

2015

TITULACIÓN DE TIERRAS Y CONSULTA PREVIA

CUADERNO DE INVESTIGACIÓN – AÑO 2

NÚMERO 1

SEPTIEMBRE- 2015

Cuaderno de Investigación

AÑO 2, NÚMERO 1

TITULACIÓN DE TIERRAS Y CONSULTA PREVIA

SEPTIEMBRE DE 2015

EQUIPO DE TRABAJO

DRA. ELIZABETH ZEA MARQUINA - DIRECTORA DEL INSTITUTO DE DERECHOS HUMANOS Y DESARROLLO DE LA USMP

DR. OSCAR ANDRÉS PAZO PINEDA - COORDINADOR ACADÉMICO DEL INSTITUTO DE DERECHOS HUMANOS Y DESARROLLO DE LA USMP

ELIZABETH KITAZONO – ENCARGADA DEL GRUPO DE INVESTIGACIÓN SOBRE COMUNIDADES INDÍGENAS DEL INSTITUTO DE DERECHOS HUMANOS Y DESARROLLO DE LA USMP

CELINE CARDINAELE - INTEGRANTE DEL EQUIPO DE INVESTIGACIÓN DEL INSTITUTO DE DERECHOS HUMANOS Y DESARROLLO DE LA USMP

EDUARDO ARROYO - INTEGRANTE DEL EQUIPO DE INVESTIGACIÓN DEL INSTITUTO DE DERECHOS HUMANOS Y DESARROLLO DE LA USMP



INDICE

PRESENTACIÓN.....	4
INTRODUCCIÓN	6
CAPÍTULO I	7
LOS PUEBLOS INDÍGENAS Y LOS CRITERIOS DESARROLLADOS A NIVEL INTERNACIONAL PARA SU IDENTIFICACIÓN ..	7
1.1 LOS PUEBLOS INDÍGENAS.....	7
1.2 CRITERIOS ESTABLECIDOS A NIVEL INTERNACIONAL.....	9
1.2.1 EL ELEMENTO SUBJETIVO PARA IDENTIFICAR A LAS COMUNIDADES INDÍGENAS. LA AUTO-IDENTIFICACIÓN.	9
1.2.2 EL ELEMENTO OBJETIVO DE LAS COMUNIDADES INDÍGENAS.....	11
1.3 DIFERENCIAS ENTRE PUEBLOS INDÍGENAS Y TRIBALES	13
1.4 LAS COMUNIDADES INDÍGENAS Y CAMPESINAS Y SU RECONOCIMIENTO POR PARTE DEL ESTADO PERUANO.	14
CAPÍTULO II	17
EL DERECHO A LA PROPIEDAD Y SUS DIFERENTES VERTIENTES	17
2.1 EL CONTENIDO CONSTITUCIONALMENTE PROTEGIDO DEL DERECHO A LA PROPIEDAD.	17
2.2. LA FUNCIÓN SOCIAL DEL DERECHO A LA PROPIEDAD.	18
2.3. LA FUNCIÓN ECOLÓGICA DEL DERECHO A LA PROPIEDAD.	19
2.4. RESTRICCIONES AL EJERCICIO DEL DERECHO A LA PROPIEDAD.	20
2.5 RECONOCIMIENTO DEL DERECHO A LA PROPIEDAD EN LAS COMUNIDADES INDÍGENAS Y SU ESPECIAL VINCULACIÓN CON EL TERRITORIO	21
2.5.1 TERRITORIO DE LAS COMUNIDADES INDÍGENAS.	21
2.5.2 LAS COMUNIDADES INDÍGENAS Y SU ESTRECHA VINCULACIÓN CON SU TERRITORIO.....	24
2.5.3 DERECHO A LA PROPIEDAD COMUNAL Y SU PROTECCIÓN A NIVEL INTERNACIONAL. TITULACIÓN Y REIVINDICACIÓN DE TERRITORIOS.	28
CAPÍTULO III.....	31
LA CONSULTA PREVIA.....	31
3.1 SUPUESTOS EN LAS CUALES SE DA LA CONSULTA PREVIA	33

3.2 CARACTERÍSTICAS DE LA CONSULTA PREVIA	34
3.3 FINALIDAD DE LA CONSULTA Y SUS EFECTOS	36
CAPÍTULO IV	38
LA SITUACIÓN EN EL PERÚ RESPECTO DE LA TITULACIÓN DE TERRITORIOS EN LAS COMUNIDADES INDÍGENAS Y LA CONSULTA PREVIA	38
4.1. TITULACIÓN DE TERRITORIOS EN EL ESTADO PERUANO	38
4.2 LA CONSULTA PREVIA	43
4.3 UN CASO EN CONCRETO.	45
RECOMENDACIONES.....	48

PRESENTACIÓN

Agradezco la confianza y la generosa invitación a comentar este importante esfuerzo de investigación del Equipo de Trabajo del IDHDES.

Saludo que el IDHDES esté avanzando en el debate y la generación de conocimientos sobre los derechos indígenas, desde la perspectiva de los estándares internacionales. Es un debate sumamente necesario y urgente, especialmente en el Perú, donde al parecer se valora más a los blancos y mestizos que a los indígenas.

Durante mucho tiempo los derechos indígenas en el Perú no fueron tema de investigación e incluso hubo quienes llegaron mucho más lejos, negando la existencia de Pueblos Indígenas en el Perú. Sin embargo, el Perú es uno de los países con mayor población indígena de América Latina. Tal vez sea por ello, que se ha “temido” dar la importancia debida a los derechos de esta franja de la población. De hecho, en la región andina, el Perú es el país en el que menos derechos se reconocen a la población indígena. Es el único país andino que hasta la fecha no ha reconocido -ni en su constitución, ni en la mayor parte de su legislación- la existencia de pueblos, ni territorios indígenas, a pesar de haber ratificado, en 1994, el Convenio 169 (OIT) y de haber apoyado la aprobación de la Declaración de los Derechos Indígenas de la ONU, el 2007.

Me parece muy relevante, que el estudio del IDHDES haya identificado legislación reciente, en la que se menciona explícitamente el término Pueblos Indígenas, algunas veces incluso explícitamente como sinónimo de comunidades nativas o comunidades campesinas. Es interesante que se trate sobre todo de legislación relacionada con la consulta previa, libre e informada, para pueblos en aislamiento voluntario, y de legislación ambiental directamente relacionada con la diversidad biológica. No obstante, los conceptos de territorios indígenas y autodeterminación indígena aún están ausentes en la legislación peruana.

Saludo especialmente la parte del estudio en la que se profundiza sobre el significado de la propiedad colectiva y del derecho a la tierra y el territorio de los PPII, mencionando y relacionándolos con el Convenio 169 de la OIT, con la Declaración de los Derechos Indígenas de la ONU, con la interpretación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de la Corte Constitucional de Colombia, la de los Relatores especiales para derechos indígenas y de otros expertos de la ONU. Efectivamente, existe una jurisprudencia muy interesante en América Latina, la misma que ha permitido seguir desarrollando y aclarando lo que se quiere decir cuando hablamos de una perspectiva de los derechos indígenas. Sin embargo, el Perú es el país con la legislación más contradictoria en lo que se refiere a la titulación de tierras comunales, y sobre todo con

la legislación más promotora de la inversión privada y la titulación individual sobre la colectiva.

Saludo, asimismo, que el derecho a la consulta previa, libre e informada, en este estudio, se vincule directamente a los derechos territoriales de los Pueblos Indígenas. El derecho a la consulta previa, libre e informada, es un derecho fundamental del que depende en gran medida la posibilidad que tienen los Pueblos Indígenas hoy en día de defenderse ante las múltiples amenazas a sus territorios, sus recursos naturales y a su sobrevivencia física y cultural.

Creo que cuando se trabaja desde la perspectiva de los derechos indígenas, se llega a cuestionar muchos supuestos y muchas reglas del mundo occidental. Este cuestionamiento hace que para muchos resulte incómodo aplicar este enfoque. La gran diversidad cultural y la gran cantidad de pueblos indígenas conforman una complejidad que nos cuesta aceptar a quienes siempre buscamos “una talla para todos”, y definiciones y reglas claras para cada asunto. Pues no, cuando se trabaja desde la perspectiva de los derechos indígenas, se trata de conocer cada cultura de modo específico y elaborar propuestas viables y sobre todo adaptables a situaciones muy diversas. De hecho, cuando se trabaja con Pueblos Indígenas es absolutamente necesario hacerlo en forma conjunta con ellos, a partir desde sus propios conocimientos, su cosmovisión y sus prácticas culturales.

Estoy totalmente de acuerdo con las recomendaciones del estudio, las mismas que se mueven en un escenario medianamente realista, sobre todo, si tomamos en cuenta que los Pueblos Indígenas del Perú aún no han logrado convertirse en actores políticos de gran influencia. Las recomendaciones del estudio se concentran sobre todo en la titulación de tierras para las comunidades, lo que nos lleva a pensar que lo que hace falta en Perú son políticas públicas mucho más potentes para los pueblos indígenas, así como la canalización directa de fondos públicos hacia las autoridades indígenas para que puedan ejercer su derecho a la autodeterminación y a la gobernanza de sus territorios.

ANGELA MEENTZEN

INTRODUCCIÓN

El presente cuaderno de investigación tiene como finalidad desarrollar la importancia de la relación que existe entre las comunidades y su territorio, y cómo éste llega a ser fundamental para su subsistencia, lo que precisamente genera que sea necesario su reconocimiento por parte de los Estados.

De este modo, a fin de explicar la importancia de este nexo entre las comunidades y sus tierras, el presente cuaderno se divide en cuatro capítulos. En el primer capítulo se desarrolla el concepto de comunidades indígenas, así como los criterios que permiten determinar en qué casos nos encontramos frente a comunidades indígenas y en qué casos no. En particular, se enfatizará el criterio de la auto-identificación.

En el segundo capítulo se desarrollará el derecho a la propiedad, fundamental para el reconocimiento de los territorios indígenas, y como éste ha sido concebido a nivel internacional, lo cual ha permitido que se le otorgue una interpretación más amplia a fin de tutelar el territorio de los pueblos indígenas desde una perspectiva comunal. En este capítulo también se desarrollará la especial vinculación que existe entre las comunidades indígenas y sus territorios, así como la importancia de los mismos para el progreso de las comunidades, por lo que se efectuará un especial énfasis en los mecanismos que existen para proteger el territorio de los pueblos indígenas, y que consisten esencialmente en la titulación de territorios y la reivindicación de sus tierras.

En el tercer capítulo, se analizará el proceso de consulta previa, mecanismo que, por excelencia, se encuentra reconocido por la Organización Internacional del Trabajo su Convenio N° 169, en el cual se determina que los pueblos tanto indígenas como tribales deben ser consultados antes de tomar cualquier tipo de medidas que los afecte.

En el último capítulo, se examinará la situación del Perú en relación con la problemática de la titulación de tierras y el proceso de consulta previa.

Es así que este cuaderno de investigación pretende demostrar que para las comunidades indígenas el territorio es un medio para el libre ejercicio de muchos de sus derechos y la importancia que tiene la consulta previa, la cual es el medio mediante el cual ellos buscan participar y conocer de las medidas por parte del Estado que puedan afectarlos.

CAPÍTULO I

LOS PUEBLOS INDÍGENAS Y LOS CRITERIOS

DESARROLLADOS A NIVEL INTERNACIONAL PARA SU

IDENTIFICACIÓN

1.1 LOS PUEBLOS INDÍGENAS

Los pueblos indígenas se encuentran presentes en todos los continentes. Para el año 2009, los pueblos representaban aproximadamente el 5% de la población mundial, lo cual implica un total de 370 millones de indígenas a nivel global¹, llegando a ocupar el 20% de la superficie terrestre. Su presencia, además, se encuentra en aproximadamente 90 países a nivel mundial.

Debido al considerable número de personas que integran los pueblos indígenas, así como la extensión de su territorio, resulta indispensable comprender qué es lo que, en primer lugar, implica ser miembro de una comunidad indígena.

Hasta la fecha no existe una definición elaborada por alguna autoridad, la doctrina o los organismos internacionales acerca de qué es lo que debe ser entendido como “pueblo Indígena”. Es así que, podemos observar que en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas no existe definición alguna².

Lo antes señalado encuentra sustento en que a pesar de las características comunes que comparten las comunidades, sería contraproducente querer describirlas bajo un solo concepto, ya que cada una de ellas cuenta con particularidades marcadas, lo que origina que, a nivel internacional, no exista una definición precisa de lo que debe entenderse como comunidades indígenas. Es así que, por ejemplo, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, “CIDH”), en su informe denominado “Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales sobre sus Tierras Ancestrales y Recursos Naturales”, del año 2009, estableció que no existe una definición precisa de lo que son los pueblos indígenas a nivel internacional; por el contrario, recalco que la existencia de una definición podría generar el riesgo de ser demasiado amplia o demasiado restrictiva, y eso se debe a la extensa variedad de comunidades indígenas que habitan a nivel mundial.

Por otro lado, tenemos que las delegaciones gubernamentales han dado a entender a lo largo de los años que no es una obligación encontrar una definición universal de lo que debe ser entendido como pueblos indígenas. Prueba de ello, es lo que se vio plasmado

¹ Naciones Unidas, New York, 2009, Cifras del Foro permanente para las cuestiones indígenas. Informe la situación de los pueblos indígenas del mundo (informe completo solo en inglés).

² Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas. Aprobada por la Asamblea General el 13 de septiembre de 2007. Puede encontrar la versión digital aquí: <http://daccessddsny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N06/512/10/PDF/N0651210.pdf?OpenElement>

en la opinión del Grupo de Trabajo de Apoyo Interinstitucional sobre Cuestiones Indígenas, quienes resaltaron su posición de no imponer una definición formal que sea adoptada por los estados a nivel internacional³.

Por ejemplo, en el año 1997, el grupo de trabajo sobre Poblaciones Indígenas, estableció que, aunque no era posible ofrecer una definición universal de lo que debe entenderse por pueblos indígenas, ello no debería impedir la adopción de la Declaración de los Derechos de los Pueblos Indígenas⁴. Es así que, el preámbulo de la referida declaración hace mención a las características que deben tener los pueblos indígenas, que permitirían aproximarnos a un concepto, tales como su diferenciación con el resto de la sociedad; la enajenación de tierras, territorios y recursos naturales; su presencia histórica y pre-colonial en ciertos territorios; sus características culturales y lingüísticas propias, así como cierta marginación política y legal, sin brindar una definición concreta.

En esa misma línea, Erika-Irene Daes, ex-presidente del Grupo de Trabajo sobre los Pueblos Indígenas de las Naciones Unidas, estableció que la no existencia de una definición se debe a que “históricamente, los pueblos indígenas han sufrido definiciones impuestas por otros «⁵”.

Sin embargo, pese a no existir una definición exacta, se han establecido parámetros y criterios para determinar qué pueblos pueden ser considerados como pueblos indígenas. Es así que el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (en adelante, “OIT”), establece en su artículo número uno cuáles son los requisitos que deben cumplirse para considerar si es que nos encontramos frente a un pueblo indígena o tribal. Según el mencionado artículo deben ser considerados pueblos indígenas aquellos pueblos que descienden de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenecía el país en la época de la conquista o la colonización o el establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera sea su situación jurídica, conserven todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas o partes de ellas.

Del mismo modo, el convenio establece en su artículo número dos la importancia de la identificación indígena o tribal, la cual debe considerarse fundamental para poder determinar los grupos a los que se le aplica el mencionado convenio.

Es así que el establecimiento de criterios a nivel internacional ha permitido a los Estados determinar en qué casos se encuentran lidiando con comunidades indígenas y en cuáles no.

Sin embargo, pese a no existir una definición exacta, tenemos autores que han esbozado definiciones, entre ellos tenemos al autor José Martínez Cobo, el cual nos indica que:

[S]on comunidades, pueblos y naciones indígenas los que, teniendo una continuidad histórica con las sociedades anteriores a la invasión y precoloniales que se desarrollaron en sus territorios, se consideran distintos de otros sectores de las sociedades que ahora prevalecen en esos territorios o en partes de ellos. Constituyen ahora sectores no

³ Cfr. UN. “Directrices sobre las Cuestiones Relativas a los Pueblos Indígenas”. Año 2009. pág. 8.

