

**UNIVERSIDAD PRIVADA DE TACNA  
ESCUELA DE POST GRADO  
DOCTORADO EN DERECHO**



**PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL DE LA PROPIEDAD  
COMUNAL Y SU AFECTACIÓN POR ACTIVIDADES MINERAS, REGION  
TACNA, 2014**

**TESIS**

**Presentada por:**

**Mag. DELIA YOLANDA MAMANI HUANCA**

**Para Obtener el Grado Académico de:**

**DOCTOR EN DERECHO**

**TACNA - PERÚ**

**2016**



**Dedicatoria:**

**A mi Padre, que desde el cielo ilumina mi camino.**

**Agradecimientos:**

**A mi esposo e hijo, por su apoyo y comprensión.**

## ÍNDICE

	<b>Pág.</b>
Dedicatoria	iii
Agradecimientos	iv
Contenido	v
Resumen	xii
Abstract	xiii
Resumo	xiv
Introducción	01

### Capítulo I: El Problema

1.1 Planteamiento del Problema	03
1.2 Formulación del Problema	04
1.2.1. Problema Principal	04
1.2.2. Problemas Secundarios	04
1.3. Justificación e importancia de la Investigación	05
1.4 Objetivos	06
1.4.1. Objetivo General	06
1.4.2. Objetivos Específicos	06
1.5 Conceptos básicos	06
1.6 Antecedentes de la investigación	13

### CAPÍTULO II: FUNDAMENTO TEÓRICO CIENTÍFICO

2.0 Bases teóricas científicas	18
2.0.1 Enfoque Epistemológico	18
2.0.2 La teoría de la justicia de John Rawls: la construcción del criterio distributivo	20

## **SUBCAPÍTULO I: PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL DE LA PROPIEDAD COMUNAL**

### **Sobre la Variable independiente**

2.1.1	Derecho natural de la propiedad	25
2.1.1.1	Locke y Kant: críticas kantianas al derecho natural de propiedad y a la primitiva posesión común	33
2.1.1.2	Análisis de la propiedad en la Constitución Política del Perú	48
2.1.2	La Protección de la propiedad comunal	76
2.1.3	La propiedad comunal	77
2.1.3.1	Régimen Agrario y de comunidades campesinas y nativas	82
2.1.3.2	Contenido del derecho a la propiedad	107
2.1.3.3	Protección y liberalización de la tierra comunal: Análisis del marco normativo	108
2.1.3.4	Comunidades campesinas y nativas	119
2.1.3.4.1	Los Pueblos indígenas y la noción de “Territorio”	121
2.1.3.4.2	Los Pueblos indígenas y la “Comunidad Nativa” como denominación oficial	123
2.1.3.4.3	Fundamentos de la Propiedad Comunal: Economía de subsistencia y Derechos Colectivos	128
2.1.3.4.4	El territorio indígena como derecho colectivo	130
2.1.3.4.5	Derechos de las comunidades campesinas y nativas	131
2.1.3.4.5.1	Igualdad ante la ley	131
2.1.3.4.5.2	Identidad étnica y cultural	133
2.1.3.4.5.3	Existencia jurídica de las comunidades campesinas y nativas en el marco constitucional e internacional	135
2.1.3.4.6	Valor de las normas internacionales sobre el derecho a la propiedad	136
2.1.3.4.7	Ejercicio de la función jurisdiccional por las comunidades campesinas y nativas	137
2.1.3.4.8	Los derechos de la comunidad campesina	138
2.1.3.4.9	Reconocimiento de la justicia comunal y coordinación con el poder judicial	141

2.1.3.4.10	Legislación internacional	145
2.1.3.4.11	Enfoque de la protección en la legislación nacional	147
2.1.3.4.11.1	Criterios a favor de los procesos constitucionales	150
2.1.3.4.11.2	Fundamento Constitucional a favor de pueblos indígenas	156
2.1.3.4.12	La Consulta previa y OIT	158
2.1.3.4.12.1	Punto de vista del Estado	168
2.1.3.4.12.2	Punto de vista de las empresas	172
2.1.3.4.12.3	Jurisprudencia del Tribunal Constitucional del Perú	173
2.1.3.4.12.4	Conclusión sobre la variable independiente	185

## **SUBCAPÍTULO II: LA AFECTACION DE LA PROPIEDAD COMUNAL POR LA ACTIVIDAD MINERA**

### **Sobre la variable dependiente**

2.2.1	La empresa minera	189
2.2.1.1	La comunidad local y la empresa minera	193
2.2.1.2	El Rol del Estado y la actividad minera	197
2.2.1.3	Ordenamiento Territorial	202
2.2.1.4	Zonificación Ecológica y Económica	210
2.2.1.5	Actores extralocales y la minería	213
2.2.1.6	Contexto de la relación entre empresas mineras y comunidades locales	214
2.2.1.7	Teorías de los sistemas de dominio de los yacimientos mineros	222
2.2.1.8	La Concesión Minera	226
2.2.1.8.1	Naturaleza jurídica de la concesión minera	226
2.2.1.8.2	Derechos del titular de concesiones mineras	228
2.2.1.9	La relación entre empresas mineras y comunidades locales	231
2.2.1.10	Caracterización de los actores involucrados en la minería	234
2.2.1.11	Afectación ambiental, social y económica de la minería en el Perú	234
2.2.1.12	La actividad minera y su afectación a la propiedad comunal	238
2.2.1.13	Conclusiones sobre la variable dependiente	239

### **CAPÍTULO III: METODOLOGIA**

3.1.	Formulación de la hipótesis general	242
3.1.1.	Hipótesis secundarias	242
3.3	Variables e indicadores	242
3.3.1	Identificación de la variable independiente	242
3.3.1.1	Indicadores	242
3.3.1.2	Escala para la medición de variables de la variable principal	243
3.3.2	Identificación de la variable dependiente	243
3.3.2.1	Indicadores	243
3.3.2.2	Escala para la medición de variables problema principal	243
3.3.2.3	Variables e indicadores de los problemas secundarios	244
3.4.	Tipo de Investigación	246
3.5	Diseño de la investigación	247
3.6.	Ámbito y tiempo social de la investigación	247
3.6.1.	Ámbito de la investigación	247
3.6.2.	Tiempo de la investigación	247
3.7	Unidad de estudio	248
3.8.	Población y muestra	248
3.8.1.	Población	248
3.8.2.	Muestra	248
3.9.	Recolección de datos	249
3.10.	Procesamiento, presentación, análisis e interpretación de datos	251

### **CAPÍTULO IV RESULTADOS Y CONCLUSIÓN**

4.1	Descripción del trabajo de campo	252
4.2	Diseño de la presentación de los resultados	253
4.3	Presentación de los resultados	253
4.3.1	Resultados del cuestionario aplicado	253
4.3.2	Resultados de la entrevista aplicada	304
4.4	Discusión de resultados	307



4.5 Comprobación de hipótesis y logro de objetivos	311
4.5.1 comprobación de la hipótesis específicas “b”	311
4.5.2 comprobación de la hipótesis específicas “a”	314
4.5.3. Comprobación de la hipótesis general	316
CONCLUSIONES	317
SUGERENCIAS	318
BIBLIOGRAFÍA	319
ANEXOS	322

## ÍNDICE DE TABLAS

TABLA 01: Resultado del Ítem N°01 del Cuestionario aplicado	253
TABLA 02: Resultado del Ítem N°02 del Cuestionario aplicado	255
TABLA 03: Resultado del Ítem N°03 del Cuestionario aplicado	257
TABLA 04: Resultado del Ítem N°04 del Cuestionario aplicado	259
TABLA 05: Resultado del Ítem N°05 del Cuestionario aplicado	261
TABLA 06: Resultado del Ítem N°06 del Cuestionario aplicado	263
TABLA 07: Resultado del Ítem N°07 del Cuestionario aplicado	265
TABLA 08: Resultado del Ítem N°08 del Cuestionario aplicado	267
TABLA 09: Resultado del Ítem N°09 del Cuestionario aplicado	269
TABLA 10: Resultado del Ítem N°10 del Cuestionario aplicado	271
TABLA 11: Resultado del Ítem N°11 del Cuestionario aplicado	273
TABLA 12: Resultado del Ítem N°12 del Cuestionario aplicado	275
TABLA 13: Resultado del Ítem N°13 del Cuestionario aplicado	277
TABLA 14: Resultado del Ítem N°14 del Cuestionario aplicado	279
TABLA 15: Resultado del Ítem N°15 del Cuestionario aplicado	282
TABLA 16: Resultado del Ítem N°16 del Cuestionario aplicado	284
TABLA 17: Resultado del Ítem N°17 del Cuestionario aplicado	286
TABLA 18: Resultado del Ítem N°18 del Cuestionario aplicado	288
TABLA 19: Resultado del Ítem N°19 del Cuestionario aplicado	290
TABLA 20: Resultado del Ítem N°20 del Cuestionario aplicado	292
TABLA 21: Resultado del Ítem N°21 del Cuestionario aplicado	294
TABLA 22: Resultado del Ítem N°22 del Cuestionario aplicado	296
TABLA 23: Resultado del Ítem N°23 del Cuestionario aplicado	298
TABLA 24: Resultado del Ítem N°24 del Cuestionario aplicado	300
TABLA 25: Resultado del Ítem N°25 del Cuestionario aplicado	302

## ÍNDICE DE FIGURAS

Figura 01: Resultado del Ítem N°01 del Cuestionario aplicado	253
Figura 02: Resultado del Ítem N°02 del Cuestionario aplicado	255
Figura 03: Resultado del Ítem N°03 del Cuestionario aplicado	257
Figura 04: Resultado del Ítem N°04 del Cuestionario aplicado	259
Figura 05: Resultado del Ítem N°05 del Cuestionario aplicado	261
Figura 06: Resultado del Ítem N°06 del Cuestionario aplicado	263
Figura 07: Resultado del Ítem N°07 del Cuestionario aplicado	265
Figura 08: Resultado del Ítem N°08 del Cuestionario aplicado	267
Figura 09: Resultado del Ítem N°09 del Cuestionario aplicado	269
Figura 10: Resultado del Ítem N°10 del Cuestionario aplicado	271
Figura 11: Resultado del Ítem N°11 del Cuestionario aplicado	273
Figura 12: Resultado del Ítem N°12 del Cuestionario aplicado	275
Figura 13: Resultado del Ítem N°13 del Cuestionario aplicado	277
Figura 14: Resultado del Ítem N°14 del Cuestionario aplicado	279
Figura 15: Resultado del Ítem N°15 del Cuestionario aplicado	282
Figura 16: Resultado del Ítem N°16 del Cuestionario aplicado	284
Figura 17: Resultado del Ítem N°17 del Cuestionario aplicado	286
Figura 18: Resultado del Ítem N°18 del Cuestionario aplicado	288
Figura 19: Resultado del Ítem N°19 del Cuestionario aplicado	290
Figura 20: Resultado del Ítem N°20 del Cuestionario aplicado	292
Figura 21: Resultado del Ítem N°21 del Cuestionario aplicado	294
Figura 22: Resultado del Ítem N°22 del Cuestionario aplicado	296
Figura 23: Resultado del Ítem N°23 del Cuestionario aplicado	298
Figura 24: Resultado del Ítem N°24 del Cuestionario aplicado	300
Figura 25: Resultado del Ítem N°25 del Cuestionario aplicado	302

## RESUMEN

El presente trabajo de investigación se llevó a cabo con el propósito de determinar en qué medida la Protección constitucional de la propiedad comunal estaría siendo afectada por las actividades mineras. Para ello se estableció la siguiente hipótesis: La Protección constitucional de la propiedad comunal estaría siendo afectada en manera perjudicial por las actividades mineras. El trabajo corresponde a una investigación de tipo aplicada, por cuanto se orienta a la aplicación de conocimientos teóricos que se derivan en la solución de un problema, teniendo como propósito principal resultados pragmáticos con una meta utilitaria. Asimismo, el estudio es no experimental, observativo, descriptivo y explicativo, analítico y sintético. Para tal propósito se consideró la información obtenida a través del Cuestionario y la Cédula de entrevista; como instrumentos de medición de las variables a estudio. Los datos obtenidos se tabularon y analizaron mediante tablas y figuras. Una vez finalizada la fase de análisis e interpretación de los resultados se precisó que: a) La inversión privada incumpliría significativamente el respeto de la Protección constitucional de la propiedad comunal; y, b) Las actividades mineras afectarían significativamente social, ambiental y económicamente a la propiedad comunal; quedando comprobada la hipótesis de estudio: La Protección constitucional de la propiedad comunal estaría siendo afectada en manera perjudicial por las actividades mineras.

