorarse caso por caso la legalidad, necesidad, proporcionalidad y el logro de un objetivo legítimo en una sociedad democrática (utilidad pública e interés social), para restringir el derecho de propiedad privada, por un lado, o el derecho a las tierras tradicionales, por el otro”.

Cabe resaltar también lo establecido por la Corte IDH respecto de la vigencia del derecho a la reparación. Para este tribunal, este derecho persiste incluso si la propiedad ha sido trasladada legítimamente a terceros de buena fe. Su vigencia se mantiene en tanto exista la relación especial entre el pueblo y su territorio. Si dicha relación resulta imposible por causas ajenas a la voluntad del pueblo, el derecho persiste hasta que ellas desaparezcan.¹²⁹

Para la Corte IDH, además, la indemnización no puede darse bajo criterios meramente discrecionales de los Estados. Exige que sea consensuada con los pueblos indígenas, conforme a sus propios procedimientos de consulta, valores, usos y derecho consuetudinario.¹³⁰

3. OBLIGACIONES DERIVADAS PARA EL ESTADO

Del bloque de constitucionalidad analizado, se derivan determinadas obligaciones para el Estado peruano. Estas provienen de los mismos tratados,

¹²⁹ Corte IDH. Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay, párr. 128: “[...] los miembros de los pueblos indígenas que involuntariamente han perdido la posesión de sus tierras, y éstas han sido trasladadas legítimamente a terceros inocentes, tienen el derecho de recuperarlas o a obtener otras tierras de igual extensión y calidad. [...] 131. El segundo punto de análisis se refiere a si el derecho de recuperación de tierras tradicionales permanece indefinidamente en el tiempo. Para dilucidar este asunto, la Corte toma en cuenta que la base espiritual y material de la identidad de los pueblos indígenas se sustenta principalmente en su relación única con sus tierras tradicionales. Mientras esa relación exista, el derecho a la reivindicación permanecerá vigente, caso contrario, se extinguirá. Dicha relación puede expresarse de distintas maneras, según el pueblo indígena del que se trate y las circunstancias concretas en que se encuentre, y puede incluir el uso o presencia tradicional, ya sea a través de lazos espirituales o ceremoniales; asentamientos o cultivos esporádicos; caza, pesca o recolección estacional o nómada; uso de recursos naturales ligados a sus costumbres; y cualquier otro elemento característico de su cultura. 132. Debe considerarse, además, que la relación con la tierra debe ser posible. Por ejemplo, en casos como el presente, que la relación con la tierra se manifiesta *inter alia* en las actividades tradicionales de caza, pesca y recolección, si los indígenas realizan pocas o ninguna de esas actividades tradicionales dentro de las tierras que han perdido, porque se han visto impedidos de hacerlo por causas ajenas a su voluntad que impliquen un obstáculo real de mantener dicha relación, como violencias o amenazas en su contra, se entenderá que el derecho a la recuperación persiste hasta que tales impedimentos desaparezcan. [...] 138. [...] el mero hecho de que las tierras reclamadas estén en manos privadas, no constituye per se un motivo “objetivo y fundamentado” suficiente para denegar prima facie las solicitudes indígenas. En caso contrario, el derecho a la devolución carecería de sentido y no ofrecería una posibilidad real de recuperar las tierras tradicionales, limitándose únicamente a esperar la voluntad de los tenedores actuales, y forzando a los indígenas a aceptar tierras alternativas o indemnizaciones pecuniarias. Ver también Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay, párr. 112.

¹³⁰ Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay, párr. 151: La elección y entrega de tierras alternativas, el pago de una justa indemnización o ambos no quedan sujetas a criterios meramente discrecionales del Estado, deben ser, conforme a una interpretación integral del Convenio No. 169 de la OIT y de la Convención Americana, consensuadas con los pueblos interesados, conforme a sus propios procedimientos de consulta, valores, usos y derecho consuetudinario. Ver también Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay, párr. 135.

especialmente de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, así como la jurisprudencia de la Corte IDH.

3.1 **Observancia de los tratados (*principio pacta sunt servanda*)**

Por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, el Estado peruano está obligado a cumplir, de buena fe, los tratados que ha ratificado. En esto consiste el principio *pacta sunt servanda*.¹³¹

La importancia de este principio es tal que su incumplimiento pone en riesgo la seguridad jurídica de las relaciones internacionales (Scelle, citado por Novak y Salmón 2002: 50). Estas serían imposibles entre los Estados si no existiera la profunda convicción de que es un deber sagrado respetar los pactos (Fiore, citado por Novak y Salmón 2002: 49).

Asimismo, la Convención de Viena referida señala que el Estado no puede excusarse en su normativa interna para incumplir los tratados a los cuales se ha obligado.¹³² En caso de contradicción entre el derecho interno y los tratados ratificados, se ha previsto, por ejemplo, el *control de convencionalidad*.

Torres define el control de convencionalidad como “[...] una técnica de control normativo que consiste en el ejercicio de contraste entre la CADH y los dispositivos legales de origen nacional [...]”. La autora precisa, sin embargo, que no solo la CADH sirve como parámetro controlador, sino que existen otros instrumentos del ámbito regional que pueden ser utilizados (2012: 19). Este es el caso de los precedentes o lineamientos jurisprudenciales de la Corte IDH (Hitters 2013: 110).¹³³

¹³¹ Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Artículo 26.- "Pacta sunt servanda". Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe.

¹³² Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Artículo 27.- El derecho interno y la observancia de los tratados. Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado.

¹³³ Corte IDH. Caso Gelman vs. Uruguay, párr. 69: “Respecto de la segunda manifestación del control de convencionalidad, en situaciones y casos en que el Estado concernido no ha sido parte en el proceso internacional en que fue establecida determinada jurisprudencia, por el solo hecho de ser Parte en la Convención Americana, todas sus autoridades públicas y todos sus órganos, incluidas las instancias democráticas, jueces y demás órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles, están obligados por el tratado, por lo cual deben ejercer, en el marco de sus respectivas competencias y de

Bajo el control de convencionalidad, las normas inconvencionales pueden ser declaradas inválidas, inaplicadas o incluso reinterpretadas conforme a los derechos humanos (Torres 2012: 21). Para la Corte IDH, la obligación de cumplir con el principio *panta sunt servanta*, y por tanto aplicar el control de convencionalidad, recae en todos los poderes y órganos del Estado (Ejecutivo, Legislativo, Judicial, etc.), de cualquier nivel (Hitters 2013: 112).¹³⁴

De esta manera, el Congreso, el Poder Ejecutivo y sus Ministerios, el Poder Judicial, el Ministerio Público, los Gobiernos Regionales, entre otras entidades estatales, tienen el deber de aplicar las leyes a la luz del bloque de constitucionalidad identificado. Ello puede implicar la inaplicación de las mismas, su reinterpretación o declaración de inconstitucionalidad, según las competencias de cada entidad.

3.2 Adecuación del derecho interno

El Estado también tiene la obligación de adecuar su derecho interno de tal forma que garantice el efectivo goce de los derechos reconocidos en los instrumentos internacionales.

Esta obligación se ve plasmada en las siguientes normas internacionales, los instrumentos:

CADH

las regulaciones procesales correspondientes, un control de convencionalidad tanto en la emisión y aplicación de normas, en cuanto a su validez y compatibilidad con la Convención, como en la determinación, juzgamiento y resolución de situaciones particulares y casos concretos, teniendo en cuenta el propio tratado y, según corresponda, los precedentes o lineamientos jurisprudenciales de la Corte Interamericana”.

¹³⁴ Corte IDH. Caso Gelman vs. Uruguay, párr. 59: “La obligación de cumplir lo dispuesto en las decisiones del Tribunal corresponde a un principio básico del derecho sobre la responsabilidad internacional del Estado, respaldado por la jurisprudencia internacional, según el cual los Estados deben acatar el tratado internacional de buena fe (*pacta sunt servanda*) y, como ya ha señalado esta Corte y lo dispone el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, aquellos no pueden, por razones de orden interno, dejar de asumir la responsabilidad internacional ya establecida. Las obligaciones convencionales de los Estados Parte vinculan a todos los poderes y órganos del Estado, es decir, que todos los poderes del Estado (Ejecutivo, Legislativo, Judicial, u otras ramas del poder público) y otras autoridades públicas o estatales, de cualquier nivel, incluyendo a los más altos tribunales de justicia de los mismos, tienen el deber de cumplir de buena fe con el derecho internacional”.

Artículo 2.-

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

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

Artículo 2.-

[...]

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

Convenio 169 de la OIT

Artículo 2.-

1. Los gobiernos deberán asumir *la responsabilidad de desarrollar, con la participación de los pueblos interesados, una acción coordinada y sistemática con miras a proteger los derechos* [la cursiva es mía] de esos pueblos y a garantizar el respeto de su integridad.

[...]

DNUPI

Artículo 38.-

Los Estados, *en consulta y cooperación con los pueblos indígenas, adoptarán las medidas apropiadas, incluidas medidas legislativas* [la cursiva es mía], para alcanzar los fines de la presente Declaración.

Por tanto, la adecuación de la normativa interna implicará una revisión de todas las normas que de alguna manera afectan la potestad y propiedad de los pueblos indígenas sobre los recursos naturales. Luego de ello, el Estado tendrá que derogarlas o modificarlas, de tal forma que estén acordes con el Derecho Internacional de los Pueblos Indígenas. Asimismo, deberá establecer las normas que sean necesarias para el efectivo ejercicio de dicha potestad.

Asimismo, el Estado tendrá que implementar todos los mecanismos que sean necesarios para el efectivo goce de la potestad y propiedad indígena sobre los recursos naturales, incluidas políticas públicas. Ello requerirá, como señala Yrigoyen, el establecimiento de una institucionalidad indígena en el Estado, así como un cambio de la cultura jurídica en los funcionarios u operadores jurídicos, y de los titulares de derechos (2010: 19-20).

CAPÍTULO III:

**PARADIGMA DE LA POTESTAD EXCLUSIVA DEL
ESTADO PARA DECIDIR SOBRE LOS RECURSOS
NATURALES**



En este capítulo analizaré el paradigma que reconoce al Estado como titular exclusivo de la potestad para decidir sobre los recursos naturales ubicados en territorios indígenas. Como el primer paradigma analizado en el Capítulo II, este también encuentra su sustento en las distintas fuentes de Derecho.

El objetivo del presente capítulo es analizar a través de qué fuentes el Derecho Administrativo ha construido el paradigma que reconoce la potestad exclusiva del Estado para decidir sobre los recursos naturales.

1. FUENTES DEL PARADIGMA

El paradigma de la potestad exclusiva del Estado sobre los recursos naturales ha sido desarrollado por el Derecho Administrativo, teniendo como fuentes principales las siguientes:

- Constitución Política de 1993,
- leyes,
- jurisprudencia del TC,
- doctrina, y
- contratos.

En la Constitución, los artículos 66, 67, 68 y 69, del Capítulo II, denominado *Del ambiente y los recursos naturales*, del Título III, *Del régimen económico*, se ocupan del tratamiento sobre los recursos naturales.

A nivel legal, existe la Ley 26821, Ley Orgánica de Aprovechamiento Sostenible (en adelante, Loas), que desarrolla el Capítulo II de la Constitución antes señalado, brindando el marco normativo general sobre el aprovechamiento de los recursos naturales. Dicha Ley es complementada por leyes especiales y sus reglamentos, según cada recurso natural. Entre estas, se encuentran la Ley 29338, Ley de Recursos Hídricos; el Decreto Supremo 014-92-EM, Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería; entre otras.

Con respecto a la jurisprudencia del TC, es preciso señalar que una parte de ella asume el paradigma bajo análisis. Sin embargo, existen algunas sentencias que se inclinan por el paradigma de la potestad y propiedad de los pueblos indígenas sobre los recursos naturales. En por lo menos dos de dichas sentencias, este tribunal reconoce la titularidad estos pueblos sobre los recursos naturales. En la gran mayoría, sin embargo, no toma en cuenta el paradigma del Derecho Internacional de los Pueblos Indígenas.

La doctrina en la que me enfoco es aquella que ha sido desarrollada por constitucionalistas y administrativistas, al interpretar las disposiciones de la Constitución y las leyes respecto del aprovechamiento de los recursos naturales.

Los contratos fuente de Derecho de este paradigma son aquellos celebrados entre el Estado y las empresas extractivas. Dichos contratos pueden tener como objeto el aprovechamiento de los recursos naturales, pero también existen aquellos cuyo objeto recae en otro ámbitos, como el de servicios de seguridad. Por ejemplo, en el primer tipo, se encuentran los contratos de hidrocarburos mediante los cuales las empresas pueden explotar estos recursos; mientras que en el segundo, los convenios a través de los cuales el Ministerio del Interior presta servicios de seguridad a dichas empresas.

2. INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL SOBRE LA POTESTAD DEL ESTADO PARA DECIDIR SOBRE LOS RECURSOS NATURALES

El principal sustento del paradigma, que reconoce al Estado la potestad exclusiva para decidir sobre el aprovechamiento de los recursos naturales, se encuentra en el artículo 66° de la Constitución:

Los recursos naturales, renovables y no renovables, son patrimonio de la Nación. El Estado es soberano en su aprovechamiento.

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

Del artículo 66, las leyes, la jurisprudencia y la doctrina desprenden lo siguiente:

1. el titular de la propiedad sobre los recursos naturales es la Nación;
2. el titular exclusivo de la potestad para decidir su aprovechamiento es el Estado; y
3. los beneficiarios del aprovechamiento de los recursos naturales son la Nación y los privados.

2.1 Alcance y límite del derecho de propiedad sobre las tierras de las comunidades y pueblos originarios

Es importante señalar que la Constitución establece una excepción a la regla de que los recursos naturales son patrimonio de la Nación. Cuando se trata del recurso natural *tierras*, se entiende por su artículo 88, que ellas no necesariamente forman parte de dicho patrimonio, sino que pueden ser de propiedad privada o comunal. Cuando se trate de la propiedad comunal de las comunidades campesinas y nativas, su artículo 89 incluso les reconoce autonomía en libre disposición de sus tierras.

Artículo 88.-

El Estado apoya preferentemente el desarrollo agrario. Garantiza el derecho de propiedad sobre la tierra, en forma privada o comunal o en cualquiera otra forma asociativa. La ley puede fijar los límites y la extensión de la tierra según las peculiaridades de cada zona.

[...]

Artículo 89.-

Las Comunidades Campesinas [...]

Son autónomas en su organización, en el trabajo comunal y en el uso y la libre disposición de sus tierras, así como en lo económico y administrativo, dentro del marco que la ley establece. La propiedad de sus tierras es imprescriptible, salvo en el caso de abandono previsto en el artículo anterior.

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

Pese a ello, cuando las fuentes de este paradigma desarrollan o interpretan el artículo 66 de la constitución, no suelen hacer mayor referencia a los artículos 88 y 89 de la Constitución. Cuando lo hacen, dan por sentado que la propiedad

comunal sobre las tierras no alcanza a los bosques, aguas ni otros recursos naturales que se encuentren en estas.

Es decir, en virtud del artículo 66 de la Constitución, este paradigma tiene una interpretación literal restrictiva del artículo 88 y 89, reconociendo la propiedad solo sobre el recurso natural *tierras*. Ello, pese a que el propio TC entiende que el término *tierras* de estos artículos comprende el concepto de territorio, y que este, según la jurisprudencia de la Corte IDH, incluye tanto tierras como recursos naturales.

2.2 La Nación como titular de la propiedad sobre los recursos naturales

Respecto del titular de la propiedad sobre los recursos naturales, el artículo 66 de la Constitución y la Loas¹³⁵ se limitan a señalar que los recursos naturales “[...] son *patrimonio* [la cursiva es mía] de la Nación”. Son la doctrina del Derecho Administrativo y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional las que desarrollan el contenido de dicha norma.

En lo que se refiere a la doctrina administrativista, esta se divide en dos grupos cuando interpreta quién es el titular de los recursos naturales. El primer grupo plantea que los recursos naturales son de propiedad del Estado (Belaunde 2011 y Hernández 2008 y 2010). El segundo, en cambio, niega dicha propiedad, que en todo caso sería de la Nación, y más bien apunta solamente a un *dominio eminential* que tendría el Estado para legislar y ejercer funciones ejecutivas y jurisdiccionales sobre estos recursos (Gamarra 2007 y s.a; Lastres 1994 y 1996; Pulgar Vidal 1996; y Avendaño 1996).

Con sus diferencias, estos dos grupos de la doctrina administrativista no admiten que los recursos naturales en su fuente (antes de ser extraídos) sean de propiedad de los particulares, en tanto deben responder al interés público. La imposibilidad de que se pueda ejercer propiedad privada sobre los recursos

¹³⁵ Loas. Artículo 1.- La presente Ley Orgánica norma el régimen de aprovechamiento sostenible de los recursos naturales, en tanto constituyen patrimonio de la Nación, estableciendo sus condiciones y las modalidades de otorgamiento a particulares, en cumplimiento del mandato contenido en los Artículos 66 y 67 del Capítulo II del Título III de la Constitución Política del Perú [...].

naturales también es compartida por parte de la jurisprudencia del TC, que se inclina por la segunda postura de la doctrina administrativista, la del *dominio eminential*.

Para el TC, la Nación es la propietaria de los recursos naturales, y el Estado quien tiene la potestad de decidir sobre los mismos.¹³⁶ Este tribunal ha señalado que dichos recursos integran el dominio público, por lo que no se trataría de un derecho de propiedad en el sentido civilista. Hace referencia más bien a una propiedad *especial*, sometida a un régimen jurídico de Derecho Público, que los blindas como inalienables e imprescriptibles.¹³⁷

Si bien el Tribunal Constitucional ha apostado por la segunda postura administrativista, en la legislación interna se ven reflejadas tanto esta como la primera. Por ejemplo, la Ley General de Minería señala que los recursos minerales *pertenecen* al Estado,¹³⁸ mientras que la Ley de Recursos Hídricos

¹³⁶ Sentencias del TC recaídas en los Exp. 0006-2000-AI/TC, f.j. 2: “Conforme al artículo 66° de la Constitución, los recursos naturales y renovables, son patrimonio de la Nación y el Estado es soberano en su aprovechamiento [...]. En consecuencia, si bien el Congreso de la República, conforme al artículo 62° de la Constitución, no debe modificar a través de leyes posteriores los términos de un contrato entre particulares cuyo objeto pertenece al ámbito de la propiedad privada, debe interpretarse, en cambio, que el Congreso puede y debe tener injerencia cuando el objeto del contrato son recursos naturales de *propiedad* [la cursiva es mía] de la Nación y sobre los cuales el Estado tiene las obligaciones constitucionales de protegerlos y conservarlos, evitando su depredación en resguardo del interés general”; Exp. N 0048-2004-PI/TC, f.j. 87: “En ese sentido, debe entenderse que la regalía minera se exige por el uso o aprovechamiento de un bien que, siendo *propiedad* [la cursiva es mía] de la nación, es concedido al titular de la actividad minera para que pueda obtener el dominio sobre los productos de este bien [...]. 88: [...] carece de fundamento la afirmación de los demandantes según la cual la regalía minera es una contraprestación de nada [...]. Tal argumento soslaya que los recursos naturales integran el patrimonio de la Nación; y que, justamente, sería irrazonable traspasarlos gratuitamente sin que *su dueña* [la cursiva es mías] sea debidamente compensada. Es por el traspaso del dominio sobre productos extraídos no renovables y por la afectación al medio ambiente, por los cuales se cobra esta contraprestación”; y Exp. 00026-2008-PI/TC y 00028-2008-PI/TC, f.j. 30: “[...] el Estado ejercerá la defensa del bien común y del interés público, la explotación y el uso racional y sostenible de los recursos naturales que como tales *pertenecen* [la cursiva es mía] a la Nación, y emprenderá las acciones orientadas a propiciar la equidad social”.

¹³⁷ Sentencia del TC recaída en el Exp. 0048-2004-PI/TC, f.j. 98: <<Los recursos naturales renovables y no renovables, al ser bienes que integran el dominio público cuyo titular es la Nación -no son objeto de un derecho real de propiedad en el sentido civilista del mismo- configuran lo que se denomina una “propiedad especial”. Esta se caracteriza por estar sometida a una normativa específica de Derecho Público, que consagra su indisponibilidad, dada su naturaleza de inalienable e imprescriptible, a tenor del artículo 73° de la Constitución Política del Perú, quedando, en consecuencia, excluida del régimen jurídico sobre la propiedad civil. [...] este Tribunal considera necesario enfatizar que existe un régimen jurídico propio y autónomo de los bienes objeto del dominio público, que no se funda en la idea de un poder concreto sobre las cosas en el sentido jurídico-civil y, por tanto, de señorío>>.

¹³⁸ Decreto Supremo 014-92-EM, TUO de la Ley General de Minería. Artículo II del Título Preliminar.- Todos los recursos minerales pertenecen al Estado, cuya *propiedad* [la cursiva es mía] es inalienable e imprescriptible. [...].

establece que el agua es *patrimonio* de la Nación.¹³⁹ La tendencia de las leyes sobre los recursos naturales de los últimos años es señalar esto último.

Por otro lado, de acuerdo con este órgano jurisdiccional, que los recursos naturales, *in totum*, sean patrimonio de la Nación implica que son “[...] una universalidad patrimonial reconocida para los peruanos de todas las generaciones”. Su explotación no puede separarse del interés nacional, los beneficios de su utilización deben alcanzar a la Nación en su conjunto, y su goce exclusivo y particular está prohibido.¹⁴⁰

El TC entiende que, al ser los recursos naturales patrimonio de la Nación, queda prohibido que un particular ostente el derecho de propiedad sobre ellos.¹⁴¹ Sin embargo, esto no quiere decir que los privados no puedan utilizar dichos recursos, pero lo harán siempre y cuando el Estado se los autorice, conforme lo establece el artículo 66 de la Constitución.

De esta forma, al Estado le queda la potestad de otorgar derechos de aprovechamiento sobre los recursos naturales, aunque, en términos del TC, “[...] no ostente una situación subjetiva de propietario de los recursos naturales

¹³⁹ Ley 29338. Ley de Recursos Hídricos. Artículo 2.- Dominio y uso público sobre el agua. El agua constituye *patrimonio de la Nación* [la cursiva es mía]. El dominio sobre ella es inalienable e imprescriptible. Es un bien de uso público y su administración solo puede ser otorgada y ejercida en armonía con el bien común, la protección ambiental y el interés de la Nación. No hay propiedad privada sobre el agua.

¹⁴⁰ Sentencias del TC recaídas en los Exp. 0048-2004-PI/TC, f.j. 29: “El artículo 66° de la Constitución señala que los recursos naturales, *in totum*, son patrimonio de la Nación. Ello implica que su explotación no puede ser separada del interés nacional, por ser una universalidad patrimonial reconocida para los peruanos de todas las generaciones. Los beneficios derivados de su utilización deben alcanzar a la Nación en su conjunto; por ende, se proscriben su exclusivo y particular goce”; Exp. 2064-2004-AA/TC, f.j. 5: “[...] el artículo 66° de la Constitución establece que los recursos naturales constituyen patrimonio de la Nación; en consecuencia, su explotación no puede ser separada del interés nacional, y sus beneficios deben alcanzar a la Nación en su conjunto”. El mismo criterio se repite en las sentencias recaídas en los Exp. 0003-2006-PI/TC, f.j. 5; Exp. 03343-2007-PA/TC, f.j. 11; Exp. 00026-2008-PI/TC y 00028-2008-PI/TC, f.j. 29; Exp. 04363-2009-PA/TC, f.j. 12; y Exp. 02835-2012-PA/TC, f.j. 21.

¹⁴¹ Sentencias del TC recaídas en los Exp. 0006-2000-AI/TC, f.j. 4: “[...] Los recursos naturales como las especies madereras -y también el mar, los ríos y el subsuelo conforman la riqueza de la Nación, de tal modo que el Estado *no puede transferirlos en propiedad* [la cursiva es mía], sino que los cede en concesión para su aprovechamiento, bajo condiciones y requisitos encaminados a conservarlos, de acuerdo a las circunstancias de cada caso y de cada época”; y Exp. 0003-2006-PI/TC, f.j. 6: “[...] los recursos naturales en ningún caso quedan excluidos del dominio soberano del Estado, por lo que resulta constitucionalmente vedado el ejercicio de propiedad privada sobre ellos [...]”.

que le otorgue una serie de potestades exclusivas sobre dichos bienes en concepto de dueño [...]”¹⁴²

Cabe señalar que, si bien los particulares no pueden ser propietarios de los recursos naturales, esta prohibición se refiere a aquellos recursos mantenidos en su fuente. Respecto de sus frutos y productos obtenidos en virtud del derecho de aprovechamiento otorgado por el Estado, los particulares sí ostentan la propiedad.¹⁴³

Por su parte, la doctrina concuerda con lo señalado por el Tribunal Constitucional respecto de la vinculación recursos naturales-interés nacional-bienestar de toda la población. Como consecuencia, niega la posibilidad de que sobre ellos se ejerza propiedad privada, en tanto le pertenecen a la Nación y a todos sus habitantes colectivamente (Aguado 2009: 25; Rubio 2012: 137).

2.3 El Estado como titular exclusivo de la potestad para decidir respecto del aprovechamiento de los recursos naturales

Así como señalé que, a pesar de sus diferencias, las dos teorías de la doctrina administrativista sobre la propiedad de los recursos naturales impedían que esta recaiga en particulares, lo mismo sucede cuando se trata de la titularidad de la potestad para decidir sobre dichos recursos. Sin importar la teoría que adoptemos, el titular de dicha potestad siempre será el Estado.

La legislación interna y la jurisprudencia del TC, sin embargo, vienen adoptando la teoría del *dominio eminential* del Estado sobre los recursos naturales, como consecuencia de aceptar que la Nación es la propietaria de los mismos. Este tribunal se refiere al *principio del dominio eminential* como aquel que “[...] faculta al Estado a conservar el dominio sobre los recursos naturales,

¹⁴² Sentencia del TC recaída en el Exp. 0048-2004-PI/TC, f.j. 100.