⁴ Grupo de Trabajo sobre Poblaciones Indígenas (2006a) y (2006b), párrafos 153-154.

⁵ Naciones Unidas, E/CN.4/Sub.2/AC.4/1995/3, pág. 3, Comisión de los Derechos Humanos, Sub-Comisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minoridades, Grupo de Trabajo sobre Pueblos Indígenas.

dominantes de la sociedad y tienen la determinación de preservar, desarrollar y transmitir a futuras generaciones sus territorios ancestrales y su identidad étnica como base de su existencia continuada como pueblo, de acuerdo con sus propios patrones culturales, sus instituciones sociales y sus sistemas legales.

Esa continuidad histórica puede consistir en la continuación, durante un periodo prolongado que llegue hasta el presente, de uno o más de los siguientes factores:

- a. Ocupación de las tierras ancestrales o al menos de parte de ellas
- b. Ascendencia común con los ocupantes originales
- c. Cultura en general o en ciertas manifestaciones específicas (tales como religión, medios de vida, estilos de vida etc.)
- d. Idioma
- e. Residencia en ciertas partes del país
- f. Otros factores pertinentes.

Desde el punto de vista individual, se entiende por persona indígena toda persona que pertenece a esas poblaciones indígenas por auto identificación como tal indígena (conciencia de pertenencia al grupo) y es reconocida y aceptada por esas poblaciones como uno de sus miembros (aceptación por el grupo). Eso preservará a esas comunidades el derecho y el poder soberano de decidir quién pertenece a ellas, sin injerencia exterior [...]⁶.

Podemos concluir señalando que la no existencia de una definición, no excluye a las comunidades indígenas como sujetos de protección internacional⁷.

1.2 CRITERIOS ESTABLECIDOS A NIVEL INTERNACIONAL.

1.2.1 EL ELEMENTO SUBJETIVO PARA IDENTIFICAR A LAS COMUNIDADES INDÍGENAS. LA AUTO-IDENTIFICACIÓN.

Si bien existen muchos criterios que nos permiten esbozar el concepto de pueblos indígenas, podemos aventurarnos a señalar que el criterio de conciencia de la propia identidad indígena es fundamental y primordial para el reconocimiento de las poblaciones indígenas. En este sentido, José Martínez Cobo pone de realce, en su estudio sobre comunidades indígenas, pueblos y naciones, la importancia que tiene para los indígenas la auto-identificación:

«Desde el punto de vista individual, se entiende por persona indígena toda persona que pertenece a esas poblaciones indígenas por auto identificación como tal indígena (conciencia de pertenencia al grupo) y es reconocida y aceptada por esas poblaciones como uno de sus miembros (aceptación por el grupo). Eso preservará a esas comunidades el derecho y el poder soberano de decidir quién pertenece a ellas, sin injerencia exterior»⁸

⁶ Martínez Cobo, J (1986/7) .Estudio del problema de la discriminación contra las poblaciones indígenas, sobre comunidades indígenas, pueblos y naciones. párrafos. 379-382

⁷ Cfr. CIDH. "Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales sobre sus Tierras Ancestrales y Recursos Naturales". Año 2009. Pag. 10.

⁸ Op.cit, 379-382.

En el artículo 9 y en el inciso 1 del artículo 33, de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas se reconoce a los pueblos y los individuos indígenas el derecho de pertenecer a una comunidad o nación indígena, de conformidad con las tradiciones y costumbres de la comunidad o nación de que se trate. De hecho, el artículo 33 de la mencionada declaración pone de manifiesto la importancia de la auto-identificación, esto con la finalidad de que los pueblos indígenas tengan la posibilidad de definir ellos mismos su identidad como indígenas:

Artículo 33

1. **Los pueblos indígenas tienen derecho a determinar su propia identidad** o pertenencia conforme a sus costumbres y tradiciones. Ello no menoscaba el derecho de las personas indígenas a obtener la ciudadanía de los Estados en que viven.

El Convenio N°169 de la OIT, que, según la CIDH, es “el instrumento internacional de derechos humanos específico más relevante para los derechos de los indígenas”⁹, en el artículo 1.2 establece que “la conciencia de su identidad indígena o tribal deberá considerarse como un criterio fundamental para determinar los grupos a los que se aplican las disposiciones del presente Convenio”, lo cual precisamente pone de manifiesto la importancia que tiene la identificación por parte de ellos con su propia cultura, por lo que, de no existir dicha identificación, sería ilusorio denominarlos como pueblos indígenas.¹⁰

La OIT explica en la Guía de Aplicación del Convenio No. 169 que en los criterios para la definición de un pueblo indígena se presentan elementos tanto objetivos como subjetivos. El elemento subjetivo, señala, se refiere justamente a la auto-identificación.¹¹

Criterios similares fueron adoptados por otras instituciones internacionales. En el documento de Erika-Irene Daes, ex-presidente del Grupo de Trabajo sobre los Pueblos Indígenas de las Naciones Unidas, 1996, se dan cuatro criterios para determinarse a quien se puede considerar «indígena», entre los cuales resalta el de la auto-identificación :

- « a.- Prioridad en tiempo, con respecto a la ocupación y uso de un territorio específico.
- b.- La voluntaria perpetuación de la diferenciación cultural, que puede incluir los aspectos de la lengua, la organización social, la religión y los valores espirituales, los modos de producción, leyes e instituciones (poner en espacio sencillo).
- c.- **Autoidentificación, así como reconocimiento por otros grupos (...) como una colectividad diferenciada.**

⁹ CIDH, Tercer Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Paraguay. Doc. OEA/Ser./L/VII.110, Doc. 52, Informe del 9 de marzo de 2001, párr. 12 ; Segundo Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en el Perú. Doc. OEA/Ser.L/V/II.106, Doc. 59 rev., 2 de junio de 2000, Capítulo X, párr. 7.

¹⁰ Cabe subrayar que el Convenio N°169 de la OIT fue el primer instrumento internacional en reconocer la importancia de la auto-identificación.

¹¹ Cfr.OIT, Departamento de Normas Internacionales de ITrabajo, “Los Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales en la Práctica- Una Guía sobre el Convenio No. 169 de la OIT”. Programa para promover el ConvenioNúm. 169 de la OIT (PRO 169), 2009, pág. 9.

d.- Una experiencia de sometimiento, marginación, desposesión, exclusión, o discriminación, ya sea que estas condiciones persistan o no»¹².

Por último, es necesario hacer énfasis que la identidad cultural de los pueblos indígenas y tribales es compartida por todos sus miembros; sin embargo, existen situaciones en que algunos miembros viven con menos apego a las tradiciones de sus pueblos. Lo antes señalado no puede ser entendido como la pérdida de la identidad por parte del pueblo y por ende la de sus derechos¹³. Esto debido a que los pueblos indígenas al igual que todas las sociedades evolucionan y cambian con el tiempo, sin embargo suelen mantener en todo en parte su legado cultural.¹⁴ La Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, “Corte IDH”) ya se pronunció al respecto en el Caso Saramaka Vs Surinam en el cual estableció que pese a que existía un grupo de miembros de la comunidad Saramaka que no vivían dentro del territorio y de una manera que era distinta al del resto de los miembros, no afectaba la distinción del grupo Saramaka.¹⁵

1.2.2 EL ELEMENTO OBJETIVO DE LAS COMUNIDADES INDÍGENAS.

Según el Convenio N° 169 de la OIT, los elementos objetivos son aquellos señalados en el artículo uno inciso a y b del Convenio:

(a) a los pueblos tribales en países independientes, cuyas condiciones sociales, culturales y económicas les distingan de otros sectores de la colectividad nacional, y que estén regidos total o parcialmente por sus propias costumbres o tradiciones o por una legislación especial;

(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.

La OIT explica lo antes señalado en la Guía de Aplicación del Convenio No. 169, estableciendo que en relación con los elementos objetivos, están enmarcados por la continuidad histórica, es decir que se trata de sociedades que descienden de antepasados anteriores a la conquista o colonización; la conexión territorial, que sus antepasados

¹² Naciones Unidas, 10/06/1996, Documento UN E/CN.4/Sub.2/AC.4/1996/2. Resaltado nuestro.

¹³ Cfr. CIDH. “Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales sobre sus Tierras Ancestrales y Recursos Naturales”. Año 2009. Pág. 13

¹⁴ Cfr. CIDH. “Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales sobre sus Tierras Ancestrales y Recursos Naturales”. Año 2009. Pág. 13

¹⁵ Cfr. Corte IDH. Caso Saramaka Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 28 de noviembre de 2007. Serie C N° 172. Párrf. 164

hayan habitado el país o la región; y, por último, demanda la presencia de instituciones sociales, económicas, culturales y políticas que sean distintas, específicas y propias.¹⁶

Asimismo, la Declaración de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Pueblos Indígenas pese a no establecer de manera taxativa los elementos objetivos, los reconoce en el preámbulo de la misma, señalando que es de carácter urgente reconocer los derechos de los pueblos indígenas, los cuales son producto de sus estructuras políticas, sociales, culturales, etc.

La Corte IDH en el caso Saramaka Vs. Surinam hace mención de los elementos objetivos y como estos son importantes para la identificación de estos pueblos:

[...]la Corte considera que los miembros del pueblo Saramaka conforman una comunidad tribal cuyas características sociales, culturales y económicas son diferentes de otras secciones de la comunidad nacional, particularmente gracias a la relación especial existente con sus territorios ancestrales, y porque se regulan ellos mismos, al menos en forma parcial, a través de sus propias normas, costumbres y tradiciones[...]¹⁷.

De todo lo anterior expuesto, podemos resumir que los elementos objetivos son tres:

- La continuidad histórica: La exigencia de ser descendientes de pueblos originarios.
- Identidad cultural: La conservación parcial o total de las instituciones políticas, culturales, económicas y sociales.
- La conexión territorial: La exigencia de vivir en el mismo territorio que vivieron los ancestros. Este criterio acepta una excepción, la cual se manifiesta cuando las comunidades son obligadas a dejar sus territorios.¹⁸

Es necesario señalar que respecto de la existencia de sus propias instituciones políticas, económicas, sociales, culturales, el reconocimiento del derecho a la auto-determinación de estos pueblos es fundamental para la preservación de las mismas.

La adopción de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas en el año 2007 es la que permitió realmente el reconocimiento al nivel internacional del derecho de los pueblos indígenas a la auto-determinación¹⁹.

La auto-determinación debe ser entendida como la capacidad de poder determinar su condición política, social, cultural y económica.

¹⁶ Cfr. OIT, Departamento de Normas Internacionales de Trabajo, "Los Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales en la Práctica- Una Guía sobre el Convenio No. 169 de la OIT". Programa para promover el Convenio Núm. 169 de la OIT (PRO 169), 2009, pág. 9.

¹⁷ . Corte IDH. Caso Saramaka Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 28 de noviembre de 2007. Serie C N° 172. Párrf. 84.

¹⁸ Cfr. IDL. Manual de Herramientas legales para operadores del sistema de justicia para defender los derechos de los Pueblos Indígenas. Lima 2011. Pag. 21.

¹⁹ El texto integral de la Declaración se puede encontrar aquí : http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS_es.pdf.

Sin embargo el derecho a la auto-determinación ha presentado preocupación en los Estados:

[L]os representantes de los pueblos indígenas y los estados han discutido en profundidad las implicaciones del derecho a la autodeterminación. Los estados han expresado preocupaciones relativas a su integridad territorial debido a posibles demandas de independencia de parte de los pueblos indígenas [...] ²⁰

La Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, ha podido brindar un alcance de que implica el derecho a la auto-determinación, cuáles son sus alcances con la finalidad de no ser entendido como un medio para la independización de las comunidades frente a los Estados. Así tenemos que este derecho abarca:

- Autonomía en los asuntos internos, esto implica también la búsqueda de formas de financiar sus actividades.
- Respeto por el consentimiento libre, previo e informado.
- Participación plena y efectiva de los pueblos indígenas por medio de sus instituciones representativas en cada etapa de cualquier acción que pueda afectarles directa o indirectamente.
- Consulta a los pueblos indígenas que puedan verse afectados de manera directa o indirecta con alguna medida o acción.
- Reconocimiento formal de las diversas instituciones existentes en las comunidades, ya sean sistemas de justicia, métodos de resolución de conflictos, organización sociopolíticas, etc.
- Reconocimiento del derecho de los pueblos indígenas de definir y perseguir libremente su desarrollo económico, social y cultural. ²¹

Por último, es necesario señalar que deben concurrir los criterios objetivos como subjetivos para la identificación de un pueblo tanto como indígena o tribal.

1.3 DIFERENCIAS ENTRE PUEBLOS INDÍGENAS Y TRIBALES

Resulta necesario desarrollar la diferencia entre pueblos indígenas y pueblos tribales, sin embargo es importante resaltar que esta distinción no implica que exista diferenciación en los derechos que poseen, por el contrario el Convenio N° 169 de la OIT, les reconoce ambos los mismos derechos. Como ya se ha señalado antes, este convenio establece la siguiente distinción entre pueblos tribales y pueblos indígenas:

²⁰ UN. “ Directrices sobre las Cuestiones Relativas a los Pueblos Indígenas”. Año 2009.pág. 14.

²¹Cfr. Ibidem. Pags. 14 y 15.

- « 1. Los pueblos tribales en países independientes, cuyas condiciones sociales, culturales y económicas les distingan de otros sectores de la colectividad nacional, y que estén regidos total o parcialmente por sus propias costumbres o tradiciones o por una legislación especial.
2. 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 de 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. »²²

Es así que la diferencia fundamental entre las comunidades indígenas y tribales reside en que mientras las primeras son originarias de las tierras del país en que se hallan, las otras no lo son. Sin embargo, en ambos casos es necesaria la auto-identificación tanto colectiva como individual para reconocerlas como tales.

Así, los criterios establecidos en el Convenio N° 169 de la OIT han sido utilizados para poder identificar tanto a los pueblos indígenas como tribales, no solo por los países que han ratificado el mencionado Convenio, sino también por países que no lo han hecho, lo cual pone de manifiesto la importancia que tiene este Convenio a nivel internacional.

En la práctica a nivel internacional, podemos establecer que el uso de los términos “indígena” y “tribal” se dan de la siguiente forma: por “tribal”, la OIT llama más específicamente a las colectividades étnicas de Asia y África, cuyas formas de vida se distinguen del resto de esas sociedades; por el contrario, el concepto “indígena” se aplica más particularmente en las Américas, Rusia, el Ártico y partes del Pacífico. Sin embargo, muchas comunidades “tribales” de Asia y África también reivindican el nombre de indígena.

1.4 LAS COMUNIDADES INDÍGENAS Y CAMPESINAS Y SU RECONOCIMIENTO POR PARTE DEL ESTADO PERUANO.

En el Convenio N° 169 de la OIT se reconoce a los pueblos indígenas y tribales. Ello, sin embargo, no ha sido óbice para que, en diversos Estados, se reconozcan colectivos similares. En el caso del Perú, esta situación se presenta con las denominadas “comunidades campesinas”. En efecto, la Legislación nacional reconoce en diversa normativa tanto a las comunidades indígenas como las comunidades campesinas. Así, tenemos que la Constitución Política del Perú²³ reconoce en su artículo número 2, numeral 19, que “toda persona tiene derecho a su identidad étnica y cultural. El Estado reconoce y protege la pluralidad étnica y cultural de la Nación(...)”. Asimismo, en el artículo número 89 reconoce a las comunidades campesinas y nativas, su personería

²² Organización Internacional del Trabajo, artículo 1(1) del Convenio No. 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, Ginebra, 1989.

²³ Constitución Política del Perú del año 1993. Promulgada el 29 de diciembre de 1993.

jurídica afirmando que estas son “autónomas en su organización, en el trabajo comunal (...) así como en lo económico y administrativo”.

En esa misma línea, el Código Civil Peruano²⁴ en su artículo número 134 establece que:

“[L]as comunidades campesinas y nativas son organizaciones tradicionales y estables de interés público, constituidas por personas naturales y cuyos fines se orientan al mejor aprovechamiento de su patrimonio, para beneficio general y equitativo de los comuneros, promoviendo su desarrollo integral. Están reguladas por legislación especial[I]”.