**Palabras clave:** Protección constitucional de la propiedad comunal, actividades mineras, del derecho de propiedad, soberanía del bien común, límites de la ley, afectación social, afectación económica, afectación ambiental.

## ABSTRACT

This research was conducted in order to determine to what extent the constitutional protection of communal property would be affected by mining activities. To do so was established the following hypothesis: The Constitutional protection of communal property would be deleteriously affected by mining activities. The work corresponds to a type applied research, because it is focused on the application of theoretical knowledge derived in solving a problem, with the main purpose pragmatic results with a utilitarian goal. Also, the study is not experimental, observant, descriptive and explanatory, analytical and synthetic. For this purpose the information obtained through the questionnaire and the interview was considered Schedule; as instruments of measurement of the variables studied. The obtained data were tabulated and analyzed using tables and figures. After the phase of analysis and interpretation of the results was stated that: a) Private investment significantly in breach respect for the constitutional protection of communal property; and, b) Mining activities significantly affect social, environmental and economically to communal property; so stay tested the study hypothesis: The Constitutional protection of communal property would be deleteriously affected by mining activities.

**Keywords:** Constitutional protection of communal property, mining activities, property rights, sovereignty of the common good, the limits of the law, social impact, economic impact, environmental impact.

## RESUMO

Esta pesquisa foi realizada, a fim de determinar em que medida a proteção constitucional da propriedade comunal seriam afetados por atividades de mineração. Para isso foi estabelecida a seguinte hipótese: a proteção constitucional da propriedade comunal seria afectado pela atividade de mineração. O trabalho corresponde a um tipo de investigação aplicada, porque ele está focado na aplicação de conhecimentos teóricos derivados na resolução de um problema, com a finalidade principal resultados pragmáticos com um objetivo utilitarista. Além disso, o estudo não é experimental, observador, descritiva e explicativa, analítico e sintético. Para este efeito, as informações obtidas através do questionário e da entrevista foi considerado Programação; como instrumentos de medição das variáveis estudadas. Os dados obtidos foram tabulados e analisados por meio de tabelas e figuras. Após a fase de análise e interpretação dos resultados foi declarado que: a) O investimento privado significativamente em relação brecha para a proteção constitucional da propriedade comunal; e, b) As atividades de mineração afetar significativamente social, ambiental e economicamente à propriedade comunal; portanto, fique testou a hipótese do estudo: a proteção constitucional da propriedade comunal seria afectado pela atividade de mineração.

**Palavras-chave:** proteção constitucional da propriedade comunal, atividades de mineração, o direito de propriedade, soberania do bem comum, os limites da lei, impacto social, impacto económico, impacto ambiental.

## INTRODUCCIÓN

La protección del derecho de propiedad comunal, involucra la normatividad nacional e internacional, tratados y convenios internacionales que delimitan este derecho. Desde la perspectiva del respeto de los derechos humanos, con el fin de suministrar una base sólida que permita la formulación de una real defensa de este derecho de las comunidades campesinas y nativas que dependen de este medio para su supervivencia y bienestar. El territorio comunal entendido no como un derecho individual sino del grupo o comunidad; la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras; de manera que por el hecho de su propia existencia tienen derecho a vivir libremente en sus propios territorios, ser reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica.

En el Perú de acuerdo al último reporte de conflictos sociales de la Defensoría del Pueblo, existen 178 conflictos activos y 45 conflictos latentes en el país, de los cuales, 147 son de tipo socio ambiental, lo que representa más del 65% de los existentes en el territorio nacional. En este contexto, desde mediados de 2011 el conflicto surgido por el proyecto de explotación minera "Conga", ejecutado por la empresa Minera Yanacocha S.R.L., se ha convertido en el principal conflicto. No es novedad que gran parte de estos conflictos tenga como protagonistas a pueblos y comunidades indígenas. La falta de atención oportuna a los reclamos y el total desinterés mostrado por las autoridades nacionales han hecho que algunas de estas situaciones desencadenen lamentables episodios de violencia.

Asimismo, la Región Tacna no ha escapado de esta problemática social, puesto que a pesar de la legislación y de la participación de la actividad privada, se ha visto perjudicada por los conflictos sociales, ya que a pesar que se tienen ingresos por el Canon Minero, este no ha satisfecho las expectativas de los

pobladores de la zona, ya que perciben el perjuicio de las actividades mineras, al contaminar el agua, la tierra y el medio ambiente, afectando de manera significativa social, económica y ambientalmente a la Región.

Por ello en el presente trabajo titulado: PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL DE LA PROPIEDAD COMUNAL Y SU AFECTACION POR ACTIVIDADES MINERAS, REGION TACNA, 2014, se pretende determinar en qué medida la Protección constitucional de la propiedad comunal estaría siendo afectada por las actividades mineras, consignándose para el desarrollo de la tesis la siguiente estructura:

Capítulo I, El Problema, en este capítulo se consignan la determinación y formulación del Problema, los objetivos, la justificación e importancia; así como los objetivos de investigación.

Capítulo II, Fundamento Teórico Científico, se abordan los antecedentes del Estudio, y se presentan Teorías y Conceptos de manera secuencial, temas cuyos contenidos constituyen las bases teórico científicas de nuestra Investigación.

Capítulo III, Metodología, se formula las hipótesis, el diseño metodológico, especificando: el tipo y diseño de estudio, población y las técnicas en el manejo de la información; consignándose además el tiempo de duración del presente estudio.

Capítulo IV, Resultados y Discusión, comprende la descripción del trabajo de campo; la presentación, análisis e interpretación de los datos obtenidos, los mismos que nos permiten verificar las hipótesis de nuestra Investigación.

Asimismo, en el Trabajo de Investigación se consideran las Conclusiones, Recomendaciones, Referencias Bibliográficas y los Anexos respectivos, que contribuyen a una mejor comprensión del mismo.



## CAPÍTULO I: EL PROBLEMA

### 1.1 Planteamiento del problema

La noción de tierra y de territorio, es un tema fundamental que actualmente resuena en el entorno de los conflictos sociales entre las comunidades campesinas con las actividades mineras y el propio Gobierno. Un aspecto de esta problemática, sin lugar a dudas tiene que ver con la normatividad legal vigente o la ausencia de la misma, siendo necesario implementar innovaciones o creaciones a partir del consenso entre las partes involucradas, dadas las visiones opuestas que se presentan; una de contenido económico (de las empresas extractivas y el gobierno) y otra visión de las comunidades que sienten en su territorio un conjunto de naturaleza, vida y cultura.

De allí, que su regulación no sea meramente civil, sino también constitucional, con miras a proteger la integridad de sus territorios. Sin embargo, se han presentado una serie de agresiones y por consiguiente conflictos sociales producidos por la explotación de los recursos naturales por parte de empresas dedicadas a la extracción de los mismos, con las comunidades campesinas del país, que en muchos casos han originado la muerte de comuneros y de pobladores de las ciudades que defienden sus intereses. Viéndose así, vulnerado el derecho de propiedad comunal por parte de las empresas extractivas de recursos minerales y más específicamente la facultad de las comunidades campesinas de decidir quiénes ingresan a sus territorios cuando las actividades extractivas ingresan a los territorios comunales sin autorización de sus propietarios.

Es así, sumamente importante abordar el problema presentado y plantear respuestas encaminadas a garantizar adecuadamente el derecho a la propiedad comunal y más específicamente la facultad de las comunidades de decidir el ingreso a sus territorios. Un instrumento cercano al problema planteado constituye la Ley N° 29785, *Ley del derecho a la consulta previa a los pueblos*

*indígenas u originarios reconocido en el Convenio No. 169 de la Organización Internacional de Trabajo*; sin embargo, resulta insuficiente, siendo necesario se establezcan reglas precisas y específicas sobre la protección del derecho a la propiedad comunal y la concordancia necesaria con la explotación de los recursos minerales por las empresas extractivas, en el entendido que también es de mucha utilidad para la Nación usar también la riqueza que proviene de la explotación de los recursos naturales para lograr el bienestar general. Para este objetivo es de bastante utilidad las normas del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, la Constitución Política y el Código Procesal Constitucional, además de la abundante y valiosa jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Es decir, para su adecuado tratamiento del tema se requiere acudir a diferentes fuentes del derecho: normativas, jurisprudenciales y doctrinarias, pudiendo estas ser nacionales, internacionales y del Derecho Comparado.

## **1.2 Formulación del problema.**

### **1.2.1.- Problema Principal**

¿En qué medida la Protección constitucional de la propiedad comunal estaría siendo afectada por las actividades mineras?

### **1.2.2.- Primer Problema Secundario**

¿En qué medida la inversión privada incumpliría el respeto de la Protección constitucional de la propiedad comunal?

### **1.2.3.- Segundo Problema secundario**

¿En qué medida las actividades mineras afectarían social, ambiental y económicamente a la propiedad comunal?

## **1.3 Justificación de la Investigación**

El presente trabajo de investigación tiene como justificación: en la presencia de un amplio número de conflictos sociales producidos por la explotación de los recursos naturales, por parte de empresas dedicadas a la extracción de los mismos, con las comunidades campesinas y nativas del país, que en muchos casos origina muertos de comuneros y de pobladores de las ciudades que defienden sus intereses, ante la falta de diálogo previo y las posiciones antagónicas entre ambos, demostradas claramente, que impiden de una parte la explotación de los recursos minerales por las empresas y la vulneración de los derechos, como el de propiedad, de las comunidades.

La investigación, más allá de ese conflicto expresado en términos generales, se centra específicamente, en la vulneración de la facultad de las comunidades campesinas de decidir quiénes ingresan a sus territorios, por parte de las actividades extractivas de recursos minerales, que se presentan regularmente en el Perú, analizando los casos presentados, cómo se ha presentado la agresión a este derecho y qué solución puede darse, planteando una de naturaleza jurídica, como la de establecer una necesaria concordancia entre el derecho a la propiedad del territorio comunal y la explotación de recursos minerales por las actividades extractivas, lo que a su vez permita evitar conflictos sociales.

## **1.4 Objetivo de la investigación.**

### **1.4.1.-Objetivo General**

Determinar en qué medida la Protección constitucional de la propiedad comunal estaría siendo afectada por las actividades mineras.

### **1.4.2.-Objetivos Específicos**

#### **1.4.2.1.-Primer Objetivo Específico**

Determinar en qué medida la inversión privada incumpliría el respeto de la Protección constitucional de la propiedad comunal.

#### **1.4.2.2.- Segundo Objetivo Específico**

Determinar en qué medida las actividades mineras afectarían social, ambiental y económicamente a la propiedad comunal.

## **1.5. Conceptos básicos**

- **Actividad minera:**  
Extracción selectiva de los minerales y otros materiales de la corteza terrestre de los cuales se puede obtener un beneficio económico, así como la actividad económica primaria relacionada con ella.
- **Afectación ambiental:**  
Efecto causado por una actividad humana sobre el medio ambiente.
- **Afectación económica:**

Es la limitación y condiciones que se imponen por la aplicación de una ley al uso de un predio o un Bien particular.

- **Afectación social:**

Limitaciones que perjudican al desarrollo económico de la población.

- **Comunidad campesina:**

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, el gobierno democrático y el desarrollo de actividades multisectoriales, cuyos fines se orientan a la realización plena de sus miembros y del país.

- **Concesión minera:**

Son una figura mediante la cual el Estado le da el derecho a un tercero para realizar actividades de exploración y explotación que permitan el aprovechamiento de los recursos minerales que se encuentran en el sub suelo del territorio nacional. En este contexto hay que subrayar que las concesiones no otorgan la propiedad del suelo, sino que esta deberá obtenerse de sus respectivos dueños a través de la compra, contrato de alquiler o cualquier otra forma establecida por nuestra legislación.

- **Conflicto de uso de la tierra:**

Es la discrepancia entre el uso actual con el uso potencial, o se presenta desequilibrio, debido a que el uso actual no es el más adecuado, causando erosión y degradación de las tierras, se evidencian los conflictos de uso que pueden ser conflictos por sobre uso y conflictos por sub uso.