¹⁴³ Loas. Artículo 4.- [...] Los frutos y productos de los recursos naturales, obtenidos en la forma establecida en la presente Ley, son del dominio de los titulares de los derechos concedidos sobre ellos. Así como sentencia del TC recaída en el Exp. 0048-2004-PI/TC, f.j. 44: “[...] El dominio, vale decir la propiedad de los frutos y productos obtenidos conforme a la referida ley orgánica, corresponde a los titulares de los derechos concedidos sobre ellos. [...]. 101: [...] Son los frutos o los productos -como en este caso el producto minero- los que sí pueden ser objeto de dominio privado por parte de los titulares de los derechos concedidos sobre ellos. [...]”.

así como sus frutos, productos y subproductos [...]”, en tanto no hayan sido obtenidos en virtud de un derecho de aprovechamiento.¹⁴⁴

Para el TC, que el Estado sea soberano en el aprovechamiento de los recursos naturales quiere decir que él tiene la capacidad jurisdiccional para legislar, administrar y resolver las controversias en torno a dichos recursos. Es bajo su imperio que se establece el uso y goce de los recursos naturales; imperio del cual no puede abdicar, según el mismo Tribunal, por el artículo 6 de la Loas.¹⁴⁵

Producto de su dominio eminential, el Estado es quien tiene la potestad de otorgar derechos de aprovechamiento sobre los recursos naturales a favor de particulares. El artículo 66 de la Constitución exige que las condiciones de dicho otorgamiento sea regulado a través de ley orgánica, así como las condiciones bajo las cuales deben ser utilizados los recursos naturales. Al respecto, el TC ha precisado que no toda la regulación sobre los recursos naturales debe desarrollarse mediante ley orgánica, sino que esta exigencia alcanza solo a dos aspectos: las condiciones de su utilización y las condiciones de su otorgamiento.¹⁴⁶

¹⁴⁴ Sentencia del TC recaída en el Exp. 0023-2009-PI/TC, f.j. 8.

¹⁴⁵ Sentencias del TC recaídas en los Exp. 0048-2004-PI/TC, f.j. 29: <<[...] los recursos naturales — como expresión de la heredad nacional — reposan jurídicamente en el dominio del Estado. El Estado, como la expresión jurídico-política de la nación, es soberano en su aprovechamiento. Es bajo su imperio que se establece su uso y goce. El dominio estatal sobre dichos recursos es eminente, es decir, el cuerpo político tiene la capacidad jurisdiccional para legislar, administrar y resolver las controversias que se susciten en torno a su mejor aprovechamiento. [...]. 45: En ningún caso el Estado puede abdicar de su *ius imperium* para regular el aprovechamiento de los recursos naturales que son de la Nación. Así lo indica — aunque en la teoría del derecho constitucional era innecesario — el artículo 6° de la aludida Ley N.° 26821, al disponer que: “El Estado es soberano en el aprovechamiento de los recursos naturales. Su soberanía se traduce en la competencia que tiene para legislar y ejercer funciones ejecutivas y jurisdiccionales sobre ellos”>>; Exp. 0003-2006-PI/TC, f.j. 5: “[...] Los recursos naturales reposan jurídicamente en el dominio del Estado, como expresión jurídico-política de la Nación. Reconocer que el Estado es soberano en su aprovechamiento (artículo 66° de la Constitución), significa que es bajo su *ius imperium* y supervisión que debe desarrollarse su aprovechamiento y goce”; Exp. 0005-2012-PI/TC, f.j. 38: “[...] los recursos naturales, renovables y no renovables, como declara el artículo 66 de la Constitución, son patrimonio de la Nación, en tanto su aprovechamiento — incluso mediante su otorgación a particulares — corresponde soberanamente decidir al Estado”. El mismo criterio se repite en las sentencias recaídas en los Exp. 00026-2008-PI/TC y 00028-2008-PI/TC, f.j. 29; Exp. 04363-2009-PA/TC, f.j. 12; y Exp. 02835-2012-PA/TC, f.j. 22.

¹⁴⁶ Sentencia del TC recaída en el Exp. 00025-2009-PITC, f.j. 8: “[...] el Tribunal observa que éste no establece que la regulación *in toto* de los recursos naturales (renovables o no renovables) deba desarrollarse mediante Ley Orgánica. No son los recursos naturales, como tales, los que están sujetos a dicha reserva. Ésta, en realidad, sólo se proyecta sobre 2 aspectos vinculados con dichos recursos naturales: (a) las condiciones de su utilización y (b) las condiciones de su otorgamiento a particulares. Todo lo que no se refiera a estos 2 aspectos es ajeno al objeto de la reserva y su regulación carece del carácter de Ley Orgánica. Poco importa que la fuente que lo contenga, o lo regule, declare que ella es una

De lo expuesto, se concluye que el paradigma analizado entiende que la potestad de decidir sobre el aprovechamiento de los recursos naturales recae *exclusivamente* en el Estado. En primer lugar, el Estado no puede abdicar de dicho mandato constitucional. En segundo lugar, los particulares, sin distinción, quedan subordinados a lo que la Administración regule.

Bajo este paradigma, los pueblos indígenas no pueden decidir sobre el aprovechamiento de los recursos naturales. De ahí que la jurisprudencia del TC señala que dichos pueblos, si bien tienen derecho a que el Estado les consulte previamente la adopción de medidas administrativas y legislativas susceptibles de afectarles, ello no incluye el derecho a oponerse o a vetar las mismas.¹⁴⁷

Ley Orgánica. También es irrelevante que su aprobación se hubiera efectuado con el voto conforme de más de la mitad del número legal de congresistas. El carácter de Ley Orgánica no se obtiene sólo del hecho que se apruebe con una determinada mayoría, sino fundamentalmente de que la materia que trate se encuentre bajo el ámbito reservado a esta fuente del Derecho.

¹⁴⁷ Sentencias del TC recaídas en los Exp. 06316-2008-PA/TC, f.j. 22: “[...]. No forma parte del contenido de este derecho [a la consulta] el veto a la medida legislativa o administrativa o la negativa de los pueblos indígenas a realizar la consulta [...]”; Exp. 0022-2009-PI/TC, f.j. 24: “De la lectura del artículo 6 y 15 del Convenio N.º 169 no se desprende que los pueblos indígenas gocen de una especie de derecho de veto. Es decir, la obligación del Estado de consultar a los pueblos indígenas respecto de las medidas legislativas o administrativas que les podría afectar directamente, no les otorga la capacidad impedir que tales medidas se lleven a cabo. Si bien en el último párrafo del artículo 6 del Convenio se expresa que la consulta debe ser llevada a cabo “con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas”, ello no implica una condición, que de no ser alcanzada significaría la improcedencia de la medida. Lo que explica tal artículo es que tal finalidad debe orientar, debe ser el objetivo de la consulta. De ello se infiere que un proceso de consulta en el que se determine que no se pretende alcanzar tal finalidad, podrá ser cuestionado. Debe afirmarse que no fluye de los artículos del convenio que los pueblos indígenas gocen de un derecho de veto. Lo que pretende la norma es institucionalizar el dialogo intercultural. 25: [...]es obligatorio y vinculante llevar a cabo el proceso de consulta, asimismo, el consenso al que arriben las partes será vinculante, sin embargo, ello no implicará que el pueblo indígena pueda evitar la aplicación de las normas sometidas a consulta por el hecho de no estar de acuerdo con el acto administrativo o legislativo. [...]”; Exp. 05427-2009-PC/TC, f.j. 60: [...] f) El contenido constitucionalmente protegido del derecho a la consulta importa: [...]. En tal sentido, no forma parte del contenido de este derecho el veto a la medida legislativa o administrativa, ni la negativa de los pueblos indígenas a realizar la consulta [...]”; Exp. 00025-2009-PI/TC, f.j. 21: <<[...] el derecho a la consulta tiene un ámbito protegido. Este se encuentra constituido por una serie de posiciones iusfundamentales, entre las cuales el Tribunal Constitucional ha identificado [...]: [...] (c) el derecho a que se cumplan los acuerdos arribados en el proceso de consulta, encontrándose excluido de este programa normativo del derecho a la consulta, lo que coloquialmente se ha venido en denominar “derecho al veto”>>; y Exp. 00024-2009-PI/TC, f.j. 5: <<[...] el derecho a la consulta tiene un ámbito protegido. Este se encuentra constituido por una serie de posiciones iusfundamentales, entre las cuales el Tribunal Constitucional ha identificado [...]: [...] (c) el derecho a que se cumplan los acuerdos arribados en el proceso de consulta, encontrándose excluido de este programa normativo del derecho a la consulta lo que coloquialmente se ha venido en denominar ‘derecho al veto’>>.”

2.4 Beneficiarios del aprovechamiento de los recursos naturales

Como señalé, bajo este paradigma, los recursos naturales son patrimonio de todos los peruanos porque su explotación no puede separarse del interés público, y los beneficios de su utilización deben alcanzar a la Nación en su conjunto. Ello no impide, sin embargo, el uso privado de dichos recursos ni la propiedad sobre sus frutos y productos extraídos.

De lo anterior, se desprende que los beneficiarios del aprovechamiento de los recursos naturales son, por un lado, la Nación, y por otro, los particulares. En este último caso, se necesita un derecho otorgado por el Estado para la utilización o aprovechamiento de dichos recursos.

El artículo 67 de la Constitución, además, impone que el aprovechamiento de los recursos naturales debe ser *sostenible*.¹⁴⁸ El concepto de *utilización sostenible* se refiere, según el Convenio sobre la Diversidad Biológica de 1992, a “[...] la utilización de componentes de la diversidad biológica de un modo y a un ritmo que no ocasione la disminución a largo plazo de la diversidad biológica, con lo cual se mantienen las posibilidades de ésta de satisfacer las necesidades y las aspiraciones de las generaciones actuales y futuras”.¹⁴⁹ La Loas reconoce la importancia de asegurar los recursos naturales para las generaciones futuras, y es así que recoge el concepto de *aprovechamiento sostenible*.¹⁵⁰

¹⁴⁸ Constitución Política del Perú. Artículo 67.- El Estado determina la política nacional del ambiente. Promueve el uso sostenible de sus recursos naturales.

¹⁴⁹ Convenio sobre la Diversidad Biológica. Artículo 2. La Comisión Mundial sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo de Naciones Unidas, en 1987, presentó un informe conocido como el “Informe Brundtland”, que fue aprobado año siguiente por la Asamblea General de esta Organización. Dicho informe definió el concepto de “desarrollo sostenible” como “aquel proceso en donde se asegura la satisfacción de las necesidades humanas del presente sin que se ponga en peligro la capacidad de las generaciones futuras para atender sus propias necesidades” (Sentencias del TC recaídas en los Exp. 0048-2004-PI/TC, f.j. 20 y Exp. 03343-2007-PA/TC, f.j. 11). Es a partir de este informe que se convoca a la Conferencia de Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, conocida como la Conferencia de Río; y que se comienzan a desarrollar los primeros instrumentos de protección al medio ambiente, como la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo; el Convenio sobre la Diversidad Biológica, entre otros (ver: <http://www.un.org/depts/dhl/spanish/resguids/specenvsp.htm>). Nuestra legislación nacional ha reconocido la importancia de asegurar los recursos naturales para las generaciones futuras, y es así que el término “sostenible” ha sido plasmado en la Loas.

¹⁵⁰ Loas. Artículo 28.- Los recursos naturales deben aprovecharse en forma sostenible. El aprovechamiento sostenible implica el manejo racional de los recursos naturales teniendo en cuenta su capacidad de renovación, evitando su sobreexplotación y reponiéndolos cualitativa y cuantitativamente, de ser el caso. El aprovechamiento sostenible de los recursos no renovables consiste en la explotación

La Constitución además establece que la concesión, que es un tipo de derecho de aprovechamiento, otorga a los privados un derecho real. Los administrativas concuerdan con que este derecho no se trata de un derecho de propiedad, aunque permite a su titular actuar como propietario (Pulgar-Vidal 1997 y 2009: 463; Bernaldes 2012: 392; Rubio 2012: 137).

Es de resaltar que, a nivel constitucional, este paradigma no hace mayor referencia a si los pueblos indígenas u originarios, en su condición de tales, pueden ser beneficiarios de los recursos naturales que se encuentran en sus territorios.

3. DESARROLLO NORMATIVO DEL PARADIGMA

A continuación, analizo cómo la interpretación del paradigma en cuestión sobre el artículo 66 de la Constitución se ve reflejado en las leyes. Para ello, sigo el esquema anterior, identificando, en dichas leyes, quién es el titular de la propiedad sobre los recursos naturales, el titular de la potestad para decidir sobre ellos y quiénes son los beneficiarios de su aprovechamiento.

Debo precisar que, cuando analizo quiénes son beneficiarios del aprovechamiento de los recursos naturales, abarco los derechos u otra clase de beneficio, en general, que se reconozca a la Nación, los particulares y los pueblos indígenas.

3.1 Leyes especiales sobre recursos naturales

Conforme lo establece la Constitución, existe una ley orgánica que regula las condiciones de utilización de los recursos naturales y su otorgamiento a particulares. Se trata de la Ley 26821, Ley Orgánica para el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales. Esta es como una ley marco para el resto de leyes especiales que también regulan los recursos naturales.

eficiente de los mismos, bajo el principio de sustitución de valores o beneficios reales, evitando o mitigando el impacto negativo sobre otros recursos del entorno y del ambiente.

Las leyes especiales, en tanto no sean leyes orgánicas, no deberían regular las condiciones de su otorgamiento y utilización de los recursos naturales. Sin embargo, la realidad es que casi todas las leyes especiales, a pesar de no ser orgánicas, termina regulando ambos aspectos.

Entre las leyes especiales que analizaré en este apartado, se encuentran:

1. Decreto supremo 018-92-EM, Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería (en adelante, TUO de la Ley General de Minería);
2. Ley 26839, Ley sobre la Conservación y Aprovechamiento Sostenible de la Diversidad Biológica;
3. Ley 26834, Ley de Áreas Naturales Protegidas (en adelante, Ley de ANPs), y su reglamento, Decreto supremo 038-2001-AG;
4. Ley 28611, Ley General del Ambiente;
5. Ley 29338, Ley de Recursos Hídricos, y su reglamento, Decreto Supremo 001-2010-AG;
6. Ley 29763, Ley Forestal y de Fauna Silvestre,¹⁵¹ y
7. Ley 29785, Ley del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios, reconocido en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (en adelante, Ley del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios), y su reglamento, Decreto Supremo 001-2012-MC.

3.1.1 Titular de la propiedad sobre los recursos naturales

– Loas:

Para la Loas los *recursos naturales* son “[...] todo componente de la naturaleza susceptible de ser aprovechado por el ser humano para la satisfacción de sus necesidades y que tenga un valor actual o potencial en el mercado [...]”. Entre otros, la Ley identifica como tales a: las aguas; el

¹⁵¹ Preciso que en la presente tesis analizo la *Nueva Ley Forestal de Fauna Silvestre*, que entrará en vigencia al día siguiente de la publicación de su Reglamento. Este aún está por ser consultado con las instituciones representativas de los pueblos indígenas.

suelo, subsuelo y las tierras por su capacidad de uso mayor; la diversidad biológica; recursos hidrocarbúricos; la atmósfera; y los minerales.¹⁵²

Al igual que la Constitución, esta Ley establece que los recursos naturales son patrimonio de la Nación. Es decir, ella es quien tiene la titularidad de la propiedad sobre los recursos naturales. Esta propiedad, sin embargo, recae sobre los recursos mantenidos en su fuente. Los frutos y productos extraídos de los mismos, obtenido en virtud de un derecho de aprovechamiento, son de propiedad de los titulares de dichos derechos.

Artículo 4.-

Los recursos naturales mantenidos en su fuente, sean éstos renovables o no renovables, son Patrimonio de la Nación. Los frutos y productos de los recursos naturales, obtenidos en la forma establecida en la presente Ley, son del dominio de los titulares de los derechos concedidos sobre ellos.

– TUO de la Ley General de Minería:

Esta Ley, promulgada bajo la vigencia de la Constitución Política de 1979, establece más bien que los recursos minerales son de propiedad del Estado. Vale recordar que la Constitución de 1979 señala que los recursos naturales son patrimonio de la Nación, pero también que *pertenecen* al Estado. Esta propiedad no puede ser enajenada ni tampoco prescribe.

Artículo II

[...]

II. Todos los recursos minerales pertenecen al Estado, cuya propiedad es inalienable e imprescriptible. [...].

– Ley de Áreas Naturales Protegidas (ANPs):

¹⁵² Loas. Artículo 3.- Se consideran recursos naturales a todo componente de la naturaleza, susceptible de ser aprovechado por el ser humano para la satisfacción de sus necesidades y que tenga un valor actual o potencial en el mercado, tales como:

- a) las aguas: superficiales y subterráneas;
- b) el suelo, subsuelo y las tierras por su capacidad de uso mayor: agrícolas, pecuarias, forestales y de protección;
- c) la diversidad biológica: como las especies de flora, de la fauna y de los microorganismos o protistas; los recursos genéticos, y los ecosistemas que dan soporte a la vida;
- d) los recursos hidrocarbúricos, hidroenergéticos, eólicos, solares, geotérmicos y similares;
- e) la atmósfera y el espectro radioeléctrico;
- f) los minerales;
- g) los demás considerados como tales.

El paisaje natural, en tanto sea objeto de aprovechamiento económico, es considerado recurso natural para efectos de la presente Ley.

Las ANPs son áreas que abarcan diversidad biológica y otros recursos naturales.¹⁵³ No son en sí mismas un recurso natural, sin embargo, siguen la suerte de estos. Esta Ley establece que las ANPs son patrimonio de la Nación, por tanto, no pueden ser adjudicadas a particulares. La excepción a esta regla son las Áreas de Conservación Privada (ACPs), que se establecen a solicitud de un particular y sobre la propiedad privada de este.

Artículo 1.-

[...]

Las Áreas Naturales Protegidas constituyen patrimonio de la Nación. [...]

Artículo 4.-

Las Áreas Naturales Protegidas, con excepción de las Áreas de Conservación Privadas, son de dominio público y no podrán ser adjudicadas en propiedad a los particulares. [...].

Pese a que las ANPs no pueden ser adjudicadas a particulares, la Ley sí reconoce los derechos de propiedad y demás derechos reales adquiridos con anterioridad al establecimiento de dichas áreas. Estos derechos deberán ejercerse de conformidad con los objetivos y fines del ANP, pudiendo ser restringidos, en cuyo caso se procederá a las compensaciones correspondientes.¹⁵⁴

Cuando se trata de pueblos indígenas, el Reglamento de la Ley de ANPs reconoce los derechos adquiridos de las comunidades campesinas o nativas que habitaban en las ANPs antes de su establecimiento, especialmente sus derechos de propiedad y posesión. También les reconoce el derecho al acceso y uso de los recursos naturales ubicados en

¹⁵³ Ley de ANPs. Artículo 1.- [...] Las Áreas Naturales Protegidas son los espacios continentales y/o marinos del territorio nacional, expresamente reconocidos y declarados como tales, incluyendo sus categorías y zonificaciones, para conservar la diversidad biológica y demás valores asociados de interés cultural, paisajístico y científico, así como por su contribución al desarrollo sostenible del país. [...].

¹⁵⁴ Ley de ANPs. Artículo 4.- [...] Cuando se declaren Áreas Naturales Protegidas que incluyan predios de propiedad privada, se podrá determinar las restricciones al uso de la propiedad del predio, y en su caso, se establecerán las medidas compensatorias correspondientes. La administración del Área Natural Protegida promoverá la suscripción de acuerdos con los titulares de derechos en las áreas, para asegurar que el ejercicio de sus derechos sea compatible con los objetivos del área. Artículo 5.- El ejercicio de la propiedad y de los demás derechos reales adquiridos con anterioridad al establecimiento de un Área Natural Protegida, debe hacerse en armonía con los objetivos y fines para los cuales éstas fueron creadas. El Estado evaluará en cada caso la necesidad de imponer otras limitaciones al ejercicio de dichos derechos. Cualquier transferencia de derechos a terceros por parte de un poblador de un Área Natural Protegida, deberá ser previamente notificada a la Jefatura del Área. En caso de transferencia del derecho de propiedad, el Estado podrá ejercer el derecho de retracto conforme al Código Civil.

el ANP. En virtud de este, pueden aprovechar las especies de flora y fauna *permitidas*, sus productos y subproductos, con *finés de subsistencia*.¹⁵⁵

– Ley de Recursos Hídricos:

Para esta Ley, los recursos hídricos comprenden “[...] el agua superficial, subterránea, continental, y los bienes asociados a esta. Se extiende al agua marítima y atmosférica en lo que resulte aplicable”.¹⁵⁶ (artículo II).

Según esta Ley, el agua es patrimonio de la Nación, y no hay propiedad privada sobre ella. Al igual que los minerales, esta propiedad de la Nación no puede ser enajenada ni tampoco prescribe.

Artículo 2.- Dominio y uso público sobre el agua

El agua constituye patrimonio de la Nación. El dominio sobre ella es inalienable e imprescriptible. Es un bien de uso público y su administración solo puede ser otorgada y ejercida en armonía con el bien común, la protección ambiental y el interés de la Nación. No hay propiedad privada sobre el agua.

– Ley Forestal y de Fauna Silvestre:

Esta Ley hace referencia al *patrimonio forestal y de fauna silvestre de la Nación*, que está constituido por:

- a) ecosistemas forestales y otros ecosistemas de vegetación silvestre;
- b) recursos forestales y de fauna silvestre mantenidos en su fuente;
- c) diversidad biológica forestal y de fauna silvestre, incluyendo sus recursos genéticos asociados;
- d) bosques plantados en tierras del Estado;

¹⁵⁵ Reglamento de la Ley de ANPs. Artículo 89.- Derechos de las Poblaciones Locales y comunidades campesinas o nativas. 89.1 El Estado reconoce los derechos adquiridos, tales como propiedad y posesión entre otros, de las poblaciones locales incluidos los asentamientos de pescadores artesanales y las comunidades campesinas o nativas, que habitan en las Areas Naturales Protegidas con anterioridad a su establecimiento. En el caso de las comunidades campesinas o nativas vinculadas a un Area Natural Protegida, se debe considerar esta situación en la evaluación del otorgamiento de derechos para el uso de los recursos naturales con base a la legislación de la materia y los Convenios Internacionales que al respecto haya suscrito el Estado, en particular reconociéndose los conocimientos colectivos de las mismas. 89.2 El acceso y uso de las comunidades campesinas o nativas de los recursos naturales ubicados en un Area Natural Protegida, implica la posibilidad de aprovechar las especies de flora y fauna silvestre permitidas, así como sus productos o sub-productos, con fines de subsistencia. Para tal efecto se determina en cada caso los alcances del concepto de subsistencia en coordinación con los beneficiarios. En ningún caso pueden ser comprendidas especies de flora y fauna en vías de extinción. 89.3 Las especies, productos o subproductos de los mismos, de ser destinados a dicho aprovechamiento, en ningún caso pueden ser extraídos de Zonas de Protección Estricta ni Zonas Silvestres, o si ponen en riesgo los fines y objetivos de creación del Area Natural Protegida.

¹⁵⁶ Ley de Recursos Hídricos. Artículo I.

- e) servicios de los ecosistemas forestales y otros ecosistemas de vegetación silvestre;
- f) tierras de capacidad de uso mayor forestal y tierras de capacidad de uso mayor para protección, con bosques o sin ellos; y
- g) paisajes de los ecosistemas forestales y otros ecosistemas de vegetación silvestre en tanto sean objeto de aprovechamiento económico.¹⁵⁷

Todo este listado es propiedad de la Nación, salvo por las plantaciones forestales en predios privados y comunales, que, pese a ser considerados recursos forestales, han sido excluidos del alcance de dicha propiedad por esta Ley.¹⁵⁸

– Ley General del Ambiente

Esta Ley repite la definición de *recursos naturales* de la LOAS. De igual manera, reconoce que dichos recursos son patrimonio de la Nación.

Artículo 5.- Del Patrimonio de la Nación
Los recursos naturales constituyen Patrimonio de la Nación. [...].

– Reglamento de la Ley del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios

Con ocasión de reglamentar el derecho a la consulta previa en el marco de las actividades de exploración y explotación de los recursos naturales, este reglamento reconoce que estos son Patrimonio de la Nación.

Artículo 6.- Consulta previa y recursos naturales
De acuerdo a lo establecido [...] en el artículo 66 de la Constitución Política del Perú; y *siendo los recursos naturales, incluyendo los recursos del subsuelo, Patrimonio de la Nación* [la cursiva es mía]; es obligación del Estado Peruano consultar al o los pueblos indígenas [...] antes de aprobar la medida administrativa [...] que faculte el inicio de la actividad de exploración o explotación de dichos recursos naturales en los ámbitos geográficos donde se ubican el o los pueblos indígenas, [...].

¹⁵⁷ Ley Forestal y de Fauna Silvestre. Artículo 4.

¹⁵⁸ Ley Forestal y de Fauna Silvestre. Artículo 4.- [...] Las plantaciones forestales en predios privados y comunales y sus productos se consideran recursos forestales pero no son parte del patrimonio forestal y de fauna silvestre de la Nación.

3.1.2 Titular de la potestad para decidir sobre los recursos naturales

– Loas:

Sobre este tema, la Loas ratifica la soberanía del Estado sobre los recursos naturales, ya establecida en la Constitución Política de 1993. La Ley agrega que dicha soberanía se traduce en las facultades para legislar, ejercer funciones ejecutivas y funciones jurisdiccionales sobre dichos recursos.

Artículo 6.-

El Estado es soberano en el aprovechamiento de los recursos naturales. Su soberanía se traduce en la competencia que tiene para legislar y ejercer funciones ejecutivas y jurisdiccionales sobre ellos.

Para el TC, esta norma tiene como consecuencia que al Estado le corresponda la gestión, planificación, administración, vigilancia y control de los recursos naturales, quedando el particular subordinado al desarrollo legislativo y reglamentario de la Administración.¹⁵⁹

La potestad del Estado para decidir sobre los recursos naturales, sin embargo, tiene límites. Según el artículo 8 de la Loas, el otorgamiento de derechos para el aprovechamiento de los recursos naturales se debe realizar en armonía con el interés de la Nación, el bien común y dentro de los límites de dicha ley orgánica y demás legislación sobre la materia.