Asimismo, existe la Ley General de Comunidades Campesinas (Ley N° 24656) la cual establece que “ las comunidades campesinas son organizaciones de interés público, con existencia legal y personería jurídica, integradas por familias que habitan y controlan determinados territorios, ligadas por vínculos ancestrales, sociales, económicos y culturales, expresados en la propiedad comunal de la tierra, el trabajo comunal, la ayuda mutua (...) cuyos fines se orientan a la realización plena de sus miembros y del país”.

A nivel nacional se establecen ciertas diferencias conceptuales entre pueblos indígenas, comunidades nativas y comunidades campesinas. Dicha distinción que es recogida por el Reglamento de la Ley sobre Conservación y Aprovechamiento Sostenible de la Diversidad Biológica²⁵:

[P]ueblos indígenas: Son aquellos que descenden 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 colonia 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. Estos incluyen los grupos no contactados y aquellos que estando integrados no han sido aún reconocidos legalmente como comunidades nativas o campesinas:

Comunidades nativas: tienen su origen en los grupos tribales de la selva y ceja de selva y están constituidas por grupos de familias vinculados por los siguientes elementos principales: idioma o dialecto, caracteres culturales o sociales, tenencia y usufructo común y permanente de un mismo territorio con asentamiento nucleado o disperso.

Comunidades campesinas: Son organizaciones de interés público con existencia legal y personería jurídica, integradas por familias que habitan y controlan determinados territorios, ligados por vínculos ancestrales, sociales, económicos y culturales, expresados en la propiedad comunal de la tierra, el trabajo comunal, la ayuda mutua, el gobierno democrático, el desarrollo de actividades multisectoriales cuyos fines se orientan a la satisfacción de sus miembros y el país. Para efectos de este Reglamento toda referencia a “pueblos indígenas” se entenderá referida a comunidades campesinas, nativas y demás pueblos indígena[s]

De lo antes señalado, podemos hacer hincapié que la distinción entre comunidades campesinas e indígenas es una mera distinción de carácter doctrinario, debido a que en la práctica a ambas se les reconoce los mismo derechos.

Asimismo, existe el Decreto Supremo N° 065-2005-PCM, el cual señala que los pueblos andinos y amazónicos, son originarios con identidad y organización propia, que

24 Código Civil Peruano de 1984. Promulgado el 24 de julio de 1984.

²⁵Decreto Supremo N°068-2001 PCM de junio de 2001. Reglamento de la Ley sobre Conservación y Aprovechamiento Sostenible de la Diversidad Biológica. Artículo 87.

mantienen todas sus instituciones sociales, económicas, culturales y políticas o parte de ellas y hace énfasis que a ambos pueblos se les podrá denominar comunidades indígenas.²⁶

Podemos señalar que el Perú es un país que cuenta con miles de comunidades campesinas y nativas. Sin embargo, no se cuenta con datos oficiales exactos y actualizados para el censo de las comunidades indígenas y nativas, lo que evidencia la falta de interés del gobierno al respecto. Según las cifras disponibles del Instituto del Bien Común²⁷, hay un total de 10419 comunidades Indígenas-Originarias en el Perú²⁸, entre las cuales 2006 son comunidades nativas.²⁹

Asimismo, es necesario resaltar que la mayor parte de la población andina no utiliza específicamente el término indígena para auto-identificarse debido a que conlleva una connotación histórica de carácter discriminatorio. Por ello, y en la medida de lo posible, se ha intentado no hacer mucha referencia a esos términos. Sin embargo, esta situación no enerva la cobertura que estos grupos puedan tener en virtud el Convenio 169-OIT³⁰.

Por último, es necesario señalar que las distinciones establecidas a nivel interno, no generan diferenciación en el reconocimiento de los derechos establecidos a nivel internacional. Independiente de la terminología utilizada para denominar a estos pueblos en sede interna (comunidades campesinas, pueblos andinos, etc) basta con que cumplan los criterios objetivos y subjetivos establecidos a nivel internacional para que se pueda exigir el respeto de sus derechos como pueblos indígenas o tribales.

²⁶ Cfr. IDL. Manual de Herramientas legales para operadores del sistema de justicia para defender los derechos de los Pueblos Indígenas. Lima 2011. Pp. 23-24

²⁷ Instituto del Bien Común, 2014, _La seguridad territorial en el Limbo, El estado de las comunidades indígenas en el Perú. Anexo 1, Tabla 1 Cifras sobre Comunidades Indígenas Originarias en el Perú.

²⁸ Contando con 6013 comunidades campesinas Originarias – Costa, Sierra ; 2400 comunidades campesinas Ribereña-Amazonia ; y 2006 Comunidades Nativas.

²⁹ Esta cifra no incluye a las Comunidades de Ronderos en Amazonas, Piura, San Martín y Cajamarca para las cuales ya están reconocidos algunos derechos como comunidades campesinas.

³⁰ Naciones Unidas, 2009, Informe Alternativo 2009 sobre el cumplimiento del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, Sobre Pueblos Indígenas y Tribales en el Perú.

CAPÍTULO II

EL DERECHO A LA PROPIEDAD Y SUS DIFERENTES VERTIENTES

2.1 EL CONTENIDO CONSTITUCIONALMENTE PROTEGIDO DEL DERECHO A LA PROPIEDAD.

El artículo 2.16 de la Constitución Peruana reconoce que:

“Toda persona tiene Derecho (...) a la propiedad y a la herencia”

Dimensionar el contenido constitucionalmente protegido de un derecho implica no solo comprender su alcance, sino también sus límites. De esta forma el operador jurídico ante determinada situación podrá identificar si sus pretensiones pueden ser enmarcadas dentro del ámbito constitucionalmente protegido por los derechos fundamentales. El desarrollo de las normas constitucionales derivadas de las disposiciones en nuestra Constitución, tiene como mecanismo de desarrollo la interpretación constitucional. Esta herramienta del operador jurídico facilitará el desarrollo de las posiciones iusfundamentales que terminarán por definir lo que puede entender por protegido cuando se hace referencia a un derecho fundamental.

Cabe mencionar que el ámbito protegido por un derecho fundamental no tendrá un carácter pético, sino que deberá ser desarrollado de forma progresiva por quienes se encuentre facultados para ejercer la función judicial ante las distintas circunstancias que puedan ir presentándose. Es por ello que, desde su concepción estrictamente patrimonial, la propiedad fue adaptándose a las perspectivas modernas que le adjudicaron un rol social, ecológico y como se verá más adelante, colectivo. En ese sentido, la Corte Constitucional de Colombia ha señalado lo siguiente respecto de la evolución del contenido del derecho de propiedad:

[E]l concepto de propiedad no ha sido una idea estática e inamovible. En un comienzo en el derecho romano fue concebido bajo una estructura sagrada, absoluta e inviolable [...].

[S]in embargo, esa noción clásica de la propiedad, que se inscribe en una concepción individualista, progresivamente fue cediendo a las exigencias de justicia social y de desarrollo económico sostenible, que le imprimieron una importante variación en su concepción, pues pasó de ser considerada como un derecho absoluto para convertirse en un derecho relativo, susceptible de limitación o restricción, en aras de hacer efectivos los intereses públicos o sociales que priman en la sociedad[d]³¹

³¹ Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-189/06

Resulta menester destacar que su reconocimiento no se limita al texto constitucional, sino que podemos identificarlo en instrumentos internacionales como la Convención Americana sobre Derechos Humanos, cuyo artículo 21 se relaciona con el derecho a la propiedad privada. La necesidad de referirnos a un instrumento internacional se debe a la ardua labor de la Corte IDH en el desarrollo de su jurisprudencia, la cual ha tenido un alto impacto en el reconocimiento de posiciones jurídicas relacionadas al derecho a la propiedad. Es así que aparece el concepto de propiedad colectiva o comunal a raíz de su función contencioso en la resolución de controversias relacionadas a las comunidades indígenas.

El Tribunal Constitucional peruano no ha sido ajeno a este mismo fenómeno. De conformidad con el supremo intérprete de la Constitución, la concepción tradicional iusprivatista de lo que debe entenderse por propiedad, esto es, el poder jurídico que permite a una persona usar, disfrutar, usar y disponer un bien, difiere de su concepción en el plano constitucional. Es así que siguiendo la línea del caso “Campbell vs Holt”³² el operador constitucional entiende que:

[P]ara el derecho constitucional la propiedad no queda enclaustrada en el marco del dominio y de los derechos reales, sino que abarca y se extiende a la pluralidad in totum de los bienes materiales e inmateriales que integran el patrimonio de una persona y que, por ende, son susceptibles de apreciación económica[a].³³

No obstante, así definida la propiedad parece otorgar un poder absoluto, cuestión que no puede ser aceptada en el marco de un Estado Social y Democrático de derecho como el nuestro. En este contexto, la Constitución ha establecido en su artículo 70 la garantía de la “inviolabilidad” como una garantía fundamental del derecho de propiedad, la cual debe interpretarse como prohibición de intervenciones en el libre ejercicio o goce de los mencionados atributos clásicos del derecho de propiedad. Líneas seguidas la Constitución peruana refiere que dentro de los límites que encuentra el ejercicio de la propiedad, estos guardan relación de forma extrínseca con el bien común y el interés general. Lo antes mencionado ha sido señalado por el Tribunal Constitucional Peruano:

[...] las actuaciones e intervenciones del Estado se sustentan en el interés general para el logro del bien común[n].³⁴

2.2. LA FUNCIÓN SOCIAL DEL DERECHO A LA PROPIEDAD.

Cuando el texto constitucional hace mención a que la propiedad debe ejercerse en el marco de ciertos límites, lo hace dimensionando la función social de la propiedad, reconociéndole no solo un carácter privado, sino también una función pública. Es así que el Tribunal constitucional respecto a la función social de la propiedad ha referido que:

³² Caso de la Corte Suprema de Los Estados Unidos de Norte America

³³ Sentencia del Tribunal Constitucional EXP. N° 0008-2003-AI/TC. Párrafo 26.

³⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional EXP. N° 00011-2010-PI/TC. Párrafo 06.

[E]sta función social explica la doble dimensión del derecho de propiedad y determina que, además del compromiso del Estado de proteger la propiedad privada y las actuaciones legítimas que de ella se deriven, pueda exigir también un conjunto de deberes y obligaciones concernientes a su ejercicio, en atención a los intereses colectivos de la Nación³⁵

Consecuentemente, el contenido del derecho de propiedad no puede observarse restrictivamente desde la perspectiva del interés de los particulares, sino que deberá considerarse tomando en consideración el interés general de la población y el bien común. Así, la propiedad no sólo tiene carácter de derecho, sino también de deber: la obligación de explotar el bien conforme a la naturaleza que le es intrínseca, pues sólo de esa manera estará garantizado el bien común.

Debe advertirse que dicha función social se encuentra relacionada a los bienes de servicio público, más no así a los bienes de índole estrictamente privada, en cuyo caso los titulares deberán abstenerse de todo ejercicio contra la comunidad.

Esta posición descrita por el órgano jurisdiccional nacional, encuentra su símil con la jurisprudencia desarrollada por la Corte IDH, señalando en primer lugar que el derecho a la propiedad abarca, el uso y goce de los bienes, definidos como cosas materiales apropiables, así como todo derecho que pueda formar parte del patrimonio de una persona. Dicho concepto comprende tanto muebles, inmuebles, objetos corporales o incorporeales o cualquier otro derecho susceptible de valoración.³⁶

Es necesario señalar que el reconocer una función social a la propiedad, como una garantía institucional, no implica el desconocimiento de las garantías que, a su vez, deben ser instauradas a efectos de reconocer al propietario las facultades de oponibilidad del derecho frente a terceros intervinientes.

2.3. LA FUNCIÓN ECOLÓGICA DEL DERECHO A LA PROPIEDAD.

Así como existe una función social del derecho a la propiedad, la Corte Constitucional de Colombia ha aportado un concepto de particular importancia para la problemática actual, esto es el concepto de propiedad ecológica, el cual ha sido desarrollado como un elemento necesario para el desarrollo sostenible. Consecuentemente su protección genera tres dimensiones para la Corte Colombiana:

[a]) la protección al medio ambiente es un principio que irradia todo el orden jurídico pues es obligación del Estado proteger las riquezas naturales de la Nación; b) aparece como el derecho de todas las personas a gozar de un ambiente sano, derecho constitucional que es exigible por diversas vías judiciales y; c), de esta función social se derivan un conjunto de obligaciones impuestas a las autoridades y a los particulare[s].³⁷

Es así que la propiedad ecológica aparece para enfrentar el uso indiscriminado de los bienes y derechos particulares en favor de la preservación del medio ambiente sano.

³⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional EXP. N° 0048-2004-PI/TC. Párrafo. 78.

³⁶ Cfr. Caso IvcherBronstein, supra nota 188, párr. 122, y Caso Salvador Chiriboga vs. Ecuador. Excepción Preliminar y Fondo. Sentencia de 6 de mayo de 2008. Serie C No. 179, párr. 55.

³⁷ Corte Constitucional de Colombia, sentencia T – 760 del 25 de 2007

Este concepto impone obligaciones no solo a los titulares de propiedad individual, sino también de los titulares del mismo derecho en su vertiente colectiva.

2.4. RESTRICCIONES AL EJERCICIO DEL DERECHO A LA PROPIEDAD.

Se reconocen supuestos en los que la propiedad puede ser restringida, como ocurre en el caso de la generalidad de los supuestos de limitación de los derechos, en primer lugar se requiere que la restricción, como aspecto formal, se encuentre contenido en una ley. Del mismo modo, se exige que la limitación se efectúe en beneficio del interés social, restricción que eventualmente tendrá como consecuencia el pago de una justa indemnización. De esta forma la Corte IDH hace mención a la posibilidad de restricción de este derecho:

[E]l derecho a la propiedad privada debe ser entendido dentro del contexto de una sociedad democrática donde para la prevalencia del bien común y los derechos colectivos deben existir medidas proporcionales que garanticen los derechos individuales. La función social de la propiedad es un elemento fundamental para el funcionamiento de la misma, y es por ello que el Estado, **a fin de garantizar otros derechos fundamentales de vital relevancia para una sociedad específica, puede limitar o restringir el derecho a la propiedad privada, respetando siempre los supuestos contenidos en la norma del artículo 21 de la Convención, y los principios generales del derecho internacional**[I]³⁸

La garantía y respeto de la propiedad resulta de estricta importancia, en un continente en el que predominan las inequidades sociales, es así que este derecho se convierte en un elemento que permite a los ciudadanos el desenvolvimiento de su economía, por lo que la exclusión o privación arbitraria condiciona las condiciones de existencia y el pleno goce de sus derechos.

Al igual que la gran mayoría de derechos fundamentales, la propiedad no puede ser considerada como un derecho absoluto y su ejercicio deberá ser armonizado con: a) El derecho de propiedad individual con el ejercicio mismo por parte de los demás individuos; b) El derecho de propiedad individual con el ejercicio de las restantes libertades individuales c) El ejercicio del derecho de propiedad con el bien común y el interés general.³⁹

Por último, es necesario mencionar que las posiciones antes señaladas, función social y función ecológica; derivadas del derecho a la propiedad no representan un numerus clausus, sino todo lo contrario, dependerá del órgano interpretativo el desarrollo progresivo de sus vertientes.

³⁸ Corte IDH. Caso Salvador Chiriboga Vs. Ecuador. Excepción Preliminar y Fondo. Sentencia de 6 de mayo de 2008. Serie C Nº 179. Resaltado nuestro.

³⁹ Cfr. Sentencia del Tribunal Constitucional 0008-2003 AI. 26. A)

Puede observarse entonces que tanto la función social, como la ecológica de la propiedad imponen deberes a los estados y sus particulares, en virtud del interés social (función social) y de la preservación del medio ambiente y los recursos naturales (función ecológica). Asimismo, hay que tener en cuenta que el derecho a la propiedad no es un derecho absoluto y por lo tanto habrá situaciones en las cuales será posible la expropiación en busca del interés general.