- **Desarrollo sostenible:**

Un desarrollo que satisface las necesidades y aspiraciones de la generación actual sin comprometer la capacidad de satisfacer las de las futuras generaciones.

- **Desarrollo territorial:**

Es el proceso de acrecentar o dar impulso a las capacidades de un territorio y transformar su estructura en forma positiva. Protección de los recursos naturales y humanos de un territorio determinado, para hacerlos disponibles a la economía y al uso social, a través de la gestión administrativa, la inversión económica, los mecanismos regulatorios o los incentivos.

- **Economía social de mercado:**

Es un modelo de economía y sociedad "con la meta de crear una economía que desde la base de la competencia combina la libre iniciativa con un progreso social asegurando por la capacidad económica.

- **Inversión privada:**

La inversión privada se caracteriza por sus ventajas y beneficios para países en desarrollo. Donde también muestra su proyección y análisis donde van invertir, utilizando diferentes métodos de medición que mostrara cuan atractivo se encuentra el país para realizar dicha inversión, en este proceso el Perú se muestra ante el mundo como un país donde se puede invertir, un ejemplo (minerías).

- **Límites de la ley:**

Mandatos o normas contemplados dentro de una normatividad jurídica.

- **Medio ambiente:**

Es el conjunto de componentes físicos, químicos, biológicos, sociales, económicos y culturales capaces de ocasionar efectos directos e indirectos, en un plazo corto o largo sobre los seres vivos.

- **Minería:**

Es toda actividad de reconocimiento, exploración y explotación de productos mineros.

- **Normas jurídicas:**

Es una regla dirigida a la ordenación del comportamiento humano prescrita por una autoridad cuyo incumplimiento puede llevar aparejado una sanción. Generalmente, impone deberes y confiere derechos.

- **Ordenamiento territorial:**

Es un proceso político que involucra la toma de decisiones concertadas de los actores sociales, económicos, políticos y técnicos, para la ocupación ordenada y uso sostenible del territorio. Proceso técnico administrativo que orienta la regulación y promoción de la localización y desarrollo de los asentamientos humanos, actividades económicas, sociales y el desarrollo físico espacial, sobre la base de la ZEE. (Metodología para la Zonificación Ecológica y Económica. D.C. D. N° 010-2006- CONAM/CD).

- **Plan de acondicionamiento territorial:**

Es el instrumento técnico-normativo de planificación física integral en el ámbito provincial que orienta y regula la organización físico-espacial de las actividades humanas en cuanto a la distribución, jerarquía, roles y funciones de los centros poblados en los ámbitos urbano y rural; la conservación y protección del recurso y patrimonio natural y cultural; el

desarrollo de la inversión pública y privada en los ámbitos urbano y rural del territorio provincial; y, la ocupación y uso planificado del territorio, para lograr el mejoramiento de los niveles y calidad de vida de la población urbana y rural, bajo el enfoque territorial prospectivo, competitivo y de sostenibilidad.

- **Plan de desarrollo urbano:**

Es el instrumento técnico-normativo que orienta el desarrollo urbano de las ciudades o conglomerados urbanos con población entre 20,001 y 500,000 habitantes, y/o ciudades capitales de provincia, en concordancia con el Plan de Acondicionamiento Territorial y/o el Plan de Desarrollo Metropolitano.

- **Plan de ordenamiento territorial:**

Es un Instrumento de planificación y gestión del desarrollo, que promueve y regula los procesos de organización sostenible del territorio a nivel nacional, regional y local, articulados a los planes ambientales, de desarrollo económico, social y otros.

- **Políticas públicas:**

Las políticas públicas son proyectos y actividades que un Estado diseña y gestiona a través de un gobierno y una administración pública, con fines de satisfacer las necesidades de una sociedad.

- **Propiedad Comunal:**

La perteneciente a todos los vecinos de un lugar, ya consta en aprovechamientos forestales, ganaderos o de otra clase o bien para pasatiempos u otra función social.



- **Protección:**

Cuidado preventivo ante un eventual riesgo o problema

- **Protección Constitucional:**

Proceso instituido por la misma constitución de un Estado, cuya finalidad es defender la efectiva vigencia de los derechos fundamentales o protecciones constitucionales que este texto reconoce o protege, haciendo efectiva la estructura jerárquica normativa establecida.

- **Recursos minerales:**

Los recursos minerales se definen como todos los metales, minerales, rocas, e hidrocarburos, que pueden ser utilizados por el hombre y que existen en el suelo y subsuelo.

- **Recursos naturales no renovables:**

Son aquellos que existen en cantidades fijas, no se regeneran, como el petróleo o el gas natural, los minerales. Son un stock que disminuye y se termina con su utilización.

- **Seguridad:**

Ausencia de riesgo o a la confianza en algo o en alguien. Sin embargo, el término puede tomar diversos sentidos según el área o campo a la que haga referencia. En términos generales, la seguridad se define como "el estado de bienestar que percibe y disfruta el ser humano".

- **Soberanía del bien común:**

La soberanía es el poder que le corresponde al que tiene a su cargo la comunidad. La soberanía se concretaría hacia el interior en la autonomía

del estado para establecer sus propias leyes y frente al exterior en la independencia del estado frente a los demás.

- **Territorio:**

El territorio es un conjunto de relaciones dinámicas entre personas y entre estas y la naturaleza, en un espacio geográfico y en un tiempo determinado. Dichas relaciones están definidas por los procesos históricos y las características políticas, socioeconómicas.

- **Yacimiento minero:**

Son cuerpos geológicos, que contienen recursos minerales en una concentración muy superior a la de la corteza terrestre en general y por lo tanto son de interés económico. Los recursos minerales que se encuentran en yacimientos se consideran como reservas mineras.

- **Zonificación Ecológica y Económica**

Es un proceso participativo y concertado, dinámico y flexible, que forma parte del ordenamiento y/o acondicionamiento, territorial, respetuoso de los derechos colectivos de los pueblos indígenas, su territorio y su cultura. Es un instrumento que genera información sobre diversas alternativas de uso del territorio y de los recursos naturales; y es base para la formulación de políticas y planes de ordenamiento y/o acondicionamiento territorial, políticas y planes de desarrollo (nacional, regional, local y sectorial).

## **1.6 Antecedentes de la investigación**

En la búsqueda de antecedentes se ha encontrado trabajos de investigación relacionados al trabajo de investigación: “PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL DE LA PROPIEDAD COMUNAL Y SU AFECTACION POR ACTIVIDADES MINERAS, REGION TACNA, 2014”; que a continuación se presenta:

**CARRILLO HOYOS, SANDRA VERÓNICA. En la tesis titulada: Comunidades y Minería: La Comunicación en el Conflicto (2011), concluye lo siguiente:**

La relación entre las empresas mineras y las comunidades locales está marcada por el conflicto de intereses que da lugar a una serie de acontecimientos organizados por ambas partes y que generan tensiones en este vínculo. Es esta acumulación de tensiones la que eventualmente produce situaciones de crisis entre las partes y torna muy remotas las posibilidades de diálogo.

**BLANCO VIZARRETA, CRISTINA. En la tesis titulada: EL PROYECTO CONGA DESDE LOS ESTÁNDARES DEL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS (2013), concluye lo siguiente:**

La adaptación del ordenamiento interno al reconocimiento internacional del derecho a la consulta, ha generado la incorporación del sujeto “pueblo” como titular de este derecho, lo que ha llevado a dos procesos en tensión. De un lado, en la implementación del derecho a la consulta se ha tendido a adoptar ciertos criterios de identificación restrictivos que tendrían un efecto de dejar fuera a las comunidades y rondas campesinas; y de otro lado, que a partir de dicho reconocimiento de derechos éstas, junto con sus organizaciones nacionales, estarían retomando el concepto de pueblo, reivindicando su identidad indígena y su titularidad del derecho a la consulta.

En el caso de las comunidades y rondas campesinas afectadas por el proyecto Conga, se evidencian esfuerzos cada vez más claros por identificarse como indígenas, que manifiestan cierta conciencia de su descendencia de pueblos anteriores a la existencia del Estado peruano, elemento decisivo de identificación de acuerdo a los instrumentos y órganos internacionales. Existe también información que sugiere que estas comunidades mantienen, aunque de modo parcial, ciertas instituciones propias y distintivas.

**USAQUÉN CHÍA, MARTHA INÉS, en la tesis titulada: EXTERNALIDADES: MÁS QUE UN PROBLEMA DE DERECHOS DE PROPIEDAD (2008), concluye lo siguiente:**

La definición de los derechos de propiedad permite que el titular del derecho, respaldado por la norma, se apropie y explote, transfiera o done un recurso. Quien ejerce esa titularidad es responsable del uso que se dé al mismo, el que no solo debería beneficiarlo, sino también procurar por lo menos no deteriorar el medio ambiente, que es el que recibe todo el impacto del uso que se ejerza sobre dicho recurso.

Considerando que el aprovechamiento de esos recursos puede generar externalidades negativas, es decir, que la decisión individual sobre el uso del recurso afecte a un tercero, ajeno al proceso, y este último no sea compensado, convirtiéndose en un fallo del mercado; se buscan soluciones que permitan internalizar la externalidad por medio de controles voluntarios o sancionables, dado además, que el otro afectado es el medio ambiente.

Consciente de la importancia del tema, por mandato constitucional, el Estado tiene la potestad de proteger la diversidad e integridad del ambiente, haciendo uso de su poder coercitivo, creando instituciones que adelantan programas que buscan cumplir con este objetivo, que van desde la orientación de cómo mantener las condiciones ambientales, hasta la sanción por no hacerlo. Programas que como se muestra con la revisión de estudios ya existentes no son suficientes y, si bien es cierto, que hay sectores comprometidos con el tema, aún faltan controles y más formación a la ciudadanía para generar los

mecanismos que permitan alcanzar unos niveles de contaminación que no atenten contra el ambiente, en beneficio de su desarrollo sostenible, conservación y restauración o sustitución del mismo, como reza en la norma.

**Nancy Milagros Ortega Vásquez, en la tesis titulada: EL DERECHO DE PROPIEDAD COMUNAL INDÍGENA EN LA AMAZONÍA Y SU REGULACIÓN EN LA LEGISLACIÓN PERUANA (2014), concluye lo siguiente:**

En el caso estudiado podemos apreciar la existencia de un sistema colectivo de manejo del territorio que trasciende los linderos de las comunidades nativas reconocidas como personas jurídicas independientes aunque pertenecientes al mismo grupo étnico, el Asháninka. Este sistema colectivo se sostiene en la propiedad comunal que prevalece sobre los derechos individuales de propiedad de los miembros de la comunidad nativa. De esta manera podemos reconocer la dimensión colectiva de la propiedad comunal que coexiste sobre la dimensión individual de los derechos de propiedad individual de los miembros que conforman la comunidad.

La propiedad comunal ha sido una institución que ha sido inteligentemente aprovechada por los pueblos indígenas para mantener su vigencia en condiciones bastante hostiles y poco favorables; en este sentido podemos afirmar que la propiedad comunal cumple una función social importante, en tanto que va a permitir la continuidad cultural de los pueblos indígenas y la conservación de los bosques amazónicos.

En el Perú, las comunidades nativas son reconocidas como titulares de la propiedad comunal sobre el área agropecuaria con un título formal de propiedad que se inscribe en el Registro de Propiedad Inmueble, y también como titulares de un contrato de cesión de uso sobre el bosque que no se registra en los Registros Públicos porque se supone se trata de bienes públicos cuyo dominio es ejercido por el Estado.

En cuanto a la posibilidad de inscribir estos contratos de cesión en uso en el Registro de Concesiones, no la hemos considerado como una opción

válida en tanto el vínculo jurídico de la comunidad nativa con el bosque es de naturaleza distinta al de las concesiones. Por el contrario, somos de la opinión que dichos contratos de cesión de uso deben ser integrados al registro de la propiedad comunal y por lo tanto si deben ingresar al Registro Público; esto con la finalidad de garantizar la seguridad jurídica de las comunidades nativas, lo que significa además: i) certeza y publicidad de la Resolución que aprueba el proceso de demarcación territorial y el respectivo plano de demarcación territorial, ii) mantener la integridad de los territorios indígenas, iii) disminuir los incentivos de invasión y ampliación de la frontera agrícola en la Amazonía.