– Ley sobre la Conservación y Aprovechamiento Sostenible de la Diversidad Biológica:

Como la Loas señala, la diversidad biológica es considerada un recurso natural. Como consecuencia de ello, la ley especial que regula este recurso reconoce al Estado como “[...] soberano en la adopción de medidas para la

¹⁵⁹ Sentencias del TC recaídas en los Exp. 0048-2004-PI/TC, f.j. 104: “[...] el Estado no sólo conserva los poderes de vigilancia y control [...] sino también establecer las condiciones de la utilización de los recursos naturales. Por ello, el particular se encuentra subordinado al desarrollo legislativo y reglamentario que realice la Administración a la luz de la Constitución y atendiendo a razones superiores de interés general. [...]”; y Exp. 0003-2006-PI/TC, f.j. 4: “[...] [el espectro radioeléctrico o electromagnético] de conformidad con el artículo 66° de la Constitución, forma parte del patrimonio de la Nación y el Estado es soberano en su aprovechamiento, correspondiéndole a éste su gestión, planificación, administración y control, con arreglo a la Constitución, la ley y los principios generales del demanio (sic). [...] 57. [...] el Estado puede autorizar a los medios de radiodifusión su uso [del espectro radioeléctrico], pero en ningún caso transmitir el dominio que sobre él ejerce, manteniendo para sí la supervisión y un control general del espectro en aras de garantizar que sus fines en ningún caso disientan del interés público y social que le es inherente”.

conservación y utilización sostenible de la diversidad biológica. En ejercicio de dicha soberanía [...] norma y regula el aprovechamiento sostenible de [sus] componentes [...]”.¹⁶⁰ (artículo 4).

– TUO de la Ley General de Minería:

Esta Ley reconoce al Estado las facultades de normar y fiscalizar la actividad minera a nivel nacional.¹⁶¹ Entiende por actividad minera el cateo, la prospección, la exploración, la explotación, la labor general, el beneficio, la comercialización y el transporte minero.¹⁶² (artículo VI).

– Ley de ANPs:

Las ANPs pueden ser de carácter nacional o regional (denominadas Áreas de Conservación Regional). Ambas tienen como ente rector al Servicio Nacional de Áreas Naturales Protegidas por el Estado (Sernanp),¹⁶³ cuyas funciones, entre otras, son:

Artículo 8.-

[...]

- c) aprobar las normas administrativas necesarias para la gestión y desarrollo de las Áreas Naturales Protegidas;
 - d) conducir la gestión de las áreas protegidas de carácter nacional, directamente o a través de terceros;
 - e) [...]
 - f) [...]
 - g) aprobar los Planes Maestros de las ANPs;
 - h) [...]
 - i) supervisar y monitorear las actividades que se realicen en las ANPs y sus zonas de amortiguamiento; y
 - j) ejercer la potestad sancionadora en el ámbito de las ANPs, aplicando sanciones de amonestación, multa, comiso, clausura o suspensión.
- [...]

¹⁶⁰ Ley sobre la Conservación y el Aprovechamiento Sostenible de la Diversidad Biológica. Artículo 4.- El Estado es soberano en la adopción de medidas para la conservación y utilización sostenible de la diversidad biológica. En ejercicio de dicha soberanía el Estado norma y regula el aprovechamiento sostenible de los componentes de la diversidad biológica.

¹⁶¹ TUO de la Ley General de Minería. Artículo II.- [...] El Estado evalúa y preserva los recursos naturales, debiendo para ello desarrollar un sistema de información básica para el fomento de la inversión; norma la actividad minera a nivel nacional y la fiscaliza de acuerdo con el principio básico de simplificación administrativa. [...].

¹⁶² TUO de la Ley General de Minería. Artículo VI.- Son actividades de la industria minera, las siguientes: cateo, prospección, exploración, explotación, labor general, beneficio, comercialización y transporte minero. [...].

¹⁶³ La Ley de ANPs establece como entidad rectora al INRENA, pero por Decreto Legislativo 1013, esta entidad es fusionada al Sernanp, siendo este la entidad absorbente de sus competencias, funciones y atribuciones respecto de las ANPs (tercera disposición complementaria final, inciso 2).

De esta manera, el Sernanp, como autoridad estatal, tiene las facultades de legislar, ejercer funciones ejecutivas y jurisdiccionales sobre las ANPs.

– Ley de Recursos Hídricos:

Con respecto al recurso natural agua, las facultades legislativas, ejecutivas y jurisdiccionales recaen en la Autoridad Nacional del Agua (Ana). Este es el ente rector y máxima autoridad técnico-normativa del Sistema Nacional de Gestión de los Recursos Hídricos.¹⁶⁴ El Ana tiene, entre otras funciones, las siguientes:

Artículo 15.-

[...]

3. [...] dictar normas y establecer procedimientos para asegurar la gestión integral y sostenible de los recursos hídricos;

4. elaborar el método y determinar el valor de las retribuciones económicas por el derecho de uso de agua [...] que deben ser aprobados por decreto supremo [...];

[...]

6. declarar [...] el agotamiento de las fuentes naturales, zonas de veda y zonas de protección, así como los estados de emergencia de escasez, superávit hídrico, contaminación de las fuentes naturales de agua o cualquier conflicto relacionado con la gestión sostenible de los recursos hídricos, dictando las medidas pertinentes;

7. otorgar, modificar y extinguir [...] derechos de uso de agua, así como aprobar la implementación, modificación y extinción de servidumbres de uso de agua [...];

[...]

12. ejercer jurisdicción administrativa exclusiva en materia de aguas, desarrollando acciones de administración, fiscalización, control y vigilancia [...], ejerciendo para tal efecto, la facultad sancionadora y coactiva;

[...]

– Ley Forestal y de Fauna Silvestre:

Esta Ley señala que “El Estado ejerce el dominio eminential sobre los recursos del patrimonio forestal y de fauna silvestre de la Nación, así como sobre sus frutos y productos en tanto no hayan sido legalmente obtenidos”.¹⁶⁵

¹⁶⁴ Ley de Recursos Hídricos. Artículo 14.- La Autoridad Nacional como ente rector. La Autoridad Nacional es el ente rector y la máxima autoridad técnico-normativa del Sistema Nacional de Gestión de los Recursos Hídricos. Es responsable del funcionamiento de dicho sistema en el marco de lo establecido en la Ley.

¹⁶⁵ Ley Forestal y de Fauna Silvestre. Artículo II, inciso 8.

La entidad que ejerce el dominio eminential del Estado es el Servicio Nacional Forestal y de Fauna Silvestre (Serfor), como la autoridad nacional forestal y de fauna silvestre.¹⁶⁶ El Serfor tiene como funciones, entre otras, las siguientes:

Artículo 14.-

[...]

- b) formular, proponer, conducir y evaluar las estrategias, planes y programas para la gestión sostenible del patrimonio forestal y de fauna silvestre de la Nación;
- c) emitir y proponer normas y lineamientos de aplicación nacional, relacionados con la gestión, administración y uso sostenible de los recursos forestales y de fauna silvestre;
- d) gestionar y promover el uso sostenible, la conservación y la protección de los recursos forestales y de fauna silvestre;
- e) fiscalizar el cumplimiento de las obligaciones de los derechos otorgados bajo su competencia y sancionar las infracciones derivadas de su incumplimiento, respetando las competencias del Organismo de Supervisión de los Recursos Forestales y de Fauna Silvestre (Osinfor), el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA), los gobiernos regionales y gobiernos locales y otros organismos públicos; y

[...]

- k) disponer la adopción de medidas de control y fiscalización, directamente o a través de terceros, de las actividades de manejo y aprovechamiento de los productos forestales y de fauna silvestre protegidos por tratados internacionales y normas nacionales.

[...]

– Ley General del Ambiente:

Al igual que la Loas, esta Ley reconoce al Estado como el “[...] competente para ejercer funciones legislativas, ejecutivas, y jurisdiccionales respecto de los recursos naturales”.¹⁶⁷ Al no ser una ley encargada de regular un recurso natural en específico, se limita a reconocer el dominio eminential del Estado, en general, para todos los recursos naturales.

– Ley del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios y su Reglamento:

¹⁶⁶ Ley Forestal y de Fauna Silvestre. Artículo 13.- Autoridad Nacional Forestal y de Fauna Silvestre. Créase el Servicio Nacional Forestal y de Fauna Silvestre (Serfor) como organismo público técnico especializado, con personería jurídica de derecho público interno, como pliego presupuestal adscrito al Ministerio de Agricultura. El Serfor es la autoridad nacional forestal y de fauna silvestre. El Serfor es el ente rector del Sistema Nacional de Gestión Forestal y de Fauna Silvestre (Sinafor) y se constituye en su autoridad técnico-normativa a nivel nacional, encargada de dictar las normas y establecer los procedimientos relacionados a su ámbito. Coordina su operación técnica y es responsable de su correcto funcionamiento.

¹⁶⁷ Ley General del Ambiente. Artículo 85, inciso 2.

Esta Ley reconoce el derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas frente a las medidas administrativas y legislativas que puedan afectarles. Para efectos del análisis del paradigma en cuestión, interesan aquellas medidas relacionadas con recursos naturales.

La potestad exclusiva del Estado para decidir sobre los recursos naturales se plasma en esta Ley cuando ella establece que la decisión final sobre la aprobación de una medida legislativa o administrativa corresponde al Estado.¹⁶⁸ Es decir, si bien la finalidad de la consulta previa es alcanzar un acuerdo entre el Estado y los pueblos indígenas, si este no se logra, será el Estado quien finalmente decida.

El Reglamento de la Ley solo reconoce dos supuestos en los que el Estado no puede decidir sin el consentimiento de los pueblos indígenas, o en todo caso, tendrá que decidir lo que dichos pueblos consientan o no. El Reglamento prevé el consentimiento previo e informado cuando se trate de traslados o reubicación de pueblos, y en caso de almacenamiento o disposición de materiales peligrosos en tierras (que debe entenderse como territorio) de pueblos indígenas.¹⁶⁹

3.1.3 Beneficiarios

– Loas:

Esta Ley no especifica cómo la Nación se beneficia de los recursos naturales. Ella solo señala que el otorgamiento de derechos de

¹⁶⁸ Ley del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios. Artículo 15.

¹⁶⁹ Reglamento de la Ley del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios. Séptima Disposición Complementaria, Transitoria y Final.- Garantías a la Propiedad comunal y del derecho a la tierra de los pueblos indígenas. El Estado brinda las garantías establecidas por Ley y por la Constitución Política del Perú a la propiedad comunal. El Estado, en el marco de su obligación de proteger el derecho de los pueblos indígenas a la tierra, establecido en la Parte II del Convenio 169 de la OIT, así como al uso de los recursos naturales que les corresponden conforme a Ley, adopta las siguientes medidas:

a) Cuando excepcionalmente los pueblos indígenas requieran ser trasladados de las tierras que ocupan se aplicará lo establecido en el artículo 16 del Convenio 169 de la OIT, así como lo dispuesto por la legislación en materia de desplazamientos internos.

b) No se podrá almacenar ni realizar la disposición final de materiales peligrosos en tierras de los pueblos indígenas, ni emitir medidas administrativas que autoricen dichas actividades, sin el consentimiento de los titulares de las mismas, debiendo asegurarse que de forma previa a tal decisión reciban la información adecuada, debiendo cumplir con lo establecido por la legislación nacional vigente sobre residuos sólidos y transporte de materiales y residuos peligrosos.

aprovechamiento sobre los mismos debe realizarse en armonía con el interés de la Nación y el bien común.¹⁷⁰

Con respecto a los particulares, la Ley señala que estos podrán beneficiarse de los recursos naturales a través de las distintas modalidades de otorgamiento de derechos de aprovechamiento: concesión, licencia, autorización, permisos, contrato de acceso, contrato de explotación, otras establecidas por las leyes especiales. Estos derechos son:

- a) otorgados a plazo fijo o indefinido;
- b) bienes incorporeales registrables; y
- c) objeto de disposición, hipoteca, cesión y reivindicación.¹⁷¹

Los derechos de aprovechamiento otorgan a su titular el derecho de *uso y disfrute* del recurso natural concedido; así como la propiedad de los frutos y productos extraídos del mismo.¹⁷² La distinción que hace la Ley quiere dejar claro que el derecho otorgado a los particulares sobre los recursos naturales, mantenidos en su fuente, no es el de propiedad. Este solo se puede ejercer sobre los frutos y productos.

¹⁷⁰ Loas. Artículo 8.- El Estado vela para que el otorgamiento del derecho de aprovechamiento sostenible de los recursos naturales se realice en armonía con el interés de la Nación, el bien común y dentro de los límites y principios establecidos en la presente ley, en las leyes especiales y en las normas reglamentarias sobre la materia.

¹⁷¹ Loas. Artículo 23.- La concesión, aprobada por las leyes especiales, otorga al concesionario el derecho para el aprovechamiento sostenible del recurso natural concedido, en las condiciones y con las limitaciones que establezca el título respectivo. La concesión otorga a su titular el derecho de uso y disfrute del recurso natural concedido y, en consecuencia, la propiedad de los frutos y productos a extraerse. Las concesiones pueden ser otorgadas a plazo fijo o indefinido. Son irrevocables en tanto el titular cumpla las obligaciones que esta Ley o la legislación especial exijan para mantener su vigencia. Las concesiones son bienes incorporeales registrables. Pueden ser objeto de disposición, hipoteca, cesión y reivindicación, conforme a las leyes especiales. El tercero adquirente de una concesión deberá sujetarse a las condiciones en que fue originariamente otorgada. La concesión, su disposición y la constitución de derechos reales sobre ella, deberán inscribirse en el registro respectivo.

Artículo 24.- Las licencias, autorizaciones, permisos, contratos de acceso, contratos de explotación y otras modalidades de otorgamiento de derechos sobre recursos naturales, contenidas en las leyes especiales tiene los mismos alcances que las concesiones contempladas en la presente ley, en lo que les sea aplicable.

¹⁷² Loas. Artículo 4.- Los recursos naturales mantenidos en su fuente, sean éstos renovables o no renovables, son Patrimonio de la Nación. Los frutos y productos de los recursos naturales, obtenidos en la forma establecida en la presente Ley, son del dominio de los titulares de los derechos concedidos sobre ellos.

Artículo 23, supra nota 171.

La Ley exige que el aprovechamiento de los recursos naturales por los particulares cumpla con ciertos requisitos. Entre ellos, que dicho aprovechamiento sea sostenible,¹⁷³ y se procure un equilibrio dinámico entre el crecimiento económico, la conservación de los recursos naturales y del ambiente y el desarrollo integral de la persona humana.¹⁷⁴

El aprovechamiento sostenible implica, en el caso de recursos renovables, su “[...] manejo racional [...] teniendo en cuenta su capacidad de renovación, evitando su sobreexplotación y reponiéndolos cualitativa y cuantitativamente, de ser el caso”. En el caso de recursos no renovables, “[...] la explotación eficiente de los mismos, bajo el principio de sustitución de valores o beneficios reales, evitando o mitigando el impacto negativo sobre otros recursos del entorno y del ambiente”.¹⁷⁵

Otras condiciones del aprovechamiento de recursos naturales que establece la Loas, entre otros, son:

- a) cumplir con los procedimientos de Evaluación de Impacto Ambiental y los Planes de Manejo;
- b) cumplir con la retribución económica correspondiente; y
- c) mantener al día el derecho de vigencia.¹⁷⁶

¹⁷³ Loas. Artículo 28.- Los recursos naturales deben aprovecharse en forma sostenible. El aprovechamiento sostenible implica el manejo racional de los recursos naturales teniendo en cuenta su capacidad de renovación, evitando su sobreexplotación y reponiéndolos cualitativa y cuantitativamente, de ser el caso. El aprovechamiento sostenible de los recursos no renovables consiste en la explotación eficiente de los mismos, bajo el principio de sustitución de valores o beneficios reales, evitando o mitigando el impacto negativo sobre otros recursos del entorno y del ambiente.

¹⁷⁴ Loas. Artículo 2.- La presente Ley Orgánica tiene como objetivo promover y regular el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales, renovables y no renovables, estableciendo un marco adecuado para el fomento a la inversión, procurando un equilibrio dinámico entre el crecimiento económico, la conservación de los recursos naturales y del ambiente y el desarrollo integral de la persona humana.

¹⁷⁵ Loas. Artículo 28, supra nota 173.

¹⁷⁶ Loas. Artículo 29.- Las condiciones del aprovechamiento sostenible de los recursos naturales, por parte del titular de un derecho de aprovechamiento, sin perjuicio de lo dispuesto en las leyes especiales, son:

- a. Utilizar el recurso natural, de acuerdo al título del derecho, para los fines que fueron otorgados, garantizando el mantenimiento de los procesos ecológicos esenciales.
- b. Cumplir con las obligaciones dispuestas por la legislación especial correspondiente.
- c. Cumplir con los procedimientos de Evaluación de Impacto Ambiental y los Planes de Manejo de los recursos naturales establecidos por la legislación sobre la materia.
- d. Cumplir con la retribución económica correspondiente, de acuerdo a las modalidades establecidas en las leyes especiales.
- e. Mantener al día el derecho de vigencia, definido de acuerdo a las normas legales pertinentes.

Por otro lado, la Loas establece una regulación específica respecto del aprovechamiento sobre los recursos naturales por parte de las comunidades campesinas y nativas.

En primer lugar, esta Ley reconoce que las comunidades campesinas y nativas pueden beneficiarse sobre los recursos naturales (del suelo o subsuelo) de libre acceso del entorno adyacente a sus tierras. Este beneficio tiene las siguientes características:

- a) es gratuito;
- b) no es exclusivo;
- c) no puede ser opuesto a terceros ni inscrito;
- d) no puede ser reivindicado;
- e) tiene como finalidad la satisfacción de necesidades de subsistencia y usos rituales;
- f) no se puede utilizar cuando existan derechos exclusivos o excluyentes de terceros o reserva del Estado;
- g) termina cuando el Estado otorga los recursos naturales materia del beneficio.¹⁷⁷

En el marco del reconocimiento de aquel beneficio, la Ley reconoce las modalidades ancestrales de uso de los recursos naturales, siempre que no contravengan las normas de protección del medio ambiente.¹⁷⁸

En segundo lugar, Loas reconoce que estas comunidades tienen preferencia en el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales de sus tierras, salvo expresa reserva del Estado o derechos exclusivos o

¹⁷⁷ Loas. Artículo 17.- Los habitantes de una zona geográfica, especialmente los miembros de las comunidades campesinas y nativas, pueden beneficiarse, gratuitamente y sin exclusividad, de los recursos naturales de libre acceso del entorno adyacente a sus tierras, para satisfacer sus necesidades de subsistencia y usos rituales, siempre que no existan derechos exclusivos o excluyentes de terceros o reserva del Estado. Las modalidades ancestrales de uso de los recursos naturales son reconocidas, siempre que no contravengan las normas sobre protección del ambiente. El beneficio sin exclusividad no puede ser opuesto a terceros, inscrito, ni reivindicado. Termina cuando el Estado otorga los recursos naturales materia del beneficio. El entorno a que se refiere el párrafo precedente abarca los recursos naturales que puedan encontrarse en el suelo y subsuelo y los demás necesarios para la subsistencia o usos rituales.

¹⁷⁸ Loas. Artículo 17, supra nota 177.

excluyentes. Esta preferencia se da sobre aquellas tierras que se encuentren debidamente tituladas.¹⁷⁹

- TUO de la Ley General de Minería y Ley 27015, Ley Especial que Regula el Otorgamiento de Concesiones Mineras en Áreas Urbanas y de Expansión Urbana:

Esta Ley reconoce que el Estado, a través de la actividad empresarial, puede aprovechar los recursos minerales, al igual que los particulares.¹⁸⁰

Sin embargo, la Constitución de 1993, posterior a la promulgación de dicha Ley, limitó toda actividad empresarial del Estado a razones de alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional. De ahí que el Estado a la fecha no pueda realizar actividad empresarial sobre los recursos mineros, salvo autorización por ley expresa y subsidiariamente.¹⁸¹

Los particulares pueden aprovechar los recursos minerales a través de la concesión minera. Esta otorga un derecho real para explorar y explotar dichos recursos.¹⁸² Para ejercer dicho derecho, sin embargo, no basta de la concesión, la Ley exige otros requisitos. Entre estos, se encuentra el acuerdo previo con el propietario de las tierras que serán utilizadas para las actividades mineras.

¹⁷⁹ Loas. Artículo 18.- Las comunidades campesinas y nativas tienen preferencia en el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales de sus tierras, debidamente tituladas, salvo expresa reserva del Estado o derechos exclusivos o excluyentes de terceros.

¹⁸⁰ TUO de la Ley General de Minería. Artículo II.- El aprovechamiento de los recursos minerales se realiza a través de la actividad empresarial del Estado y de los particulares, mediante el régimen de concesiones.

¹⁸¹ Constitución Política de Perú. Artículo 60.- El Estado reconoce el pluralismo económico. La economía nacional se sustenta en la coexistencia de diversas formas de propiedad y de empresa. Sólo autorizado por ley expresa, el Estado puede realizar subsidiariamente actividad empresarial, directa o indirecta, por razón de alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional. [...].

¹⁸² TUO de la Ley General de Minería. Artículo 9.- La concesión minera otorga a su titular el derecho a la exploración y explotación de los recursos minerales concedidos, que se encuentren dentro de un sólido de profundidad indefinida, limitado por planos verticales correspondientes a los lados de un cuadrado, rectángulo o poligonal cerrada, cuyos vértices están referidos a coordenadas Universal Transversal Mercator (UTM). La concesión minera es un inmueble distinto y separado del predio donde se encuentre ubicada. Las partes integrantes y accesorias de la concesión minera siguen su condición de inmueble aunque se ubiquen fuera de su perímetro, salvo que por contrato se pacte la diferenciación de las accesorias. Son partes integrantes de la concesión minera, las labores ejecutadas tendientes al aprovechamiento de tales sustancias. Son partes accesorias, todos los bienes de propiedad del concesionario que estén aplicados de modo permanente al fin económico de la concesión.

Artículo 10.- La concesión minera otorga a su titular un derecho real, consistente en la suma de los atributos que esta Ley reconoce al concesionario. Las concesiones son irrevocables, en tanto el titular cumpla las obligaciones que esta ley exige para mantener su vigencia.

El titular de la concesión minera requiere el permiso para la utilización de las tierras donde llevará a cabo sus actividades. Sin embargo, en caso el propietario de las tierras no quiera dar dicha autorización, la Ley reconoce al concesionario los siguientes derechos, entre otros:

- a) a solicitar el establecimiento de servidumbres en terrenos de terceros, previa indemnización justipreciada; y
- b) a solicitar la expropiación de inmuebles destinados a otro fin económico, previo indemnización justipreciada, en tanto se acredite la mayor importancia de la industria minera sobre la actividad afectada.¹⁸³

La Ley, además, establece que si la servidumbre enerva el derecho de propiedad, de oficio o a petición del propietario afectado, la autoridad minera dispondrá la expropiación de los terrenos, previo pago de la compensación o justiprecio.¹⁸⁴

Como señala Belaunde, las normas sobre expropiaciones, sin embargo, han sido derogadas tácitamente con la Constitución de 1993, que prevé que la expropiación solo procede por causa de *seguridad nacional* o *necesidad pública*.¹⁸⁵ Por lo menos, en lo que respecta a la expropiación de inmuebles del artículo 37, inciso 7 de la Ley, la Resolución 1345-95-EM/CM del Consejo de Minería considera que dicha norma ya no está vigente. Ello en virtud de que el artículo V de la Ley señala que la minería es de utilidad pública y la promoción de sus inversiones de interés nacional, no

¹⁸³ TUO de la Ley General de Minería. Artículo 37.- Los titulares de concesiones, gozan de los siguientes atributos: [...] 3. A solicitar a la autoridad minera, autorización para establecer servidumbres en terrenos de terceros que sean necesarios para la racional utilización de la concesión. La servidumbre se establecerá previa indemnización justipreciada si fuere el caso. [...] 7. A solicitar la expropiación, previa indemnización justipreciada, de los inmuebles destinados a otro fin económico, si el área fuera necesaria, a juicio de la autoridad minera, para la racional utilización de la concesión y se acredite la mayor importancia de la industria minera sobre la actividad afectada.

¹⁸⁴ TUO de la Ley General de Minería. Artículo 37, inciso 7, supra nota 183.

¹⁸⁵ Constitución Política del Perú. Artículo 70.- El derecho de propiedad es inviolable. El Estado lo garantiza. Se ejerce en armonía con el bien común y dentro de los límites de ley. A nadie puede privarse de su propiedad sino, exclusivamente, por causa de seguridad nacional o necesidad pública, declarada por ley, y previo pago en efectivo de indemnización justipreciada que incluya compensación por el eventual perjuicio. Hay acción ante el Poder Judicial para contestar el valor de la propiedad que el Estado haya señalado en el procedimiento expropiatorio.

cumpliendo con los requisitos establecidos por la Constitución para que proceda la expropiación (2011: 97-98).

Otro derecho reconocido por la Ley a favor de los concesionarios mineros es el derecho a usar las aguas que sean necesarias para el servicio doméstico de su personal y para las actividades mineras.¹⁸⁶

Por otro lado, vale la pena recurrir a otra ley que reconoce beneficios, en este caso, no para los concesionarios mineros, sino para las personas que habitan las ciudades. Este es el caso de la Ley 27015, Ley Especial que Regula el Otorgamiento de Concesiones Mineras en Áreas Urbanas y de Expansión Urbana.

La Ley 27015 prohíbe el otorgamiento de concesiones mineras y la solicitud de petitorios mineros en áreas urbanas, salvo autorización de Ley especial.

Artículo 1.- Limitaciones en áreas urbanas

- 1.1 No se otorgarán títulos de concesión minera metálica y no metálica, ni se admitirán solicitudes de petitorios mineros en áreas urbanas que hayan sido o sean calificadas como tales por ordenanza municipal expedida por la Municipalidad Provincial, de acuerdo con los procedimientos y parámetros dispuestos por el Reglamento de Acondicionamiento Territorial, Desarrollo Urbano y Medio Ambiente, aprobado por el Decreto Supremo N° 007-85-VC, publicado el 20 de febrero de 1985; y que descansen en criterios netamente urbanísticos, conforme a las normas sobre la materia.
- 1.2 Excepcionalmente, mediante una Ley Especial se autorizará la admisión de petitorios y el otorgamiento de concesiones mineras en áreas urbanas.