2.5 RECONOCIMIENTO DEL DERECHO A LA PROPIEDAD EN LAS COMUNIDADES INDÍGENAS Y SU ESPECIAL VINCULACIÓN CON EL TERRITORIO

El enfoque clásico del concepto de propiedad como título individual se ha visto extendido, adquiriendo nuevas aceptaciones. En efecto, el reconocimiento de la propiedad colectiva para las comunidades indígenas y tribales como forma de propiedad es seguramente su mejor y más visible prueba. Esta evolución del concepto de propiedad como propiedad colectiva se debe a la comprensión y al reconocimiento de la visión de la tierra y del territorio en la cosmovisión indígena.

2.5.1 TERRITORIO DE LAS COMUNIDADES INDÍGENAS.

La Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas establece los derechos sobre tierra y territorios:

Artículo 26

1. Los pueblos indígenas tienen derecho a las tierras, territorios y recursos que tradicionalmente han poseído, ocupado o de otra forma utilizado o adquirido.
2. Los pueblos indígenas tienen derecho a poseer, utilizar, desarrollar y controlar las tierras, territorios recursos que poseen en razón de la propiedad tradicional u otra forma tradicional de ocupación o utilización, así como aquellos que hayan adquirido de otra forma.
3. Los Estados asegurarán el reconocimiento y protección jurídicos de esas tierras, territorios y recursos. Dicho reconocimiento respetará debidamente las costumbres, las tradiciones y los sistemas de tenencia de la tierra de los pueblos indígenas de que se trate.

El territorio forma parte de la identidad de la comunidad, esto se debe a la memoria de los antepasados que vivieron en ella, la organización socio-política, el espacio de toma de decisión, las tradiciones culturales y el poder de decisión que se ejerce sobre los recursos naturales y la vida misma de comunidad, dado que el territorio es la fuente de su mundo espiritual, el cual les sirve a los pueblos como elemento vital⁴⁰. Es decir, el uso de la tierra es por esencia colectivo, y tiene por finalidad permitir la subsistencia de la comunidad en el tiempo así como las tradiciones y costumbres:

⁴⁰Cfr. Huertas, B. 2002. Los pueblos indígenas en aislamiento. Su lucha por la sobrevivencia y la libertad. Lima: IWGIA. Citado en Informe Igualdad con Dignidad, Hacia nuevas formas de actuación con la niñez indígena en América Latina, UNICEF, Oficina regional para América Latina y el Caribe. Ciudad de Panamá, República de Panamá, 2004.

[L]a particularidad de la visión de los pueblos indígenas se manifiesta en las formas de relacionarse. Primero, entre los seres humanos, de manera comunitaria. Segundo, con la tierra, como nuestra madre, porque nos da la vida y no es sólo una mercancía. Tercero, con la naturaleza; pues somos partes integrales de ella y no sus dueños.

La madre tierra es para nosotros, no solamente fuente de riqueza económica que nos da el maíz, que es nuestra vida, sino proporciona tantas cosas que ambicionan los privilegiados de hoy. La tierra es raíz y fuente de nuestra cultura. Ella contiene nuestra memoria, ella acoge a nuestros antepasados y requiere por lo tanto también que nosotros la honremos y le devolvamos con ternura y respeto los bienes que nos brinda. Hay que cuidar y guardar la madre tierra para que nuestros hijos y nuestros nietos sigan percibiendo sus beneficio[s]⁴¹

Los derechos de los pueblos indígenas y tribales en materia de territorio y su estrecho vínculo con las tierras y los recursos naturales en el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos (en adelante, “SIDH”) se apoyan principalmente en el artículo N° 23 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, y en el artículo N° 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante “CADH”).⁴² Sin embargo, a pesar de no existir en sí artículos dedicados específicamente a los derechos de los pueblos indígenas o tribales, la Corte IDH así como la CIDH han interpretado las dos disposiciones de tal forma que protegen los derechos de las comunidades indígenas y tribales sobre sus territorios.

Dada la importancia que tiene el territorio para la economía, la cultura, las actividades de sustento y el bienestar de los pueblos indígenas, la pérdida de tierras ancestrales tienen impacto negativo directo sobre su supervivencia, por ello, el concepto de tierra utilizado por el Convenio N° 169 OIT debe entenderse como la totalidad del territorio que emplean, es decir los bosques, los ríos, las montañas y mares costeros tanto como la superficie y el subsuelo.⁴³ El artículo 25 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas reafirma el acercamiento del Convenio N° 169 de la OIT a los conceptos de tierra y de territorio, cuando estipula que los pueblos indígenas tienen derechos.

En ese sentido, el Convenio N° 169 de la OIT establece una serie de prioridades para proteger a los derechos de los pueblos indígenas en cuanto a sus tierras y territorios, principalmente en sus artículos 14, 17, 18 y 19, los cuales establecen lo siguiente:

Artículo 14:

⁴¹ Discurso de aceptación del Premio Nobel de la Paz, Rigoberta Menchú Tum, el 10 de diciembre de 1992. "Rigoberta Menchú Tum - Nobel Lecture in Spanish". *Nobelprize.org*. Nobel Media AB 2014. Web. 1 Apr 2015. <http://www.nobelprize.org/nobel_prizes/peace/laureates/1992/tum-lecture-sp.html>

⁴² Corte IDH. *Informe de seguimiento— Acceso a la Justicia e Inclusión social: El camino hacia el fortalecimiento de la Democracia en Bolivia*. Doc. OEA/Ser/L/V/II.135, Doc 40, 7 de agosto de 2009, párr. 156 ; Corte IDH. Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awastingni Vs. Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C NO. 79, párr. 148. Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párr. 137. Corte IDH, Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146, párrs. 118, 121.

⁴³ Organización Internacional del Trabajo, Los Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales en la Práctica, Una Guía sobre el Convenio Núm. 169 de la OIT, pág. 92. Programa para promover el Convenio Núm. 169 de la OIT (Pro 169). Departamento de Normas Internacionales del Trabajo, 2009.

1. Deberá reconocerse a los pueblos interesados el derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan. Además, en los casos apropiados, deberán tomarse medidas para salvaguardar el derecho de los pueblos interesados a utilizar tierras que no estén exclusivamente ocupadas por ellos, pero a las que hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia. A este respecto, deberá prestarse particular atención a la situación de los pueblos nómadas y de los agricultores itinerantes.
2. Los gobiernos deberán tomar las medidas que sean necesarias para determinar las tierras que los pueblos interesados ocupan tradicionalmente y garantizar la protección efectiva de sus derechos de propiedad y posesión.
3. Deberán instituirse procedimientos adecuados en el marco del sistema jurídico nacional para solucionar las reivindicaciones de tierras formuladas por los pueblos interesados.

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.
3. Deberá impedirse que personas extrañas a esos pueblos puedan aprovecharse de las costumbres de esos pueblos o de su desconocimiento de las leyes por parte de sus miembros para arrogarse la propiedad, la posesión o el uso de las tierras pertenecientes a ellos.

Artículo 18:

La ley deberá prever sanciones apropiadas contra toda intrusión no autorizada en las tierras de los pueblos interesados o todo uso no autorizado de las mismas por personas ajenas a ellos, y los gobiernos deberán tomar medidas para impedir tales infracciones.

Artículo 19:

Los programas agrarios nacionales deberán garantizar a los pueblos interesados condiciones equivalentes a las que disfruten otros sectores de la población, a los efectos de: (a) la asignación de tierras adicionales a dichos pueblos cuando las tierras de que dispongan sean insuficientes para garantizarles los elementos de una existencia normal para hacer frente a su posible crecimiento numérico.

De lo antes señalado podemos determinar que el Convenio N° 169 de la OIT reconoce el derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente han ocupado los pueblos indígenas, esto debido a que son las tierras que sus antepasados ya utilizaron y que quieren transmitir a las generaciones futuras. Asimismo, establece obligaciones para los Estados respecto del establecimiento de mecanismos que permitan la reivindicación de estas tierras, así como el respecto de las costumbres en la transmisión de las mismas.

Cabe destacar, que el reconocimiento y establecimiento de los derechos de los pueblos sobre sus tierras se basa en la ocupación y en el uso tradicional, y no en el reconocimiento o registro legal y eventual del Estado dado que la ocupación tradicional confiere derecho a la tierra en virtud del Convenio, independientemente de que tal derecho hubiera sido reconocido o no por el Estado⁴⁴.

⁴⁴Cfr. Comisión de Expertos, 73.ª sesión, Observación, Perú, publicación 2003 (párrafo 7)

Asimismo, podemos señalar que el artículo 14 inciso 1 del Convenio N° 169 de la OIT reconoce también el derecho a las tierras que un pueblo indígena no ocupa exclusivamente, y que pueden emplear pastores nómadas, cazadores o agricultores itinerantes, en casos de tierras de pastoreo, de áreas de caza, pesca, recolección así como bosques.

El artículo 14 inciso 2 del mismo Convenio establece la identificación y la protección de las áreas pertenecientes a los pueblos indígenas. De esta forma, se exige a los gobiernos a que deben establecer procedimientos con el fin de identificar y proteger las tierras de los pueblos indígenas y sus derechos. Los mencionados procedimientos pueden darse de diferentes formas e incluir medidas entre las cuales tenemos la demarcación y el otorgamiento de títulos.

El Convenio N° 169 de la OIT reconoce los procedimientos tradicionales para la transmisión de las tierras dentro de las comunidades. Así, los pueblos tienen derecho a transmitir y preservar sus tierras de generación en generación, conforme con sus propias costumbres.

Sin embargo, no debe entenderse como intangible el territorio indígena, puesto que la Corte IDH ha establecido que hay supuestos en los cuales el Estado puede poner restricciones al uso y al goce de los territorios y de sus recursos naturales a los pueblos indígenas, esto solo será factible si ha sido previsto por la ley. En ese sentido, el Estado tendrá que cumplir con tres requisitos:

[P]rimero, el Estado debe asegurar la participación efectiva de los miembros del pueblo indígena 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 indígena. Segundo, el Estado debe garantizar que los miembros del pueblo indígena 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 indígena 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 tienen con su territorio, la cual a su vez, garantiza su subsistencia como puebl[o]⁴⁵.

De lo antes señalado podemos concluir que el territorio indígena no es intangible, sino que existen situaciones de interés superior que pueden generar que el Estado desee intervenir o utilizar el territorio de estas comunidades, lo cual será factible siempre que el Estado informe, garantice y genere un beneficio a la comunidad que será afectada.

2.5.2 LAS COMUNIDADES INDÍGENAS Y SU ESTRECHA VINCULACIÓN CON SU TERRITORIO

Los pueblos indígenas a diferencia del resto de la población, tienen una especial vinculación con su territorio, lo que exige una especial protección por parte del Estado que permita garantizar a los pueblos indígenas el goce efectivo del derecho a la propiedad, lo cual en su caso en particular va a derivar en el disfrute de muchos otros derechos.

⁴⁵Sentencia del *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam* párr. 129.

La OIT en el Convenio N° 169 establece, en su artículo 13, este vínculo entre las comunidades y territorio:

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.

Como podemos analizar el vínculo existente entre las comunidades indígenas y sus territorios va más allá de un tema de posesión, ya que su territorio es la fuente que los provee de los recursos necesarios para subsistir, aparte de ser un elemento espiritual que les permite continuar su legado cultural debido a que a través de ella se realizan sus prácticas ancestrales que les permiten transmitir de generación en generación sus creencias y costumbres. Martínez Cobo, como Relator Especial de las Naciones Unidas, afirmó :

[E]s esencial que se conozca y comprenda la relación especial profundamente espiritual de los pueblos indígenas con sus tierras, como algo básico en su existencia como tales y en todas sus creencias, costumbres, tradiciones y cultura. Para los indígenas, la tierra no es meramente un objeto de posesión y producción [...] la tierra no es mercadería que pueda apropiarse sino un elemento materia del que debe gozarse librement[e].⁴⁶

De esta forma, las comunidades indígenas y tribales no ven la tierra como una fuente para generar riqueza tanto de manera directa como indirecta mediante la explotación masiva de recursos naturales o minerales, debido a que esta visión occidental es más bien materialista e utilitarista. Sin embargo, la “tierra” y el “territorio” bajo la cosmovisión indígena están relacionadas con su espiritualidad y visión sagrada de la naturaleza. Las comunidades indígenas y tribales tienen una relación mística y sagrada con la “Madre Tierra” o la “Pachamama”, quien es su fuente de vida, es por ello que es necesario entender su cosmovisión para poder comprender el rol fundamental que juega el territorio en el desarrollo de los pueblos indígenas.

La visión occidental suele considerar que la agricultura es el uso más común de la tierra; sin embargo, para las comunidades el uso de la tierra no solo se limita a la cosecha de la misma, sino que es un medio a través del cual se transmite el legado cultural, sus artes, rituales sus conocimiento y usos relacionados con la naturaleza⁴⁷, es, en buena cuenta, una condición de seguridad y enlace con el grupo⁴⁸.

Es por ello que la visión indígena es fundamental para poder entender al territorio como propiedad colectiva, así lo han desarrollado los autores Chirif, García y Smith al establecer lo que incluye la definición de territorio para los pueblos indígenas:

46 Jose R. Martinez Cobo, Relator especial de la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías: Estudio del Problema de la Discriminación contra las Poblaciones Indígenas (Documento de la ONU: E/CN.4/Sub.2/1986/7/Add.1, párrafos 196 y 197)

⁴⁷ Cfr. Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C N° 125, párr.. 154

⁴⁸ Cfr. CIDH, Segundo Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en el Perú. Doc. OEA/Ser.L/V/II.106, Doc. 59 rev., 2 de junio de 2000, Capítulo X, párr. 16

[L]os montes, valles, ríos y lagunas que se identifican con la existencia de un pueblo indígena y que la han provisto de sus medios de vida ; la riqueza heredada de sus antepasados y entregar a sus descendientes; un espacio en el que cada pequeña parte, cada manifestación de la vida, cada expresión de la naturaleza es sagrada en la memoria y en la experiencia colectiva de ese pueblo y que se comparte en la íntima interrelación con el resto de seres vivos respetando su natural evolución como única garantía del mutuo desenvolvimiento; [así como] el ámbito de libertad sobre el que dicho pueblo ejerce su dominio permitiéndole desarrollar sus elementos nacionales esenciale[s].⁴⁹

Los miembros de una comunidad tienen derecho a trabajar la tierra y cosecharla. De esta forma, el suelo se presenta como un elemento cultural mediante el cual las comunidades pueden desarrollar sus actividades tradicionales.

La Corte IDH se ha pronunciado en reiteradas oportunidades respecto de la especial relevancia que tiene el territorio para las comunidades indígenas y su estrecha vinculación:

[L]os indígenas por el hecho de su propia existencia tienen derecho a vivir libremente en sus propios territorios; **la estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe de ser reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas**, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica. Para las comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras⁵⁰

[L]a 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.

[L]o anterior guarda relación con lo expresado en el artículo 13 del Convenio No. 169 de la OIT, en el sentido de que los Estados 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 relació[n]⁵¹

Asimismo, la CIDH ha manifestado en diferentes documentos que la relación existente entre los pueblos indígenas y sus territorios son imprescindibles tanto para la subsistencia material como cultural de estas comunidades, es decir, los pueblos

⁴⁹ A, Chirif ; P, García y R, Smith. El indígena y su territorio son uno solo. Estrategias para la defensa de los pueblos y territorios indígenas de la cuenca amazónica. Lima : OXFAM-América / COICA, 1991. Citado en Informe *Igualdad con Dignidad, Hacia nuevas formas de actuación con la niñez indígena en América Latina*, UNICEF, Oficina regional para América Latina y el Caribe. Ciudad de Panamá, República de Panamá, 2004.

⁵⁰ Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awastingni Vs. Nicaragua. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79, parrf. 149. Resaltado nuestro

⁵¹ Caso Comunidad indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Sentencia del 17 de junio de 2005. Serie C. N° 125, parrfs. 135 y 136. Resaltado nuestro

indígenas estructuran su sociedad basándose en su estrecha vinculación con la tierra, y estos territorios constituyen para ellos el enlace entre todos los miembros de la comunidad. Por otro lado, este vínculo les permite mantener su legado cultural y transmitirlo a generaciones futuras⁵². Es por ello, que es muy importante el respeto a sus territorios, no solo por parte de otras personas, sino en especial por parte del estado, quien en la mayoría de casos es quien vulnera su derecho a la propiedad brindando concesiones sin tener en cuenta la opinión de las comunidades, quienes a futuro son las afectadas y quienes asumen de manera directa los pasivos de dichas decisiones.