**César Carranza-Álvarez & Francisco Ternera-Barrios, en la tesis titulada: Posesión y propiedad inmueble: historia de dos conceptos colindantes (2010), concluyen lo siguiente:**

El reconocimiento de un derecho real en un patrimonio exige como causa jurídica el advenimiento de un modo. Con la prescripción adquisitiva o usucapión el poseedor se convierte en titular del derecho real sobre el bien. Esta variedad de posesión ha sido calificada por un sector de la jurisprudencia colombiana y la doctrina universal como un verdadero “derecho real provisional” del poseedor no propietario.

La normativa peruana ubica a la posesión dentro del grupo de los derechos reales principales (Tít. I, Arts. 896 y ss. C.C.), considerándola como el ejercicio de hecho de uno o más poderes inherentes a la propiedad; incluso, como si se tratase de derechos de propiedad o usufructo, se ha permitido gravarla por medio de la figura legal de la hipoteca popular –incluidas sus modificaciones en la normativa peruana–, Protección que puede ser ofrecida por los poseedores de lotes de terreno ubicados en pueblos jóvenes. Desde luego, este mecanismo tiene una función social importantísima, ya que acerca las bondades del crédito a sectores poblaciones deprimidos económicamente, aunque las políticas actuales en materia de formalización de la propiedad muestren un panorama totalmente diferente al existente en tiempos de su vigencia.

Recuérdese, como lo ha expresado la Corte Constitucional colombiana,

que “la falta de titularidad del dominio sobre bienes inmuebles por parte de personas de bajos ingresos dificulta el acceso al crédito, debido a que la propiedad inmueble es la Protección usualmente exigida por el sistema financiero para respaldar las obligaciones crediticias de las personas con bajos ingresos.

**Bedis, Albino & Abraham, Silvana, en la tesis titulada: Propiedad indígena (2012), concluyen lo siguiente:**

Muchas de las reivindicaciones solicitadas por los indígenas están contempladas en el texto de la Constitución por un lado y en Convenios Internacionales por otro, sin embargo todavía no podemos escapar a lo que nos muestra la realidad: el reconocimiento de los derechos existe pero su cumplimiento efectivo, no. Esta consideración nos llevó a preguntarnos el porqué, a pesar de la existencia de estas leyes, es tan difícil para los pueblos originarios que se les reconozca, no sólo su preexistencia étnica y cultural sino su derecho ancestral a la tierra que ocupan en forma pública, efectiva y pacífica.

La respuesta no tardó en llegarnos a través de las entrevistas realizadas donde en la mayoría de los casos coincidían en aseverar por un lado, el desconocimiento de la cuestión indígena por parte de los operadores judiciales, que de alguna manera impiden una contemplación global de todas las aristas del tema al momento de tomar las distintas decisiones que los afectan en forma directa. Por otro lado la reticencia de la Justicia a aplicar los tratados Internacionales con plena operatividad en nuestro territorio, impiden una adecuada solución.

## **CAPÍTULO II: FUNDAMENTO TEÓRICO CIENTÍFICO**

### **2.0 Bases teóricas científicas**

#### **2.0.1 Enfoque Epistemológico**

El presente trabajo de investigación se hará a partir de un enfoque epistemológico filosófico empírico – inductivo por que se analizará un tema de importancia como ser la Protección Constitucional de la propiedad comunal que estaría siendo afectada por las actividades mineras.

Según Hermelinda Camacho señala “Que en este enfoque se incluye el análisis de algunos trabajos de investigación realizados por científicos desde el año 2500 a.c.....esta comparación pone de manifiesto debates en torno a variados aspectos del conocimiento, los cuales a la vez demuestran que las nociones y conceptos no permanecen estáticos a lo largo del tiempo y que, en una situación específica, pueden aglutinar tendencias con relación a lo que se concibe como configuraciones de pensamiento en un momento determinado y en los argumentos de cuáles son las vías de acceso para producir el saber en el seno de la comunidad científica, para ocupar espacios privilegiados en la producción confiable del conocimiento.

En ese sentido, se puede establecer que los investigadores han abordado un conjunto de secuencias operativas para resolver los problemas asociados a un determinado cuerpo teórico informacional de apoyo o de respaldo a las investigaciones científicas, como son la observación sistemática, medición y organización aritmética de los datos, experimentación, formulación de leyes, lenguaje cuantitativo, hallazgos y teorías formulados según proposiciones legaliformes, operaciones estas que permiten establecer una clase típica o secuencia operativa característica de investigación científica.(Camacho. 2000).



De un lado, el artículo 163 de la Constitución Política de 1979, le otorgaba carácter de “Inalienables, salvo ley fundada en el interés de la comunidad, y solicitada por la mayoría de los dos tercios de los miembros calificados de esta, o en caso de expropiación por necesidad y utilidad públicas”.

La Constitución Política actual de un modo distinto establece que “Las Comunidades Campesinas y las Nativas tienen existencia legal y son personas jurídicas. Son autónomas en su organización, en el trabajo comunal y en el uso y la libre disposición de sus tierras, así como en lo económico y administrativo, dentro del marco que la ley establece.

La propiedad de sus tierras es imprescriptible, salvo en el caso de abandono previsto en el artículo anterior. El Estado respeta la identidad cultural de las Comunidades Campesinas y Nativas”. Esto es, la antigua Constitución a las tierras indígenas le daba el carácter de “Inembargables, imprescriptibles e inalienables”, en tanto que la nueva Constitución les reconoce principios similares como el respeto de su identidad cultural y suprime la inembargabilidad y la inenajenabilidad de estas tierras.

Son criterios delimitadores del derecho a la propiedad, su función social y los otros derechos fundamentales que entren en colisión con aquel. Como señala el Tribunal Constitucional (TC), “la propiedad se encuentra sujeta a las limitaciones impuestas por el interés general”. En tal sentido, cuando se trata de establecer una servidumbre, forma parte del contenido constitucional del derecho de propiedad, que la imposición de esta carga deba producirse en razón de la necesidad pública determinada a través de la ley (cosa que ocurre en el caso de actividades petroleras), y siempre que se haya indemnizado y compensado previamente el equivalente económico de la carga soportada. Esto último, es precisamente lo que no ha ocurrido en el caso de las comunidades amazónicas en cuyos territorios se realizan exploración y explotación petrolera.

Cosa similar ocurre, por ejemplo, en el caso de la expropiación. Jurídicamente se admite que en determinadas circunstancias, el propietario de un bien esté constitucionalmente obligado a admitir el cambio de un bien por otro

(de equivalente valor económico), siempre que sea de acuerdo con los procedimientos establecidos. En el caso de la servidumbre petrolera, si bien no se produce una transferencia de propiedad, resulta razonable que la comunidad nativa reciba alguna contraprestación por el uso de sus territorios. Debe haber una equivalencia, lo más posible, entre la carga soportada por la comunidad y la contraprestación asumida (la valorización pericial). En consecuencia al no haberse pagado esta contraprestación, estamos ante un acto confiscatorio o ante una expropiación de facto, abusivo y arbitrario.

El presente trabajo de investigación seguirá la teoría de la ocupación, la más antigua de todas, aparece en el renacimiento del derecho romano. Sostiene que hubo un momento o estado social en que los bienes era comunes y que, por lo tanto, cada hombre podía ocupar lo requerido para satisfacer sus necesidades básicas (“Solo necesitaba extender la mano para apropiarse de los bienes que necesitaba y que tan abundantemente se le ofrecían”). Esta ocupación lo convertía en propietario. Tal ocupación, al advenir el estado social que sustituye al estado de naturaleza, “sirvió de título justificativo del derecho”. Sus defensores más caracterizados son Grocio y Pufendorf de la Escuela del Derecho Natural.

## **2.0.2 La Teoría de la justicia de John Rawls: la construcción del criterio distributivo**

A Theory of Justice de John Rawls es uno de los trabajos más importantes en la teoría y la filosofía política de los últimos años. Con la publicación de este texto, resucita en la ciencia política el debate teórico-filosófico que parecía agonizar en la década de los sesenta. Fundamentado en la filosofía kantiana, el trabajo de Rawls inicia una corriente de pensamiento político conocida como el liberalismo igualitario. A ella se asocian, entre muchos otros, los importantes trabajos de Ronald Dworkin y Amartya Sen. Aquí abordaremos la teoría de la justicia de Rawls porque representa a la columna vertebral del liberalismo igualitario.

El objetivo de A Theory of Justice es doble: por un lado, Rawls intenta

formular una teoría política comprensiva con el propósito de estructurar diferentes intuiciones que, sueltas, no logran representar una alternativa a la doctrina filosófica dominante hasta los sesenta; esto es, el utilitarismo. Por otro lado, Rawls se propone darle un tratamiento más profundo al criterio de justicia distributiva privilegiado por la mayoría de las teorías liberales: la igualdad de oportunidades.

La igualdad de oportunidades es un criterio atractivo porque supone que el destino de la gente no debe estar determinado por su circunstancia social, sino por su elección individual; es decir, en una sociedad donde prima la igualdad de oportunidades, el objetivo es que las diferencias de ingreso y de riqueza tiendan a ser más producto del mérito y de la elección personal, que de la suerte de haber nacido en una familia con altos niveles de ingreso y de riqueza. En suma, lo que subyace al argumento de igualdad de oportunidades es una crítica al mercado: en ausencia de una base social, el individuo pierde su capacidad de elección y, por lo tanto, de autodeterminación.

### **Circunstancias sociales y circunstancias naturales**

¿Igualdad de oportunidades? Sí, contesta Rawls, pero también pregunta: ¿de qué oportunidades? En esta interrogante se encuentra el corazón de la teoría de la justicia rawlsiana. Al responder a esta segunda pregunta, Rawls introduce un elemento nuevo: para regular las desigualdades aleatorias o circunstanciales, no es suficiente la compensación de las circunstancias sociales, es necesario compensar las circunstancias naturales, es decir, las diferencias físicas y psíquicas con las que el hombre aleatoriamente nace.

Pero, ¿cómo compensar? La respuesta se desprende de la Concepción General de Justicia (CGJ). Según Rawls, si suponemos un estadio anterior a la vida -una posición original- en la que individuos racionales cubiertos por un velo de ignorancia se enfrentan ante la decisión de elegir un criterio distributivo, éstos llegarían a la CGJ a través de un contrato social. En lo fundamental, esta concepción requiere que todos los bienes sociales primarios (derechos, libertades, oportunidades, ingreso y riqueza y la base social para el autorespeto)

sean distribuidos por partes iguales en la sociedad, a menos de que una distribución desigual favorezca al individuo en la peor situación. A esta preferencia por el sujeto en la peor situación le llama Rawls el Principio de Diferencia. Para Rawls si los individuos actúan a partir de una lógica costo-beneficio, arribarían al CGJ porque querrían reducir al mínimo los costos de "nacer" en la peor situación, es decir, seguirían una estrategia maximin que les permitiera alcanzar el máximo valor posible del mínimo de un conjunto de bienes básicos en caso de nacer bajo cualquier circunstancia social, y en particular si se trata de la peor situación. En otras palabras, los hombres estarían dispuestos a sacrificar recursos potenciales con el objeto de asegurarse una base social mínima que les permitiera participar en la sociedad.

Sin embargo, los bienes sociales básicos así definidos dejan harto campo para la ambigüedad y para la contraposición entre bienes. Rawls procede a la jerarquización en la Concepción Particular de Justicia (CPJ). De esta concepción particular se desprenden dos Principios y dos Normas de Prioridad que han de ser inamovibles:

Primer Principio. Cada persona ha de tener un derecho igual al más amplio sistema total de libertades básicas, compatible con un sistema similar de libertades para todos.

Segundo principio: Las desigualdades económicas y sociales han de ser estructuradas de manera que sean para:

- a) mayor beneficio de los menos aventajados, de acuerdo con un principio de ahorro justo, y
- b) unido a que los cargos y las funciones sean asequibles a todos, bajo condiciones de justa igualdad de oportunidades.

Primera Norma de Prioridad (La Prioridad de la Libertad)

Los principios de la justicia han de ser clasificados en un orden lexicográfico, y, por tanto, las libertades básicas sólo pueden ser restringidas en favor de la libertad en sí misma.

Segunda Norma de Prioridad (La Prioridad de la Justicia sobre la Eficacia y el Bienestar).

El segundo principio de la justicia es lexicográficamente anterior al principio de la eficacia, y al que maximiza la suma de ventajas; y la igualdad de oportunidades es anterior al principio de la diferencia.