La Ley 27015 también prohíbe, en zonas urbanas y de expansión urbana, la imposición de servidumbres en terrenos de terceros necesarios para la utilización de la concesión minera, salvo acuerdo expreso con el propietario.¹⁸⁷

¹⁸⁶ TUO de la Ley General de Minería. Artículo 37.- Los titulares de concesiones, gozan de los siguientes atributos: [...] 8. A usar las aguas que sean necesarias para el servicio doméstico del personal de trabajadores y para las operaciones de la concesión, de conformidad con las disposiciones legales sobre la materia.

¹⁸⁷ Ley 27015. Artículo 4.- No imposición de servidumbres. En áreas urbanas o de expansión urbana no procede la imposición de servidumbres con fines mineros, salvo acuerdo expreso con el propietario del predio.

De esta forma, se hace una distinción, injustificada, entre las personas que habitan en áreas urbanas de las que viven en áreas rurales. La consecuencia de ello es que solo las últimas sufrirán los impactos inmediatos de las actividades mineras, siendo la contaminación una de las más graves.

Lo anterior constituye una discriminación contra los pueblos indígenas, quienes en su mayoría desarrollan sus formas de vida, en gran parte, en zonas rurales. Resulta incluso más grave si se toma en cuenta que las fuentes de subsistencia física y cultural de dichos pueblos, se encuentran en estas zonas. Estas fuentes se materializan en recursos naturales, como las cabeceras de cuenca, lagunas, bosques, tierras con capacidad agrícola, etc., que son gravemente afectados por las actividades mineras.

Asimismo, la propiedad de las personas que habitan las zonas urbanas o de expansión urbana queda blindada frente a las actividades mineras, cuyos titulares no tienen derecho de solicitar servidumbres sobre ella. Por el contrario, la propiedad territorial de los pueblos indígenas, que abarca las tierras y los recursos necesarios para su existencia, puede ser fácilmente despojada a favor de los concesionarios mineros.

– Ley de ANPs y su reglamento:

Si bien las ANPs no pueden ser adjudicadas en propiedad a particulares, esta Ley sí permite que estos puedan utilizar los recursos naturales ubicados en ellas. Para ello, clasifica las ANPs en áreas de uso directo y áreas de uso indirecto.

En las áreas de uso directo, la Ley permite la investigación científica no manipulativa, la recreación y el turismo, más no la extracción de recursos naturales ni modificaciones al ambiente natural. En las áreas de uso indirecto,

permite el aprovechamiento o extracción de recursos naturales, según sus planes de manejo.¹⁸⁸

La Ley establece que el aprovechamiento de los recursos naturales en las ANPs solo podrá ser autorizado si es compatible con la categoría, la zonificación asignada y el Plan Maestro del área, siempre que no perjudique el cumplimiento de sus fines.¹⁸⁹

Con respecto a los pueblos indígenas, la Ley establece una regulación especial. Además de reconocerles su derecho de propiedad ancestral, como señalé líneas arriba, establece que la administración del ANP dará atención prioritaria a garantizar los usos tradicionales y sistemas de vida de las comunidades nativas y campesinas que habitan la misma y su entorno. Es importante resaltar que la Ley también le reconoce a dichas comunidades el derecho a la libre determinación, aunque limita esta a los fines del ANP.¹⁹⁰

Adicionalmente, el Reglamento de la Ley reconoce el derecho a la consulta y al consentimiento previo, libre e informado de los pueblos indígenas antes del establecimiento y categorización de una ANP propuesta sobre su

¹⁸⁸ Ley de ANPs. Artículo 21.- De acuerdo a la naturaleza y objetivos de cada Area Natural Protegida, se asignará una categoría que determine su condición legal, finalidad y usos permitidos. Las Areas Naturales Protegidas contemplan una gradualidad de opciones que incluyen:

a. Áreas de uso indirecto. Son aquellas que permiten la investigación científica no manipulativa, la recreación y el turismo, en zonas apropiadamente designadas y manejadas para ello. En estas áreas no se permite la extracción de recursos naturales, así como modificaciones y transformaciones del ambiente natural. Son áreas de uso indirecto los Parques Nacionales, Santuarios Nacionales y los Santuarios Históricos.

b. Áreas de uso directo. Son aquellas que permiten el aprovechamiento o extracción de recursos, prioritariamente por las poblaciones locales, en aquellas zonas y lugares y para aquellos recursos, definidos por el plan de manejo del área. Otros usos y actividades que se desarrollen deberán ser compatibles con los objetivos del área. Son áreas de uso directo las Reservas Nacionales, Reservas Paisajísticas, Refugios de Vida Silvestre, Reservas Comunales, Bosques de Protección, Cotos de Caza y Áreas de Conservación Regionales.

¹⁸⁹ Ley de ANPs. Artículo 27.

¹⁹⁰ Ley de ANPs. Artículo 31.- La administración del área protegida dará una atención prioritaria a asegurar los usos tradicionales y los sistemas de vida de las comunidades nativas y campesinas ancestrales que habitan las Áreas Naturales Protegidas y su entorno, respetando *su libre determinación* [la cursiva es mía], en la medida que dichos usos resulten compatibles con los fines de las mismas. El Estado promueve la participación de dichas comunidades en el establecimiento y la consecución de los fines y objetivos de las áreas Naturales Protegidas.

territorio.¹⁹¹ Esto solo se alinea con el reconocimiento de la Ley de los derechos de propiedad ancestrales de dichos pueblos, así como con el Derecho Internacional de los Pueblos Indígenas, que exige tanto de la consulta como del consentimiento ante cualquier restricción de sobre el territorio.

– Ley de Recursos Hídricos y su Reglamento:

Esta Ley reconoce tres tipos de uso de agua por parte de los particulares: uso primario, uso poblacional y uso productivo; siendo este el orden de prioridad para su otorgamiento y ejercicio.¹⁹²

El uso primario es directo de las fuentes naturales y cauces públicos, con la finalidad de satisfacer necesidad humanas primarias: preparación de alimentos, consumo directo, aseo personal, uso en ceremonias culturales, religiosas y rituales.¹⁹³ Los particulares no requieren de otorgamiento de ningún tipo de derecho de agua, se ejerce de manera gratuita, está restringido a medios manuales y su uso no puede tener fin lucrativo.¹⁹⁴

El uso poblacional se da por la captación del agua de una fuente o red pública, cuya finalidad es satisfacer necesidad humanas básicas: preparación de alimentos y hábitos de aseo personal. A diferencia, del uso primario, su utilización sí requiere el otorgamiento de derechos de uso por parte de la Ana.¹⁹⁵

¹⁹¹ Ley de ANPs. Artículo 43.- Procedimientos de consulta para su creación. 43.1 El proceso para la categorización definitiva o el de establecimiento de un área Natural Protegida, se debe realizar en base a procesos transparentes de consulta a la población local interesada, donde se incluye a las comunidades campesinas o nativas de acuerdo a los procedimientos de consulta establecidos en el *_Convenio N° 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes_* de la Organización Internacional del Trabajo - OIT. En estos últimos casos dicha participación se realiza en particular a través de sus organizaciones locales y utilizando en lo posible el idioma más relevante del lugar. 43.2 Se pueden establecer Áreas Naturales Protegidas o categorizarlas definitivamente sobre predios de propiedad comunal, si es que se cuenta con el consentimiento previo dado libremente y con pleno conocimiento de causa de los propietarios de los mismos, cuyos derechos fundamentales se reconocen explícitamente en el dispositivo de creación. [...]. 43.3 En caso de existir indicios razonables de la existencia de grupos humanos en aislamiento voluntario o de contacto inicial o esporádico, el dispositivo de creación del Área Natural Protegida salvaguarda sus derechos de propiedad y otros derechos adquiridos.

¹⁹² Ley de Recursos Hídricos. Artículo 35.

¹⁹³ Ley de Recursos Hídricos. Artículo 36.

¹⁹⁴ Ley de Recursos Hídricos. Artículo 37.

¹⁹⁵ Ley de Recursos Hídricos. Artículo 39.

El uso productivo se da por la utilización del agua en procesos de producción o previos a estos. Para su utilización, se requiere el otorgamiento de derechos de uso de agua por la Ana.¹⁹⁶ La Ley prevé algunos tipos de uso productivo, entre los que se encuentran el agrario, energético, industrial, minero, turístico y de transporte.¹⁹⁷

En caso de concurrencia de solicitudes de otorgamientos de derechos de agua para usos productivos, el reglamento de la Ley establece un orden de preferencia. En primer lugar, está el agrario, acuícola y pesquero; en segundo, el energético, industrial, medicinal y minero; en tercer lugar, el recreativo, turístico y transporte; y en cuarto, los otros.¹⁹⁸

Para los usos poblacional y productivo, que requieren el otorgamiento de derechos de agua por el Ana, los titulares de estos derechos están obligados al pago de una retribución económica al Estado.¹⁹⁹

Interesa también poner en relieve que, al igual que la Ley General de Minería, la Ley de Recursos Hídricos también prevé el acuerdo previo entre los titulares de los derechos de aprovechamiento y los propietarios de los terrenos. Específicamente, la Ley requiere que toda exploración de agua subterránea que implique perforaciones cuente con la autorización del propietario del área a explorar, además de la autorización previa del Ana.²⁰⁰

De igual manera, el reglamento de la Ley exige, a los solicitantes de una autorización de ejecución de obras hidráulicas en terrenos de comunidades campesinas y nativas, el acuerdo previo con estas para utilizar dichas

¹⁹⁶ Ley de Recursos Hídricos. Artículo 42.

¹⁹⁷ Ley de Recursos Hídricos. Artículo 43.

¹⁹⁸ Reglamento de la Ley de Recursos Hídricos. Artículo 62, numeral 62.1.

¹⁹⁹ Reglamento de la Ley de Recursos Hídricos. Artículo 91.- Tecnología ancestral y licencia de uso de agua en bloque de las comunidades campesinas y comunidades nativas. La Autoridad Nacional del Agua promueve el uso y rescate de las tecnologías, innovaciones, prácticas y conocimientos ancestrales sobre la conservación, la gestión y el aprovechamiento sostenible de los recursos hídricos, así como el otorgamiento de licencias de uso de agua en bloque, a favor de las comunidades campesinas y comunidades nativas.

²⁰⁰ Ley de Recursos Hídricos. Artículo 109.

tierras. Dicho acuerdo deberá incluir la indemnización correspondiente y los mecanismos de participación de beneficios que las comunidades obtendrán una vez que opere el proyecto.²⁰¹

En lo que respecta a los beneficios que la Ley y su reglamento reconocen a los pueblos indígenas, entre otros, se encuentran:

- a) respeto a los usos y costumbres de las comunidades campesinas y nativas, en tanto no se opongan a la Ley;²⁰²
- b) derecho a utilizar las aguas que discurren por sus tierras y las aguas que discurren sobre las cuencas de donde nacen aquellas, para fines económicos, de transporte, de supervivencia y culturales, siendo este un derecho imprescriptible y prevalente;²⁰³
- c) otorgamiento de licencias de uso de agua en bloque a favor de las comunidades campesinas y nativas;²⁰⁴
- d) sus organizaciones tradicionales tienen los mismos derechos que las organizaciones de usuarios;²⁰⁵
- e) derecho a la consulta respecto de las obras de infraestructura hidráulica que se proyecten ejecutar en territorios de su propiedad;²⁰⁶
- f) sus derechos inherentes de uso de agua no deben verse afectados cuando se lleven a cabo proyectos de infraestructura hidráulica;²⁰⁷
- g) indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir por la ejecución de obras de infraestructura en sus terrenos;²⁰⁸ y
- h) derecho a participar de los beneficios de la ejecución de proyectos de infraestructura hidráulica que se lleven a cabo en sus tierras.²⁰⁹

Asimismo, la Ley establece que, en las áreas habitadas por pueblos indígenas en aislamiento voluntario o contacto inicial, la Ana velará para

²⁰¹ Reglamento de la Ley de Recursos Hídricos. Artículo 221.

²⁰² Ley de Recursos Hídricos. Artículo III, numeral 5.

²⁰³ Ley de Recursos Hídricos. Artículo III, numeral 5, y artículo 64.

²⁰⁴ Reglamento de la Ley de Recursos Hídricos. Artículo 91, supra nota 199.

²⁰⁵ Reglamento de la Ley de Recursos Hídricos. Artículo 32.

²⁰⁶ Reglamento de la Ley de Recursos Hídricos. Artículo 219.

²⁰⁷ Ley de Recursos Hídricos. Artículo 107.

²⁰⁸ Reglamento de la Ley de Recursos Hídricos. Artículo 220.

²⁰⁹ Ley de Recursos Hídricos. Artículo 105.

que no se otorgue ningún derecho de uso, disposición o vertimientos sobre las aguas existentes o que discurren por dichas áreas.²¹⁰

Finalmente, la Ley reconoce que ninguno de sus artículos debe interpretarse de modo que menoscabe los derechos reconocidos por el Convenio 169 de la OIT.²¹¹

– Ley Forestal y de Fauna Silvestre:

El aprovechamiento del patrimonio forestal y silvestre de la Nación se realiza a través de los siguientes títulos habilitantes: concesiones, permisos y autorizaciones. Estos otorgan a los particulares del derecho a aprovechar los recursos forestales y de fauna silvestre; la propiedad sobre sus frutos y productos; así como el derecho a los beneficios económicos procedentes de los servicios de los ecosistemas que se desprendan de su manejo.²¹²

Entre otros deberes de los titulares de los títulos habilitantes, se encuentran:

- a) cumplir con el plan de manejo,
- b) cumplir con el pago por derechos de aprovechamiento en los plazos establecidos; y
- c) mantener durante la vigencia del título habilitante, una garantía de fiel cumplimiento de las obligaciones asumidas.²¹³

²¹⁰ Ley de Recursos Hídricos. Artículo 118.

²¹¹ Ley de Recursos Hídricos. Artículo 64.

²¹² Ley Forestal y de Fauna Silvestre. Artículo 60.- Naturaleza jurídica y alcances y condiciones de los títulos habilitantes. Son títulos habilitantes las concesiones, permisos y autorizaciones forestales o de fauna silvestre. Los títulos habilitantes son actos de naturaleza administrativa mediante los cuales el Estado otorga a particulares el derecho de aprovechamiento de los recursos forestales y de fauna silvestre y derecho a los beneficios económicos procedentes de los servicios de los ecosistemas que se desprendan de su manejo. [...] Para cada tipo de título habilitante, la presente Ley y su reglamento establecen las condiciones y limitaciones para ejercer el derecho de uso y disfrute y para obtener la propiedad de frutos y productos.

²¹³ Ley Forestal y de Fauna Silvestre. Artículo 61.- Deberes y responsabilidades generales aplicables a los titulares de títulos habilitantes. Los titulares de títulos habilitantes tienen las siguientes obligaciones y deberes:

- a. Utilizar el recurso forestal y de fauna silvestre para los fines que le fue otorgado, garantizando el mantenimiento de los procesos ecológicos esenciales.
- b. Cumplir con las obligaciones establecidas en la presente Ley, su reglamento y el correspondiente contrato.
- c. Cumplir con el plan de manejo sujeto a verificación en el área del título habilitante.
- d. Cumplir con el pago por derechos de aprovechamiento en los plazos establecidos.

Para las concesiones forestales, la Ley exige que los solicitantes de estos títulos acrediten fehacientemente su capacidad técnica y financiera para manejar sostenible el área concesionada.²¹⁴ Por otro lado, los titulares de las concesiones para la conservación no tienen que pagar el derecho de aprovechamiento, salvo que realicen otras actividades a las de conservación, previstos en su plan de manejo.²¹⁵

Entre las causales de caducidad de los títulos habilitantes que la Ley establece, se encuentran:

- a) la extracción o movilización de recursos forestales y de fauna silvestre no autorizadas;
- b) el cambio no autorizado de uso de la tierra;
- c) causar severos perjuicios que pongan en grave riesgo al ambiente y la biodiversidad, de acuerdo a la normativa vigente;
- d) el no pago del derecho de aprovechamiento a los cuales se encuentran sujetos, dentro de los plazos establecidos en el Reglamento de la presente Ley o en el título respectivo;
- e) la realización de actividades distintas a las otorgadas en virtud del título habilitante;
- f) el incumplimiento de los compromisos de inversión acordados para el otorgamiento del título habilitante, en los casos que corresponda, salvo que se demuestre que fue causado por hechos fortuitos o de fuerza mayor.²¹⁶

e. Mantener durante la vigencia del título habilitante, incluido el período para el plan de cierre y reversión del área, una garantía de fiel cumplimiento de las obligaciones asumidas.

²¹⁴ Ley Forestal y de Fauna Silvestre. Artículo 51.- Concesión forestal. [...] El solicitante de concesión forestal acredita fehacientemente su capacidad técnica y financiera para manejar sosteniblemente la unidad concesionada. Su renovación se sujeta a las condiciones que establezca el reglamento de la presente Ley.

²¹⁵ Ley Forestal y de Fauna Silvestre. Artículo 59.- Concesiones de conservación. [...] No se paga derecho de aprovechamiento, por constituir aporte directo a la conservación de la biodiversidad y a la provisión de servicios ambientales, salvo para actividades de recreación y turismo, de extracción o colecta de especies de flora no maderable y fauna silvestre comerciales y esquemas de compensación por servicios de los ecosistemas forestales y otros ecosistemas de vegetación silvestre, cuando se desarrollen como parte del plan de manejo aprobado.

²¹⁶ Ley Forestal y de Fauna Silvestre. Artículo 153.- Causales de caducidad de los títulos habilitantes. Los derechos o títulos habilitantes para el aprovechamiento de los recursos forestales y de fauna silvestre caducan en los siguientes casos:

a. Por la presentación de información falsa en los planes de manejo de los títulos habilitantes.

Con respecto a los beneficios que la Ley otorga a los pueblos indígenas, se encuentran, entre otros, los siguientes:

- a) la zonificación en áreas utilizadas, ocupadas, posesionadas, tituladas o solicitadas, o utilizadas de alguna otra manera por las comunidades, debe ser consultadas previamente con estas según lo establecido por el Convenio 169 de la OIT;²¹⁷
- b) los desbosques que pudieran afectar a las comunidades campesinas y nativas deben ser consultados con estas según lo establecido por el Convenio 169 de la OIT;²¹⁸
- c) adjudicación en cesión de uso, a favor de las comunidades nativas, de las tierras con aptitud forestal, que les otorga el derecho exclusivo de posesión, acceso, uso, disfrute y aprovechamiento de dichas tierras, sus recursos forestales y de fauna silvestre, y los servicios de ecosistemas que en ellas se encuentren;²¹⁹
- d) derecho exclusivo de uso y aprovechamiento de los bienes y servicios de los ecosistemas forestales y otros ecosistemas de vegetación silvestre que se encuentren dentro de sus tierras tituladas o cedidas en uso;²²⁰
- e) en tierras tituladas, posesionadas o bajo cesión en uso de las comunidades, estas no requieren de ningún permiso para el aprovechamiento de recursos forestales y de fauna silvestre, siempre que sea para uso doméstico, autoconsumo o fines de subsistencia, o

-
- b. Por la extracción o movilización de recursos forestales y de fauna silvestre no autorizadas.
 - c. Por el cambio no autorizado de uso de la tierra.
 - d. Por causar severos perjuicios que pongan en grave riesgo al ambiente y la biodiversidad, de acuerdo a la normativa vigente.
 - e. Por el no pago del derecho de aprovechamiento a los cuales se encuentran sujetos, dentro de los plazos establecidos en el Reglamento de la presente Ley o en el título respectivo.
 - f. Por la realización de actividades distintas a las otorgadas en virtud del título habilitante.
 - g. Por el incumplimiento de los compromisos de inversión acordados para el otorgamiento del título habilitante, en los casos que corresponda, salvo que se demuestre que fue causado por hechos fortuitos o de fuerza mayor.

²¹⁷ Ley Forestal y de Fauna Silvestre. Artículo 26.

²¹⁸ Ley Forestal y de Fauna Silvestre. Artículo 36.

²¹⁹ Ley Forestal y de Fauna Silvestre. Artículo 76.

²²⁰ Ley Forestal y de Fauna Silvestre. Artículo 65.

- actividades de ecoturismo, siendo el reglamento el que establece la escala que no requiere este permiso;²²¹
- f) el aprovechamiento para uso doméstico, autoconsumo o fines de subsistencia no está sujeto al pago de derecho de aprovechamiento;²²²
- g) cuando se trate del aprovechamiento de los recursos forestales y de fauna silvestre para usos distintos al doméstico, autoconsumo o de subsistencia, o ecoturismo, en tierras tituladas, posesionadas o bajo cesión en uso de las comunidades, estas sí requieren título habilitante y plan de manejo,²²³ así como el pago por derecho de aprovechamiento;²²⁴
- h) las comunidades nativas determinan el ordenamiento interno y gestión de sus tierras comunales, de acuerdo con sus usos, costumbres, normas y estructura organizacional;²²⁵
- i) en áreas en trámite de reconocimiento, titulación o ampliación de tierras de comunidades campesinas y nativas, así como en áreas en trámite para el establecimiento de reservas territoriales a favor de pueblos en aislamiento voluntario o en contacto inicial, no se otorgará títulos habilitantes forestales y de fauna silvestre;²²⁶ y
- j) cuando se trate de Reservas de tierras para pueblos indígenas en aislamiento o contacto inicial, que se rigen por la Ley 28736, no se otorgan títulos habilitantes ni se autoriza el desbosque.^{227 y 228}

Cabe señalar que la Ley, además, establece que la gestión forestal y de fauna silvestre debe aplicar los principios, derechos, deberes y disposiciones del Convenio 169 de la OIT, la DNUPI y otros tratados

²²¹ Ley Forestal y de Fauna Silvestre. Artículo 66.

²²² Ley Forestal y de Fauna Silvestre. Artículo 50, literal a.

²²³ Ley Forestal y de Fauna Silvestre. Artículo 66.

²²⁴ Ley Forestal y de Fauna Silvestre. Artículo 82 y artículo 87.

²²⁵ Ley Forestal y de Fauna Silvestre. Artículo 79.

²²⁶ Ley Forestal y de Fauna Silvestre. Quinta Disposición Complementaria Final.

²²⁷ Ley Forestal y de Fauna Silvestre. Artículo 36.- El desbosque consiste en el retiro de la cobertura forestal mediante cualquier método que conlleve la pérdida del estado natural del recurso forestal, en áreas comprendidas en cualquier categoría del patrimonio nacional forestal, para el desarrollo de actividades productivas que no tengan como fines su manejo forestal sostenible, tales como la instalación de infraestructura, la apertura de vías de comunicación, incluyendo caminos de acceso a áreas de producción forestal, la producción o transporte de energía, así como operaciones energéticas, hidrocarburíferas y mineras. [...].

²²⁸ Ley Forestal y de Fauna Silvestre. Artículo 27, literal d, numeral 1.

internacionales.²²⁹ Asimismo, reconoce que su aplicación debe respetar el derecho a la consulta previa, libre e informada de los pueblos indígenas, de conformidad aquellos instrumentos internacionales, con la jurisprudencia de la Corte IDH y las sentencias del TC.²³⁰

- Reglamento de la Ley del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios:

Este Reglamento reconoce a los pueblos indígenas lo siguiente:

- a) la propiedad comunal sobre la tierra;²³¹
- b) uso sobre los recursos naturales;²³²
- c) derecho a participar en los beneficios que reporte el uso o aprovechamiento de los recursos naturales de sus ámbitos geográficos,²³³ y
- d) derecho a una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir, resultado del uso o aprovechamiento de los recursos naturales de sus ámbitos geográficos.²³⁴

²²⁹ Ley Forestal y de Fauna Silvestre. Artículo II.

²³⁰ Ley Forestal y de Fauna Silvestre. Artículo II, numeral 3.

²³¹ Ley del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios. Séptima Disposición Complementaria, Transitoria y Final. Garantías a la Propiedad comunal y del derecho a la tierra de los pueblos indígenas. El Estado brinda las garantías establecidas por Ley y por la Constitución Política del Perú a la propiedad comunal. El Estado, en el marco de su obligación de proteger el *derecho de los pueblos indígenas a la tierra* [la cursiva es mía], establecido en la Parte II del Convenio 169 de la OIT, así como al uso de los recursos naturales que les corresponden conforme a Ley, adopta las siguientes medidas:

- a) Cuando excepcionalmente los pueblos indígenas requieran ser trasladados de las tierras que ocupan se aplicará lo establecido en el artículo 16 del Convenio 169 de la OIT, así como lo dispuesto por la legislación en materia de desplazamientos internos.
- b) No se podrá almacenar ni realizar la disposición final de materiales peligrosos en tierras de los pueblos indígenas, ni emitir medidas administrativas que autoricen dichas actividades, sin el consentimiento de los titulares de las mismas, debiendo asegurarse que de forma previa a tal decisión reciban la información adecuada, debiendo cumplir con lo establecido por la legislación nacional vigente sobre residuos sólidos y transporte de materiales y residuos peligrosos.

²³² Ley del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios. Séptima Disposición Complementaria, Transitoria y Final, supra nota 231.

²³³ Ley del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios. Décima Disposición Complementaria, Transitoria y Final.

²³⁴ Ley del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios. Séptima Disposición Complementaria, Transitoria y Final, supra nota 231.

3.2 **Leyes especiales sobre pueblos indígenas**

Las leyes especiales sobre pueblos indígenas regulan, básicamente, su personería jurídica y su territorio. El término *territorio*, sin embargo, ha dejado de ser empleado desde los años noventa, siendo reemplazado por el de *tierras*.

El cambio de terminología calza bien con el paradigma analizado. Como señalé anteriormente, para bajo este paradigma, la propiedad sobre las tierras comunales reconocido por el artículo 88 de la Constitución no alcanza a los recursos naturales que se encuentran en ellas. Estos, pues, son patrimonio de la Nación.

Pese a ello, intentaré analizar si las leyes sobre pueblos indígenas hacen referencia de alguna manera a quién es el titular de la propiedad de los recursos naturales, el titular de la potestad para decidir sobre ellos y quiénes son los beneficiarios.