La Corte IDH ha establecido en reiterada jurisprudencia que para determinar la existencia de la relación de los pueblos y comunidades indígenas con sus tierras tradicionales, debe analizarse

“[...]i) que ella puede expresarse de distintas maneras según el pueblo indígena del que se trate y las circunstancias concretas en que se encuentre, y ii) que la relación con las tierras debe ser posible. Algunas formas de expresión de esta relación podrían incluir el uso o presencia tradicional, a través de lazos espirituales o ceremoniales; asentamientos o cultivos esporádicos; formas tradicionales de subsistencia, como caza, pesca o recolección estacional o nómada; uso de recursos naturales ligados a sus costumbres u otros elementos característicos de su cultura⁵³. El segundo elemento implica que los miembros de la Comunidad no se vean impedidos, por causas ajenas a su voluntad, de realizar aquellas actividades que revelan la persistencia de la relación con sus tierras tradicionales”⁵⁴.

A una conclusión similar arribó el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial al subrayar que los derechos territoriales de los pueblos indígenas eran únicos, abarcando una tradición y una identificación cultural entre los pueblos indígenas y sus tierras que ha sido en mayoría reconocida.⁵⁵

Por último, es necesario reiterar que el uso de la tierras para las comunidades indígenas es fundamental para su subsistencia y continuidad, lo que se ha manifestado en el informe emitido en el año 2009 por el Foro Permanente para las Cuestiones indígenas de las Naciones Unidas, mediante el cual se señala que las culturas indígenas están bajo amenaza de desaparecer, lo cual se debe a que la gran mayoría de pueblos están sufriendo la pérdida de sus tierras, territorios y recursos naturales.⁵⁶ Asimismo se hace hincapié que la gran mayoría de pueblos no forma parte de los procesos de toma de decisiones relacionadas con sus territorios y esto genera grandes afectaciones en su desarrollo y forma de vida.

⁵² Cfr. CIDH. “Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales sobre sus Tierras Ancestrales y Recursos Naturales”. Año 2009. Parrf. 56.

⁵³ Cfr. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay, Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 154, y Caso XkamokKasek Vs. Paraguay, párr. 113.

⁵⁴ Cfr. Caso de la Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay, párr. 132, y Caso XákmokKásek Vs. Paraguay, párr. 113.

⁵⁵ Cfr. Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, decisión 2(54) sobre Australia, párr. 4 ; citado en la Corte IDH, Informe No. 75/02, *Caso 11.140, Mary y Carrie Dann Vs. Estados Unidos*, 27 de diciembre de 2002, párr. 130, nota al pie No. 97.

⁵⁶ Informe la situación de los pueblos indígenas del mundo. Año 2009. http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/SOWIP/en/SOWIP_web.pdf

2.5.3 DERECHO A LA PROPIEDAD COMUNAL Y SU PROTECCIÓN A NIVEL INTERNACIONAL. TITULACIÓN Y REIVINDICACIÓN DE TERRITORIOS.

Como se puede desprender de lo que se ha venido desarrollando, las comunidades indígenas, a diferencia de la sociedad occidental, manejan un concepto completamente distinto del derecho de propiedad. Según la Corte IDH, entre los pueblos indígenas existe una tradición comunitaria sobre una forma comunal de la propiedad de la tierra, es decir, para ellos la pertenencia o titularidad de la tierra no corresponde a un solo individuo sino que se centra en el grupo y su comunidad.⁵⁷

Estas nociones del dominio y de la posesión sobre las tierras no necesariamente corresponden a la concepción clásica de propiedad, pero merecen igual protección por el artículo 21 de la CADH. 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 de tal disposición para millones de personas⁵⁸.

La Corte IDH determinó que los derechos y las libertades indígenas se cumplen y se gozan de forma colectiva, en el sentido de que sólo pueden ser asegurados de manera óptima bajo su garantía a una comunidad indígena entendida como un todo.⁵⁹

Asimismo, ha sostenido que el respeto de los derechos colectivos a la propiedad y la posesión sobre las tierras y territorios ancestrales de las comunidades es una obligación de los Estados Miembros de la OEA; por eso, el incumplimiento de esta obligación tiene repercusión y compromete la responsabilidad internacional de los Estados.⁶⁰

Teniendo en cuenta la visión de propiedad que manejan las comunidades indígenas y esta estrecha relación que guardan con la tierra, es necesario señalar que para ellos no es necesario un título de propiedad para poder ejercer su derecho como propietarios de esas tierras. Sin embargo, en la actualidad muchas comunidades indígenas se han visto en la necesidad de buscar la titulación de sus tierras, porque ven en este mecanismo el único medio para que el Estado respete sus territorios y los tomen en consideración cuando afecten sus tierras, lo cual, como consecuencia directa, les va a poder permitir exigir una consulta previa al Estado.

Asimismo, a los procesos de titulación de tierras se han visto aunados los procesos de reivindicación de territorios a las comunidades indígenas, las cuales en muchas oportunidades han perdido la posesión total o parcial de sus territorios.

La Corte IDH, ha desarrollado en su vasta jurisprudencia la importancia de ambos procesos, los de reivindicación de territorios así como los de titulación.

⁵⁷ Cfr. Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awastingni, Vs. Nicaragua, párr. 149 y Caso Comunidad Indígena XákmokKásek Vs. Paraguay, párrs. 85 a 87

⁵⁸ Cfr. Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay, párr. 120 y Caso de la Comunidad Indígena XákmokKásek Vs. Paraguay, párr. 87.

⁵⁹ Corte IDH, *Caso 12.053, Comunidades Indígenas Mayas del Distrito de Toledo Vs. Belice*, Informe No. 40/04, 12 de octubre de 2004, párr. 113; Corte IDH, *Caso 11.140, Mary y Carrie Dann Vs. Estados Unidos*, Informe No. 75/02, 27 de diciembre de 2002, párr. 128. Corte IDH, *Caso 7615, Pueblo Yanomami Vs. Brasil*, Resolución No. 12/85, 5 de marzo de 1985.

⁶⁰ Cfr. Corte IDH, *Caso 12.053, Comunidades Indígenas Mayas del Distrito de Toledo Vs. Belice*, Informe No. 40/04, 12 de octubre de 2004, párr. 115.

2.5.3.1 TITULACIÓN DE TERRITORIO INDÍGENA.

Respecto de la titulación de territorio, la Corte IDH ha señalado que las comunidades tienen el derecho de ser reconocidos formalmente como los propietarios de los territorios, y que ello debe generar la obtención de un título de propiedad, el cual debe ser registrado. En estos casos nos estamos refiriendo a la titulación colectiva, la misma que reflejara la propiedad comunitaria de la tierra, esto sin que se afecte las formas internas de organización de la comunidad respecto de la tenencia de la tierra⁶¹.

Lo que se busca a través de este otorgamiento de títulos de propiedad es seguridad jurídica para las comunidades frente a terceros o al mismo Estado. Asimismo, la Corte IDH ha establecido que estos procedimientos deben ser efectivos y que en ellos deben considerarse las particularidades de las comunidades.

Por otro lado, la Corte IDH ha sido enfática al señalar que lo que se exige a los Estados es contar con procesos internos establecidos en su legislación que permitan la titulación de los territorios a las comunidades, y que este recurso no puede ser reemplazado con la posibilidad de un reconocimiento a nivel judicial, puesto que se tratarían de obligaciones distintas; mientras la existencia de legislación interna que regule los procesos de titulación está relacionada con el cumplimiento del artículo 2 de la Convención Americana, el reconocimiento a nivel judicial está vinculado al cumplimiento del artículo 25 del mencionado documento.

Lo señalado en el párrafo anterior podría sonar un poco contradictorio, pero es necesario enfatizar que la existencia de un procedimiento a nivel judicial, pese a ser un medio para el reconocimiento de los derechos, no cumple, en si mismo, con las obligaciones del Estado de hacer efectivos los derechos consagrados en la Convención Americana,⁶² y es que los Estados se encuentran en la obligación de generar los mecanismos para el cumplimiento y respeto de los derechos consagrados en la Convención Americana, y esto se da en la mayoría de casos a través de la adaptación de la legislación interna.

Esta obligación de los Estados, exige que el título brindado les garantice un goce y uso permanente de los territorios, y no un simple privilegio para usar la tierra. A lo antes señalado se aúna que el Estado está en la obligación, bajo el artículo 21 de la CADH, de delimitar y demarcar el territorio indígena. Estos procesos son vistos como la principal garantía del derecho al territorio indígena. La delimitación y demarcación suelen darse dentro de la titulación de los territorios, ello debido a que carecería de sentido el reconocimiento abstracto o jurídico de un territorio si no existe una delimitación física del mismo.⁶³ La Corte IDH, ha dicho que los procesos antes mencionados deben ajustarse a las características de los pueblos, debido a que no se puede usar el mismo sistema utilizado para titular el territorio de manera general, puesto que la naturaleza de esos territorios y las costumbres de la gente que lo habitan exigen un proceso distinto.

Por último, respecto de la titulación es menester señalar que en estos procesos debe haber una participación activa por parte de la comunidad y que tanto la CIDH como la

⁶¹ Cfr. CIDH. Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales sobre sus Tierras Ancestrales y Recursos Naturales. OEA/Ser.L/V/II. Doc56/09. Washington. 2010. Párr.62

⁶² Cfr. Op. Cit. Párr. 85.

⁶³ Cfr. Op. Cit. p'rr. 95.

Corte IDH han señalado que los Estados deben abstenerse de llevar a cabo proyectos de desarrollo o inversión ni otorgar concesiones que puedan afectar a las comunidades hasta que sus derechos de propiedad se ven plenamente garantizados tanto con la delimitación y demarcación de su territorio así como la titulación del mismo.⁶⁴

2.5.3.2 REIVINDICACIÓN DE TERRITORIOS INDÍGENAS.

Respecto de la reivindicación de territorios, esta se da cuando una comunidad ha sido privada del uso y goce de su territorio. Existen muchos casos en que comunidades han sido desplazadas de sus territorios, tanto por terceros o el Estado que no ha respetado su titularidad.

Para estos casos la Corte IDH ha señalado, que pese a que a veces las comunidades pierden la posesión de sus territorios por causas ajenas a su voluntad, en estos casos estas siguen manteniendo el derecho sobre los mismo salvo en las circunstancias en las cuales estas tierras hayan sido legítimamente trasladadas a terceros de buena fe, en este último caso el Estado está en obligación de brindar tierras alternativas a las comunidades que tengan las mismas características, calidad y extensión, las cuales deben ser elegidas por los miembros de la comunidad.

En esa misma línea tenemos que el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial ha establecido lo siguiente:

[E]l Comité exhorta especialmente a los Estados Partes a que reconozcan y protejan los derechos de los pueblos indígenas a poseer, explotar, controlar y utilizar sus tierras, territorios y recursos comunales, y en los casos en que se les ha privado de sus tierras y territorios, de los que tradicionalmente eran dueños, o se han ocupado o utilizado esas tierras y territorios sin el consentimiento libre e informado de esos pueblos, que adopten medidas para que les sean devueltos. Únicamente cuando, por razones concretas, ello no sea posible, se sustituirá el derecho a la restitución por el derecho a una justa y pronta indemnización, la cual, en la medida de lo posible, deberá ser en forma de tierras y territorio[s].⁶⁵

A diferencia de lo establecido por la Corte IDH, el Comité no señala de manera excepcional la búsqueda de tierras alternativas sino el pago de una indemnización en el caso de no poder devolver las tierras.

Ahora bien, es menester señalar que las comunidades podrán exigir la restitución de sus tierras mientras subsista la relación con su territorio, es decir, la estrecha vinculación con su territorio es lo que va a hacer exigible la devolución de sus tierras; caso contrario, de ya no existir ese vínculo el derecho a exigir la reivindicación territorial habrá desaparecido.

En consecuencia, y debido a que se ha advertido la especial incidencia del territorio en la vida de las comunidades, es que resulta indispensable la existencia de mecanismos que permitan resguardarlo frente a eventuales injerencia de terceros.

⁶⁴ Cfr. Corte IDH Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awastingni Vs. Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C NO. 79, párr. 153, 164, 174.

⁶⁵ Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial. Observación general N° XXIII relativa a los derechos de los Pueblos indígenas. A/52/18. párr. 5

CAPÍTULO III

LA CONSULTA PREVIA

Uno de los principales puntos que se trata en el Convenio 169 de la OIT es el relacionado con la necesidad de llevar a cabo una consulta previa a las comunidades indígenas cuando se fueran a tomar medidas que vayan a afectar de manera directa a ellas y sus territorios, ello con la finalidad de buscar una concertación que permita el desarrollo de las medidas que desean ser implementadas, pero sin que ello suponga el menoscabo de la integridad étnica o cultural de las comunidades.⁶⁶ Este derecho también es reconocido en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

El derecho a la consulta previa debe ser entendido como aquella potestad con la que cuentan los pueblos indígenas para que, en un proceso de diálogo, puedan escuchar a los gobiernos respecto de los proyectos tanto de naturaleza administrativa como legislativa.⁶⁷ En efecto, la Consulta implica por parte de las comunidades una potestad para que las comunidades puedan proponer a los Estados, cuáles son sus prioridades y como consecuencia ejercer su propio desarrollo económico, social y cultural.⁶⁸

La obligación de consultar a las Comunidades Indígenas y Tribales sobre toda medida administrativa o legislativa que afecte sus derechos, así como la obligación de asegurar los derechos de los pueblos indígenas a la participación en las decisiones de los asuntos que conciernan a sus intereses, está en relación directa con la obligación general de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos.⁶⁹ De este modo, podemos afirmar que la consulta previa puede ser entendida como una forma de proteger el derecho de participación de las comunidades indígenas en las decisiones que afecten su territorio.

La OIT ha señalado de manera clara que la Consulta tiene como objetivo principal garantizar que los pueblos indígenas puedan gozar de una participación efectiva en todo los niveles de toma de decisiones en los órganos políticos, legislativos y administrativos, así como en los procesos que puedan afectarlos directamente. Lo que se busca a través de la consulta es armonizar intereses y evitar conflictos.⁷⁰

⁶⁶ Cfr. Salinas Alvarado, C (2011). "La Consulta previa como requisito obligatorio dentro de trámites administrativos cuyo contenido pueda afectar en forma directa a comunidades indígenas y tribales en Colombia". Revista Derechos del Estado N° 27. 2011. Pag. 237.

⁶⁷ Cfr. Congreso de la República del Perú – Comisión de Pueblos Andinos, Amazónicos y afroperuanos, Ambiente y Ecología. (2012). Informe sobre la implementación del Derecho a la Consulta Previa, Libre, informada y de buena Fe de los Pueblos indígenas u Originarios en el Congreso de la República. Lima, pag. 16.

⁶⁸ Op. Cit. pag. 60.

⁶⁹ Cfr. Caso Pueblo Indígena Kichwa De Sarayaku Vs. Ecuador. Sentencia De 27 De Junio De 2012. Parrrf. 166

⁷⁰ Cfr. OIT. Los Derechos de los Pueblos Indigenas y Tribales en la Práctica: Una Guía sobre el Convenio Número 169 de la OIT. 2009. Pag. 60.

Según el Rodríguez Rescia⁷¹, el derecho a la consulta previa puede ser concebido desde dos aspectos: en primer lugar, como un derecho de carácter sustantivo mediante el cual las comunidades indígenas pueden tener acceso a la participación informada de su desarrollo y las interferencias que podrían afectarlos positiva o negativamente, y, por otro lado, como un derecho de carácter procesal que presupone un requisito de procedibilidad previo a la realización de cualquier tipo de acto que pueda incidir en el territorio de las comunidades o que los pueda afectar en su identidad.

En relación con la idea de que la consulta previa supone una potestad en manos de las comunidades, la Corte IDH ha sostenido que la naturaleza de la consulta previa tiene su sustento en el respeto a los derechos de las comunidades. Así, ha indicado que

[...]el reconocimiento del derecho a la consulta de las comunidades y pueblos indígenas y tribales está cimentado, entre otros, en el respeto a sus derechos a la cultura propia o identidad cultural [...] los cuales deben ser garantizados, particularmente, en una sociedad pluralista, multicultural y democrática.