En estos Principios y Normas, Rawls presenta una jerarquización muy clara: el principio de libertades iguales (libertades civiles y políticas que endosa una democracia liberal) es el antecesor de cualquier otro principio. A éste le sigue el de la igualdad de oportunidades y éste último, a su vez, lleva preferencia sobre la igualdad de recursos. Detrás de esta jerarquización se mantiene como elemento distintivo y medular el Principio de Diferencia.

### **¿Qué tenemos hasta ahora acerca de las circunstancias naturales?**

En los bienes básicos, Rawls distingue entre los sociales y los naturales. Los naturales se refieren a valores tales como la salud, la inteligencia, el vigor, la imaginación y los talentos naturales. Sin embargo, ni en la CGJ ni en la CPJ se hace referencia a los bienes naturales básicos. Esto es porque Rawls no resuelve el problema mediante una compensación igualitaria de talentos, sino que le atribuye la solución al Principio de Diferencia; es decir, se toleran las diferencias naturales, siempre y cuando se encaucen para el beneficio del individuo en la peor situación, en un marco de respeto a los Principios y Normas de Prioridad que se desprenden de la CPJ.

En suma, la igualdad de oportunidades sociales la persigue Rawls a partir de la igualdad de los bienes sociales básicos. La igualdad de circunstancias naturales, por su parte, se resuelve en el Principio de Diferencia. La siguiente pregunta es ¿cómo instrumentar ambos principios filosóficos? Aquí yace quizá el mayor problema de la filosofía política en general y del liberalismo igualitario en particular: las dificultades para traducir los principios filosóficos en políticas públicas. Al planteamiento de Rawls subyacen dos estrategias de política: el objetivo de igualar los bienes sociales básicos sería, en esencia, el

planteamiento teórico de una política social; la meta detrás del Principio de Diferencia, es un argumento teórico que respalda programas de combate a la pobreza extrema. Los instrumentos: la teoría empieza a cojear

Pero, ¿qué tipo de gobierno requiere Rawls para su instrumentación? Como se podrá apreciar, la teoría de la justicia de Rawls entra aquí en un terreno muy pantanoso. Rawls se niega a aceptar la derivación que pareciera natural de su teoría: el Estado Benefactor. Para la instrumentación de la igualdad de los bienes sociales básicos y del Principio de Diferencia, Rawls propone un concepto al que J. E. Meade se refirió como la democracia en la que todos los individuos en alguna medida poseen una propiedad (property-owning democracy). El punto que intenta enfatizar Rawls con este concepto de Meade es que si los individuos entran a los mercados sin algún tipo de propiedad o dotación de capital, su capacidad de elección y de autodeterminación se verá ensombrecida. Es por ello que los individuos deben ser dotados de capital físico y humano antes de participar en los mercados. Esta dotación de capital toma la jerarquía de la igualdad de recursos que, si recordamos, está antecedida por la libertad y la igualdad de oportunidades. En resumen, Rawls rechaza al Estado Benefactor porque tan sólo propone compensaciones ex-post a la participación en los mercados. La "property-owning democracy" de Rawls, en cambio, se pronuncia por redistribuciones ex-ante, es decir, por dotar a los individuos de capital físico y humano antes de que ingresen a la dinámica de una economía de mercado. (Rawls.1985).

## **SUBCAPÍTULO I: DE LA VARIABLE INDEPENDIENTE**

### **PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL DE LA PROPIEDAD COMUNAL**

#### **2.1.1. Derecho natural de la propiedad**

La Declaración Universal de los derechos del hombre ha colocado el de propiedad entre los llamados naturales e imprescriptibles, que son, por este orden, los cuatro siguientes: libertad, igualdad, propiedad y seguridad individual. ¿Qué método han seguido los legisladores para hacer esta enumeración? Ninguno; fijaron esos principios y disertaron sobre la soberanía y las leyes de un modo general y según su particular opinión. Todo lo hicieron a tientas, ligeramente.

A creer a Toullier, «los derechos absolutos pueden reducirse a tres: seguridad, libertad, propiedad». ¿Por qué ha eliminado la igualdad? ¿Será porque la libertad la supone, o porque la propiedad la rechaza? El autor del Derecho civil comentado nada dice sobre ello; no ha sospechado siquiera que ahí está el punto de discusión.

Pero si se comparan entre sí estos tres o cuatro derechos, se observa que la propiedad en nada se parece a los otros; que para la mayor parte de los ciudadanos sólo existe en potencia como facultad dormida y sin ejercicio; que para los que la disfrutan es susceptible de determinadas transacciones y modificaciones que repugnan a la cualidad de derecho natural que a la propiedad se atribuye; que en la práctica los gobiernos, los tribunales y las leyes no la respetan; y, en fin, que todo el mundo, espontánea y unánimemente, la juzga quimérica.

La libertad es inviolable. Yo no puedo vender ni enajenar mi libertad. Todo contrato, toda estipulación que tenga por objeto la enajenación o la suspensión de la libertad es nulo; el esclavo que pisa tierra de libertad es en el

mismo instante libre. Cuando la sociedad detiene a un malhechor y le quita su libertad, obra en legítima defensa; quien quebrante el pacto social cometiendo un crimen, se declara enemigo público, y al atentar a la libertad de los demás, les obliga a que le priven de la suya. La libertad es la condición primera del estado del hombre; renunciar a la libertad equivaldría a renunciar a la cualidad de hombre. ¿Cómo sin libertad podría el hombre realizar sus actos?

Del mismo modo, la igualdad ante la ley no admite restricción ni excepción. Todos los ciudadanos son igualmente admisibles a los cargos públicos; y he aquí por qué, en razón de esta igualdad, la suerte o la edad deciden, en muchos casos, la preferencia. El ciudadano más humilde puede demandar judicialmente al personaje más elevado y obtener un fallo favorable. Si un millonario construyese un palacio en la viña de un pobre labrador, los tribunales podrían condenar al intruso a la demolición del palacio, aunque le hubiese costado millones, al replanteo de la viña y al pago de daños y perjuicios. La ley quiere que toda propiedad legítimamente adquirida sea respetada sin distinción de valor y sin preferencia de personas.

Cierto es que para el ejercicio de algunos derechos políticos suele exigir la ley determinadas condiciones de fortuna y de capacidad. Pero todos los publicistas saben que la intención del legislador no ha sido establecer un privilegio, sino adoptar protección. Una vez cumplidas las condiciones exigidas por la ley, todo ciudadano puede ser elector y elegible: el derecho, una vez adquirido, es igual para todos, y la ley no distingue entre las personas y los sufragios. No examino en este momento si este sistema es el mejor; basta a mi propósito que en el espíritu de la Constitución y a los ojos de todo el mundo la igualdad ante la ley sea absoluta y que, como la libertad, no pueda ser materia de transacción alguna.

Lo mismo puede afirmarse respecto al derecho de seguridad personal, la sociedad no ofrece a sus miembros una semi protección, una defensa incompleta; la presta íntegramente a sus individuos, obligados a su vez con la sociedad. No les dice: «Os garantizaré vuestra vida, si el hacerlo nada me cuesta; os protegeré, si en ello no corro peligro», sino que les dice: «Os



defenderé de todo y contra todos; os salvaré y os vengaré o pereceré con vosotros.» El Estado pone todo su poder al servicio de cada ciudadano obligación que recíprocamente les une es absoluta.

¡Cuánta diferencia en la propiedad! codiciada por todos, no está reconocida por ninguno. Leyes, usos, costumbres, conciencia pública y privada, todo conspira para su muerte y para su ruina. Para subvenir a las necesidades del Gobierno, que tiene ejércitos que mantener, obras que realizar, funcionarios que pagar, son necesarios los impuestos. Nada más razonable que todo el mundo contribuya a estos gastos. Pero ¿por qué el rico ha de pagar más que el pobre? Esto es lo justo, se dice, porque posee más. Confieso que no comprendo esta justicia.

¿Por qué se pagan los impuestos? Para asegurar a cada uno el ejercicio de sus derechos naturales, libertad, igualdad, seguridad, propiedad; para mantener el orden en el Estado; para realizar obras públicas de utilidad y de esparcimiento.

¿Pero es que la vida y la libertad del rico son más costosas de defender que las del pobre? ¿Es que en las invasiones, las hambres y las pestes representa para el Estado mayor número de dificultades el gran propietario que huye del peligro sin acudir a su remedio, que el labriego que continúa en su choza abierta a todos los azotes?

¿Es que el orden está más amenazado para el burgués que para el artesano o el obrero? No, pues al contrario, la policía tiene más trabajo con dos centenares de obreros en huelga que con 200.000 propietarios.

¿Es que el capitalista disfruta de las fiestas nacionales, de la propiedad de las calles, de la contemplación de los monumentos, más que el pobre ... ? No; el pobre prefiere su campo a todos los esplendores de la ciudad, y cuando quiere distraerse se contenta con subir a las cucañas.

Una de dos: o el impuesto proporcional garantiza y consagra un privilegio

en favor de los grandes contribuyentes, o significa en sí mismo una iniquidad. Porque si la propiedad es de derecho natural, como afirma la Declaración de los derechos del hombre, todo lo que me pertenece en virtud de ese derecho es tan sagrado como mi propia persona; es mi sangre, es mi vida, soy yo mismo. Quien perturbe mi propiedad atenta a mi vida. Mis 100.000 francos de renta son tan inviolables como el jornal de 75 céntimos de la obrera, y mis confortables salones como su pobre buhardilla. El impuesto no se reparte en razón de la fuerza, de la estatura, ni del talento; no puede serlo tampoco en razón de la propiedad. Si el Estado me cobra más, debe darme más, o cesar de hablarme de igualdad de derechos; porque en otro caso, la sociedad no está instituida para defender la propiedad, sino para organizar su destrucción. El Estado, por el impuesto proporcional, se erige en jefe de bandidos; él mismo da el ejemplo del pillaje reglamentado; es preciso sentarse en el banco de los acusados, al lado de esos ladrones, de esa canalla execrada que él hace asesinar por envidias del oficio.

Pero se arguye que precisamente para contener esa canalla son precisos los tribunales y los soldados. El Gobierno es una sociedad, pero no de seguros, porque nada asegura, sino constituida para la venganza y la represión. La prima que esta sociedad hace pagar, el impuesto, se reparte a prorrata entre las propiedades, es decir, en proporción de las molestias que cada una proporciona a los propietarios y a los vengadores y represores asalariados por el Gobierno.

Nos encontramos en este punto muy lejos del derecho de propiedad absoluto e inalienable. ¡Así están el pobre y el rico en constante situación de desconfianza y de guerra! ¿Y por qué se hacen la guerra? Por la propiedad: ¡de suerte que la propiedad tiene por consecuencia necesaria la guerra a la propiedad..! La libertad y la seguridad del rico no estorban a la libertad y a la seguridad del pobre; lejos de ello, pueden fortalecerse recíprocamente. Pero el derecho de propiedad del primero tiene que estar incesantemente defendido contra el instinto de propiedad del segundo. ¡Qué contradicción!

En Inglaterra existe un impuesto en beneficio de los Pobres. Se pretende que yo, como rico, pague este impuesto. Pero ¿qué relación hay entre mi

derecho natural e imprescriptible de propiedad y el hambre que atormenta a diez millones de desgraciados? Cuando la religión nos manda ayudar a nuestros hermanos, establece un precepto para la caridad; pero no un principio de legislación. El deber de beneficencia que me impone la moral cristiana, no puede crear en mi perjuicio un derecho político a favor de nadie, y mucho menos un instituto de mendigos. Practicaré la caridad, si ése es mi gusto, si experimento por el dolor ajeno esa simpatía de que hablan los filósofos y en la que yo no creo, pero no puedo consentir que a ello se me obligue. Nadie está obligado a ser justo más allá de esta máxima: Gozar de su derecho, mientras no perjudique el de los demás; cuya máxima es la definición misma de la libertad. Y como mi bien reside en mí y no debo nada a nadie, me opongo a que la tercera de las virtudes teologales esté a la orden del día.

Cuando hay que hacer una conversión de la deuda pública, se exige el sacrificio de todos los acreedores del Estado. Hay derecho a imponerlo si lo exige el bien público; pero ¿en qué consiste la justa y prudente indemnización ofrecida a los tenedores de esa deuda? No sólo no existe tal indemnización sino que es imposible concederla; porque si es igual a la propiedad sacrificada, la conversión es inútil.