Las leyes especiales que analizaré en este apartado son:

1. Decreto Ley 22175, Ley de Comunidades Nativas y de Desarrollo Agrario de la Selva y Ceja de Selva (en adelante, Ley de Comunidades Nativas);
2. Ley 24656, Ley General de Comunidades Campesinas (en adelante, Ley de Comunidades Campesinas);
3. Ley 26505, Ley de la Inversión Privada en el Desarrollo de las Actividades Económicas en las Tierras del Territorio Nacional y de las Comunidades Campesinas y Nativas (en adelante, Ley de Tierras);
4. Ley 28736, Ley para la Protección de los Pueblos Indígenas u Originarios en Situación de Aislamiento y en Situación de Contacto Inicial (en adelante, Ley de Piaci);

3.2.1 **Titular de la propiedad sobre los recursos naturales**

- Ley de Comunidades Nativas:

Esta Ley establece el deber del Estado de garantizar la integridad de la propiedad territorial de las comunidades nativas,²³⁵ reconociendo que esta es inalienable, imprescriptible e inembargable.²³⁶

Sin embargo, para esta Ley, las tierras con aptitud forestal que se encuentren en territorio de comunidades nativas serán cedidas en uso, y no en propiedad.²³⁷ Sobre este punto, es importante recordar que su antecesora, el Decreto Ley 20653, del mismo nombre, no establecía este trato diferenciado sobre las tierras que conformaran el territorio de las comunidades nativas.

Como señala Ballón, el Decreto Ley 20653, derogado por la Ley de Comunidades Nativas vigente, reconoció una propiedad comunal que abarca “[...] el conjunto de recursos que ellas utilizan y fundamentalmente los que son más importantes: los forestales” (1989: 105).

De ahí que la actual Ley de Comunidad Nativas, quizás no modificada por olvido del legislador, señala en su texto lo siguiente:

Artículo 23.-

Los funcionarios y empleados públicos, quedan obligados, bajo responsabilidad civil y penal, a dar curso inmediato a las denuncias presentadas por comuneros nativos referentes [a] [...] ocupación o explotación ilícita de recursos naturales *pertenecientes* [el subrayado es mío] a la Comunidad u otros hechos o acciones que le perjudique.

– Ley de Comunidades Campesinas:

Esta Ley reconoce la integridad del derecho de propiedad territorial de las comunidades campesinas,²³⁸ así como su carácter inalienable, imprescriptible e inembargable.²³⁹

La Ley no hace ninguna mención respecto a quién tiene la propiedad sobre el resto de recursos naturales distintos a la *tierra*.

²³⁵ Ley de Comunidades Nativas. Artículo 10.

²³⁶ Ley de Comunidades Nativas. Artículo 13.

²³⁷ Ley de Comunidades Nativas. Artículo 11.

²³⁸ Ley de Comunidades Campesinas. Artículo 1.

²³⁹ Ley de Comunidades Campesinas. Artículo 7.

– Ley de Tierras:

Esta Ley define el concepto constitucional *tierras*, señalando que comprende a todo predio susceptible de tener uso agrario. En esta categoría, se ubican las tierras de uso agrícola, de pastoreo, con recursos forestales y de fauna, eriazas, entre otras.²⁴⁰

La única propiedad que esta Ley reconoce es sobre la tierra, al que toda persona natural o jurídica, nacional o extranjera, tiene libre acceso.²⁴¹

Es importante mencionar que esta Ley fue aprobada por mayoría calificada de acuerdo con el artículo 106 de la Constitución Política de 1993. Ella misma establece que su modificación o derogación debe efectuarse por otra norma legal que cumpla la misma formalidad.²⁴²

– Ley de Piaci:

Esta Ley establece que, recién cuando los Piaci adopten el sedentarismo como modo de vida, se les reconocerá el derecho de propiedad sobre las tierras que poseen (artículo 4, literal, d).²⁴³ De esto se puede desprender que, quien tiene la propiedad sobre dichas tierras, por el momento, es la Nación.

3.2.2 Titular de la potestad para decidir sobre los recursos naturales

– Ley de Comunidades Campesinas:

²⁴⁰ Ley de Tierras. Artículo 2. El concepto constitucional "tierras" en el régimen agrario, comprende a todo predio susceptible de tener uso agrario. Entre otras, están comprendidas las tierras de uso agrícola, de pastoreo, las tierras con recursos forestales y de fauna, las tierras eriazas, así como, las riberas y márgenes de álveos y cauces de ríos, y en general, cualquier otra denominación legal que reciba el suelo del territorio peruano. El régimen jurídico de las tierras agrícolas se rige por el Código Civil y la presente Ley.

²⁴¹ Ley de Tierras. Artículo 4.

²⁴² Ley de Tierras. Tercera Disposición Final. La presente Ley se aprueba por mayoría calificada de acuerdo con lo previsto en el Artículo 106 de la Constitución Política del Perú y su modificación o derogación se efectuará a través de otra norma legal expedida por el Congreso cumpliendo la misma formalidad.

²⁴³ Ley de Piaci. Artículo 4, literal d.

Esta Ley reconoce que las comunidades campesinas ejercen dominio sobre su territorio.²⁴⁴ Ello implica, entre otros:

- a) control territorial,²⁴⁵
- b) autonomía en su organización, uso de la tierra, lo económico, y administrativo,²⁴⁶
- c) regulación del acceso al uso de la tierra y otros recursos por parte de sus miembros,²⁴⁷ y
- d) delimitar las áreas de los centros poblados y las destinadas a uso agrícola, ganadero, forestal, de protección, y otros.²⁴⁸

La Ley además reconoce la potestad de las comunidades de enajenar, excepcionalmente, sus tierras, previo acuerdo de 2/3 de sus miembros calificados. Este acuerdo, sin embargo, debe ser aprobado por ley fundada en interés de la Comunidad, y pagarse el precio en dinero por las tierras por adelantado.²⁴⁹

– Ley de Tierras:

Pese a lo señalado por la Ley de Comunidades Campesinas, respecto del dominio sobre el territorio de dichas comunidades, la Ley de Tierras establece que el régimen jurídico de las tierras agrícolas se rige por el Código Civil y esta Ley.²⁵⁰ Asimismo, según esta Ley, todas las acciones judiciales respecto de derechos sobre tierras destinadas a uso agrícola, ganadero y forestal se sujetan a los procesos establecidos en el Código Civil.²⁵¹

De esta manera, los territorios de las comunidades campesinas y nativas serán regulados por leyes oficiales, siendo el Poder Judicial quien tiene la

²⁴⁴ Ley de Comunidades Campesinas. Artículo 23. Son bienes de las comunidades Campesinas:

a) El territorio comunal cuyo dominio ejercen así como las tierras rústicas y urbanas que se les adjudiquen o adquieran por cualquier título; [...].

²⁴⁵ Ley de Comunidades Campesinas. Artículo 2.

²⁴⁶ Ley de Comunidades Campesinas. Artículo 1.

²⁴⁷ Ley de Comunidades Campesinas. Artículo 4, literal b.

²⁴⁸ Ley de Comunidades Campesinas. Artículo 4, literal c.

²⁴⁹ Ley de Comunidades Campesinas. Artículo 7.

²⁵⁰ Ley de Tierras. Artículo 2.

²⁵¹ Ley de Tierras. Artículo 6.

competencia jurisdiccional sobre ellos. Es decir, es el Estado quien finalmente decide sobre las tierras de los pueblos indígenas, pese a que el artículo 149 de la Constitución reconoce a aquellas comunidades facultades jurisdiccionales sobre sus territorios, según su derecho consuetudinario.

Si alguna potestad deja la Ley a las comunidades es la de enajenar sus tierras a sus miembros a terceros, bajo las siguientes reglas:

a) comunidades campesinas de la costa:

- para la adquisición en propiedad por parte de poseionarios comuneros sobre la tierra que poseen por más de un año, se requiere el acuerdo de Asamblea General con el voto a favor no menor del cincuenta por ciento (50%) de los comuneros poseionarios con más de un año.
- para la adquisición en propiedad por parte de miembros de la comunidad no poseionarios o de terceros, así como para gravar, arrendar, o ejercer cualquier acto de disposición sobre las tierras comunales, se requiere el acuerdo de Asamblea con el voto a favor no menos del cincuenta por ciento (50%) de los miembros asistentes a la Asamblea instalada con el quórum correspondiente.²⁵²

b) comunidades de la sierra o selva:

para disponer, gravar, arrendar o ejercer cualquier acto sobre las tierras comunales, se requiere el acuerdo de Asamblea General con el voto a favor no menor de los dos tercios (2/3) de todos los miembros de la Comunidad.²⁵³

– Ley de Piaci y su Reglamento:

Esta Ley establece que al Instituto Nacional de Desarrollo de Pueblos Andinos, Amazónicos y Afroperuano (Indepa) le corresponde “[...] conducir, implementar y supervisar el régimen especial [...]” de los Piaci, sin embargo, dichas funciones ahora están a cargo del Ministerio de Cultura.²⁵⁴

²⁵² Ley de Tierras. Artículo 10.

²⁵³ Ley de Tierras. Artículo 11.

²⁵⁴ La institucionalidad estatal indígena de protección de los Piaci ha pasado por muchos cambios desde 1998, año en que se crea la Secretaría Técnica de la Comisión de Asuntos Indígenas (Setai), dependiente del Ministerio de Promoción de la Mujer y el Desarrollo Humano (Promudeh). Así, en el 2006, cuando se

Específicamente, el Reglamento le reconoce a este Ministerio, entre otras, la función, de emitir opinión técnica, relacionada con el componente social, sobre las actividades de exploración y explotación no tradicional de recursos naturales en las reservas indígenas.²⁵⁵ De esto se desprende que es el Estado quien decidirá sobre el aprovechamiento de los recursos naturales que se encuentren en los territorios de los PIACI.

3.2.3 Beneficiarios

– Ley de Comunidades Nativas:

Además de la adjudicación en cesión en uso de las tierras con aptitud forestal, señalada anteriormente, la Ley les reconoce a estas comunidades prioridad para obtener contratos de exploración y extracción forestal, y reforestación.²⁵⁶

Por otro lado, cuando se trata de Piaci, esta Ley establece que “[...] se determinará un área provisional de acuerdo a sus modos tradicionales de aprovechamiento de los recursos naturales, hasta que hayan adquirido el carácter sedentario o realice migraciones estacionales”.²⁵⁷ Si bien los Piaci pueden aprovechar los recursos naturales dentro de dichas áreas, mientras no suceda uno de estos dos hechos, el Estado no les reconocerá la propiedad sobre su territorio.

– Ley de Comunidades Campesinas:

Esta Ley establece que las entidades estatales deberán priorizar:

promulgó la Ley 28736, las funciones de protección de los Piaci fueron encargadas al Indepa, que tenía la categoría de organismo público descentralizado. Posteriormente, en el 2007, cuando se emite el Reglamento de la Ley 28736, estas funciones habían sido traspasadas a la Dirección General de Pueblos Originarios y Afroperuanos (DGPOA), órgano del Ministerio de la Mujer y Desarrollo Social (Mimdes). En el año 2008, se produjo la adscripción del Indepa al Mimdes, debido a lo cual se estipuló que toda mención a la DGPOA en la normativa debía ser entendida como una referencia al Indepa. En el año 2010, el Indepa es adscrito a la Presidencia del Consejo de Ministros (PCM); ese mismo año, después de la creación del Ministerio de Cultura (Mincul), el Indepa fue adscrito a este nuevo ministerio. En la actualidad, después de la absorción del INDEPA por el MINCUL, es este último el ente rector en materia de derechos de pueblos indígenas.

²⁵⁵ Reglamento de la Ley de Piaci. Artículo 7, literal e.

²⁵⁶ Ley de Comunidades Nativas. Artículo 27.

²⁵⁷ Ley de Comunidades Nativas. Segunda Disposición Transitoria.

- a) la promoción del aprovechamiento prioritario de las comunidades campesinas sobre los recursos naturales que se encuentran en sus territorios,²⁵⁸
- b) el apoyo y protección de la explotación de concesiones mineras otorgadas a dichas comunidades,²⁵⁹ y
- c) el apoyo y protección de las actividades que realicen las comunidades campesinas para el aprovechamiento de los recursos naturales (bosques, agua y otros) que se encuentren en sus tierras.²⁶⁰

La Ley incluso se pone en el supuesto de que las comunidades no puedan explotar directamente los recursos naturales señalados anteriormente. En este caso, establece que ellas pueden constituir empresas con terceros, con derecho de participación según el volumen de producción, el uso de los recursos naturales u otra forma consensuada que guarde justa proporción con sus aportes.²⁶¹

La Ley también reconoce a las comunidades campesinas, en caso tengan tierras insuficientes, la prioridad para la adjudicación de tierras colindantes que hayan revertido al Estado por abandono.²⁶² Asimismo, la ley les reconoce una preferencia para adquirir tierras colindantes en caso de venta o dación de pago.²⁶³ Este derecho consiste en que el propietario que sea transferir dichas tierras debe ofrecerlas primero a la comunidad, caso contrario, esta tiene el derecho de retracto.²⁶⁴

- Ley de Tierras y Decreto Supremo 017-96-AG, Reglamento del artículo 7 de la Ley 26505, referido a las Servidumbres sobre Tierras para el Ejercicio de Actividades Mineras o de Hidrocarburos (en adelante, Reglamento del artículo 7 de la Ley de Tierras):

²⁵⁸ Ley de Comunidades Campesinas. Artículo 35.

²⁵⁹ Ley de Comunidades Campesinas. Artículo 15.

²⁶⁰ Ley de Comunidades Campesinas. Artículo 15.

²⁶¹ Ley de Comunidades Campesinas. Artículo 15.

²⁶² Ley de Comunidades Campesinas. Artículo 9.

²⁶³ Ley de Comunidades Campesinas. Artículo 10.

²⁶⁴ La Ley Comunidades Campesinas establece que ellas tienen el derecho de retracto con preferencia a los demás casos señalados en el artículo 1599 del Código Civil.

Para la utilización de tierras en el marco de las actividades mineras o de hidrocarburos, esta Ley requiere el acuerdo previo con el propietario de dichas tierras. En caso los titulares de los derechos de aprovechamiento sobre dichos recursos no lleguen a un acuerdo con el propietario, pueden solicitar el establecimiento de servidumbres sobre aquellas tierras.²⁶⁵

En caso de servidumbre, la Ley requiere de indemnización previa al propietario de las tierras, que incluya la compensación por el eventual perjuicio.²⁶⁶

Esta norma es similar a la establecida por la Ley General de Minería, que no solo reconocía el derecho de los concesionarios mineros para solicitar el establecimiento de servidumbres, sino también la posibilidad de expropiaciones de oficio, en caso las servidumbres enervaran el derecho de propiedad. Sin embargo, el Reglamento del artículo 7 de la Ley de Tierras señala que, en este último caso, la solicitud de servidumbre será denegada.²⁶⁷

En caso se establezca la servidumbre, el Reglamento del artículo 7 de la Ley exige que la indemnización comprenda los siguientes conceptos:

- a) valor del área que sufrirá desmedro, que no puede ser inferior al doble del arancel;
- b) compensación monetaria por el eventual lucro cesante durante el tiempo de la afectación, calculado en función de la actividad agropecuaria más rentable que pueda desarrollarse en el predio; y
- c) valor de reposición de las obras civiles y edificaciones afectadas.²⁶⁸

Con respecto a la expropiación de tierras, la Ley limita la causal de necesidad pública, establecida en el artículo 70 de la Constitución, a la ejecución de obras de infraestructura y servicios públicos. Asimismo,

²⁶⁵ Ley de Tierras. Artículo 7.

²⁶⁶ Ley de Tierras. Artículo 7.

²⁶⁷ Reglamento del artículo 7 de la Ley de Tierras. Artículo 4.

²⁶⁸ Reglamento del artículo 7 de la Ley de Tierras. Artículo 9.

establece que el valor de las tierras expropiadas será el de mercado y el pago será previo, en dinero en efectivo.²⁶⁹

– Ley de Piaci:

La Ley reconoce a los Piaci todos los derechos establecidos por la Constitución y las leyes a favor de las comunidades nativas.²⁷⁰ Además, les reconoce, entre otros, los siguientes derechos:

- a) a poseer las tierras que ocupan;²⁷¹
- b) al libre acceso y uso extensivo de las tierras y los recursos naturales necesarios para sus actividades tradicionales de subsistencia;²⁷²
- c) a aprovechar los recursos naturales ubicados al interior de las Reservas Indígenas sin interferencias de terceros, indígenas o no,²⁷³
- d) el reconocimiento de la particular relación espiritual con su hábitat, como elemento constitutivo de su identidad;²⁷⁴ y
- e) a beneficiarse exclusivamente de las Reservas Indígenas.²⁷⁵

Debido a la situación de vulnerabilidad en la que se encuentran los Piaci, la Ley reconoce la intangibilidad de las Reservas Indígenas. Ello implica que no podrán establecerse asentamientos poblaciones distintos a los pueblos indígenas que las habitan; la prohibición de cualquier actividad distinta a los usos y costumbres ancestrales de los habitantes indígenas; y la prohibición del otorgamiento de derechos de aprovechamiento sobre recursos naturales.²⁷⁶

La prohibición del aprovechamiento sobre los recursos naturales por terceros, sin embargo, tiene una excepción. Esta consiste en que el aprovechamiento se puede llevar a cabo a través de métodos que no afecten derechos de los Piaci, y cuando el mismo resulte de necesidad pública para el Estado.²⁷⁷

²⁶⁹ Ley de Tierras. Primera Disposición Complementaria.

²⁷⁰ Ley de Piaci. Artículo 8.

²⁷¹ Ley de Piaci. Artículo 4, literal d.

²⁷² Ley de Piaci. Artículo 4, literal e.

²⁷³ Ley de Piaci. Artículo 4, literal c.

²⁷⁴ Ley de Piaci. Artículo 4, literal c.

²⁷⁵ Ley de Piaci. Artículo 5, literal d.

²⁷⁶ Ley de Piaci. Artículo 5, literales a, b y c.

²⁷⁷ Ley de Piaci. Artículo 5, literal c.

CAPÍTULO IV:

**ANÁLISIS CRÍTICO DEL PARADIGMA DEL DOMINIO
EMINENCIAL A LA LUZ DEL PARADIGMA DE LOS
DERECHOS INDÍGENAS**



A continuación, contrastaré el paradigma del dominio eminential con el bloque de constitucionalidad identificado en el Capítulo II. Luego de ello, podré presentar mis propuestas para resolver dicha contradicción.

1. PRIMACÍA DEL PARADIGMA DE LOS DERECHOS INDÍGENAS SOBRE EL PARADIGMA DEL DOMINIO EMINENCIAL

Luego de analizar, de un lado, el paradigma del dominio eminential del Estado sobre los recursos naturales, y de otro, del paradigma de los derechos indígenas, los resultados no solo son distintos, sino contradictorios. Ello se debe a que uno se *alimenta* del Derecho Internacional de los Pueblos Indígenas, por el principio *pacta sunt servanda*, y el otro, de la normativa interna, proveniente básicamente del Derecho Administrativo.

Para solucionar el conflicto entre ambos paradigmas, corresponde aplicar el principio de jerarquía normativa y el principio pro indígena, con la finalidad de determinar cuál de los dos debe aplicarse en el ordenamiento jurídico peruano.

Según el principio de jerarquía normativa, el bloque de constitucionalidad que reconoce la potestad de los pueblos indígenas para decidir sobre los recursos naturales prima sobre el paradigma proveniente del Derecho Administrativo. Ello se debe a que dicho bloque de constitucionalidad está conformado por fuentes de Derecho jerárquicamente superiores a las que utiliza el segundo paradigma. Este último interpreta la Constitución de espaldas a los tratados sobre derechos humanos –según la interpretación que de ellos realizan los órganos supranacionales– y a la DNUPI, recurriendo solamente a las leyes, la doctrina y la jurisprudencia del TC.

La fuerza del principio de jerarquía normativa tiene como consecuencia que el paradigma de los derechos indígenas pueda modificar el paradigma del

dominio eminential (fuerza activa), y que no pueda ser modificado por este (fuerza pasiva).

Si, de manera excepcional, existe alguna norma del paradigma del dominio eminential que garantice mejor la potestad de los pueblos indígenas para decidir sobre los recursos naturales, en comparación de las normas del Derecho internacional, entonces aquella debe primar, en aplicación del principio pro indígena.

2. CONTRASTE ENTRE EL PARADIGMA DEL DOMINIO EMINENCIAL Y EL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD

Vale la pena contrastar el contenido de las normas de cada paradigma analizado. No pretendo realizar este ejercicio con todas las normas sobre recursos naturales, pero sí por lo menos donde la contradicción requiere propuestas urgentes. Aprovecho así para presentar mis propuestas de reinterpretación del paradigma del dominio eminential, a la luz del bloque de constitucionalidad que reconoce la potestad de los pueblos para decidir sobre los recursos naturales.

Para efectos del siguiente análisis, denominaré al paradigma proveniente del Derecho Internacional de los Pueblos Indígenas *paradigma DIPI*; y al paradigma proveniente de la teoría del dominio eminential del Estado, *paradigma DEE*.

2.1 *Reinterpretación de las disposiciones Constitucionales*

2.1.1 Propiedad y potestad sobre los recursos naturales

Artículo 66.- Los recursos naturales, renovables y no renovables, son patrimonio de la Nación. El Estado es soberano en su aprovechamiento. Por ley orgánica se fijan las condiciones de su utilización y de su otorgamiento a particulares. La concesión otorga a su titular un derecho real, sujeto a dicha norma legal.

El paradigma DEE interpreta que, en virtud del artículo 66 de la Constitución, la Nación tiene la propiedad sobre todos los recursos naturales, con excepción de las *tierras*; y que el Estado es el único que puede tener las potestades normativas, ejecutivas y jurisdiccionales sobre los mismos.

Ello, sin embargo, contradice la potestad que el paradigma DIPI reconoce a los pueblos indígenas sobre los recursos naturales. Bajo este paradigma, el artículo 66 debe ser interpretado de la siguiente manera:

- La Nación es propietaria de los recursos naturales, salvo de aquellos que sean propiedad de los pueblos indígenas.
- La soberanía del Estado sobre los recursos naturales tiene como límite la potestad de los pueblos indígenas para decidir (i) sobre los recursos naturales que son de su propiedad, así como (ii) sobre los recursos que, sin serlo, su afectación implica un impacto profundo en aquellos. Sobre los que son de su propiedad, los pueblos tienen funciones normativas, administrativas, y jurisdiccionales. Sobre los que no son de su propiedad, los pueblos pueden otorgar o no su consentimiento previo, libre e informado para su utilización.

2.1.2 Propiedad Comunal

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

El paradigma DEE interpreta que la propiedad comunal reconocida en el artículo 88 de la Constitución alcanza solo a las *tierras*.

Bajo el paradigma DIPI, sin embargo, el Convenio 169 de la OIT y el TC ya señalaron que el término *tierras* de dicho artículo implica el concepto de territorio. Por lo tanto, el artículo 88 debe ser interpretado de la siguiente manera:

- El Estado garantiza la propiedad colectiva sobre el territorio ocupado por la comunidad o pueblo indígena, que incluye tanto las tierras como los recursos naturales que forman parte de su hábitat.

2.1.3 Autonomía en el uso y libre disposición de las tierras

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

El paradigma DEE, específicamente a través de la Ley de Tierras, interpreta que la autonomía reconocida a las comunidades campesinas y nativas en el uso y libre disposición de sus tierras les permite enajenar las mismas.

Bajo el paradigma DIPI, dichas normas deben ser interpretadas de la siguiente manera:

- El término *tierras* comprende el concepto de *territorio*, como lo ha señalado el Convenio 169 de la OIT y el propio TC.
- El territorio colectivo de los pueblos indígenas es permanente e inalienable, salvo mutuo consentimiento entre el Estado y dichos pueblos, cuando estos tengan pleno conocimiento y apreciación de la naturaleza o atributos del bien. Ello, en tanto la el territorio de un pueblo servirá para las generaciones futuras.
- La autonomía de las comunidades campesinas y nativas en el uso y libre disposición de sus tierras no autoriza la enajenación de las mismas, en tanto su territorio es inalienable. Dicha autonomía les permite ordenar su territorio según sus costumbres, tradiciones y sistemas de tenencia propias sobre las tierras y recursos naturales.

2.1.4 Prescripción de tierras en caso de abandono

Artículo 89.- Las Comunidades Campesinas y las Nativas tienen existencia legal y son personas jurídicas.
Son autónomas en su organización, en el trabajo comunal y en el uso y la libre disposición de sus tierras, así como en lo económico y administrativo, dentro del marco que la ley establece.

La propiedad de sus tierras es imprescriptible, salvo en el caso de abandono previsto en el artículo anterior.
El Estado respeta la identidad cultural de las Comunidades Campesinas y Nativas.

Asimismo, la literalidad de la Constitución señala que dichas tierras pueden prescribir, en caso de abandono, a favor del Estado para su adjudicación. Bajo el paradigma DIPI, dicha norma debe ser inaplicada, pues las tierras de las comunidades campesinas y nativas son permanentes, y por tanto no prescriben.

2.1.5 Expropiación

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

El paradigma DEE, a través de la Ley de Tierras, interpreta que la propiedad, incluida la de los pueblos indígenas puede ser expropiada por causa de seguridad nacional o de necesidad pública, declarada por ley y previo pago en efectivo de una indemnización justipreciada que incluya compensación por el eventual perjuicio.

Bajo el paradigma DIPI, dicha norma debe ser interpretada de la siguiente manera:

- Cuando se trata de pueblos indígenas, sus territorios solo pueden ser afectados si el Estado cumple los requisitos previstos por el Derecho Internacional, establecidos para dichos efectos.
- En tanto el territorio indígena es inalienable, se requerirá el consentimiento mutuo entre el Estado y los pueblos, cuando estos tengan conocimiento y apreciación de los atributos de dicho bien.

2.2 Reinterpretación de las disposiciones legales

2.2.1 Loas

– Artículo 6

El Estado es soberano en el aprovechamiento de los recursos naturales. Su soberanía se traduce en la competencia que tiene para legislar y ejercer funciones ejecutivas y jurisdiccionales sobre ellos.