[...] una de las garantías fundamentales para garantizar la participación de los pueblos y comunidades indígenas en las decisiones relativas a medidas que afecten sus derechos, y en particular su derecho a la propiedad comunal, es justamente el reconocimiento de su derecho a la consulta, el cual está reconocido en el Convenio N° 169 de la OIT, entre otros instrumentos internacionales complementarios.⁷²

En relación con la consulta previa entendida como un procedimiento, el Tribunal Constitucional Peruano ha afirmado que la consulta previa cuenta con las siguientes etapas:

- i) El inicio de todo el proceso será la determinación de la medida legislativa o administrativa que puede ser susceptible de afectar directamente a un pueblo indígena. Esta tarea debe ser realizada por la entidad que está desarrollando tal medida.
- ii) En segundo lugar se deben determinar todos los pueblos indígenas posibles de ser afectados, a fin de notificarles de la medida y de la posible afectación.
- iii) Una vez notificados los sujetos que intervendrán, se debe brindar un plazo razonable para que los pueblos indígenas puedan formarse una opinión respecto a la medida. Luego tendrá que pasarse a la negociación propiamente dicha.
- iv) Si es que el pueblo indígena se encuentra de acuerdo con la medida entonces, concluye la etapa de negociación.
- v) De lo contrario, si es que el pueblo indígena rechaza la medida propuesta precluye una primera etapa de negociación. Con ello se pretende hacer visible los puntos sobre los cuales existe disconformidad. Este Colegiado estima pertinente que en este punto de la etapa la medida no podrá ser implementada. Para poder lograr ello, se tendrá que iniciar una segunda etapa de negociación dentro de un plazo razonable. Si es que a pesar de los esfuerzos realizados por las partes, no se alcanza consenso alguno, solo entonces el Estado podrá implementar con la medida, atendiendo en lo posible a las peticiones del pueblo indígena.

⁷¹ Cfr. Rodríguez Rescia, (2008) La Consulta previa a pueblos indígenas y tribales. Bogotá: Ministerio del interior y de justicia, pag. 21

⁷² Caso Pueblo Indígena Kichwa De Sarayaku Vs. Ecuador. Sentencia De 27 De Junio De 2012. Parrrf. 159-160

3.1 SUPUESTOS EN LAS CUALES SE DA LA CONSULTA PREVIA

El Convenio N° 169 de la OIT establece cuales son las situaciones en las cuales debe brindarse o realizarse la consulta previa, es así que se reconoce los siguientes supuestos:

- Medidas legislativas y administrativas que afecten pueblos indígenas y tribales.
- Formulación, aplicación y evaluación de planes y programas nacionales y regionales de desarrollo.
- Proyectos de prospección y explotación de recursos naturales que se apliquen en sus tierras.

Asimismo, a nivel internacional existen otros documentos y organismos internacionales que incluyen situaciones no contempladas en el Convenio N° 169 de la OIT, por ejemplo la Declaración de los Pueblos Indígenas establece que se debe realizar una consulta cuando se vayan a realizar actividades militares en los territorios indígenas; también la Corte IDH, ha señalado que cuando haya que reparar a las comunidades por la violación del derechos a la consulta, estas deben ser consultadas respecto de las reparaciones. También se podrán encontrar situaciones más específicas respecto de elaboración de políticas públicas en el Proyecto de Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas; y por último podemos señalar que el Foro Permanente de para las Cuestiones Indígenas de las Naciones Unidas fue más progresivo al señalar que no solo se le debe consultar en situaciones que las afecten directamente sino que también deben incluirse las situaciones en que se afecte a toda la humanidad.⁷³

, la OIT ha señalado que existen situaciones en las cuales toma mayor relevancia la consulta y estas son:

- [A]l prever medidas legislativas o administrativas.
- Antes de proceder a la prospección o explotación de los recursos del subsuelo.
- Al considerar la enajenación de las tierras de los pueblos indígenas o la transmisión de sus derechos sobre estas tierras a personas extrañas a su comunidad.
- Con anterioridad a la reubicación de los pueblos indígenas, que solo podrá efectuarse con el consentimiento dado libremente y con pleno conocimiento de causa.
- En la organización y funcionamiento de programas especiales de formación profesional.
- En las medidas orientadas a enseñar a leer y escribir a los niños en su propio idioma indígen[a].⁷⁴

De lo ante señalado es más que claro que la consulta debe realizar en aquellas situaciones en que se va afectar de manera directa o indirecta a comunidades y que la

⁷³ Cfr. Universidad de los Andes. La Consulta Previa a pueblos indígenas: los estándares del Derecho Internacional. Colombia 2009. Págs. 37 y 38.

⁷⁴OIT. Los Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales en la Práctica: Una Guía sobre el Convenio Número 169 de la OIT. 2009. Pag. 61

lista de situaciones establecida en el Convenio N° 169 de la OIT debe ser tomada como una lista con numerus apertus, pues el paso del tiempo ira determinando que existen más situaciones que podrían afectar a comunidades.

3.2 CARACTERÍSTICAS DE LA CONSULTA PREVIA

Se puede señalar que la consulta previa presenta tres características fundamentales, las cuales son que a) debe ser previa, b) de buena fe y c) de conformidad con las tradiciones culturales

Respecto del carácter previo debe ser entendido en el sentido que las consultas deben ser realizadas en las primeras etapas de los planes de desarrollo o inversión y no solo en la etapa de la obtención del consentimiento de la comunidad para la ejecución del proyecto. Asimismo, cuando se trate de procesos de elaboración de leyes las comunidades deben ser consultadas en todas las etapas del mismo, y no después de la emisión de la norma. De no cumplirse lo anterior carecería de sentido la naturaleza “previa” de la consulta.

Asimismo, podemos observar que la Comisión para Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEARC), establece que respecto de las medidas legislativas y administrativas la consulta debe realizarse de manera previa a la adopción de la medida, en el caso de los proyectos de exploración y explotación estas deben realizarse antes del otorgamiento de las licencias ambientales y permisos. Asimismo, tenemos que el Banco Interamericano de Desarrollo y el Banco Mundial han señalado respecto del carácter previo que deben realizar las consultas a las comunidades durante las etapas de los proyectos es decir hacerlos partícipes de las etapas de identificación, diseño, análisis, ejecución y evaluación.⁷⁵

Respecto de la segunda características, esta debe ser entendida como que la consulta debe desarrollarse en un espacio de respeto mutuo entre las partes, esto implica que el Estado no debe tratar de imponer sus ideas y decisiones a los miembros de la comunidad y menos aún buscar negociar de forma individual a fin de obtener el consentimiento de un grupo, esto sería contrario a la buena fe.

Respecto de la última característica, para que la consulta tenga un desarrollo positivo no solo va a tomarse en cuenta el comportamiento de los agentes del estado, sino que será necesario que la consulta sea adecuada, es decir que el Estado realice las consultas respetando las tradiciones de los pueblos y comunidades, éstas variaran dependiendo del pueblo, es por ello que no se pueden hablar de un procedimiento de consulta estándar.

La Corte IDH, se ha pronunciado al respecto señalando que se deben tener en cuenta los métodos tradicionales de los pueblos para la toma de decisiones, es decir los procedimientos deben ser culturalmente apropiados.

Asimismo, el Estado está en la obligación de informar a las comunidades de los riesgos que pueden ambientales, riesgos en temas de salud, etc.

⁷⁵ Op. Cit. pgs. 42 -43.

Por otro lado tenemos que existen requisitos establecidos que deben ser aplicados en el desarrollo de las consultas. Según el artículo 6 Convenio 169 de la OIT, la consulta debe realizarse mediante procedimientos adecuados, se exige el establecimiento de medios a través de los cuales las comunidades o pueblos interesados puedan participar libremente, las consultas deben realizarse de buena fe y de manera acorde a las circunstancias.

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;
 - b) Establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente, por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población, y a todos los niveles en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan;
 - c) Establecer los medios para el pleno desarrollo de las instituciones iniciativas de esos pueblos, y en los casos apropiados proporcionar los recursos necesarios para este fin.
2. Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas.

Del mismo modo el Relator Especial de Naciones para los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de los Pueblos Indígenas de las Naciones Unidas, estableció los siguientes principios a tenerse en cuenta en un proceso de consulta:

[E]n relación con el proceso de consulta previa [...] 1. Debe realizarse de carácter previo; 2. No agotarse en la mera información; 3. Debe ser de buena fe; 4. Debe ser adecuada y a través de las instituciones representativas indígenas; 5. Debe ser sistemática y transparente y 6. Debe determinar su alcance [...]⁷⁶

En las Directrices del Grupo de las Naciones Unidas para el Desarrollo denominadas “*Directrices sobre las cuestiones relativas a Pueblos indígenas*”, se establece que son los pueblos indígenas quienes deben señalar quiénes son las instituciones representativas autorizadas para expresar dentro de un proceso de consulta el consentimiento del pueblo.⁷⁷

⁷⁶ IDL. Guía de Interpretación de la Ley de Consulta Previa de los Pueblos Indígenas (Ley N° 29785). Lima 2011. Pág. 99.

⁷⁷ Cfr. GNUD. Directrices sobre las cuestiones relativas a los pueblos indígenas. HR/P/PT/16. 2009. Pag. 30

3.3 FINALIDAD DE LA CONSULTA Y SUS EFECTOS

Ahora bien, la finalidad de la consulta es llegar a un acuerdo o lograr un consentimiento acerca de las medidas propuestas. El Tribunal Constitucional Colombiano ha señalado en la sentencia T- 219 del año 2011 que la finalidad de la consulta previa es llegar a un acuerdo, asimismo el mismo Tribunal en una sentencia anterior, la SU- 039 del año 1997 señaló que lo que se busca en una consulta es que las comunidades tenga una participación activa y efectiva en la toma de decisiones.

Lo ideal dentro de un proceso de consulta es obtener el consentimiento de los pueblos. Dicho consentimiento debe cumplir con las siguientes características:

- **[L]ibre** implicar que no hay coerción, intimidación ni manipulación.
- **Previo** debe implicar que se ha tratado de obtener el consentimiento con suficiente antelación a cualquier autorización o comienzo de actividades y que se han respetado las exigencias cronológicas de los procesos de consulta/consenso con los pueblos indígenas.
- **Informado** debe implicar que se suministre información que abarque (por lo menos) los siguientes aspectos: a. La naturaleza, envergadura, ritmo, reversibilidad y alcance de cualquier proyecto o actividad propuesto. b. Las razones o el objeto del proyecto y/o actividad. c. La duración del proyecto y/o actividad. d. Los lugares de las zonas que se verán afectados. e. Una evaluación preliminar del probable impacto económico, social, cultural y ambiental, incluidos los posibles riesgos y una distribución de beneficios justa y equitativa en un contexto que respete el principio de precaución. f. El personal que probablemente intervenga en la ejecución del proyecto propuesto (incluidos los pueblos indígenas, el personal del sector privado, instituciones de investigación, empleados gubernamentales y demás personas. g. Procedimientos que puede entrañar el proyect[o].

⁷⁸

Ahora bien, es necesario tener claro que el derecho a la consulta previa no implica un derecho al veto, la OIT, en el documento denominado: “Pueblos indígenas y Tribales: guía para la aplicación del Convenio N° 169 de la OIT” estableció que ningún segmento de la población de un país tiene el derecho de poder vetar las políticas de desarrollo que afecten a todo el país. Esto mismo ha sido señalado por el Relator de Naciones Unidas James Anaya:

[E]n todos los casos en que una medida propuesta afecte los intereses particulares de los pueblos indígenas, la obtención de su consentimiento deberá ser, en cierta medida, una finalidad de las consultas[...] **esta exigencia no confiere a los pueblos indígenas un “poder de veto”** [...] ⁷⁹

Asimismo, debe considerarse que, el que no se exija de manera obligatoria al finalizar los procesos de consulta previa el consentimiento por parte de los pueblos indígenas, no debe tomarse como sinónimo de que los estados solo están obligados a cumplir procedimientos formales; por el contrario el Estado está en el deber de tomar en cuenta

⁷⁸ Op. Cit. pág. 30. Resaltado nuestro.

⁷⁹ IDL. Guía de Interpretación de la Ley de Consulta Previa de los Pueblos Indígenas (Ley N° 29785). Lima 2011. Pág. 87. Resaltado nuestro.

las preocupaciones, demandas, etc de los pueblos con la finalidad de considerarlas para el diseño final del plan o proyecto consultado.⁸⁰

Ahora bien, la regla principal es que la opinión de los pueblos indígenas no es de carácter vinculante para el estado, sin embargo existen circunstancias en las cuales se necesita obligatoriamente el consentimiento de los pueblos indígenas, estas situaciones son a) cuando nos encontremos frente a megaproyectos o proyectos de gran envergadura, b) cuando sea necesario el desplazamiento de los pueblos indígenas y c) cuando exista almacenamiento de materiales tóxicos⁸¹.

Asimismo la OIT ha indicado que la obligación de realizar una consulta es por parte del Estado y no de particulares o empresas, sin embargo el Estado en algunas circunstancias puede delegar la realización de la misma a otras entidades pero esta delegación no lo exonera de la responsabilidad de que la consulta se lleve a cabo respetando lo establecido en el Convenio N° 169 de la OIT⁸².

⁸⁰ Cfr. . CIDH. Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales sobre sus Tierras Ancestrales y Recursos Naturales. OEA/Ser.L/V/II. Doc56/09. Washington. 2010. Párr.326

⁸¹ Cfr. IDL. Manual de Herramientas legales para operadores del sistema de justicia para defender los derechos de los Pueblos Indígenas. Lima 2011. Pag. 56. Respecto de estas tres excepciones es necesario señalar que para considerarse en proyecto de gran envergadura o mega proyecto este debe tener ciertos impactos significativos en el territorio, tales como la pérdida de territorios y tierras tradicionales, el desalojo, la migración, la destrucción y contaminación del medio ambiente tradicional, la desorganización social y comunitaria, entre otros.

⁸² Cfr. OIT. Manual para los Mandantes Tripartitos de la OIT. Comprender el Convenio sobre Pueblos indígenas y Tribales 1989 (núm. 169). Ginebra 2013. Pgs. 14- 15.

CAPÍTULO IV

LA SITUACIÓN EN EL PERÚ RESPECTO DE LA TITULACIÓN DE TERRITORIOS EN LAS COMUNIDADES INDÍGENAS Y LA CONSULTA PREVIA

4.1. TITULACIÓN DE TERRITORIOS EN EL ESTADO PERUANO

En el Perú las comunidades indígenas se han visto en la necesidad de iniciar procesos de titulación de tierras debido a las grandes vulneraciones que se han dado a sus territorios por parte de las empresas que han recibido la concesión en esas zonas⁸³. Asimismo, el Perú es el país en Latinoamérica donde la protección del territorio indígena ha retrocedido y esto a pesar de contar con una Ley de Consulta Previa y pese a que el Estado ha impulsado la Declaración de Naciones Unidas sobre Derecho de los Pueblos Indígenas.⁸⁴

El Tribunal Constitucional Peruano ha señalado, respecto del territorio indígena, lo siguiente⁸⁵:

[...]el artículo 14 del Convenio N° 169 de la OIT prescribe el deber estatal de proteger los derechos de propiedad y posesión **a través de la adopción de las medidas necesarias que permitan determinar las tierras que los pueblos indígenas ocupan tradicionalmente**. En este mismo sentido, la DNUDPI consagra, en su artículo 26, que el reconocimiento de estas tierras importará el respeto de las costumbres, tradiciones y sistemas de tenencia de la tierra de los pueblos indígenas. Estos derechos de los pueblos indígenas no son ajenos a nuestra Constitución[...]