El Estado se encuentra hoy, con relación a sus acreedores, en la misma situación que la villa de Calais, sitiada por Eduardo III, estaba con sus patricios. El inglés vencedor consentía en perdonar a sus habitantes a cambio de que se le entregasen a discreción los más significados de la ciudad. Eustache, y algunos otros, se sacrificaron; acto heroico, cuyo ejemplo debían proponer los ministros a los rentistas del Estado para que lo imitasen. ¿Pero tenía la villa de Calais derecho a entregarlos? No, indudablemente. El derecho a la seguridad es absoluto; la patria no puede exigir a nadie que se sacrifique. El soldado está de centinela en la proximidad del enemigo, no significa excepción de ese principio; allí donde un ciudadano expone su vida, está la patria con él; hoy le toca a uno, mañana a otro; cuando el peligro y la abnegación son comunes, la fuga es un parricidio. Nadie tiene el derecho de sustraerse al peligro, pero nadie está obligado a servir de cabeza de turco. La máxima de Caifás, bueno es que un hombre muera por todo el pueblo, es la del populacho y la de los tiranos, los dos

extremos de la degradación social.

Afirmase que toda renta perpetua es esencialmente redimible. Esta máxima de derecho civil aplicada al Estado, es buena para los que pretenden llegar a la igualdad natural del trabajo y del capital; pero desde el punto de vista del propietario y según la opinión de los obligados a dar su asentimiento, ese lenguaje es el de los tramposos. El Estado no es solamente un deudor común, sino asegurador y guardián de la propiedad de los ciudadanos, y como ofrece la mayor Protección, hay derecho a esperar de él una renta segura e inviolable. ¿Cómo, pues, podrá obligar a la conversión a sus acreedores, que le confiaron sus intereses, y hablarles luego de orden público y de Protección de la propiedad? El Estado, en semejante operación, no es un deudor que paga, es una empresa anónima que lleva a sus acciones a una emboscada y que, violando su formal promesa, les obliga a perder el 20, 30 ó 40 por 100 de los intereses de sus capitales.

Y no es esto todo. El Estado es también la universalidad de los ciudadanos reunidos bajo una ley común para vivir en sociedad. Esta ley garantiza a todos sus respectivas propiedades: al uno su tierra, al otro su viña, a aquél sus frutos, al capitalista, que podría adquirir fincas, pero prefiere aumentar su capital, sus rentas. El Estado no puede exigir, sin una justa indemnización, el sacrificio de un palmo de tierra, de un trozo de viña, y menos aún disminuir el precio de arriendo. ¿Cómo va, pues, a tener el derecho de rebajar el interés del capital? Sería preciso, para que este derecho fuera ejercido sin daño de nadie, que el capitalista pudiera hallar en otra parte una colocación igualmente ventajosa para su dinero; pero no pudiendo romper su relación con el Estado, ¿dónde encontraría esa colocación, si la causa de la conversión, es decir, el derecho de tomar dinero a menor interés reside en el mismo Estado? He aquí por qué un Gobierno, fundado en el principio de la propiedad, jamás puede menoscabar las rentas sin la voluntad de sus acreedores. El dinero prestado a la nación es una propiedad, a la que no hay derecho a tocar mientras las demás sean respetadas: obligar a hacer la conversión equivale, con relación a los capitalistas, a romper el pacto social, a colocarlos fuera de la ley. Toda la contienda sobre la conversión de las rentas se reduce a esto.

Pregunta. ¿Es justo reducir a la miseria a 45.000 familias poseedoras de títulos de la deuda pública?

Respuesta. ¿Es justo que siete u ocho millones de contribuyentes paguen más impuestos cuando podrían pagarse menos?

Desde luego se observa que la respuesta no se contrae a la cuestión, para resolver la cual hay que exponerla de este modo: ¿Es justo exponer la vida de 100.000 hombres cuando se les puede salvar entregando cien cabezas al enemigo?

Concretando: la libertad es un derecho absoluto, porque es al hombre, como la impenetrabilidad a la materia, una condición sine qua non de su existencia. La igualdad es un derecho absoluto, porque sin igualdad no hay sociedad. La seguridad personal es un derecho absoluto, porque, a juicio de todo hombre, su libertad y su existencia son tan preciosas como las de cualquiera otro. Estos tres derechos son absolutos, es decir, no susceptibles de aumento ni disminución, porque en la sociedad cada asociado recibe tanto como da, libertad por libertad, igualdad por igualdad, seguridad por seguridad, cuerpo por cuerpo, alma por alma, a vida y a muerte.

Pero la propiedad, según su razón etimológica y la doctrina de la jurisprudencia, es un derecho que vive fuera de la sociedad, pues es evidente que si los bienes de propiedad particular fuesen bienes sociales, las condiciones serán iguales para todos, y supondría una contradicción decir: La propiedad es el derecho que tiene el hombre de disponer de la manera más absoluta de unos bienes que son sociales.

Por consiguiente, si estamos asociados para la libertad, la igualdad y la seguridad, no lo estamos para la propiedad.

Luego si la propiedad es un derecho natural, este derecho natural no es social, sino antisocial. Propiedad y sociedad son conceptos que se rechazan recíprocamente; es tan difícil asociarlos como unir dos imanes por sus polos

semejantes.

Por eso, o la sociedad mata a la propiedad o ésta á aquélla.

Si la propiedad es un derecho natural, absoluto, imprescriptible e inalienable, ¿por qué en todos los tiempos ha preocupado tanto su origen? Este es todavía uno de los caracteres que la distinguen. ¡El origen de un derecho natural! ¿Y quién ha investigado jamás el origen de los derechos de libertad, de seguridad y de igualdad? Existen por la misma razón que nosotros mismos, nacen, viven y mueren con nosotros. Otra cosa sucede, ciertamente, con la propiedad. Por imperio de la ley, la propiedad existe aún sin propietario, como facultad sin sujeto; lo mismo existe para el que aún no ha nacido que para el octogenario. Y entretanto, a pesar de estas maravillosas prerrogativas que parecen derivar de lo eterno, no ha podido esclarecerse jamás de dónde procede la propiedad. Los doctores están contradiciéndose todavía. Sólo acerca de un punto están de acuerdo: en que la justificación del derecho de propiedad depende de la autenticidad de su origen. Pero esta mutua conformidad a todos perjudica, porque ¿cómo han acogido tal derecho sin haber dilucidado antes la cuestión de su origen?

Aún hay quienes se oponen a que se esclarezca lo que haya de cierto en los pretendidos títulos del derecho de propiedad y a que se investigue su fantástica y quizá escandalosa historia: quieren que se atenga uno a la afirmación de que la propiedad es un hecho, y como tal ha existido y existirá siempre.

Los títulos en que se pretende fundar el derecho de propiedad se reducen a dos: la ocupación y el trabajo. Los examinaré sucesivamente bajo todos sus aspectos y en todos sus detalles, y prometo al lector que cualquiera que sea el título invocado, haré surgir la prueba irrefragable de que la propiedad, para ser justa Y posible, debe tener por condición necesaria la igualdad.

### **2.1.1.1 Locke y Kant: críticas kantianas al derecho natural de propiedad y a la primitiva posesión común**

Es asunto de este trabajo explorar dos conceptos angulares de la filosofía práctica y política, a saber, libertad y propiedad. El mundo griego los ensambló en una trabazón tal que atendía al plano político-social, ya que en la polis los hombres libres eran precisamente quienes detentaban la propiedad de la tierra frente a una mayoría de esclavos que no podía ejercer ningún derecho civil; y que al mismo tiempo miraba ineludiblemente hacia la Ética, puesto que el hombre público debía ser un hombre libre, en el sentido del autogobierno que practica el *phronimos* toda vez que persigue con sus acciones el bienestar común.

Si bien ambos conceptos han sido hartamente indexados desde la Antigüedad clásica hasta nuestros tiempos, puede establecerse cierta continuidad entre la tradición griega de la libertad como autonomía moral y el coronamiento de la Ética kantiana, que hunde sus raíces en el ideal de la morigeración de las pasiones en busca de leyes racionales, contendientes de los afectos que anteponen finalidades egoístas. Allende la teleología que imperó en el ideal antiguo frente a una Ética desprovista de fines, la “autolegislación” asienta su baza como piedra fundamental de la que dimanar y se remozan nuevas teorías normativas.

No obstante, este sentido positivo de la libertad encontró un hito en el pensamiento moderno cuando la misma fue elaborada en otra clase de ligazón conceptual con la propiedad. Libertad pasó a ser sinónimo de no interferencia con la propiedad, sentando las bases del liberalismo político y luego económico.

Es sabido que toda generalización corre el riesgo de difuminar distinciones relevantes, por ello es mi propósito atender aquí al período maduro de Immanuel Kant (1724-1804), al renovado celo que dedicó a esta dupla de conceptos en su *La Metafísica de las Costumbres* (1797). Al mismo tiempo y como contrapunto de esta vertiente, voy a considerar los aspectos que adquieren la propiedad y la libertad en el marco de la corriente liberal inglesa, tal

como John Locke (1632- 1704) la expuso en su Segundo tratado sobre el gobierno civil (1690).

Así, pues, Locke concibió que el único derecho natural inalienable es el derecho de propiedad, garantizado a partir del trabajo y a cuya protección dedica el Estado su misión principal; Kant, en cambio, entendió que no hay derecho de propiedad por naturaleza. Todo derecho de propiedad, excepto el de uno mismo, emana del Legislativo; de ahí que sólo la libertad constituya el único derecho natural inalienable.

### **El estado de naturaleza lockeano**

Antes de explicar las características del estado en el que los hombres se encuentran por naturaleza, es conveniente efectuar la siguiente salvedad: el estado de naturaleza no es registrable en una situación espacio temporal determinada, sino que se trata de una hipótesis teórica con miras a pensar la constitución del Estado civil.

Con respecto al estado natural de los hombres, Locke lo describe como sigue: “Es un estado de perfecta libertad para que cada uno ordene sus acciones y disponga de sus posesiones y personas como juzgue oportuno, dentro de los límites de la ley de la naturaleza, sin pedir permiso ni depender de la voluntad de ningún otro hombre. (LOCKE, J. 1998).

Además es un estado de igualdad, en el que todo poder está regulado por la reciprocidad, de ahí que nadie haya de gozar de mayores beneficios que los demás. Nadie puede reclamar para sí la propiedad de un objeto sin que cualquier otro pueda hacerlo de igual forma que él. En virtud de la igualdad de facultades de las criaturas de la misma especie, no hay motivos para que unas se subordinen a otras, excepto la expresa voluntad de hacerlo por vía del contrato.

Como corolario de esto, surge la tercer característica: es también un estado de independencia, en el que todo hombre es necesariamente



independiente de la voluntad arbitraria de otro.

### **La ley natural**

Ahora bien, según Locke, el estado de naturaleza tiene una ley que lo gobierna todo y que entraña una obligación ineludible de todos y cada uno para con los demás:

“Esa ley enseña a toda la humanidad que quiera consultarla, que siendo todos los hombres iguales e independientes, ninguno debe dañar a otro en lo que atañe a su vida, salud, libertad o posesiones.

Se trata de la razón natural que dictamina su ley, la cual vela por una paz convivencial tendiente a la preservación de la vida humana. Todos los hombres han sido dotados de los medios para procurarla y la apelación al tribunal de la razón permite, incluso en el estado de naturaleza, “el derecho de castigar a los transgresores de dicha ley en la medida en que ésta sea violada.”

Adviértase que Locke admite la mediación de un tribunal previamente a la conformación de un gobierno civil. El problema que surge es la tendencia abusiva de cada hombre a devenir juez en causa propia. Nos alerta al respecto:

“A esta extraña doctrina –es decir, a la doctrina de que en el estado de naturaleza cada hombre tiene el poder de hacer que se ejecute la ley natural- se le pondrá, sin duda, la objeción de que no es razonable que los hombres sean jueces de su propia causa; que el amor propio les hará juzgar a favor de sí mismos y de sus amigos, y que, por otra parte, sus defectos naturales, su pasión y su deseo de venganza los llevará demasiado lejos al castigar a otros (...) Concedo sin reservas que el gobierno civil ha de ser el remedio contra las inconveniencias que lleva consigo el estado de naturaleza.”