El paradigma DEE interpreta el artículo 6 de esta Ley de igual forma que el artículo 66 de la Constitución, respecto de que la Nación es la propietaria de los recursos naturales y el Estado, quien tiene la potestad exclusiva para decidir sobre los mismos. Por lo tanto, bajo el paradigma DIPI, el artículo 6 de esta Ley debe ser interpretado de la manera como ya señalé que debe ser interpretado el artículo 66 de la Constitución.

– Artículo 17

Los habitantes de una zona geográfica, especialmente los miembros de las comunidades campesinas y nativas, pueden beneficiarse, gratuitamente y sin exclusividad, de los recursos naturales de libre acceso del entorno adyacente a sus tierras, para satisfacer sus necesidades de subsistencia y usos rituales, siempre que no existan derechos exclusivos o excluyentes de terceros o reserva del Estado. Las modalidades ancestrales de uso de los recursos naturales son reconocidas, siempre que no contravengan las normas sobre protección del ambiente.

El beneficio sin exclusividad no puede ser opuesto a terceros, inscrito, ni reivindicado. Termina cuando el Estado otorga los recursos naturales materia del beneficio. El entorno a que se refiere el párrafo precedente abarca los recursos naturales que puedan encontrarse en el suelo y subsuelo y los demás necesarios para la subsistencia o usos rituales.

El artículo 17 de la Ley reconoce a los miembros de las comunidades campesinas y nativas un beneficio gratuito y exclusivo sobre los recursos naturales de libre acceso de su entorno, siempre que no existan derechos exclusivos y excluyentes de terceros o reserva del Estado, y en tanto sean utilizados para satisfacer necesidades de subsistencia o usos rituales. La Ley señala que dicho beneficio no puede ser opuesto a terceros, inscrito ni reivindicado, y termina cuando el Estado otorga los recursos naturales a terceros.

Bajo el paradigma DIPI, aquellos recursos objeto de regulación por parte del artículo 17 deben ser reconocidos como parte del territorio de los pueblos

indígenas, y por tanto, como de su propiedad. Esto porque se trata de recursos necesarios para satisfacer la subsistencia física y cultural de dichos pueblos, lo que demuestra una posesión o utilización tradicional de los mismos. Por el contrario, la Ley más bien prevé la posibilidad de que dichos recursos puedan ser enajenados a favor de terceros, poniendo en riesgo grave la vida e integridad de los pueblos indígenas.

El artículo 17 debe ser inaplicable y derogado o modificado, de tal forma que garantice la propiedad y potestad de los pueblos indígenas sobre todos los recursos que forman parte del hábitat que han ocupado, poseído o utilizado de alguna otra manera, y que son necesarios para su subsistencia física y cultural. En tanto se trata de garantizar el derecho de propiedad territorial, este podrá ser opuesto a terceros, quedando como obligación del Estado su titulación y registro.

Asimismo, en caso existan derechos exclusivos de terceros o reservas del Estado, la norma debe prever mecanismos de reparación (restitución o indemnización), en caso los pueblos indígenas hayan sido despojados de sus territorios y recursos naturales sin su consentimiento previo, libre e informado.

– **Artículo 18**

Las comunidades campesinas y nativas tienen preferencia en el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales de sus tierras, debidamente tituladas, salvo expresa reserva del Estado o derechos exclusivos o excluyentes de terceros.

El artículo 18 de esta Ley prevé una preferencia de las comunidades campesinas y nativas en el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales ubicados en sus tierras debidamente tituladas, salvo derechos exclusivos o excluyentes de terceros o reserva del Estado.

Esta norma vulnera el paradigma DIPI, pues tampoco reconoce la propiedad y potestad de los pueblos sobre aquellos recursos que se encuentran en sus territorios, sino que se limita a reconocerles una preferencia. Exige, además, que dichas tierras se encuentren tituladas,

cuando para el paradigma DIPI, la sola posesión equivale a un título pleno de dominio que otorga el Estado. Asimismo, frente a los derechos exclusivos o excluyentes de terceros o reserva del Estado, los pueblos tienen el derecho a la reparación de sus territorios y recursos naturales enajenados sin su consentimiento.

El artículo 18 de esta Ley debe ser inaplicado y derogado o modificado, bajo los mismos criterios que su artículo 17, analizado anteriormente.

2.2.2 Ley General de Minería

– Artículo 37, inciso 3

Los titulares de concesiones, gozan de los siguientes atributos:

[...]

3. A solicitar a la autoridad minera, autorización para establecer servidumbres en terrenos de terceros que sean necesarios para la racional utilización de la concesión. La servidumbre se establecerá previa indemnización justipreciada si fuere el caso.

Este artículo de la Ley General de Minería establece los derechos de los que gozan los titulares de las concesiones mineras. El inciso 3 del artículo 37 específicamente les reconoce el derecho a solicitar a la autoridad minera el establecimiento de servidumbres sobre terrenos de terceros, que sean necesarios para la utilización de su concesión. Esta norma está prevista para los casos en que los titulares mineros no puedan llegar a un acuerdo con los propietarios de los terrenos. Esta norma también puede ser utilizada cuando se trata de tierras o territorios de pueblos indígenas.

Esta norma afecta varios derechos del bloque de constitucionalidad que reconoce el paradigma de los derechos indígenas. En primer lugar, el artículo 37, inciso 3, presupone que existe una concesión minera en territorio indígena. Sin embargo, en ninguna parte de la Ley se establece la consulta ni el consentimiento previo, libre e informado de los pueblos indígenas que pueden ser afectados por dicha concesión, pese a los impactos que esta suele tener en sus territorios.

Lo anterior tiene como consecuencia que el acuerdo previo exigido entre titular minero y el propietario de las tierras se de fuera de un proceso de consulta con intervención del Estado, obligando a negociar a dos partes que se diferencian no solo económica y socialmente, sino también culturalmente. Esto último puede generar cambios en las formas de vida y pérdida del control territorial por los pueblos indígenas, toda vez que a sus territorios ingresarán personas y empresas con otras culturas y formas de ser, con poder para imponerlas.

Con respecto a la servidumbre en sí, el artículo 37 tampoco prevé las garantías o requisitos exigidos por el paradigma DIPI ante cualquier afectación al derecho de propiedad territorial de los pueblos indígenas.

Por estas razones, el artículo 37, inciso 3 de la Ley General de Minería debe ser inaplicable y derogado o modificado, de tal forma que garantice lo siguiente:

- El acuerdo previo no puede darse fuera del marco de un proceso de consulta a cargo del Estado, en el que se requiera del consentimiento de los pueblos indígenas para el otorgamiento de la concesión minera, debido a los profundos graves impactos que ella tendrá en los territorios indígenas y formas de vida de dichos pueblos.
- Toda afectación al derecho de propiedad territorial de los pueblos indígenas debe cumplir con las garantías o requisitos establecidos por el paradigma DIPI.

2.2.3 Ley Especial que Regula el Otorgamiento de Concesiones Mineras en Áreas Urbanas y de Expansión Urbana

– Artículo 1

1.1 No se otorgarán títulos de concesión minera metálica y no metálica, ni se admitirán solicitudes de petitorios mineros en áreas urbanas que hayan sido o sean calificadas como tales por ordenanza municipal expedida por la Municipalidad Provincial, de acuerdo con los procedimientos y parámetros dispuestos por el Reglamento de Acondicionamiento Territorial, Desarrollo Urbano y Medio Ambiente, aprobado por el Decreto Supremo N° 007-85-VC, publicado el 20 de febrero de 1985; y que descansen en criterios netamente urbanísticos, conforme a las normas sobre la materia.

1.2 Excepcionalmente, mediante una Ley Especial se autorizará la admisión de petitorios y el otorgamiento de concesiones mineras en áreas urbanas.

Este artículo establece que no se otorgarán concesiones mineras ni se admitirán solicitudes de petitorios mineros en áreas urbanas, salvo por autorización de Ley especial. Es decir, dichas concesiones y solicitudes, por regla general, solo podrán establecerse en zonas rurales.

En tanto los pueblos indígenas desarrollan sus actividades de subsistencia (agricultura, ganadería, etc.) básicamente en zonas rurales, dicha norma los impacta de manera significativa. Vulnera la libre determinación reconocida bajo el paradigma DIPI, en tanto se ven imposibilitados de perseguir libremente sus prioridades de desarrollo económico, social y cultural. La Ley tampoco valora la importancia de los pueblos de mantener la relación especial con sus territorios, en tanto son fuente de su subsistencia física y cultural.

Bajo el artículo 1 de esta Ley, la propiedad territorial indígena, que básicamente se encuentra en las zonas rurales, vale menos que la propiedad de las zonas urbanas, por lo que debe soportar la carga de ser impactada por las actividades mineras. De esta manera, los pueblos indígenas terminan siendo perjudicados a favor de empresas o corporaciones, sin ninguna justificación, lo que constituye una clara discriminación cultural y social, que pone en grave riesgo la vida e integridad de dichos pueblos.

Por estas razones, el artículo 1 de esta Ley debe ser inaplicable a los pueblos indígenas, derogado o modificado de tal forma que garantice:

- La libertad e igualdad de todos pueblos.
- La libertad de los pueblos para elegir sus prioridades de desarrollo.
- Mantener la relación especial pueblos-territorio.

2.2.4 Ley de Recursos Hídricos y su Reglamento

– Artículo 2

El agua constituye patrimonio de la Nación. El dominio sobre ella es inalienable e

imprescriptible. Es un bien de uso público y su administración solo puede ser otorgada y ejercida en armonía con el bien común, la protección ambiental y el interés de la Nación. No hay propiedad privada sobre el agua.

Bajo el paradigma DEE, el artículo 2 de esta Ley establece que el agua es patrimonio de la Nación y no hay propiedad privada sobre el agua. Sin embargo, bajo el paradigma DIPI, las aguas que se encuentren dentro de territorios de pueblos indígenas y sean necesarias para su subsistencia física y cultural deben ser protegidas a través del derecho de propiedad a favor de dichos pueblos.

De ahí que dicho artículo deba ser interpretado al igual que el artículo 66 de la Constitución, respecto de quién es el titular de la propiedad sobre los recursos naturales y quién tiene la potestad para decidir sobre ellos, arriba señalado.

– **Artículo 64 de la Ley y artículo 91 del Reglamento**

Ley. Artículo 64.- Derechos de comunidades campesinas y de comunidades nativas
El Estado reconoce y respeta el derecho de las comunidades campesinas y comunidades nativas de utilizar las aguas existentes o que discurren por sus tierras, así como sobre las cuencas de donde nacen dichas aguas, tanto para fines económicos, de transporte, de supervivencia y culturales, en el marco de lo establecido en la Constitución Política del Perú, la normativa sobre comunidades y la Ley.
Este derecho es imprescriptible, prevalente y se ejerce de acuerdo con los usos y costumbres ancestrales de cada comunidad.
Ningún artículo de la Ley debe interpretarse de modo que menoscabe los derechos reconocidos a los pueblos indígenas en el Convenio 169 de la Organización Internacional de Trabajo.

Reglamento. Artículo 91.- Tecnología ancestral y licencia de uso de agua en bloque de las comunidades campesinas y comunidades nativas
La Autoridad Nacional del Agua promueve el uso y rescate de las tecnologías, innovaciones, prácticas y conocimientos ancestrales sobre la conservación, la gestión y el aprovechamiento sostenible de los recursos hídricos, así como el otorgamiento de licencias de uso de agua en bloque, a favor de las comunidades campesinas y comunidades nativas.

El artículo 64 de esta Ley reconoce el derecho de las comunidades campesinas y nativas a utilizar las aguas que discurren por sus tierras, así como sobre las discurren sobre las cuencas de donde nacen las primeras. Asimismo, reconoce que se trata de un derecho imprescriptible, prevalente y que se ejerce de conformidad con los usos y costumbres ancestrales de cada comunidad.

La utilización de las aguas por parte de las comunidades campesinas y nativas, sin embargo, requiere adicionalmente el otorgamiento de licencias de uso por parte de la Ana. Así lo establece el artículo 91 del Reglamento, al señalar que el Ana promueve el otorgamiento de licencias de uso en bloque a favor de dichas comunidades. El único supuesto en el que este tipo de derechos de aprovechamiento no son requeridos es para el uso primario de las aguas, limitado a medios manuales; la preparación de alimentos; consumo directo; aseo personal; uso en ceremonias culturales, religiosas y rituales (artículo 37 de la Ley).

Bajo el paradigma DIPI, sin embargo, las aguas que discurren por las tierras de los pueblos indígenas y aquellas que discurren sobre las cuencas de donde nacen las primeras deben ser protegidas por el derecho de propiedad territorial. La Ley no les puede condicionar el uso y goce de sus aguas al otorgamiento de derechos de aprovechamiento por parte del Estado. El paradigma DIPI, además, no condiciona el derecho de propiedad a un uso para la subsistencia, sino que recurre a esta como un criterio para reconocerles la propiedad. Una vez reconocida esta sobre los recursos naturales necesarios para su subsistencia, los pueblos indígenas pueden disponer de ellos libremente, lo que puede implicar destinarlos a fines lucrativos.

Según el bloque de constitucionalidad que reconoce la potestad y propiedad de los pueblos indígenas sobre los recursos naturales, el artículo 64 debería interpretarse de la siguiente manera:

- El derecho de las comunidades campesinas y nativas a utilizar las aguas que discurren por sus tierras y las que discurren sobre las cuencas de donde nacen las primeras se deriva del derecho de propiedad que dichas comunidades tienen sobre este recurso natural. La sola posesión o utilización de las aguas por parte de las comunidades equivale a un título pleno de dominio otorgado por el Estado.
- El derecho a utilizar dichas aguas es exclusivo, prevalente, imprescriptible e inalienable.

Por su lado, el artículo 91 del Reglamento debe ser inaplicado, derogado o modificado, no pudiendo exigir a los pueblos indígenas licencias de uso otorgadas por la Ana para la utilización de las aguas, incluso si es con fines lucrativos.

2.2.5 Ley Forestal y de Fauna Silvestre (Ley 29763)

– Artículo 76

Por la cesión en uso, el Estado reconoce el derecho real exclusivo, indefinido y no transferible de las comunidades nativas sobre las tierras comunales no agrícolas con el fin de asegurar los usos tradicionales y sus sistemas de vida.
Les reconoce, en exclusividad, la posesión, acceso, uso, disfrute y aprovechamiento de las tierras de producción forestal y de protección, de sus recursos forestales y de fauna silvestre y los servicios de los ecosistemas que en ellas se encuentran.
El gobierno regional emite la resolución demarcando las tierras de aptitud forestal adjudicadas en cesión en uso, incluyendo las tierras de capacidad de uso mayor para la producción forestal y las de capacidad de uso mayor para protección, en forma simultánea a la adjudicación en propiedad de las tierras agropecuarias.

Bajo el paradigma DIPI, el artículo 76 de esta Ley establece que las tierras no agrícolas del territorio de las comunidades nativas solo serán entregadas a estas en cesión de uso. Esta cesión en uso es un derecho real, exclusivo, indefinido e intransferible, que les reconoce la posesión, acceso, uso, disfrute y aprovechamiento de las tierras de capacidad mayor para la producción forestal y las de capacidad de uso mayor para protección, de sus recursos forestales y de fauna silvestre y los servicios ecosistémicos que en ellas se encuentren.

La figura de cesión en uso, sin embargo, es contraria al paradigma DIPI, según el cual los pueblos indígenas tienen derecho de propiedad sobre todo el territorio que poseen, ocupan o utilizan de alguna manera. Este paradigma precisamente se opone a derechos de preferencia que no garanticen la propiedad territorial, pues corren el riesgo de ser despojados por el Estado u opacados por derechos de propiedad de terceros.

Bajo el paradigma DIPI, el artículo 76 de esta Ley debe ser inaplicado y derogado o modificado, garantizando la propiedad y potestad de los

pueblos indígenas no solo sobre las tierras agrícolas, sino también sobre las no agrícolas, las de producción forestal y de protección.

– **Artículos 65 y 66**

Artículo 65.- Exclusividad en el uso y aprovechamiento de los bienes y servicios de los ecosistemas forestales por parte de las comunidades

Se reconoce la exclusividad sobre el uso y aprovechamiento de los bienes y servicios de los ecosistemas forestales y otros ecosistemas de vegetación silvestre por parte de las comunidades campesinas y nativas dentro de sus tierras tituladas o cedidas en uso.

Artículo 66.- Permisos de aprovechamiento forestal en tierras de comunidades nativas y campesinas

Para el acceso a los recursos forestales y de fauna silvestre en tierras de comunidades nativas y campesinas, sean tituladas, posesionadas o bajo cesión en uso, la comunidad solicita permiso de aprovechamiento a la autoridad regional forestal y de fauna silvestre, acompañando el acta de la asamblea comunal y el plan de manejo. Dicha acta acredita la representatividad del solicitante y el acuerdo del plan de manejo.

Para el aprovechamiento de recursos forestales maderables, el plan de manejo se basa en la zonificación interna aprobada por la asamblea comunal. En esta zonificación se determina el área destinada a producción permanente de madera o bosque comunal de producción.

No requiere ningún permiso el aprovechamiento para uso doméstico, autoconsumo o fines de subsistencia ni para actividades de ecoturismo.

El reglamento establece las condiciones para el otorgamiento de permisos de acuerdo a la intensidad de uso, así como la escala apropiada que no requiere permiso de aprovechamiento.

Para que las comunidades campesinas y nativas puedan aprovechar los recursos forestales y de fauna silvestre que se encuentran en sus tierras, sean estas tituladas, posesionadas o en cesión en uso, el artículo 66 requiere de un permiso de aprovechamiento otorgado por el Estado. La excepción a esta regla es que dicho aprovechamiento sea para uso doméstico, autoconsumo, fines de subsistencia o ecoturismo, siendo el Reglamento de la Ley el que determinará la escala apropiada que comprende dicha subsistencia.

Asimismo, el artículo 65 de la Ley reconoce a las comunidades campesinas y nativas un derecho exclusivo de uso y aprovechamiento de los recursos naturales que se encuentren en sus tierras debidamente tituladas o cedidas en uso. Es decir, dicha exclusividad no tienen efectos sobre las tierras posesionadas, ocupadas o utilizadas de alguna otra manera que no hayan sido tituladas o cedidas en uso por el Estado.

El paradigma DIPI se ve vulnerado por ambas normas porque, de un lado, el artículo 66 exige a las comunidades un derecho de aprovechamiento otorgado por el Estado, pese a que los recursos materia de dicho derecho están ubicado dentro de sus territorios. Dichos recursos deberían más bien ser protegidos por el derecho de propiedad a favor de dichas comunidades, incluso si son utilizados con fines lucrativos, bajo la misma lógica analizada en el caso de la Ley de Recursos Hídricos.

De otro lado, el artículo 65 de la Ley se limita a reconocer un derecho exclusivo sobre los recursos forestales y de fauna silvestre, lo que para el paradigma DIPI es insuficiente, pues no garantiza el control permanente de dichos recursos por parte de los pueblos indígenas, que solo lo hace el derecho de propiedad. Además, que la exclusividad es efectiva solo cuando las tierras estén tituladas o otorgadas en cesión en uso vulnera lo señalado por el paradigma DIPI, que reconoce la sola posesión como título pleno de dominio otorgado por el Estado.

Es curioso cómo los artículos 65 y 66 de la Ley contradicen el paradigma DIPI, a pesar de que ella misma reconoce la vinculatoriedad del Convenio 169 de la OIT, la DNUPI y la jurisprudencia de la Corte IDH (artículo II).

Bajo el paradigma DIPI, los artículos 65 y 66 de la Ley, que entrará en vigencia recién con la publicación de su Reglamento, deberán ser inaplicados y derogados o modificados de tal forma que garanticen la propiedad y potestad de los pueblos indígenas sobre los recursos forestales y de fauna silvestre ubicados en sus territorios y que sean necesarios para su subsistencia física y cultural.

2.2.6 Ley del derecho a la consulta previa a los pueblos Indígenas u originarios y su Reglamento

– Artículo 6 y Séptima disposición complementaria, transitoria y final del Reglamento

Artículo 6.- Consulta previa y recursos naturales

De acuerdo a lo establecido en el artículo 15 del Convenio 169 de la OIT y en el artículo 66 de la Constitución Política del Perú; y siendo los recursos naturales, incluyendo los recursos del subsuelo, Patrimonio de la Nación; es obligación del Estado Peruano consultar al o los pueblos indígenas que podrían ver afectados directamente sus derechos colectivos, determinando en qué grado, antes de aprobar la medida administrativa señalada en el artículo 3, inciso i) del Reglamento que faculte el inicio de la actividad de exploración o explotación de dichos recursos naturales en los ámbitos geográficos donde se ubican el o los pueblos indígenas, conforme a las exigencias legales que correspondan en cada caso.

Sétima disposición complementaria, transitoria y final.- Garantías a la Propiedad comunal y del derecho a la tierra de los pueblos indígenas.

El Estado brinda las garantías establecidas por Ley y por la Constitución Política del Perú a la propiedad comunal. El Estado, en el marco de su obligación de proteger el derecho de los pueblos indígenas a la tierra, establecido en la Parte II del Convenio 169 de la OIT, así como al uso de los recursos naturales que les corresponden conforme a Ley, adopta las siguientes medidas:

- a) Cuando excepcionalmente los pueblos indígenas requieran ser trasladados de las tierras que ocupan se aplicará lo establecido en el artículo 16 del Convenio 169 de la OIT, así como lo dispuesto por la legislación en materia de desplazamientos internos.
- b) No se podrá almacenar ni realizar la disposición final de materiales peligrosos en tierras de los pueblos indígenas, ni emitir medidas administrativas que autoricen dichas actividades, sin el consentimiento de los titulares de las mismas, debiendo asegurarse que de forma previa a tal decisión reciban la información adecuada, debiendo cumplir con lo establecido por la legislación nacional vigente sobre residuos sólidos y transporte de materiales y residuos peligrosos.

El artículo 6 de esta Ley reconoce que los recursos naturales son Patrimonio de la Nación, siendo la sétima disposición complementaria la que reconoce el derecho de uso de los pueblos indígenas sobre recursos naturales, y la propiedad sobre la tierra.

Bajo el paradigma DIPI, dicho artículo debe ser interpretado, al igual que el artículo 66 de la Constitución, de tal forma que garantice la propiedad y potestad de los pueblos indígenas sobre los recursos que se encuentran en su territorio y son necesarios para su subsistencia. Esta propiedad no se limita solo a las tierras, sino alcanza a todo tipo de recursos naturales, aguas, bosques, flora, fauna.

– **Artículo 15 de la Ley y artículo 5, literal e, del Reglamento**

Ley. Artículo 15. Decisión

La decisión final sobre la aprobación de la medida legislativa o administrativa corresponde a la entidad estatal competente. Dicha decisión debe estar debidamente motivada e implica una evaluación de los puntos de vista, sugerencias y recomendaciones planteados por los pueblos indígenas u originarios durante el proceso de diálogo, así como el análisis de las consecuencias que la adopción de una determinada medida tendría respecto a sus derechos colectivos reconocidos constitucionalmente en los tratados ratificados por el Estado peruano.

El acuerdo entre el Estado y los pueblos indígenas u originarios, como resultado del

proceso de consulta, es de carácter obligatorio para ambas partes. En caso de que no se alcance un acuerdo, corresponde a las entidades estatales adoptar todas las medidas que resulten necesarias para garantizar los derechos colectivos de los pueblos indígenas u originarios y los derechos a la vida, integridad y pleno desarrollo. Los acuerdos del resultado del proceso de consulta son exigibles en sede administrativa y judicial.

Reglamento. Artículo 5.- De la obligación de consultar
La obligación de consultar al o los pueblos indígenas deriva del Convenio 169 de la OIT y de la Ley y constituye una responsabilidad del Estado Peruano. Dicha obligación significa que:
[...]
e) El derecho a la consulta implica la necesidad de que el pueblo indígena, sea informado, escuchado y haga llegar sus propuestas, buscando por todos los medios posibles y legítimos, previstos en la Ley y en el Reglamento, llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas consultadas mediante el diálogo intercultural. Si no se alcanzara el acuerdo o consentimiento sobre dichas medidas, las entidades promotoras se encuentran facultadas para dictarlas, debiendo adoptar todas las medidas que resulten necesarias para garantizar los derechos colectivos de los pueblos indígenas y los derechos a la vida, integridad y pleno desarrollo; [...].

Siguiendo al paradigma DEE, el artículo 15 de la Ley y el artículo 5, literal e, del Reglamento señalan que la decisión final sobre la aprobación de una medida legislativa o administrativa, susceptible de afectar a los pueblos indígenas, la tiene el Estado.

Bajo el paradigma DIPI, sin embargo, existen supuestos determinados en los cuales el Estado requiere del consentimiento previo, libre e informado de los pueblos indígenas para aprobar medidas legislativas o administrativas que los puedan afectar. Por ello, los artículos de la Ley y el Reglamento señalados deben interpretarse, como señala Raquel Yrigoyen, de la siguiente manera: cuando la aprobación de medidas legislativas o administrativas requieran del consentimiento previo, libre e informado de los pueblos indígenas, la decisión final del Estado debe responder a lo que los pueblos indígenas hayan decidido (Torres 2013).

– **Sétima disposición complementaria, transitoria y final del Reglamento, literales a y b**

El Estado brinda las garantías establecidas por Ley y por la Constitución Política del Perú a la propiedad comunal. El Estado, en el marco de su obligación de proteger el derecho de los pueblos indígenas a la tierra, establecido en la Parte II del Convenio 169 de la OIT, así como al uso de los recursos naturales que les corresponden conforme a Ley, adopta las siguientes medidas:
a) Cuando excepcionalmente los pueblos indígenas requieran ser trasladados de las tierras que ocupan se aplicará lo establecido en el artículo 16 del Convenio 169 de la

OIT, así como lo dispuesto por la legislación en materia de desplazamientos internos.

b) No se podrá almacenar ni realizar la disposición final de materiales peligrosos en tierras de los pueblos indígenas, ni emitir medidas administrativas que autoricen dichas actividades, sin el consentimiento de los titulares de las mismas, debiendo asegurarse que de forma previa a tal decisión reciban la información adecuada, debiendo cumplir con lo establecido por la legislación nacional vigente sobre residuos sólidos y transporte de materiales y residuos peligrosos.