En el Perú existe normativa dispersa que regula el tema de titulación de tierras de comunidades. En primer lugar, tenemos como base al Decreto Ley 22175, “Ley de Comunidades Nativas y de Desarrollo Agrario de las regiones de selva y ceja de selva”, del año 1978, mediante el cual se determinó que solo debían ser consideradas para la titulación las áreas que eran usadas para el cultivo y pastoreo, mientras que las zonas forestales y de protección se encontraban bajo cesión de uso, dándole la potestad al

⁸³ El Relator Especial de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, establece en su informe sobre la Situación de los Derechos de los Pueblos Indígenas en el Perú en relación con las industrias extractivas, que uno de los grandes problemas que ha surgido en la historia de la extracción de recursos naturales es la contaminación que esta genera y que no ha sido remediada. La contaminación antes mencionada afecta a territorios indígenas, los cuales en varios casos no poseen títulos de propiedad. El título de propiedad es una formalidad que las comunidades antes no necesitaban, pero que en la actualidad les permiten exigir, de manera más eficiente, el pago por el uso de sus tierras y además la remediación de las mismas, así como participar y exigir procesos de consulta cuando se van a ver directamente afectados por alguna medida o proyectos.

⁸⁴ Cfr. Organizaciones que conforman el Pacto de Unidad de Organizaciones Indígenas del Perú, y la Asociación Interétnica de Desarrollo de la Selva Peruana –AIDSEP. Pueblos indígenas del Perú: Balance 2014 sobre el cumplimiento del Convenio 169 de la OIT. Lima . pág. 53

⁸⁵ STC. 00024-2009-PI . párr. 17 . Resaltado colocado por nosotros.

Estado de revertir la posesión si ellos consideran que los nativos no están haciendo un buen uso de la tierra⁸⁶.

Esta norma ha traído un impacto negativo en las comunidades indígenas debido a que hay casos en los cuales existen comunidades como la awajun Kunchai, ubicada en la provincia de Condorcanqui, Amazonas, en las cuales se les ha indicado que todo su territorio tiene carácter forestal, por lo cual no se les ha podido brindar el título de propiedad correspondiente⁸⁷. Al respecto, es necesario remarcar que lo establecido en la Decreto Ley 22175 es contrario a lo señalado por la Corte IDH, quien ha sido clara al determinar que el Estado debe respetar la titularidad de los territorios y no brindar simples permisos o privilegio de uso, como ocurre con el presente decreto ley.

Por otro lado debemos rescatar que el presente decreto ley estableció que cuando se posean tierras en cantidad insuficiente se les adjudicará el área que requieran para la satisfacción de las necesidades de su población.

En segundo lugar tenemos a la Ley N° 26505, denominada “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 del año 1995”, más conocida como “Ley de tierras”, mediante la cual se establecen los principios generales necesarios para promover la inversión privada en el desarrollo de las actividades económicas en las tierras del territorio nacional y de las comunidades campesinas y nativas. Cabe mencionar que esta ley también desarrolla el tema referido a la propiedad agraria y de la disposición de las tierras de comunidades campesinas y nativas.

En tercer lugar, contamos con el Decreto Ley 25891, mediante el cual se han transferido las funciones del decreto ley 22175 “Ley de Comunidades Nativas y de Desarrollo Agrario de las Regiones de Selva y Ceja de Selva” a las direcciones Regionales y Subregionales de Agricultura del país.

En cuarto lugar contamos con el Decreto Supremo N° 11-97- AG el cual es el Reglamento de la Ley N° 26505 y el Decreto Supremo N° 17-96-AG, el cual reglamenta el artículo 7 de la Ley N° 26505, referido a las servidumbres sobre tierras.⁸⁸

Asi, entre otras normas tenemos la ley 27308 “ Ley Forestal y de Fauna Silvestres”, la Ley El Decreto Legislativo N° 994, el Decreto Supremo 02-94 – AG, mediante el cual se precisa el marco funcional de las direcciones regionales agrarias respecto de los procesos de titulación, etc.

De lo antes señalado, podemos darnos cuenta que existe normativa dispersa que regula el tema de la titulación y que la mayoría de ella hace engorroso los procesos de titulación, en vez de beneficiar a los pueblos, en muchos casos, los perjudica; tal es el caso del Decreto Ley N° 22175.

Ahora bien, a la legislación antes indicada se le suma las normas relacionadas con los procedimientos de reconocimiento oficial de comunidades campesinas e indígenas;

⁸⁶ Cfr. Instituto del Bien Comun, “ Los papeles de la tierra . Superando los obstáculos a la titulación de las comunidades en el Perú. Lima. 2014.pag.16

⁸⁷ Cfr. Instituto del Bien Comun, “ Los papeles de la tierra . Superando los obstáculos a la titulación de las comunidades en el Perú. Lima. 2014.pag.16- 17

⁸⁸ Cfr. Defensoría del Pueblo. Informe N° 002-2014-DP/ AMASSPPI-PPI. “Análisis de la Política Pública sobre Reconocimiento y titulación de las Comunidades Campesinas y Nativas. Lima. 2014. pág. 4

puesto que, en el caso de las comunidades indígenas, es necesario el reconocimiento oficial de la misma para poder solicitar la titulación de sus tierras. Este procedimiento también es criticado por parte de las Comunidades debido a lo siguiente:

[E]s importante indicar que se han detectado algunas quejas debido a que las Direcciones Regionales Agrarias no estarían gestionando la inscripción del reconocimiento de las comunidades en los Registros Públicos. De acuerdo con los representantes regionales no estarían realizando dicha labor porque no se habría previsto, a nivel normativo, la exoneración de la tasa de inscripción en Registros Públicos para aquellos casos en que la Dirección Regional Agraria emite la resolución de reconocimiento. Indican asimismo, que no cuentan con un presupuesto específico para cubrir dichas tasas registrales.

De otro lado, también se han recibido quejas con relación a que algunas Direcciones Regionales Agrarias estarían exigiendo un número mínimo de familias o determinada ubicación geográfica de las mismas como requisitos [...].⁸⁹

A esto se suma que el trámite para solicitar al titulación de tierras es sumamente complejo, y a que la mayoría de los gastos son asumidos por las comunidades, los cuales también incluyen los costos de alimentación, hospedaje y traslado de los funcionarios que deben viajar a las zonas para realizar diversos informes; es decir, las comunidades indígenas, las cuales cuentan con escasos recursos económicos, si desean tener un título de propiedad deben invertir considerables sumas de dinero, ya que, de lo contrario, no podrán gozar de los beneficios del proceso de titulación, puesto que el Estado no asume los gastos de titulación de las tierras y como consecuencia se les hará más difícil exigir el respeto de sus territorios. Además, en los últimos años los gobiernos regionales han establecido un mecanismo distinto para la demarcación y titulación de tierras, lo cual no necesariamente trae consecuencias positivas:

[E]n los últimos años, cada Gobierno Regional ha creado su propia metodología de demarcación y titulación, a veces atribuyéndose funciones que no le corresponden. Esto supone el riesgo de que se realicen titulaciones por móviles políticos o económicos, sin realizar un adecuado saneamiento de las propiedades tituladas. O que se tomen medidas perjudiciales para las comunidades y pueblos indígenas y originarios, como cuando las autoridades pretenden titular a favor de terceros [...].⁹⁰

Según el informe emitido en el año 2014 por el Relator Especial de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas respecto de la situación de los derechos de los pueblos indígenas en el Perú, en relación con las industrias extractivas, este señaló respecto de los procesos de titulación de tierras lo siguiente:

[E]n años recientes ha habido retrasos en la titulación de tierras indígenas. En 2009, la responsabilidad de titular tierras indígenas fue delegada a los gobiernos regionales y posteriormente se disminuyó significativamente el número de títulos otorgados, tal que no se ha otorgado títulos nuevos a comunidades indígenas amazónicas desde 2010. La disminución se debe en parte a la ausencia de procedimientos adecuados y uniformes para guiar la actuación de los gobiernos regionales en materia de titulación de propiedad. En respuesta a esta problemática, en 2013 se reestableció el rol del

⁸⁹Op. Cit, pág. 8-9

⁹⁰Instituto del Bien Común. Informe sobre Pueblos Indígenas del Perú: Balance 2014: Sobre el cumplimiento del Convenio 169 de la OIT. Lima 2015 .pág 55.

Ministerio de Agricultura como ente rector en relación a los procesos de titulación de las tierras de las comunidades campesinas y nativas. Además, respecto a estos procesos de titulación, el Ministerio de Cultura tiene como función constituirse en una instancia de coordinación entre los varios actores involucrado[s].⁹¹

Asimismo, la Defensoría del Pueblo en su Informe N° 002-2014-DP/ AMASSPPI-PPI, “Análisis de la Política Pública sobre Reconocimiento y titulación de las Comunidades Campesinas y Nativas”, los procedimientos de reconocimiento de comunidades campesinas y titulación de sus territorios han venido variando constantemente de entidad encargada, lo que ha generado un caos respecto de la información que se maneja. Es así que actualmente no contamos con una cifra oficial de comunidades inscritas y tituladas, ya que, según COFOPRI, existen un total de 5110 comunidades campesinas y 1271 comunidades nativas tituladas, según en INEA (basándose en la información del IV CENAGRO) existen 6277 comunidades campesinas y 1322 comunidades nativas, y de acuerdo a la información remitida por las Direcciones Regionales Agrarias estaríamos hablando de 3400 comunidades campesinas y 1140 nativas.

Lo señalado en el párrafo anterior, como ya se señaló, es el resultado de venir trasladando en diferentes entidades la responsabilidad de estos procedimientos y de no contar con una base legal general integrada. Prueba de ello es que, desde el año 1992, al 2007 la entidad estatal encargada era el Proyecto Especial de Titulación de Tierras y Catastro Rural (PETT), del año 2007 al 2009 fue el Organismo de la Formalización de la Propiedad Informal (COFOPRI), del año 2009- 2012 los entes rector fueron los Gobiernos Regionales y, finalmente, desde el año 2013 la rectoría de los procesos de saneamiento de propiedad comunal los examina el Ministerio de Agricultura y Riego, aunque la ejecución siguen en manos de los Gobiernos Regionales⁹².

Ahora bien, desde el año 2007 se han titulado aproximadamente 50 comunidades, un número reducido si se tiene en cuenta que existen por titular aproximadamente 3303 comunidades campesinas y 666 comunidades nativas, a esto se suma el hecho que se han aprobado normas como la Ley 30230, el Decreto Supremo 001-2015-EM que tiene como finalidad simplificar los procedimientos para entregar tierras a favor de proyectos de inversión⁹³.

De lo antes expuesto, se puede concluir que el Estado Peruano no está cumpliendo con lo establecido a nivel internacional respecto de la protección al territorio indígena por los siguientes motivos:

- La Corte IDH en el Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam estableció que más que un privilegio de usar la tierra, los integrantes de pueblos indígenas y tribales deben obtener el título de su territorio a fin de garantizar el uso y

⁹¹NNUU. Informe del Relator Especial sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, La situación de los derechos de los pueblos indígenas en el Perú, en relación con las industrias extractivas. 3 julio de 2014. A/HRC/27/52/add3. Parrf12

⁹²Cfr. Defensoría del Pueblo. Informe N° 002-2014-DP/ AMASSPPI-PPI. “Análisis de la Política Pública sobre Reconocimiento y titulación de las Comunidades Campesinas y Nativas. Lima. 2014. Pág1

⁹³Cfr. Instituto del Bien Común. Informe sobre Pueblos Indígenas del Perú: Balance 2014: Sobre el cumplimiento del Convenio 169 de la OIT. Documento disponible en: <http://www.ibcperu.org/la-titulacion-de-tierras-es-aun-la-gran-deuda-del-peru-con-las-comunidades-indigenas/>. http://issuu.com/darperu/docs/balance_2014_cumplimiento_c169

goce “permanente” de dicha tierra. En el caso peruano, lamentablemente, el Decreto Ley N° 22175, el cual, autoriza al Estado a que, en muchas circunstancias, solo de en cesión de uso territorio indígena por considerarlo territorio de carácter forestal.

- La CIDH en su informe sobre Democracia y Derechos Humanos en Venezuela estableció que la ausencia o el retardo de la titulación y demarcación de los territorios pueden agudizar el impacto de los proyectos de exploración y explotación de recursos naturales y como consecuencia suscitar conflictos. En el caso peruano, muchas veces los procesos de titulación se ven truncados desde antes de iniciar. Por ejemplo, es el caso de las comunidades nativas que no pueden iniciar el proceso de titulación debido a la Dirección Regional Agraria no realiza su inscripción de reconcomiendo en los Registros Públicos. Recordemos que, en el caso de titulación de comunidades, es un requisito presentar junto con la solicitud la partida registral donde figura la inscripción en registros públicos así como el de poder vigente de los representantes. La demora en la titulación de tierras a la larga trae como consecuencia la generación de conflictos sociales.
- La Corte IDH, en el caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awastzingni Vs. Nicaragua determinó que las comunidades deben tener procesos especiales, adecuados y efectivos para la delimitación, demarcación y titulación de sus territorios, resaltando que la mera adopción de mecanismos legislativos y administrativos pese a que se ajusten a los estándares, no serán suficientes si no conducen al resultado que se busca, es decir, a la titulación en un tiempo razonable. En el caso peruano es más que notorio por lo establecido tanto en el Informe de la Defensoría del Pueblo N° 002-2014-DP/ AMASSPPI-PPI, así como el informe elaborado por Organizaciones que conforman el Pacto de Unidad de Organizaciones Indígenas del Perú, y la Asociación Interétnica de Desarrollo de la Selva Peruana –AIDSEP, que los procesos de titulación en vez de mejorar están volviéndose más complejos y teniendo esto como resultado menos tierras tituladas.
- La CIDH en su Segundo Informe sobre la situación de los derechos Humanos en Perú⁹⁴, manifestó su preocupación sobre lo establecido en la Constitución del año 1993 en donde se elimina la inalienabilidad de las tierras comunales, dejando una posibilidad de poder dar en prenda o hipoteca las tierras comunales, esta misma preocupación se aúna a lo plasmado en el informe presentado por AIDSEP y otras organizaciones las cuales manifestaron su preocupación debido a que existe una campaña que exhorta al Estado a titular parcelas individuales dentro de comunidades indígenas.
- La Corte ha señalado que la titulación y demarcación de los territorios es una obligación estatal, por ende el Estado debería asumir la obligación completa respecto de ello. Sin embargo, en la mayoría de casos la obligación puede ser vista como compartida debido a que las comunidades deben asumir el costo de mucho de los procesos dentro de la titulación, generando que muchos trámites queden a medias o demoren en darse debido a que las comunidades no cuentan con el presupuesto necesario.

⁹⁴ Cfr. CIDH, Segundo Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en el Perú. Doc. OEA/Ser.L/V/II.106, Doc. 59 rev., 2 de junio de 2000.

4.2 LA CONSULTA PREVIA

En el Perú se encuentra vigente la Ley N° 29785, denominada Ley del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios, reconocida en el Convenio 169 de la OIT, la cual dispone en su artículo 1 que el objeto de la ley es establecer los procedimientos y principios del derecho a la consulta previa.

La presente ley regula respecto de la consulta previa, los principios que van a regir el proceso de consulta previa, cuáles deben ser los pueblos indígenas u originarios a ser consultados, las etapas del proceso de consulta previa, así como las obligaciones de las entidades estatales respecto del proceso de consulta y la toma de decisiones. Respecto del último punto, y como ya ha sido señalado por la OIT⁹⁵, no existe un derecho al veto, por lo que el no llegar a un acuerdo con las comunidades no implica la no ejecución de la medida en consulta⁹⁶.

En el caso peruano se ha establecido que la toma de decisión corresponde al Estado, y en el caso de no llegar a un acuerdo con las comunidades, la decisión que se tome debe en todo momento garantizar el derecho colectivo de los pueblos, así como sus derechos a la vida, integridad personal y el libre desarrollo⁹⁷.

Ahora bien, lo establecido por la Ley de N° 29785, no está respetando lo establecido a nivel internacional respecto de las 3 excepciones establecidas⁹⁸, mediante las cuales al configurarse estas, el Estado debería obtener el consentimiento del pueblos indígena.

[E]ntre los cinco proyectos de ley sobre el derecho a la consulta que se sometieron a debate en el pleno del congreso el 23 de agosto de 2011, sólo uno de ellos estipulaba que existen determinados supuestos en los que el Estado se encontraría obligado no sólo a consultar, sino a obtener el consentimiento previo, libre e informado de los pueblos indígenas. La consagración de los supuestos de consentimiento hubiera representado un gran avance frente a la brecha de implementación existente de los derechos indígenas en nuestro ordenamiento jurídico. Sin embargo, el texto sustitutorio de ley finalmente promulgado omitió pronunciarse al respect[o].⁹⁹

Asimismo el Tribunal Constitucional se ha pronunciado sobre la consulta previa señalando lo siguiente¹⁰⁰:

[...]como todo derecho constitucional, 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 [STC 0022-2009-PI/TC, Fund. Jur. N° 37]:

⁹⁵ ⁹⁵ Cfr. OIT. Los Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales en la Práctica: Una Guía sobre el Convenio Número 169 de la OIT. 2009

⁹⁶ Buscar en la guía de al oit.