Según esto, el castigo ejemplar puede efectuarse tanto en el estado natural como dentro de un Estado, sólo que en el primer caso es tan proclive la socavación del consentimiento prestado al juez que pronto podría quedar sin

efecto su sentencia.

### **El derecho de propiedad**

El único derecho natural inalienable es, según Locke, el derecho de propiedad. Este derecho incluye el derecho a la vida, en la medida en que cada hombre es dueño de su existencia, no para hacer lo que le plazca con ella (suicidio), sino en estricta concordancia con la ley natural.

El derecho de propiedad tiene su origen en la prodigalidad de Dios, quien concede los frutos de la naturaleza en propiedad común a todos los hombres:

“Los hombres pueden llegar a tener en propiedad varias parcelas de lo que Dios entregó en común al género humano; y ello, sin necesidad de que haya un acuerdo expreso entre los miembros de la comunidad.”

De este modo, nadie tiene un derecho original de dominio privado sobre lo que la naturaleza produce. El único criterio para la apropiación legítima de un bien lo constituye el trabajo, esto es, el valor agregado a algo:

“Cualquier cosa que él saca del estado en el que la naturaleza la produjo y la dejó, y la modifica con su labor y añade a ella algo que es de sí mismo, es, por consiguiente, propiedad suya.”

A continuación Locke ilustra con el ejemplo de las manzanas el derecho de propiedad, pero también los límites que éste implica:

“Ciertamente quien se ha alimentado de las manzanas que ha cosechado de los árboles del bosque, puede decirse que se ha apropiado de ellas. Nadie puede negar que ese alimento es suyo. Pregunto, pues: ¿Cuándo empezaron esos frutos a pertenecerle? ¿Cuándo los ha digerido? ¿Cuándo los comió? ¿Cuándo los cocinó? ¿Cuándo de los llevó a su casa? ¿Cuándo los recogió en el campo? Es claro que si el hecho de recogerlos no los hizo suyos, ninguna otra cosa podría haberlo hecho. Ese trabajo estableció la distinción entre lo que

devino propiedad suya, y lo que permaneció siendo propiedad común”.

Sólo cuando el hombre transforma la naturaleza se convierte en propietario de aquellos bienes que extrajo del estado de propiedad común. Ahora bien, puede surgir una objeción a esta idea, en el sentido de que cualquiera podría medrar la propiedad a su antojo, tan sólo recogiendo tantos frutos como esté a su alcance. Pero Locke es terminante al respecto; es también la ley natural la que fija los límites:

“Dios nos ha dado todas las cosas en abundancia,’ es la voz de la razón confirmada por la inspiración. Pero ¿hasta dónde nos ha dado esa abundancia? Hasta donde podamos disfrutarla. Todo lo que uno pueda usar para ventaja de su vida antes de que se eche a perder, será lo que le está permitido apropiarse mediante su trabajo. Más todo aquello que excede lo utilizable será de otros.

El límite de la propiedad está dado por el desaprovechamiento de los recursos naturales: nadie ha de osar acumular más de lo que puede consumir, toda vez que acate lo que le dicta su razón natural. Esto es lo que garantiza, en buena medida, la permanencia de la paz, ya que la inagotable feracidad natural inhibe la unilateralidad:

“Considerando la abundancia de provisiones naturales que durante mucho tiempo hubo en el mundo, y la escasez de consumidores; y considerando lo pequeña que sería la parte de esa abundancia que el trabajo de un hombre podría abarcar y acumular con perjuicio para los demás, especialmente si dicho hombre se mantuviese dentro de los límites establecidos por la razón, apropiándose solamente de lo que pudiera ser de su uso, sólo pudieron haberse producido muy pocos altercados y discusiones acerca de la propiedad así establecida.

Pronto se ve que Locke adhiere a la idea de una propiedad común del suelo (de las cosas naturales, en general), sin necesidad de la anuencia de los otros para permitir un acto de apropiación colectiva. Por el contrario, los hombres en estado natural comparten la propiedad de las cosas: ellas están

comunitariamente allí para permitir actos de apropiación privada mediante el trabajo. Por eso, su pregunta rechaza toda aquiescencia:

“¿Fue un robo apropiarse de lo que pertenecía comunitariamente a todos? Si el consentimiento de todo el género humano hubiese sido necesario, este hombre se habría muerto de hambre”

Por esta razón, la propiedad en el estado natural no es transitoria, pues la consolidación de un gobierno civil solamente viene a ratificar el sentido originario de la propiedad privada de acuerdo a la ley natural. En este sentido, María Julia Bertomeu explica:

“En la antigua tradición iusnaturalista, la propiedad común de la tierra –un regalo de Dios para toda la humanidad- se utilizó en muchos casos como punto de partida para proponer una justificación histórico-conceptual de la propiedad privada.”(BERTOMEU.2004)

Así, pues, puede verse que el concepto de libertad natural es un corolario del derecho de propiedad, pues no depender de la autoridad legislativa de ningún otro significa no atender más que a los diques impuestos por la ley natural. A saber, lograr la autoconservación sobre la base de la propia jurisdicción a través del trabajo. Según esto, la esclavitud no es otra cosa que entregar las posesiones, la propia vida (así como los medios para preservarla) a alguien. Sin embargo, como advierte Locke, “quien no tiene el poder de quitarse a sí mismo la vida, no puede darle a otro poder sobre ella.”

He aquí las diferencias con Immanuel Kant. Para él, la libertad es el único derecho natural inalienable a partir del cual se derivan todos los demás, incluso el de propiedad. María Julia Bertomeu explica:

“Es sabido que Kant negó enfáticamente que el derecho de propiedad fuera un derecho natural, puesto que ello sería incompatible con el único derecho natural, el de la libertad y sus componentes esenciales, que son la igualdad y la independencia material.”

Es necesario, pues, dar cuenta del sentido de la libertad como derecho natural y de la inmarcesible tríada kantiana que brota de su filosofía política y moral: libertad, igualdad e independencia material.

### **La libertad interior kantiana (lo mío y lo tuyo interior)**

La libertad interior está ligada a la teoría de la virtud. La libertad interior, entendida como estar en gobierno de sí mismo (en *kratés*), exige una automodelación del carácter por parte del sujeto, quien ha de ser virtuoso toda vez que elimine las inclinaciones como móvil de sus acciones y actúe realmente por deber. Según Kant, el deber es la necesidad de una acción contingente por respecto a la ley moral objetiva. Ahora bien, el objeto de respeto es exclusivamente la ley, aquella que el sujeto se impone en sus acciones haciendo que su máxima o principio subjetivo del querer coincida con aquella ley práctica. De este modo, la ley moral difiere de la máxima en que la primera es un principio objetivo de la voluntad pura, que serviría de principio práctico a todos los seres racionales, si la razón tuviera pleno dominio sobre la voluntad; mientras que la segunda es el principio según el cual el sujeto efectivamente actúa. Es por esta razón que la ley es un esquema formal que sólo encuentra su contenido material cuando el sujeto se da a sí mismo la ley (autonomía) mediante la representación de ésta a través de los mandatos de la razón. De ahí que Kant deseche los imperativos de la habilidad y de la sagacidad, por su formulación en términos condicionales, dado que quien quiere el fin también quiere los medios para conseguirlo. Por eso, el sujeto puede quedar libre de estos preceptos con sólo renunciar a los fines propuestos. En el imperativo categórico, en cambio, no hay tales reconocible, sino que se concibe la acción como objetivamente necesaria de acuerdo a la ley práctica. El imperativo categórico encuentra sus formulaciones en términos de universalidad. Así, toda vez que las máximas sean susceptibles de universalizarse, sin contradicción, el sujeto actúa verdaderamente por deber.

Esto significa que el sujeto es libre toda vez que se brinda una máxima tal que puede pensarse como ley universal de la naturaleza. He aquí su autonomía. Por ello la libertad interior, en tanto concepto puro de la razón,

únicamente encuentra como condición limitativa la no universalidad. Claro está que la libertad no es objeto de conocimiento teórico, pero demuestra su realidad a través de principios prácticos que la razón pura dictamina para constreñir la intervención de los influjos sensibles:

“La libertad únicamente (=puede valer) como un principio regulativo (...) en el uso práctico de la razón prueba su realidad mediante principios prácticos que demuestran, como leyes, una causalidad de la razón pura para determinar el arbitrio con independencia de todos los condicionamientos empíricos (de lo sensible en general), y que demuestran en nosotros una voluntad pura, en la que tienen su origen los conceptos y leyes morales. En este concepto de libertad positivo (en sentido práctico) se fundamentan las leyes prácticas incondicionadas, que se denominan morales; estas leyes (...) son imperativos (mandatos o prohibiciones) y ciertamente categóricos (incondicionados), en lo cual se distinguen de los técnicos (de las prescripciones del arte), que sólo mandan de modo condicionado; según estas leyes, determinadas acciones están permitidas o no permitidas.”(Kant.1994).

Vemos que en la libertad se funda la ley moral objetiva y dado que el libre arbitrio, afectado por lo sensible, no concuerda plenamente con la voluntad pura, surge el concepto de deber como respeto a la ley práctica. Sólo la conformidad con esta ley garantiza la libertad en términos de autonomía. Por eso Kant entiende que la libertad es el único derecho innato:

“La libertad (la independencia con respecto al arbitrio constrictivo de otro), en la medida en que puede coexistir con la libertad de cualquier otro según una ley universal, es este derecho único, originario, que corresponde a todo hombre en virtud de su humanidad. La igualdad innata, es decir, la independencia, que consiste en no ser obligado por otros sino a aquello a lo que también recíprocamente podemos obligarles; por consiguiente, la cualidad del hombre de ser su propio señor (sui iuris); de igual modo, la de ser un hombre íntegro (iusti), porque no ha cometido injusticia alguna con anterioridad a todo acto jurídico; por último, también la facultad de hacer a otros lo que en sí no les perjudica en lo suyo (...) todas estas facultades se encuentran en el principio de

la libertad innata.”

El límite a la libertad está dado por una intersubjetividad constrictiva de las acciones individuales toda vez que con éstas se dañe la libertad de los demás. No se trata solamente, como sucede con Locke, de atentar contra las posesiones ajenas de cosas, inclusive del propio cuerpo, sino de limitar a los demás en el ejercicio de la propia autonomía cuando con sus actos socavan la universalidad de la ley. Pensemos en un mentiroso compulsivo que se vale de la credulidad ajena para extraer beneficios, al margen de en lo que pueda infligirle en lo suyo exterior (dinero, cosas),

### **Propiedad empírica (lo mío y lo tuyo exterior real)**

Kant reserva el término posesión empírica a la propiedad en el estado natural; mientras que la posesión inteligible sólo puede darse cuando se ha producido una constitución civil. Dice al respecto:

“Tener algo exterior como suyo es contradictorio si el concepto de posesión no fuera susceptible de diferentes significados, a saber, el de posesión sensible y el de posesión inteligible, y si no pudiera entenderse en un caso la posesión física y en el otro, la posesión meramente jurídica del mismo objeto.”

Con referencia a la propiedad empírica, Kant declara que sólo el uso de un objeto exterior habilita que pueda reclamárselo como propio:

“Quien desee afirmar que tiene una cosa como suya, ha de estar en posesión del objeto; porque, si no lo estuviera, no podría lesionarle que otro lo usara sin su consentimiento; ya que, si a este objeto afecta algo fuera de él, que no esté ligado jurídicamente con él en absoluto, no podría afectarle a él mismo ni ser injusto con él.”

En el estado de naturaleza, el único modo de tener algo exterior es la posesión física del objeto, pero una propiedad así es sólo provisional, puesto que no hay fuerza legal para impedir actos unilaterales de apropiación que

podrían dañar la reciprocidad de las obligaciones respecto al objeto. Kant sitúa el paso de una propiedad transitoria a una perentoria como sigue:

“El modo de tener algo exterior como suyo en el estado de naturaleza es la posesión física, que tiene para sí la presunción jurídica de poder convertirlo en jurídico al unirse con la voluntad de todos en una legislación pública.

### **Propiedad inteligible (lo mío y lo tuyo exterior jurídico)**

La propiedad inteligible (posesión sin tenencia), a diferencia de la empírica, se funda en la razón práctica, por eso no se aplica directamente a las cosas sensibles, sino a la posesión en general como concepto puro. La razón práctica con su ley jurídica prescribe la apropiación de objetos exteriores, pero no de un modo inmediato, sino a través del concepto de haber, esto es, con absoluta independencia de las determinaciones empíricas, “puesto que sólo un concepto del entendimiento puede ser subsumido bajo un concepto jurídico.”