El Reglamento de la Ley reconoce dos supuestos de consentimiento previo, libre e informado: en caso los pueblos indígenas requieran ser trasladados y en caso de almacenamiento o depósito de materiales peligrosos en sus tierras. El término tierras deberá comprender el de territorio, tal como lo ha establecido la jurisprudencia del TC.

Si bien ambos supuestos han sido reconocidos bajo el paradigma DIPI, existen otros que el Reglamento no ha reconocido.

En este caso, los literales a y b de la Séptima disposición complementaria, transitoria y final del Reglamento deben ser leídos y complementados según el paradigma DIPI.

2.2.7 Ley de Comunidades Nativas

– Artículo 11

La parte del territorio de las Comunidades Nativas que corresponda a tierras con aptitud forestal, les será cedida, en uso y su utilización se regirá por la legislación sobre la materia.

Este artículo, al igual que la Ley Forestal y de Fauna Silvestre, establece que las tierras con aptitud forestal que formen parte del territorio de las comunidades nativas sean cedidas en uso.

Bajo el paradigma DIPI, dicha norma debe ser inaplicada y derogada o modifica de la misma manera como señalé que debe serlo el artículo 76 de la Ley Forestal y de Fauna Silvestre.

2.2.8 Ley de Tierras

– Artículos 10 y 11

Artículo 10.- Las Comunidades Campesinas y la Comunidades Nativas deberán regularizar su organización comunal de acuerdo con los preceptos Constitucionales y la presente Ley. Tratándose de tierras de propiedad de las Comunidades Campesinas de la Costa, la regularización del derecho de propiedad se regirá por las siguientes normas:

- a) Para la adquisición en propiedad por parte de poseionarios comuneros sobre la tierra que poseen por más de un año, el acuerdo de Asamblea General de la Comunidad requerirá el voto a favor de no menos del cincuenta por ciento de los comuneros poseionarios con más de un año. Para los efectos de la adquisición por el actual poseionario, la entrega de las parcelas se acredita con el documento extendido por la Comunidad a su favor.
- b) Para la adquisición en propiedad por parte de miembros de la comunidad no poseionarios o de terceros así como para gravar, arrendar o ejercer cualquier otro acto de disposición sobre las tierras comunales de la Costa se requerirá el voto a favor de no menos del cincuenta por ciento de los miembros asistentes a la Asamblea instalada con el quórum correspondiente.

Artículo 11.- Para disponer, gravar, arrendar o ejercer cualquier otro acto sobre las tierras comunales de la Sierra o Selva, se requerirá del Acuerdo de la Asamblea General con el voto conforme de no menos de los dos tercios de todos los miembros de la Comunidad.

Bajo el paradigma DEE, estos artículos de la Ley desarrollan el artículo 89 de la Constitución, reconociendo el derecho de las comunidades campesinas y nativas a vender, gravar, arrendar o ejercer cualquier otro acto de disposición sobre sus tierras a favor de comuneros o terceros

Bajo el paradigma DIPI, sin embargo, las tierras, recursos naturales y, en general, todo el territorio de los pueblos indígenas es inalienable, salvo mutuo consentimiento entre el Estado y dichos pueblos. Por lo tanto, los artículos 10 y 11 de la Ley deben ser inaplicados, derogados o modificados, de tal forma que se garantice dicha inalienabilidad, con la finalidad de garantizar que las futuras generaciones de los pueblos indígenas puedan gozar de la relación especial que estos mantienen con sus territorios.

- Artículo 7

La utilización de tierras para el ejercicio de actividades mineras o de hidrocarburos requiere acuerdo previo con el propietario o la culminación del procedimiento de servidumbre que se precisará en el Reglamento de la presente Ley.

En el caso de servidumbre minera o de hidrocarburos, el propietario de la tierra será previamente indemnizado en efectivo por el titular de actividad minera o de hidrocarburos, según valorización que incluya compensación por el eventual perjuicio, lo que se determinará por Resolución Suprema refrendada por los Ministros de Agricultura y de Energía y Minas.

Mantiene vigencia el uso minero o de hidrocarburos sobre tierras eriazas cuyo dominio corresponde al Estado y que a la fecha están ocupadas por infraestructura, instalaciones y servicios para fines mineros y de hidrocarburos.

El artículo 7 de esta Ley reconoce el derecho de los titulares mineros a establecer servidumbres sobre los terrenos que sean necesarios para utilizar su concesión, como lo hace el artículo 37, inciso 3, de la Ley General de Minería.

Este artículo 7 de la Ley vulnera el paradigma DIPI, por lo que debe ser inaplicable y derogado o modificado de la misma manera que señalé debe serlo el artículo 37, inciso 3 de la Ley General de Minería.

2.2.9 Ley Piaci

– Artículo 4, literales d y e

El Estado garantiza los derechos de los pueblos indígenas en situación de aislamiento o en situación de contacto inicial, asumiendo las siguientes obligaciones para con ellos:
[...]

d) Reconocer su derecho a poseer las tierras que ocupan, restringiendo el ingreso de foráneos a las mismas; la propiedad de las poblaciones sobre las tierras que poseen se garantiza cuando adopten el sedentarismo como modo de vida;

e) Garantizar el libre acceso y uso extensivo de sus tierras y los recursos naturales para sus actividades tradicionales de subsistencia; y, [...].

El artículo 4 de esta Ley reconoce a los Piaci el derecho a poseer las tierras que ocupan, así como el libre acceso y uso de las tierras y recursos naturales necesarios para sus actividades de subsistencia, sin interferencia de terceros. Sin embargo, el mismo artículo establece que la propiedad sobre estas tierras se les reconoce recién cuando adopten el sedentarismo como modo de vida.

De esta manera, la Ley no solo no les reconoce a los Piaci la propiedad y potestad sobre los recursos naturales que se encuentran en sus territorios, sino que condiciona el reconocimiento de la propiedad de sus *tierras* a que abandonen sus estilos de vida. De esta manera, si los Piaci quieren garantizar su propiedad territorial, se verán forzados a insertarse a la sociedad.

Bajo el paradigma DIPI, el artículo 4, literales d y e, debe ser interpretado de la siguiente manera: la posesión tradicional basta para que el Estado

delimite, demarca, titule y registre el derecho de propiedad territorial de los Piaci, incluidos los recursos naturales.

La norma que establece que la propiedad sobre las tierras les será reconocida en tanto adopten el sedentarismo como estilo de vida debe ser inaplicada y derogada del ordenamiento jurídico peruano.



CONCLUSIONES



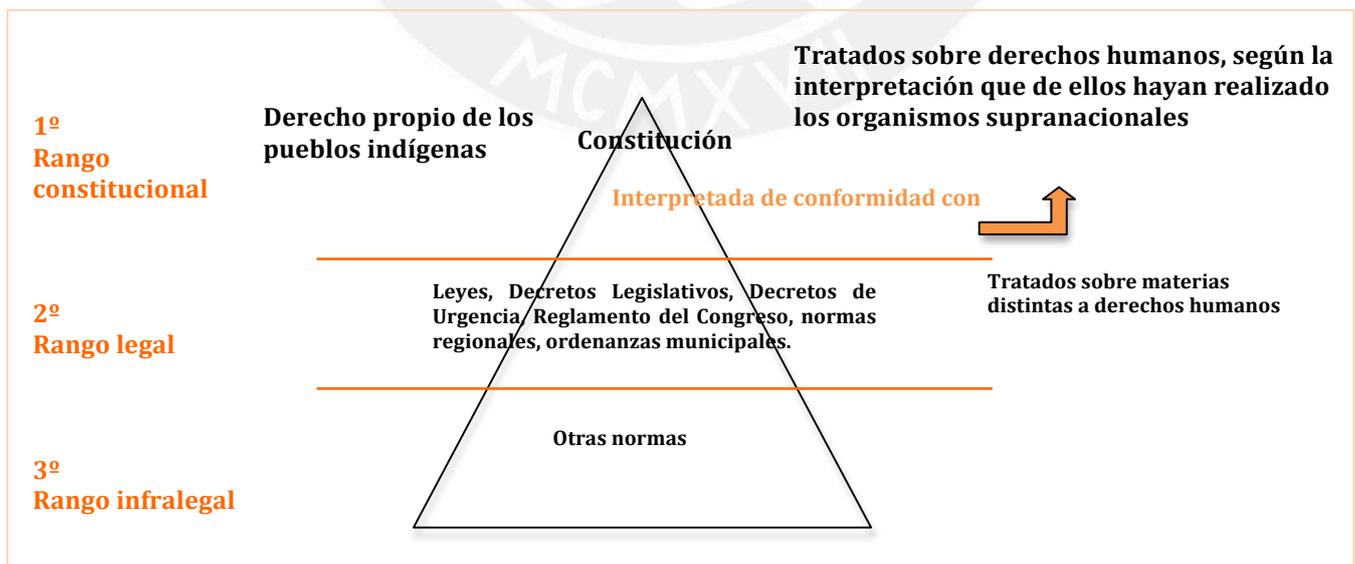
Del análisis realizado a lo largo de la presente tesis, puedo concluir lo siguiente:

1. SOBRE LAS FUENTES DE DERECHO

En el ordenamiento jurídico peruano, la Constitución Política es la fuente que origina las demás fuentes, sean estas internas –producidas por los órganos estatales– o internacionales –producidas por la comunidad internacional. Estas, además, dan origen a otras fuentes. De ahí que el ordenamiento peruano reconozca las siguientes fuentes de Derecho:

- fuentes normativas: tratados sobre derechos humanos, tratados sobre materias distintas a derechos humanos, declaraciones internacionales sobre derechos humanos, leyes, decretos legislativos, decretos supremos, ordenanzas regionales, ordenanzas municipales, entre otras;
- jurisprudencia: nacional (Poder Judicial y TC) e internacional (tribunales internacionales);
- costumbre: nacional, internacional y de los pueblos indígenas;
- principios generales del derecho;
- doctrina;
- contratos.

Las fuentes mencionadas se ordenan jerárquicamente de la siguiente manera:



Es decir, la Constitución, los tratados sobre derechos humanos y el derecho propio o consuetudinario de los pueblos indígenas tienen mayor jerarquía que las leyes señaladas en el segundo nivel. De igual manera, estas últimas están sobre el resto de normas del ordenamiento jurídico.

Bajo el principio de jerarquía de normativa, las normas superiores pueden modificar a las inferiores (fuerza activa), pero estas últimas no pueden modificar a las primeras (fuerza pasiva).

Cabe precisar, además, que, en virtud del artículo 3 y la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución, los derechos y libertades que ella reconoce deberán interpretarse *de conformidad* con los tratados sobre derechos humanos y la interpretación que de los mismos hayan realizado los órganos supranacionales sobre la misma materia. Por otro lado, el rango constitucional del derecho propio de los pueblos indígenas no debe entenderse como que este está al mismo nivel que todas las normas constitucionales. En tanto su límite es solo un núcleo esencial de los derechos fundamentales, el resto de normas constitucionales que no forman parte de dicho núcleo es jerárquicamente inferior al derecho propio de los pueblos indígenas.

El principio de jerarquía normativa, sin embargo, tiene como excepción el principio *pro homine* o *pro indígena*. Este último consiste en preferir la aplicación de una norma por sobre otra, sin que importe que la segunda sea jerárquicamente superior, siempre y cuando la norma elegida favorezca más el ejercicio de los derechos humanos, o los restrinja menos. Este principio también permite preferir una interpretación de una norma por sobre otra, bajo la misma lógica.

En la presente tesis también recurrí al concepto de bloque de constitucionalidad, con la finalidad de identificar qué fuentes de Derecho lo integran cuando se trata de derechos fundamentales de los pueblos indígenas. Dicho bloque está conformado por un conjunto de normas de rango constitucional y de rango legal –en tanto sean de desarrollo constitucional o

relativas a derechos fundamentales– que servirán como parámetro de validez para el resto de normas del ordenamiento jurídico peruano.

Cuando se trate de derechos fundamentales de pueblos indígenas, el bloque de constitucionalidad está integrado por:

- la Constitución,
- las leyes que desarrollan el ejercicio de los derechos fundamentales,
- los tratados sobre derechos humanos según la interpretación que de ellos realicen los órganos internacionales sobre la materia,
- las declaraciones internacionales sobre derechos humanos: DUDH y la DNUPI, y
- la jurisprudencia de tribunales internacionales sobre derechos humanos.

2. SOBRE LAS CATEGORÍAS OPERATIVAS PUEBLOS INDÍGENAS Y RECURSOS NATURALES

2.1 Pueblos indígenas

A lo largo de la historia, las Constituciones y las leyes han utilizado distintas categorías para referirse a los pueblos indígenas u originarios, como *comunidades indígenas*, *comunidades campesinas*, *comunidades nativas*, *rondas campesinas*, *pueblos originarios*, etc. A estos colectivos les han reconocido derechos a la propiedad comunal, al propio idioma, a la identidad cultural, a ejercer funciones jurisdiccionales, entre otros.

Si bien el ordenamiento jurídico peruano no utiliza frecuentemente la categoría de *pueblos indígenas* o *pueblos originarios*, a la fecha, reconoce que los derechos de estos pueblos se aplican a los siguientes colectivos:

FUENTE	COLECTIVOS
Ley 27811, artículo 2, literal a	Comunidades campesinas
Ley 27811, artículo 2, literal a	Comunidades nativas
Ley 27908, artículo, inciso 1	Rondas campesinas
Ley 27811, artículo 2, literal a	Pueblos en aislamiento voluntario o contacto inicial
Convenio 169 de la OIT, artículo 1, inciso 1, literal b, e	Pueblos que ellos mismos consideran que:

inciso 2.	a) cualquiera sea su situación jurídica, b) descienden de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales, y c) conservan todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas.
-----------	--

2.2 Recursos naturales

El concepto de *recursos naturales* ha sido empleado recién desde la Constitución de 1979. Anteriormente, la Constitución de 1993 se refirió a *fuentes naturales*, y su predecesora, la Constitución de 1920, solo se refirió a *minerales* y *ríos*. Ninguna de ellas, sin embargo, ni siquiera la de 1993, brinda una definición de lo que son los *recursos naturales*.

Las leyes, la jurisprudencia del TC y la doctrina son las que han llenado de contenido este concepto, entendiéndolo como aquellos elementos que provienen de la naturaleza (origen natural) y pueden ser utilizados por los seres humanos para la satisfacción de sus necesidades (utilidad). Algunas definiciones inciden en otras características como valor de uso o valor de mercado, susceptibilidad de modificación, y susceptibilidad de explotación. Además, aquellas fuentes de Derecho han clasificado a los recursos naturales en renovables y no renovables.

El Derecho Internacional también tiene una definición de *recursos naturales*, muy similar a la anterior. Así, la CIDH entiende que ellos son

[...] sustancias que existen naturalmente en la Tierra [...] valiosos para la manufactura de productos, la satisfacción de necesidades o comodidades humanas, y la provisión de servicios ecosistémicos que mantienen la salud de la biosfera. Los recursos naturales incluyen el aire, la tierra, el agua, el gas natural, el carbón, el petróleo e hidrocarburos, los minerales, la madera, el humus, la fauna, la flora, los bosques y la vida silvestre. Los recursos naturales renovables son aquellos que se reproducen o renuevan, e incluyen la vida animal, las plantas, los árboles, el agua y el viento. Los recursos no renovables son irremplazables una vez [que] han sido extraídos del agua o de la tierra, e

incluyen el oro, la plata, los combustibles fósiles, los diamantes, el gas natural, el cobre y otros minerales.²⁷⁸

El derecho propio de los pueblos indígenas también tiene un concepto de *recursos naturales*, aunque no es propio de ellos referirse con estos términos a los elementos de la naturaleza. Debido a la especial relación que estos pueblos mantienen con su entorno o hábitat, para ellos la naturaleza es la *Madre Tierra*, un ser vivo que merece respeto y tiene derechos.

Los pueblos indígenas consideran a la naturaleza como su *Madre* y no como un bien al servicio del ser humano, que sirve meramente para satisfacer sus necesidades. Esto explica porqué las regulaciones de las fuentes de Derecho no indígena sobre los recursos naturales tienen un impacto negativo en dichos pueblos, en sus culturas, cosmovisiones y subsistencia.

A la fecha, el concepto de *Madre Tierra* ha ido ganando espacio en el Derecho Comparado (Ecuador y Bolivia, por ejemplo) y en los organismos internacionales. En el 2009, Naciones Unidas declaró el 22 de abril como el *Día Internacional de la Madre Tierra*.

3. SOBRE EL PARADIGMA DE LOS DERECHOS INDÍGENAS

Existe un bloque de constitucionalidad que reconoce la potestad de los pueblos indígenas para decidir sobre los recursos naturales. Dicho bloque está conformado por:

- Constitución Política de 1993;
- Convenio 169 de la OIT, CADH y PIDCP, según las interpretaciones que de los mismos hayan realizado los órganos internacionales que supervisan su cumplimiento, como la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios u Recomendaciones la OIT o la CIDH;
- DNUPI;
- principios generales de Derecho como la consulta previa, libre e informado, la libre determinación de los pueblos, y la buena fe; y

²⁷⁸ CIDH. Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, párr. 41.

- jurisprudencia de la Corte IDH.

El bloque de constitucionalidad comprende los siguientes derechos:

- a) libre determinación;
- b) potestad y derecho de propiedad sobre el territorio y los recursos naturales;
- c) demarcación, delimitación, titulación y registro del territorio tradicionalmente poseído, ocupado o utilizado;
- d) garantías para la restricción del derecho de propiedad sobre el territorio y los recursos naturales; y
- e) reparación por las tierras, territorios y recursos naturales afectados sin consentimiento previo, libre e informado.

Este bloque de constitucionalidad reconoce que los pueblos indígenas son titulares del derecho de propiedad y de la potestad sobre los recursos naturales que se encuentran en sus territorios y que son necesarios para su subsistencia física y cultural. Además, reconoce que los pueblos tienen la potestad para decidir, a través del otorgamiento o no de su consentimiento, sobre recursos naturales que no son de su propiedad, pero cuya afectación puede impactar profundamente aquellos recursos de los que sí son propietarios.

Frente al bloque de constitucionalidad identificado, el Estado tiene determinadas obligaciones.

En primer lugar, el Estado y todos sus órganos, sea cual sea su nivel, están obligados a cumplir las normas derivadas de los tratados ratificados por el país (principio *pacta sunt servanda*). Ellos no pueden alegar la normativa interna para su incumplimiento.

En caso existan normas internas que contradigan los tratados, el Estado y sus órganos tienen el deber de aplicar el denominado control de convencionalidad. A través de este, pueden inaplicar una ley, declarar su inconstitucionalidad o reinterpretarla.

En segundo lugar, el Estado tiene la obligación de adecuar su normativa interna de tal forma que garantice el ejercicio de la potestad de los pueblos para decidir sobre los recursos naturales. Ello implicará una revisión de toda la normativa y su posterior derogación o modificación, así como el establecimiento de nuevas normas que garanticen dicha potestad.

4. SOBRE EL PARADIGMA DEL DOMINIO EMINENCIAL

El paradigma que reconoce al Estado como el titular exclusivo de la potestad para decidir sobre los recursos naturales se sustenta en las siguientes fuentes de Derecho:

- Constitución Política de 1993,
- leyes,
- jurisprudencia del TC,
- doctrina, y
- contratos.

El artículo 66 de la Constitución regula de manera muy general los recursos naturales, señalando que son patrimonio de la Nación y el Estado es soberano en su aprovechamiento. Asimismo, establece que las condiciones de su utilización y otorgamiento serán reguladas por ley orgánica. La generalidad del artículo 66 ha sido interpretada por las leyes, la doctrina y la jurisprudencia del TC, dando origen al paradigma en cuestión.

Si bien los dos paradigma analizados en la presente tesis tiene en común la Constitución Política de 1993, se diferencian en que el primero (el de los derechos indígenas) interpreta esta a la luz del Derecho Internacional de los Pueblos Indígenas, mientras que el segundo (del dominio eminential del Estado) lo hace a la luz de la normativa interna. Bajo esta forma de interpretación, el segundo señala lo siguiente:

- a) la Nación es la propietaria de los recursos naturales, no pudiendo serlo ningún particular; y

- b) el Estado tiene la potestad exclusiva para decidir sobre los recursos naturales (dominio eminential), incluidos aquellos que se encuentren en territorio de pueblos indígenas;
- c) los particulares pueden utilizar los recursos naturales, siempre que cuenten con un derecho de aprovechamiento otorgado por el Estado o cuando la Ley así lo prevea.

5. SOBRE LA OBLIGACIÓN DE REINTERPRETAR EL PARADIGMA DEL DOMINIO EMINENCIAL A LA LUZ DEL PARADIGMA DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS

5.1 *Primacía del paradigma del Derecho Internacional de los Pueblos Indígenas sobre el paradigma del dominio eminential*

Si bien existe contradicción entre los paradigmas analizados en la tesis, según el principio de jerarquía normativa, prima aquel proveniente del Derecho Internacional de los Pueblos Indígenas, que reconoce la potestad de los mismos sobre los recursos naturales ubicados en sus territorios.

La única excepción de dicha primacía es cuando, a nivel interno, exista una norma más favorable o menos restrictiva para el ejercicio de derechos que las establecidas por el Derecho Internacional.

5.2 *Sobre la obligación de reinterpretar el paradigma del dominio eminential a la luz del paradigma del Derecho Internacional de los Pueblos Indígenas*

Reconocer que el paradigma del Derecho Internacional prima sobre el del dominio eminential implica que este último deberá adecuarse al primero. Para ello, el Estado deberá adecuar su legislación interna, empezando por la Constitución y luego las leyes. Hasta que ello suceda, sin embargo, el Estado

no puede justificarse en dicha legislación para incumplir con lo establecido por el Derecho Internacional.

Hasta que ocurra la adecuación legislativa, el Estado debe reinterpretar, modificar e inaplicar la legislación interna de tal modo que se respete la potestad de los pueblos indígenas sobre los recursos naturales ubicados en sus territorios. Solo así se respetará el Estado de Derecho.



BIBLIOGRAFÍA

- AGUADO MARTÍNEZ, Miguel Ángel
2009 "La concesión minera: jurisdicción". *Revista de derecho administrativo*, N° 8, pp. 25-45.
- ANAYA, James
2009 *Los pueblos indígenas en el derecho internacional*. Madrid: Trotta.
- APARICIO WILHELMI, Marco (editor)
2011 *Los derechos de los pueblos indígenas a los recursos naturales y al territorio*. Barcelona: Icaria.
- ARDITO VEGA, Wilfredo
s.a *Indígenas y Diversidad Legal en el Perú*.

2010 *Derechos colectivos de los pueblos indígenas: el caso peruano*. Cuzco: Centro de Estudios Regionales Andinos Bartolomé de las Casas.
- ASOCIACIÓN SERVICIOS EDUCATIVOS RURALES (Ser)
2011 *Recomendaciones para la gestión estatal de los conflictos. Conflictos mineros por usos y ocupación del territorio*. Consulta: 2 de febrero de 2013. <http://www.noticiasser.pe/files/pdf/Recomendaciones_para_la_gestion_de_conflictos_Asoacion_SER.pdf>
- ASSIES, Willem
2000 *La situación de los derechos humanos de los pueblos indígenas en el contexto latinoamericano*. Consulta: 23 de junio de 2013. <<http://www.alertanet.org/dc-willem-dhypi.htm>>
- AVENDAÑO VALDEZ, Jorge
1996 *Exposición ante la Comisión de Ambiente, Ecología y Amazonía del congreso de la República del Perú para la discusión de la Ley Orgánica para el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales*. Consulta: 13 de enero de 2013. <<http://www.congreso.gob.pe/comisiones/1996/ambiente/lib01/4.1.7.htm>>
- BACACORZO, Gustavo
2002 *Tratado de Derecho Administrativo*. Lima: Gaceta Jurídica.
- BALLÓN AGUIRRE, Francisco

- 2002 *Introducción al Derecho de los Pueblos Indígena*. Lima: Defensoría del Pueblo.
- 2007 *Lectura comentada de la “Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas”*. Lima: CONACAMI Perú.
- BAZÁN SEMINARIO, César
2011 “Herramientas para defender derechos indígenas: ¿Qué ha dicho la Corte interamericana de Derechos Humanos sobre el derecho a la tierra de los pueblos indígenas? ¿Cómo eso obliga a los países andinos?” *Estado Constitucional*, Arequipa, N° 3, pp. 25-39.
- BELAUNDE MOREYRA, Martín
2011 *Derecho minero y concesión*. Lima: San Marcos.
- BERNALES BALLESTEROS, Enrique
2012 *La Constitución de 1993. Veinte años después*. Lima: Idemsa.
- Biblioteca Dag Hammarskjöld de las Naciones Unidas s.a.
El Medio Ambiente. Consulta: 24 de junio de 2013.
<<http://www.un.org/depts/dhl/spanish/resguids/specenvsp.htm>>
>
- BOELEN, Rutgerd, Ingo GENTES, Armando GUEVARA GIL y Patricia URTEAGA
2006 <<Agua, identidad y legislación especial. Las “políticas de reconocimiento” en los países andinos>>. En Rutgerd Boelens, David Getches y Armando Guevara Gil (editores). *Agua y Derecho. Políticas hídricas, derechos consuetudinarios e identidades locales*. Lima: IEP, pp. 131-188.
- BURNEO, Zulema
s.a. *La propiedad colectiva de la tierra y las comunidades campesinas del Perú*. Consulta: 10 de noviembre de 2011.
<http://www.cepes.org.pe/pdf/observatorio_tierras/propiedad_colectiva_tierra.pdf>
- 2011 *El proceso de concentración de la tierra en el Perú*. Roma: Coalición Internacional para el Acceso a la Tierra.
- CAILLAUZ ZAZZALI, Jorge
2013 [Comentario al artículo 67 de la Constitución]. En Gaceta Jurídica. *La Constitución Comentada*. Lima: Gaceta Jurídica, Tomo II, pp. 178-184.
- CANALES RUBIO, Marleni

- s.a. *En defensa propia: Informe del Consejo Consultivo de Pueblos Indígenas de la Comunidad Andina-CCPICAN*. Lima: CCPICAN.
- CASTILLO CÓRDOVA, Luis
2009 “La interpretación iusfundamental en el marco de la persona como inicio y fin del Derecho”. En Luis Castillo Córdova et al. *Pautas para interpretar la Constitución y los derechos fundamentales*. Lima: Gaceta Jurídica, pp. 31-72.
- 2008 *Derechos fundamentales y procesos constitucionales*. Lima: Grijley E.I.R.L.
- 2006 *Comentarios al Código Procesal Constitucional*. Lima: Palestra.
- CENTRO PERUANO DE ESTUDIOS SOCIALES (Cepes)
2003 *Tierras agrícolas y servidumbre minera*. Lima: Cepes.
- 2004 *Informativo Legal Agrario. Segunda época. N° 20. La legislación de aguas en el Perú*. Lima: Cepes.
- 2005 *Informativo Legal Agrario. Segunda época. N° 21. Legislación de comunidades campesinas y nativas*. Lima: Cepes.
- 2010 *Informativo Legal Agrario. Segunda época. N° 25. Legislación sobre la tierra agrícola*. Lima: Cepes.
- CERVANTES ANAYA, Dante
2009 *Manual de Derecho Administrativo*. Lima: Rodhas.
- CENTRO DE INVESTIGACIONES SOCIOLOGICAS, ECONÓMICAS, POLÍTICAS Y ANTROPOLÓGICAS (Cisepa)
2009 *Informe de investigación del estudio de caso. “Dinámicas de transferencia y cambios en los usos y valoraciones de la tierra en un contexto de expansión minera: el caso de la comunidad campesinas de Michiquillay”*.
- CHANAMÉ ORBE, Raúl
2009 *Comentarios a la Constitución*. Lima: Jurista, 2009.
- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (CIDH)
2011 *Anexo al Comunicado de Prensa 28/11 sobre el 141 Período de Sesiones de la CIDH*. Consulta: 30 de julio de 2014. <<http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2011/028A.a.sp>>
- 2009 *Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*.