⁹⁷ Cfr. Ley. N° 29785. Ley del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios, reconocida en el Convenio 169 de la OIT. Art. 15.

⁹⁸ Anteriormente ya en el presente trabajo se han desarrollado las excepciones.

⁹⁹ KAS. El Derecho a la Consulta Previa de los Pueblos Indígenas en América Latina. La Paz. 2012. Pág. 211.

¹⁰⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional Peruano. STC. 00024-2009-PI . párr. 5

- (a) el derecho colectivo a ser consultados ante medidas estatales que afecten directamente sus derechos e intereses grupales. En particular, los que estén vinculados con su existencia física, identidad cultural, calidad de vida o desarrollo colectivo;
- (b) el derecho a que la consulta se realice de manera previa y bajo la observancia de los principios de buena fe, flexibilidad, transparencia, respeto e interculturalidad; y
- (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”.

Asimismo, el Tribunal Constitucional ha establecido tres supuesto claves en los cuales debería darse la consulta previa cuando se tratan de medidas legislativas, siendo estas¹⁰¹:

- aquellas dirigidas exclusivamente a regular aspectos relevantes de los pueblos indígenas, en este caso la consulta es de carácter obligatorio por afectarlos directamente.
- normas de alcance general, que podrían implicar una afectación indirecta a los pueblos indígenas.
- aquella en las que determinados temas que involucren una legislación de alcance general, requiera establecer, en algunos puntos referencias específicas a los pueblos indígenas.

Del mismo modo en la mencionada sentencia el Tribunal Constitucional Peruano ha desarrollado las características que debe tener la consulta, siendo estas¹⁰²:

- [...] el principio de **buena fe** conforma el núcleo esencial del derecho a la consulta. El principio de buena fe, debe ser comprendido como aquel que busca evitar actitudes o conductas que pretendan la evasión de lo acordado, interferir u omitir cooperar con el desarrollo de la otra parte o la falta de diligencia en el cumplimiento de lo acordado. [...] Este principio debe verse concretado en las tres etapas elementales en que puede estructurarse el proceso de consulta, a saber: 1) *determinación de la afectación directa*, 2) *la consulta en sentido estricto*, y 3) *la implementación de la medida*. El respeto del principio de buena fe debe ser materializado a lo largo de estas tres etapas
- De igual forma, el principio de flexibilidad tendría que entrar a tallar en la intensidad de la consulta cuando esta sea realizada en un contexto de exploración y cuando se pretende la explotación. Si bien en ambos casos procede la consulta, no es menos cierto que en principio la intervención será mayor con la explotación que con la exploración. [...]
- Debe entenderse que lo que se pretende con el proceso de consulta es que se lleve a cabo un **verdadero diálogo intercultural**. La intención es que dentro de la pluralidad de sujetos de diversas culturas se pueda entablar un diálogo, tomando en cuenta las costumbres de cada pueblo indígena y evaluando la mejor metodología aplicable para cada caso en concreto. [...]
- El principio de transparencia también es inherente al proceso de consulta.[...] El principio de transparencia también implica que la documentación relevante tendría que ser traducida a fin de que la comprensión de los mismos pueda garantizarse como plenitud. También se tendrán que tomar en cuenta las costumbres de cada pueblo indígena, evaluando la mejor metodología aplicable para cada caso en concreto.

¹⁰¹ Sentencia del Tribunal Constitucional Peruano .STC. 00022-2009-AI.

¹⁰² Sentencia del Tribunal Constitucional Peruano .STC. 00022-2009-AI.

-[...] la consulta se lleve a cabo **en forma previa** a la toma de la decisión. Y es que la idea esencial de la inclusión de los pueblos indígenas en la discusión del proyecto de la medida administrativa o legislativa es que puedan plantear sus perspectivas culturales, con la finalidad de que puedan ser tomadas en cuenta. [...]

Es necesario resaltar que el Tribunal Constitucional tiene basta jurisprudencia sobre el derecho a la consulta de los pueblos indígenas; sin embargo, pese al desarrollo jurisprudencial, en la práctica muy rara vez podemos ver la aplicación certera por parte del Estado de la consulta previa, prueba de ello es la reciente aprobación del dictamen favorable por parte de la Comisión de Pueblos indígenas del Congreso la República del Proyecto de Ley 3941-2014-PE , mediante el cual se vulneraría derechos de los pueblos indígenas pues los podría despojar de sus territorios para entregárselos a grandes megaproyectos de creación de hidroeléctricas¹⁰³. La aprobación del dictamen demuestra que pese a contar con una ley que exige la consulta a los pueblos de medidas legislativas que puedan afectarlos, en casos en concretos como este, muy poco se aplica dicho precepto.

4.3 UN CASO EN CONCRETO.

La actividades extractiva en el Perú, es una de las principales fuentes de ingreso para el país. En los últimos años, más de la mitad de las exportaciones del país corresponden a productos mineros e hidrocarburos.

Según el informe Defensorial N° 171, la actividad minera es una de los principales medios de ingreso de la economía del país, llegando las exportaciones en este sector a alcanzar para el año 2014 un total de \$ 20 545 millones de dólares americanos; en el caso de la actividad hidrocarburífera, esta exportó para el año 2014 un total de \$ 4537.3 millones de dólares americanos.

Según lo señalado por el Ministerio de Energía y Minas en el 2011, el 11,54 % del territorio del país se encontraba concesionado, el 1,05% estaba siendo explotado o explorado y se estimaba que el 10% del territorio tiene potencial minero para explorar.¹⁰⁴ Prueba del potencial existente en nuestro territorio, se traduce en los 8756 petitorios mineros que se han presentado al Ingemmet durante el año 2014¹⁰⁵.

Según el Boletín Estadístico del subsector Minero del mes de Febrero 2015 del Ministerio de Energía y Minas, el 56.77% de las exportaciones son productos mineros, siendo los principales destinos China, Suiza y Estados Unidos.

¹⁰³ Cfr. Instituto del Bien Común. Informe sobre Pueblos Indígenas del Perú: Balance 2014: Sobre el cumplimiento del Convenio 169 de la OIT. Documento disponible en: <http://www.ibcperu.org/la-titulacion-de-tierras-es-aun-la-gran-deuda-del-peru-con-las-comunidades-indigenas/>. http://issuu.com/darperu/docs/balance_2014_cumplimiento_c169

¹⁰⁴ Cfr. NNUU. Informe del Relator Especial sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, La situación de los derechos de los pueblos indígenas en el Perú, en relación con las industrias extractivas. 3 julio de 2014. A/HRC/27/52/add3. Parrf.6.

¹⁰⁵ Cfr. Defensoría del Pueblo. Informe N° 171.i Un llamado a la Remediación! Avances y pendientes en la gestión estatal frente a los pasivos ambientales mineros e hidrocarburíferos. Lima. 2015. Pág26

Lamentablemente, si bien el Estado busca el crecimiento económico a través de la actividad minera e hidrocarburífera, en la mayoría de casos este tipo de inversión viene acompañado de graves vulneraciones de los derechos de los pueblos indígenas, quienes son, en muchas oportunidades, los titulares de las tierras que son concesionadas, y que en la mayoría de casos, no participan de los procesos de toma de decisiones respecto de sus tierras, esto ocurre generalmente debido a que su propiedad no está reconocida de manera formal por parte del Estado.

Las vulneraciones que se dan, en muchas oportunidades son por la falta de supervisión y control del Estado. Como consecuencia de esta inacción del Estado muchas comunidades indígenas se han visto empobrecidas y sufren de manera directa las consecuencias de la contaminación ambiental, la degradación del suelo, la pérdida de recursos forestales, la contaminación de los ríos, pérdida de biodiversidad, entre otras consecuencias de carácter negativo.

Ya el Relator Especial sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de Naciones Unidas, James Anaya, se ha pronunciado al respecto señalando que:

[U]no de los problemas principales que han surgido en la historia de extracción de recursos naturales en el país es la contaminación generada por proyectos de explotación, que todavía no ha sido remediada. Una gran parte de esta contaminación fue generada en años anteriores al desarrollo de los actuales estándares ambientales. Cabe notar que la minería informal e ilegal, practicada por aproximadamente 60.000 personas en el país (véase párr. 62 infra), todavía se realiza sin ninguna regulación, con consecuencias devastadoras para el medio ambiente. [...]. Las mujeres indígenas han expresado al Relator Especial que la contaminación les afecta en particular por los cambios ocasionados en la calidad y disponibilidad de agua, los efectos sobre la producción ganadera (única fuente de trabajo para muchas mujeres) y los efectos negativos sobre la salud.¹⁰⁶

A esto se suma el hecho que el Estado promete inversión en la zona, que supuestamente nace como consecuencia directa de la concesión dada a sus tierras, tales como postas médicas para las comunidades, mejores escuelas, seguridad, etc. Sin embargo, no se han adoptado suficientes medidas para cumplir estas promesas que se vienen realizando año tras año a estas poblaciones. Es como resultado de la inacción del Estado y el abuso de las empresas extractivas que las comunidades se ven en la necesidad de tomar medidas de fuerza para ser escuchadas por representantes estatales con la finalidad de obtener soluciones a sus problemas.

Prueba de lo antes señalado es que la Defensoría del Pueblo en su Reporte de Conflictos Sociales N° 136 de junio del presente año, señaló que se habían registrado 210 tipos de conflictos sociales de los cuales 141 son tipo socioambiental, siendo 93 los relacionados con el tema minero y 21 con hidrocarburos. También tenemos que 15 conflictos están relacionados con temas de demarcación territorial.

Es por ello, que es necesario que el Estado busque inversiones que respeten los derechos de las personas que viven en las zonas que van a ser concesionadas para proyectos.

¹⁰⁶ NNUU. Informe del Relator Especial sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, La situación de los derechos de los pueblos indígenas en el Perú, en relación con las industrias extractivas. 3 julio de 2014. A/HRC/27/52/add3. Parrrf.20.

El Tribunal Constitucional Peruano ya se ha pronunciado sobre el tipo de inversión a la que debe aspirar el Estado Peruano, la cual debe considerar cuatro puntos esenciales¹⁰⁷:

- Aspectos relativos a la prevención de conflictos sociales y de posibles daños que puedan generar determinada inversión en recursos naturales.
- Fiscalización Estatal de la Actividad Privada a fin de determinar si cumple con los estándares nacionales de protección
- Reparaciones integrales en caso de afectación a la población.
- Concretización del principio de coparticipación de la riqueza.

Todo lo antes señalado, debe ser considerado por el Estado en el momento de concretar algún tipo de inversión. Lamentablemente, en la actualidad lo señalado por nuestro Tribunal Constitucional aun es un ideal.

¹⁰⁷ Cfr. Sentencia del Tribunal Constitucional Peruano . N° 001-2012-PI/TC

RECOMENDACIONES

1. EL ESTADO EN PRIMER LUGAR DEBE REVISAR SU NORMATIVAS RELACIONADA CON LA REGULACIÓN DE TERRITORIOS INDÍGENAS Y PROCESOS DE TITULACIÓN, ESTO DEBIDO A QUE EXISTEN NORMAS QUE DATAN DEL AÑO 1978, LAS CUALES DEBEN SER ANALIZADAS PUESTO QUE LA REALIDAD DEL PAÍS ES OTRA, Y POR LO TANTO NOS ENCONTRAMOS EN UNA SITUACIÓN TANTO ECONÓMICA COMO POLÍTICA DISTINTA.
2. LA NORMATIVA SOBRE TITULACIÓN DE TERRITORIOS DEBE ADECUARSE A LOS ESTÁNDARES INTERNACIONALES, Y CONTAR CON PROCEDIMIENTOS MÁS RÁPIDOS Y SENCILLOS.
3. DEBE CREARSE UN ORGANISMO O PROGRAMA DE CARÁCTER TEMPORAL QUE SE DEDIQUE EXCLUSIVAMENTE A REUNIR LA INFORMACIÓN SOBRE LAS COMUNIDADES REGISTRADAS Y TITULADAS, ASÍ COMO EL SEGUIMIENTO Y DIRECCIÓN DE LOS PROCESOS DE REGISTRO DE COMUNIDADES Y TITULACIÓN, CON LA FINALIDAD DE QUE SE ACELEREN LOS PROCESOS, EVITANDO DE ESTA MANERA TENER INFORMACIÓN DISPERSA Y SOBRECARGA EN LAS LABORES DE OTROS ENTES ESTATALES.
4. EL ESTADO DEBE CREAR UN PARTIDA PRESUPUESTARIA QUE COMPRENDA LOS GASTOS GENERADOS POR LA TITULACIÓN DE TERRITORIOS INDÍGENAS, ESTO CON LA FINALIDAD DE EVITAR QUE MUCHOS PROCESOS SE QUEDEN INCONCLUSOS O DEMOREN DEBIDO A QUE LAS COMUNIDADES NO CONSIGUEN EL FINANCIAMIENTO O EL APOYO DE ONGS.
5. EL PRESUPUESTO AL QUE SE HACE REFERENCIA EN LA RECOMENDACIÓN ANTERIOR, DEBE SER TOMADO DEL CANON Y SOBRECANON QUE SE OBTIENEN POR LA EXPLOTACIÓN ECONÓMICA DE LOS RECURSOS NATURALES, GENERÁNDOSE DE ESTA MANERA UN BENEFICIO DIRECTO PARA LAS COMUNIDADES. ESTE PRESUPUESTO DEBE TAMBIÉN SER CONSIDERADO DE CARÁCTER TEMPORAL HASTA QUE SE CULMINE CON LOS PROCESOS DE TITULACIÓN DE LAS DIVERSAS COMUNIDADES.
6. RESPECTO DE LA ELABORACIÓN DE NORMAS QUE AFECTEN DIRECTAMENTE A LAS COMUNIDADES INDÍGENAS, LA COMISIÓN ENCARGADA DE ELABORAR LOS DICTÁMENES SOBRE LAS MISMAS DEBERÍAN SOLICITAR UNA OPINIÓN Y REUNIRSE CON LAS ASOCIACIONES REPRESENTATIVAS DE LAS POSIBLES COMUNIDADES QUE PUEDAN RESULTAR AFECTADAS, CON LA FINALIDAD DE INFORMARLAS Y OBTENER UNA OPINIÓN POR PARTE DE ELLAS, QUE LES PERMITAN HACERSE UNA MEJOR VISIÓN DE LAS CONSECUENCIAS QUE PODRÍAN GENERAR ALGUNAS MEDIDAS LEGISLATIVAS; ESTO TRAERÍA COMO CONSECUENCIA EVITAR QUE LAS LEYES SEAN APROBADAS EN LA COMISIÓN Y POSTERIORMENTE EN EL PLENO Y LUEGO LAS COMUNIDADES BUSQUEN DECLARARLAS INCONSTITUCIONALES.
7. LA CAPACITACIÓN DE MANERA CONSTANTE DE LOS DIVERSOS ACTORES ESTATALES QUE SUELEN PARTICIPAR DE LAS CONSULTAS A LOS PUEBLOS, NO SOLO EN MATERIA DE LA CONSULTA SINO RESPECTO DE LAS COSTUMBRES DE LOS PUEBLOS A CONSULTARSE CON LA FINALIDAD DE EVITAR POSIBLES SITUACIONES QUE GENEREN TENSIÓN DURANTE LA CONSULTA.
8. EL ESTADO PERUANO DEBE ADECUAR SU NORMATIVA INTERNA RESPECTO DE LA CONSULTA PREVIA, EN RELACIÓN CON LAS EXCEPCIONES PLANTEADAS A NIVEL INTERNACIONAL EN LAS CUALES SE EXIGE EL CONSENTIMIENTO DE LOS PUEBLOS PARA EL DESARROLLO DE PROYECTOS EN SU TERRITORIO.