- OEA/Ser.L/V/II. Doc. 56/09. Consulta: 5 de junio de 2011.
<<http://cidh.org/countryrep/TierrasIndigenas2009/Tierras-Ancestrales.ESP.pdf>>
- 2002 Caso Mary y Carrie Dann vs. Estados Unidos. Fondo, Informe N° 75/02, de 27 de diciembre. Consulta: 25 de abril de 2013.
<<http://www.cidh.oas.org/annualrep/2002sp/EEUU.11140.htm>>
- CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE BOLIVIA
2012 *Ley 300. Ley Marco de la Madre Tierra y Desarrollo Integral para Vivir Bien.* 15 de octubre.
- CONGRESO DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ
2011 *Ley 29785. Ley del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios, reconocido en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo.* 6 de setiembre.
- 2011 *Ley 29763. Ley Forestal y de Fauna Silvestre.* 21 de julio.
- 2010 *Ley 29565. Ley de Creación del Ministerio de Cultura.* 21 de julio.
- 2009 *Ley 29338. Ley de Recursos Hídricos.* 30 de marzo.
2006. *Ley 28736, Ley para la Protección de Pueblos Indígenas u Originarios en Situación de Aislamiento y en Situación de Contacto Inicial.* 16 de mayo.
- 2005 *Ley 28611, Ley General del Ambiente.* 13 de octubre.
- 2005 *Ley 28495, Ley del Instituto Nacional de Desarrollo de Pueblos Andinos, Amazónicos y Afroperuano.* 6 de abril.
- 2004 *Ley 28237. Código Procesal Constitucional.* 28 de mayo.
- 2003 *Ley 27908. Ley de Rondas Campesinas.* 6 de enero.
- 2002 *Ley 27811. Ley que establece el régimen de protección de los conocimientos colectivos de los Pueblos Indígenas vinculados a los Recursos Biológicos.* 8 de agosto.
- 1998 *Ley 27015. Ley Especial que regula el otorgamiento de Concesiones Mineras en Áreas Urbanas y de Expansión Urbana.* 18 de diciembre.
- 1997 *Ley 26839. Ley sobre la conservación y aprovechamiento sostenible de la diversidad biológica.* 8 de julio.
- 1997 *Ley 26834. Ley de Áreas Naturales Protegidas.* 30 de junio.

- 1997 *Ley 26821. Ley Orgánica para el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales.* 25 de junio.
- 1995 *Ley 26505. Ley de la Inversión Privada en el Desarrollo de las Actividades Económicas en las Tierras del Territorio Nacional y de las Comunidades Campesinas y Nativas.* 17 de julio.
- 1987 *Ley 24656. Ley General de Comunidades Campesinas.* 13 de abril.
- Constitución de la República de Ecuador de 2008
- Constitución Política de Perú de 1993
- CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA DE LA ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS
- 1945 *Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.* Aprobado por Resolución Legislativa 10255, de fecha 10 de octubre de 1945. Instrumento de ratificación depositado el 31 de octubre de 1945. Fecha de entrada en vigencia, el 24 de octubre de 1945.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (Corte IDH)
- 2013 *Caso Gelman vs. Uruguay. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia.* Sentencia de 20 de marzo.
- 2012 *Pueblo indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador. Fondo y Reparaciones.* Sentencia de 27 de junio.
- 2010 *Caso Comunidad indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 24 de agosto.
- 2008 *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam. Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 12 de agosto.
- 2007 *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 28 de noviembre.
- 2006 *Caso Comunidad indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay. Fondo, reparaciones y costas.* Sentencia de 29 de marzo.
- 2005a *Caso Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 17 de junio.

- 2005b *Caso de la Comunidad Moiwana vs. Suriname. Excepciones Preliminares, Fondo, reparaciones y costas.* Sentencia de 15 de junio.
- 2001 *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 31 de agosto.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DEL PERÚ
2009 *Acuerdo Plenario 1-2009/CJ-116.* 13 de noviembre.
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA
1996 *Expediente T-83456. Sentencia T-349.* 8 de agosto.
- DERECHO, AMBIENTE Y RECURSOS NATURALES (Dar)
2010 *Hidrocarburos y Amazonía peruana: ¿Superposición de derechos u oportunidades para el desarrollo sostenible?* Lima: Dar.
- DASSO VASALLO, Roberto
2009 *El derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas en el derecho internacional: antecedentes, actualidad y consecuencias de su reconocimiento.* Tesis de Licenciatura. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, Facultad de Derecho.
- DEFENSORÍA DEL PUEBLO
2015 *Reporte de Conflictos Sociales N° 132. Febrero 2015.* Consulta: 18 de marzo de 2015.
<<http://www.defensoria.gob.pe/conflictos-sociales/objetos/paginas/6/48reporte-mensual-conflictos-sociales-132-febrero-20.pdf>>
- DEL CASTILLO, Laureano, Máximo GALLO y Carlos MONGE
1995 *Ley 26505. La nueva Ley de Tierras. Análisis y comentarios.* Lima: Cepes, Cipca, Coincide, Ser, Surco.
- DROMI, José Roberto
2005 *Derecho Administrativo.* Lima: Gaceta Jurídica.
- 1987 *Manual de Derecho Administrativo.* Buenos Aires: Astrea.
- 1986 *Introducción al Derecho Administrativo.* Madrid: Grouz.
- EGUREN, Fernando, Laureano DEL CASTILLO y Zulema BURNEO
2009 “Los derechos de propiedad sobre la tierra en las comunidades campesinas”. *Debate Agrario*, N° 44, pp. 159-172.

- FEDERACIÓN DE LA NACIONALIDAD ACHUAR DEL PERÚ (Fenap), AHUARTI IRUNTRAMU (Ati) Y ACHUAR CHAYAT (Orach)
 - 2008a *Amuangk. La ocupación, el uso tradicional y la integración socio-cultural del territorio achuar en el Perú (Pastaza). Una investigación territorial.* Consulta: 2 de enero de 2013. <<http://www.fenap.com.pe/INFORME%20ANTROPOLOGICO.pdf>>
 - 2008b *Estudios complementarios para la sustentación del derecho al territorio integral del Pueblo Achuar del Pastaza.* Consulta: 2 de enero de 2013. <<http://www.fenap.com.pe/INFORME%20JURIDICO.pdf>>
- GAMARRA BARRATES, Carolina
 - 2007a “Los distintos sistemas que determinan el dominio minero”. *Derecho, Minería y Sociedad.* Consulta: 13 de enero de 2013. <<http://blog.pucp.edu.pe/item/16969/los-distintos-sistemas-que-determinan-el-dominio-minero>>
 - 2007b “El problemas de los bienes de dominio público”. *Derecho, Minería y Sociedad.* Consulta: 13 de enero de 2013. <<http://blog.pucp.edu.pe/item/17024/el-problema-de-los-bienes-de-dominio-publico>>
 - s.a “La regulación de los recursos naturales”. *Actualidad doctrinaria*, N° 158, pp. 276-280. Consulta: 13 de enero de 2013. <<http://blog.pucp.edu.pe/media/1329/20080214-Carolina%20Gamarra.pdf>>
- GARCÍA HIERRO, Pedro
 - 2011 “Viabilidad de las pretensiones territoriales de los pueblos indígenas en el ordenamiento jurídico peruano”. En Aparicio 2011: 363-396.
 - 2001 “Territorios indígenas: tocando las puertas del Derecho”. *Revista de Indias*, N° 223, Vol. LXI, pp. 619-647.
- GARCÍA HIERRO, Pedro y Alexandre SURRALÉS
 - 2009 *Antropología de un Derecho – Libre determinación de los pueblos indígenas como derecho humano.* Copenhague: IWGIA.
 - 2004 *Tierra adentro. Territorio indígena y percepción del entorno.* Copenhague: IWGIA.
- GELLES, Paul
 - 2006 “Pueblos indígenas, identidad cultural y derechos de agua en las naciones andinas”. En Boelens (et al, eds.) 2006: 83-128.
- GENTES, Ingo

- 2005 *Derecho, poder y territorio en la gestión local de agua en los Andes: hacia la concertación de políticas hídricas sustentables*. Santiago de Chile: Cepal.
- GRUPO ALLPA
- 2011 *Políticas Públicas Aplicadas a las Comunidades Campesinas. Segundo Informe 2010*. Lima: Grupo Allpa; Ser.
- 2010 *Informe de Monitoreo. Políticas Públicas Aplicadas a las Comunidades Campesinas 2008-2009*. Lima: Grupo Allpa; Ser.
- FORNO, Giovanni
- 2003 “Apuntes sobre el principio de la libre determinación de los pueblos”. *Agenda Internacional*, Año IX, N° 18, pp. 91-120, Lima.
- HERNÁNDEZ MARTÍNEZ, Eduardo
- 2010 “Los recursos naturales y el Patrimonio de la Nación”. *Estado y propiedad*. Consulta: 13 de enero de 2013. <<http://estadoypropiedad.blogspot.com/2010/08/los-recursos-naturales-y-el-patrimonio.html>>
- 2008 *Protección de los Bienes de Dominio Público en el Ordenamiento jurídico peruano*. Tesis de licenciatura. Lima: Universidad de Lima, Facultad de Derecho.
- HITTERS, Juan Carlos
- 2013 “Un avance en el control de convencionalidad. El efecto *erga omnes* de las sentencias de la Corte Interamericana”. *Pensamiento Constitucional*, Año 2013, N° 18, pp. 315-329. Consulta: 15 de junio de 2014. <<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/article/viewFile/8959/9367>>
- HUERTAS, Beatriz
- 2011 “Agua e identidad cultural: la defensa de la Reserva Comunal Amaraakaeri frente a la actividad hidrocarburífera, Madre de Dios, Perú”. En Urteaga (editora) 2011: 217-246.
- HUNDSKOPF EXEBIO, Oswaldo
- 2013 [Comentario al artículo 66 de la Constitución]. En Gaceta Jurídica. *La Constitución Comentada*. Lima: Gaceta Jurídica, Tomo II, pp. 170-177.
- INSTITUTO INTERNACIONAL DE DERECHO Y SOCIEDAD (IIDS)
- 2012a *CIDH. Reunión de trabajo. Pueblos indígenas y sus líderes MC-452-11* [diapositivas]. Lima.

- 2012b *Conga 2012*. Consulta: 5 de setiembre de 2012.
<<http://institutederechoys.wix.com/conga2012>>
- 2011 *Principios mínimos para la aplicación de los derechos de participación, consulta previa y consentimiento previo, libre e informado*. Lima: IIDS. Consulta: 2 de marzo de 2012.
<http://www.derechoysociedad.org/IIDS/Documentos/PRINCIPIOS-MINIMOS_IIDS.pdf>
- GRUPO INTERNACIONAL DE TRABAJO SOBRE ASUNTOS INDÍGENAS (IWGIA)
2009 *Informe IWGIA: Crónica de un engaño. Los intentos de enajenación del territorio fronterizo Awajún en la Cordillera del Cóndor a favor de la minería*. Lima: IWGIA, Grupo de Trabajo Racimos de Ungurahui, Odecofroc.
- LANDA ARROYO, César
2011 *Derecho Procesal Constitucional. Cuaderno de Trabajo N° 20*. Lima: Pucp. Consulta: 20 de julio de 2014.
<http://departamento.pucp.edu.pe/derecho/wp-content/uploads/2014/05/ct20_derecho_procesal.pdf>
- 2006 *Constitución y Fuentes del Derecho*. Lima: Palestra Editores.
- LASTRES BÉRNINZON, Enrique
1994 “Los recursos naturales en la Constitución vigente”. *Derecho y Sociedad*, Año V, N° 9, pp. 137-142
- 1996 Ponencia presentada en la Exposición ante la Comisión de Ambiente, Ecología y Amazonía del congreso de la República del Perú para la discusión de la Ley Orgánica para el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales. Fecha de consulta: 13/01/13.
<<http://www.congreso.gob.pe/comisiones/1996/ambiente/lib01/3.1.3.htm>>
- MINISTERIO DE CULTURA
2012 *Decreto Supremo 001-2012-MC. Reglamento de la Ley 29785, Ley del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios reconocido en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT)*. 2 de abril.
- MINISTERIO DE ENERGÍA Y MINAS
1992 *Decreto Supremo 014-92-EM. Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería*. 2 de junio.
- MINISTERIO DE AGRICULTURA
2010 *Decreto Supremo 001-2010-AG. Aprueban Reglamento de la Ley 29338, Ley de Recursos Hídricos*. 23 de marzo.

- 2001 *Decreto Supremo 038-2001-AG. Aprueban Reglamento de la Ley de Áreas Naturales Protegidas.* 22 de junio.
- 1996 *Decreto Supremo 017-96-AG. Aprueban el Reglamento del artículo 7 de la Ley 26505, referido a las servidumbres sobre tierras para el ejercicio de actividades mineras o de hidrocarburos.* 18 de octubre.
- NOVAK, Fabián y Elizabeth SALMÓN
2002 *Las Obligaciones Internacionales del Perú en Materia de Derechos Humanos.* Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- O'DIANA ROCCA, Richard
2014 "Las Limitaciones del sistema de dominio minero vigente en el Perú y las consecuencias negativas que genera en las comunidades campesinas: un estudio a partir del caso de la Comunidad Campesinas San Andrés de Negritos de Cajamarca". Tesis de Licenciatura. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, Facultad de Derecho.
- ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS (OEA)
1969 *Convención Americana sobre Derechos Humanos.* 22 de noviembre.
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (OIT)
1989 *Convenio 169 de la OIT.* 27 de junio. Ratificado por el Estado Peruano mediante Resolución Legislativa 26253 del 05 de diciembre de 1993. Se registró ante la OIT el 02 de Febrero de 1994, entrando en vigor a partir del 02 de febrero de 1995.
- ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS (Onu)
2009 *Asamblea General del Sexagésimo Tercer Período de Sesiones. 80ª Sesión Plenaria.* 22 de abril. A/63/PV.80. Consulta 20 de julio de 2014.
<<http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/63/PV.80>>
- 2007 *Declaración de Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas.* 13 de diciembre.
- 1966 *Pacto internacional de derechos civiles y Políticos.* 16 de diciembre. Aprobado por Decreto Ley N° 22128 de 28 de marzo de 1978. Instrumento de adhesión de 12 de abril de 1978. Depositado el 28 de abril de 1978, y vigente a partir del 28 de julio de 1978.
- 1966 *Pacto internacional de de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.* 16 de diciembre. Aprobado por Decreto Ley N° 22129 de 28 de marzo de 1978. Instrumento de adhesión de 12 de abril de 1978. Depositado el 28 de abril de 1978, y

vigente a partir del 28 de julio de 1978.

- PACHECO ROJAS, Luis
2013 “Lo esencial es invisible a los ojos, incluso en el 66°. Sistema de titularidades sobre los recursos naturales en el sistema peruano como límite y óbice a la gestión directa de las comunidades nativas del Perú a partir de la experiencia Paiche Playa”. Tesis de Licenciatura. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, Facultad de Derecho.

- PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ (Pucp)
2012 *Litigio estratégico en derechos indígenas*. Año 1, N° 1. Lima: Sección de Litigio Estratégico en Derechos Indígenas de la Clínica Jurídica de Acciones de Interés Público Sección.

- PULGAR-VIDAL, Manuel
2009 “El aprovechamiento de los recursos naturales y los usos del territorio”. *Revista de Derecho Administrativo*. Lima, Año 4, N° 7, pp. 462-470.

- 1996 Ponencia presentada en la Exposición ante la Comisión de Ambiente, Ecología y Amazonía del congreso de la República del Perú para la discusión de la Ley Orgánica para el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales. Consulta: 13 de enero de 2013.
<<http://www.congreso.gob.pe/comisiones/1996/ambiente/lib01/3.1.2.htm>>

- PRECIADO, Ruth
2011 “El agua y las industrias extractivas en el Perú: un análisis desde la gestión integrada de recursos hídricos”. En Urteaga (editora) 2011: 171-215.

- PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ
2008 *Decreto Legislativo 1064. Decreto Legislativo que aprueba el Régimen Jurídico para el Aprovechamiento de las Tierras de Uso Agrario*. 27 de junio.

- 1991 *Decreto Legislativo N° 767. Ley Orgánica del Poder Judicial*. 29 de noviembre.

- 1984 *Decreto Legislativo 295. Código Civil de 1984*. 24 de julio.

- 1978 *Decreto Ley 22175. Ley de Comunidades Nativas y de Desarrollo Agrario de la Selva y Ceja de Selva*. 9 de mayo

- 1975 *Decreto Ley 17718. Ley Día del Campesino*. 17 de junio.

- 1974 *Decreto Ley 20653. Ley de Comunidades Nativas y de Promoción Agropecuaria de Regiones de Selva y Ceja de Selva.* 24 de junio.
- 1969 *Decreto Ley 17716. Ley de Reforma Agraria.* 24 de junio.
- PRIORI POSADA, Giovanni
2012 *Estudios sobre propiedad.* Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- ROLDÁN, Roque y Ana María TAMAYO
1999 *Legislación y derechos indígenas en el Perú.* Lima: CAAAP y Coama.
- RUBIO CORREA, Marcial
2012 *Para conocer la Constitución de 1993.* Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial.
- RUIZ, Juan Carlos
2011a “¿Son válidas las compras que las empresas mineras hacen de las tierras de comunidades campesinas a precios ínfimos?”. *Justicia Viva.* Consulta: 20 de diciembre de 2012. <<http://www.justiciaviva.org.pe/notihome/notihome01.php?noti=701>>
- 2011b “¿Cómo sacarle la vuelta al derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas? ¿El derecho civil vs el derecho constitucional?”. *Justicia Viva.* Consulta: 20 de diciembre de 2012. <<http://www.justiciaviva.org.pe/notihome/notihome01.php?noti=718>>
- 2001c “El desarrollo jurisprudencial por el TC del derecho a la consulta previa”. *Estado Constitucional, Arequipa, N° 3,* pp. 41-95.
- 2012a “¿Cuál es el contenido del derecho al territorio de los pueblos indígenas?”. *Justicia Viva.* Consulta: 20 de diciembre de 2013. <<http://www.justiciaviva.org.pe/notihome/notihome01.php?noti=745>>
- 2012b “¿Tiene MINEM obligación de obtener el consentimiento de los pueblos indígenas cuando autoriza minería en sus territorios?”. *Justicia Viva.* Consulta: 20 de diciembre de 2012. <<http://www.justiciaviva.org.pe/notihome/notihome01.php?noti=892>>
- SALMÓN, Elizabeth

- 2010 “Los pueblos indígenas en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. *Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Vol. 3. Lima: PUCP. Instituto de Democracia y Derechos Humanos.
- SALMÓN, Elizabeth y Cristina BLANCO
2012 “El derecho a la propiedad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: un ejemplo de indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos”. En *Priori* (editor) 2012: 13-52.
- STAVENHAGEN, Rodolfo
2010 <<La jurisprudencia de la Corte Interamericana de derechos humanos en materia de derechos de los pueblos indígenas>>. En Simón Pedro Arnold y Boris Rodríguez Ferro (editores). *Cuadernos Observatorio Pueblos Indígenas. Derechos humanos de los pueblos indígenas en el contexto internacional*. Puno: IDECA, pp. 61-99.
- TORRES SÁNCHEZ, María
2013 Entrevista del 20 de febrero de 2013 a Raquel Yrigoyen Fajardo.
- TORRES ZÚÑIGA, Natalia
2012 <<El control de convencionalidad: deber complementario del juez constitucional peruano y el juez interamericano (similitudes, diferencias y convergencias)>>. Tesis de Licenciatura. Pontificia Universidad Católica del Perú.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (TC)
2012 *Expediente 0005-2012-PI/TC*. Sentencia de 23 de octubre.
- 2012 *Expediente 01126-2011-HC/TC*. Sentencia de 11 de setiembre.
- 2011 *Expediente 02835-2012-PA/TC*. Sentencia de 13 de diciembre.
- 2011 *Expediente 00025-2009-PI/TC*. Sentencia de 17 de marzo.
- 2010 *Expediente 0023-2009-PI/TC*. Sentencia de 21 de setiembre.
- 2010 *Expediente 05427-2009-PC/TC*. Sentencia de 30 de junio.
- 2010 *Expediente 0022-2009-PI/TC*. Sentencia de 9 de junio.
- 2010 *Expediente 00026-2008-PI/TX y 00028-2008-PI/TC*. Sentencia de 5 de marzo.
- 2010 *Expediente 04363-2009-PA/TC*. Sentencia de 3 de marzo.

- 2009 *Expediente 06316-2008-PA/TC*. Sentencia de 11 de noviembre.
- 2009 *Expediente 02005-2009-PA/TC*. Sentencia de 16 de octubre.
- 2009 *Expediente 03343-2007-PA/TC*. Sentencia de 19 de febrero.
- 2007 *Expediente 00007-2007-PI/TC*. Sentencia de 19 de junio.
- 2006 *Expediente 0003-2006-PI/TC*. Sentencia de 19 de setiembre.
- 2006 *Expediente 2730-2006-PA/TC*. Sentencia de 21 de julio.
- 2006 *Expediente 0025-2005-PI/TC y 0026-2005-PI/TC*. Sentencia de 25 de abril.
- 2006 *Expediente 047-2004-AI/TC*. Sentencia de 24 de abril.
- 2005 *Expediente 03741-2004-AA/TC*. Sentencia de 14 de noviembre.
- 2005 *Expediente 5854-2005-PA/TC*. Sentencia de 8 de noviembre.
- 2005 *Expediente 2064-2004-AA/TC*. Sentencia de 4 de julio.
- 2005 *Expediente 0048-2004-PI/TC*. Sentencia de 1 de abril.
- 2005 *Expediente 0046-2004-PI/TC*. Sentencia de 15 de febrero.
- 2003 *Expediente 007-2002-AI/TC*. Sentencia de 27 de agosto.
- 2003 *Expediente 2209-2002-AA/TC*. Sentencia de 12 de mayo.
- 2002 *Expediente 03891-2011-PA/TC*. Sentencia de 16 de octubre.
- 2002 *Expediente 0217-2002-HC/TC*. Sentencia de 17 de abril.
- 2002 *Expediente 0006-2000-AI/TC*. Sentencia de 11 de abril.
- URTEAGA, Patricia (editora)
2011 *Agua e industrias extractivas. Cambios y continuidades en los Andes*. Lima: Iep; Justicia Hídrica; Concertación.
- VÁSQUEZ REBAZA, Walter
2008 “Acerca del dominio público y el dominio privado del Estado. A propósito de sus definiciones en la nueva Ley General del Sistema Nacional de Bienes Estatales y su Reglamento”. *Derecho y Sociedad*. Lima, Año 19, N° 30, pp. 272-283.

- VILLA VÍLCHEZ, Zulma
2011 *Retos para la implementación nacional de los estándares de protección de los derechos territoriales de los pueblos indígenas*. Lima: Diakonia.

- YRIGOYEN FAJARDO, Raquel
2013 *Litigio estratégico en derechos indígenas*. Lima: GIZ.

- 2011 “El derecho a la libre determinación del desarrollo, la participación, consulta y consentimiento”. En Aparicio (editor) 2011: 103-146.

- 2010 “A los veinte años del Convenio 169 de la OIT: Balance y retos de implementación de los derechos de los pueblos indígenas en Latinoamérica”. En Raquel Yrigoyen (editora). *Pueblos indígenas. Constituciones y reformas políticas en América Latina*. Lima: IIDS, pp. 15-80.

- 2009a “Integración y complementariedad de los derechos de participación, consulta previa y consentimiento”. En Natalia Álvarez (et al, eds.). *Declaración sobre los derechos de los pueblos indígenas. Hacia un mundo intercultural y sostenible*. Madrid: Los Libros de la Catarata, Serie Ensayos UNESCO Etxea, pp. 349-368.

- 2009b *El Convenio N° 169 de la OIT y su aplicación en Perú*. Lima: IIDS.

- 2006 “Hitos del reconocimiento del pluralismo jurídico y el derecho indígena en las políticas indigenistas y el constitucionalismo andino”. En Mikel Berraondo (coordinador). *Pueblos Indígenas y derechos humanos*. Bilbao: Universidad de Deustuo, pp. 537-567.

- 2002 “Hacia un reconocimiento pleno de las rondas campesinas y el pluralismo legal”. *Alertanet – Portal de Derecho y Sociedad/Portal on Law & Society*. Consulta: 15 de setiembre de 2014. <<http://alertanet.org/ryf-alpanchis.htm>>

- ZAMBRANO, Gustavo
2012 “Aproximación a la noción de derecho a la propiedad comunal de los pueblos indígenas elaborado a partir de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. En Priori (editor) 2012: 53-89.