Así, la propiedad inteligible se convierte en una relación intelectual entre la voluntad de alguien y un objeto exterior, que aquélla tiene en su potestad con independencia de su uso. Pues si la propiedad así concebida fuera meramente tenencia, se tendría que demostrar que esa persona está y no está al mismo tiempo (flagrante contradicción) haciendo uso de lo que reclama como propio.

Este concepto intelectual de la posesión, añade las condiciones espaciales, contiene los principios a priori de la razón práctica, por lo que el uso discrecional de un objeto no debe contradecir las leyes de la libertad exterior. Así, la voluntad universal legisla que: “este objeto es mío, porque así se impone a todos los demás una obligación, que sino no tendrían: la de abstenerse de usarlo,” pero tal obligación no es producto de una voluntad unilateral, sino que es posible en la medida en que todos puedan imponerla igualmente a sus pares, a saber, toda vez que pueda pensarse la reciprocidad de la obligación a partir de una ley universal. En este sentido, Bertomeu afirma:

“La propiedad privada no es un derecho natural sagrado, brota de la



convención y debe ser compatible con la libertad exterior de todos.”

Ahora bien, si lo mío exterior entraña un derecho para mí (la posibilidad de usarlo, aunque esté alejado de él) y una obligación a los demás (la de abstenerse de su uso), estoy obligado a respetar lo suyo exterior del mismo modo. Si se careciera de una Protección de esta naturaleza y alguien pretendiese plantearse como excepción a tales obligaciones, reclamando como derecho propio el de no abstenerse de lo suyo exterior de otro, sería el triunfo de una voluntad unilateral acompañado de posesiones contingentes. En este sentido,

**Kant sostiene:**

“Así pues, sólo una voluntad que obliga a cada cual, por tanto colectivo-universal (común) y poderosa, puede ofrecer a cada uno aquella seguridad. Pero el estado sometido a una legislación exterior universal (es decir, pública), acompañada de poder, es el Estado civil.”

De este modo, sólo en el Estado civil puede darse un mío y tuyo exterior perentorios. Es así como la disputa sobre lo mío y lo tuyo exterior en el estado natural conlleva la obligación de salir de ese estado con vistas a la constitución de una sociedad civil. La posibilidad de que pueda darse la propiedad empírica permite que cualquiera pueda exigir al resto saltar de la provisionalidad del estado natural hacia la consecución de un Estado civil, donde esa propiedad quede jurídicamente garantizada:

“Por consiguiente, antes de la constitución civil (o prescindiendo de ella) tiene que admitirse como posible un mío y tuyo exterior, y a la vez el derecho de obligar a cualquiera, con el que podamos relacionarnos de algún modo, a entrar con nosotros en una constitución en la que aquello pueda quedar asegurado.”

**La comunidad originaria de la tierra**

Si bien es innegable que Kant admite una posesión pre-jurídica de la

tierra, el modo de la adquisición original se sustenta en la idea que describe así:

“Los hombres tienen derecho a existir allí donde la naturaleza o el azar los ha colocado (...) La posesión de todos los hombres sobre la tierra, que precede a todo acto jurídico suyo (está constituida por la naturaleza misma), es una posesión común originaria (*communio possessionis originaria*), cuyo concepto no es empírico ni depende de condiciones temporales, como por ejemplo, el concepto inventado, pero nunca demostrable, de una posesión común primitiva (*communio primaeva*), sino un concepto práctico de la razón, que contiene a priori el principio según el cual tan sólo los hombres pueden hacer uso del lugar sobre la tierra siguiendo leyes jurídicas.”(KANT, p.78).

En esta cita aparece la crítica kantiana a la propiedad común de la tierra, verbigracia a Locke, puesto que la comunidad originaria del suelo no significa propiedad común de los hombres, sino propiedad de nadie: está ahí para permitir actos privados o colectivos de apropiación. Si para Locke sólo se puede ser propietario de la parcela de tierra que mediante el trabajo se ha quitado del estado de propiedad común (*factum* que carece de la anuencia de los otros);

Kant entiende que esto es contradictorio, pues una propiedad así debería haber brotado justamente del consentimiento de todos los demás por la vía del contrato, dejando de ser una comunidad primitiva para devenir en una comunidad instituida. Así, pues, la comunidad primitiva no pasa de ser una quimera como puede advertirse en el siguiente párrafo:

“La comunidad primitiva es una ficción; ya que ésta hubiera tenido que ser comunidad instituida y hubiera tenido que resultar de un contrato, por el que todos hubieran renunciado a la posesión privada, y cada uno hubiera transformado aquella en posesión común, uniendo su posesión con la de los demás, y la historia tendría que darnos una prueba de ello. Pero es contradictorio considerar tal proceder como toma de posesión originaria y afirmar que la posesión particular de cada hombre haya podido y debido fundarse en ello.”

En términos kantianos, la comunidad originaria de la tierra es una idea de la razón que, como tal, supone un intersubjetivismo que posibilita la apropiación individual siempre que todos los demás puedan también hacerlo del mismo modo. Resulta claro que todos tienen que poder acceder a la propiedad privada, sin embargo, es preciso explicar cuál es el criterio que posibilita tal adquisición, si no ha de serlo el trabajo.

### **El criterio de ocupación**

Kant sostiene que sólo mediante la ocupación, esto es, el derecho a existir allí donde nos ha tocado en suerte, puede adquirirse originariamente un objeto exterior al arbitrio, pero también se pregunta: “¿hasta dónde se extiende la facultad de tomar posesión de un suelo?” Justamente hasta donde pueda defendérselo, “como si el suelo dijera: si no podéis protegerme, entonces no podéis disponer de mí.” También inquiera: “¿es necesaria la transformación del suelo para adquirirlo?” Su no es taxativo, dado que el trabajo es sólo un accidente (que, en todo caso, pertenece al sujeto), mientras que la tierra es sustancia; así nadie que se apropie del accidente puede adueñarse al mismo tiempo de la sustancia. Aún más, “cuando se trata de la primera adquisición, el trabajo no es más que el signo externo de la toma de posesión, que puede sustituirse por muchos otros que cuestan menos esfuerzo.”

Pronto se advierte que el trabajo no es criterio alguno de propiedad y que sólo la ocupación permite garantizar la propia existencia. En este sentido, Bertomeu explica:

“El contrato social regulará qué es lo que puede ser convertido en propiedad privada y sus límites en cuanto a cantidad; convertirá ese derecho a la existencia, que es constitutivo de la libertad, en un derecho perentorio y no meramente provisorio.”

De este modo, la regla de la propiedad radica en la posesión de la sustancia con todos sus accidentes (cuerpos situados sobre el suelo), de manera tal que quien separase un accidente de lo mío exterior estaría alterando,

no sólo la cosa, sino también mi relación con ella; por ejemplo, quien cambiase el cauce de un río limítrofe para ampliar su terreno. Por este motivo, quien ha trabajado una tierra que no le pertenece (con el afán de ganarse un título de propiedad sobre la misma) ha dispendiado su esfuerzo en vano, pues “la conformación de un terreno no puede proporcionar título alguno de adquisición del mismo.”

Ahora bien, no caben dudas de que Kant elige como criterio de propiedad la primera ocupación y no el trabajo. Los argumentos que esgrime en esta dirección son, como señala Bertomeu, de “filósofo realista.” El criterio de la propiedad no se asienta en “la ilimitada abundancia de tierra sin dueño,” tal como sucede con Locke, mucho menos en la idealización de la superficie de la tierra como un plano infinito, “en el que los hombres podrían diseminarse de tal modo que no llegarían en absoluto a ninguna comunidad entre sí,” sino en la clara conciencia de la insuficiencia de suelo libre, así como de las limitaciones sociales para acceder a la propiedad de los trabajadores rurales en Europa.

Incluso en colonias como América, donde la abundancia de tierra yerma era innegable, resulta reprensible vulnerar la primera adquisición de los pueblos originarios, so pretexto de priorizar el valor agregado del trabajo. Al respecto

***Kant se pregunta:***

“Cuando nuestra propia voluntad nos lleva a ser vecinos de un pueblo que no presenta perspectivas halagüeñas de una unión civil con él, no deberíamos estar autorizados, por la fuerza si es necesario o (lo que no es mucho peor) por la compra fraudulenta, a establecer colonias y convertirse así en propietario de su suelo, haciendo uso de nuestra superioridad, sin tener en cuenta su primera posesión; con el fin de instituir una unión civil con tal pueblo y situar a estos hombres (salvajes) en un estado jurídico (...) Pero a través de este velo de injusticia (jesuitismo) se ve fácilmente dar por buenos todos los medios con vistas a fines buenos; este modo de adquisición es, por tanto, reprobable.”

He aquí la aversión que esta clase de imperativos condicionados

producen en Kant, pues la justificación de las guerras de colonización apelando a fines civilizatorios (aunque pudiesen ser estimables), daña la libertad de estos pueblos al arrojarlos fuera de su legítima adquisición o al pretender apropiarse de su sustancia mediante la sola modificación de sus accidentes. Tal como sostiene Bertomeu:

“Es, por tanto, la propiedad del suelo –la sustancia- lo que garantiza la independencia necesaria para gozar de libertad civil y políticas completas a un sujeto que tiene asegurados sus derechos constitutivos de libertad, igualdad e independencia económica.”

### **Conclusiones**

Varios son los puntos en los que Kant se distancia de las concepciones de Locke. En primer lugar, el filósofo de Königsberg entiende que el único derecho natural inalienable es la libertad. Su distinción entre libertad interior y libertad exterior garantiza, por un lado, que la autonomía moral se oponga a imperativos condicionados atingentes a meros medios de subsistencia, como sucedería si el derecho de propiedad fuese natural. Por otra parte, la libertad exterior legisla sobre la reciprocidad de las obligaciones en relación a las cosas, inhibiendo la unilateralidad.

También ataca Kant la idea lockeana de una propiedad común de la tierra en el estado natural, como dádiva divina carente de consentimiento, pues una propiedad así sólo puede surgir por la vía de un contrato sin ser primitiva. Además, critica enfáticamente el criterio que abraza Locke de la apropiación mediante el trabajo, para tocarlo por el de la primera ocupación, ya que “su idea de adquisición originaria es mucho menos idealizada que el estado de naturaleza lockeano antes de la introducción del dinero (...) No remite a un estado de cosas idílico (...) con ausencia de guerras o con mayoría de trabajadores libres.” Por el contrario, el derecho a existir en un suelo determinado condena la enajenación que por medio de la contienda alguien (sea una persona o un Estado) pretendiese efectuar.

Aún más, esta idea es aplicable en el marco de ciertas políticas exteriores contemporáneas, que bajo el estandarte de los “ataques preventivos” y de la extensión global de las democracias liberales occidentales, olvidan que “el derecho a existir derivado de la libertad no es un asunto de justicia doméstica, sino cosmopolita. Y que mientras no exista un contrato con todo el género humano, el derecho de propiedad de cada cual que compromete el derecho a la existencia de la humanidad continuará siendo provisorio.

### **2.1.1.2 Análisis de la propiedad en la Constitución Política del Perú**

Liberalismo, propiedad y constitucionalismo son fenómenos prácticamente simultáneos en la historia. Y fue precisamente en Francia donde los tres elementos se conjugaron en un período histórico relativamente breve: la revolución liberal triunfa en junio de 1789 y en agosto de ese año se conforma la Asamblea Constituyente, que da la Declaración de los derechos del Hombre y del Ciudadano, cuyo artículo 17 establece:

"Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, artículo 17.- Siendo la propiedad un derecho inviolable y sagrado, nadie puede ser privado de ella sino cuando la necesidad pública, legalmente justificada, lo exija evidentemente y a condición de una justa y previa indemnización".

Como se sabe, más tarde esta Declaración pasó a tener rango constitucional en Francia. Finalmente, la gran elaboración de la propiedad en los rasgos esenciales que hoy le conocemos, proviene del Código Civil francés de 1804, dictado bajo el gobierno del gran revolucionario liberal que fue Napoleón.

A las Constituciones no les corresponde establecer las normas detalladas del contenido y ejercicio de la propiedad, materia hartamente compleja en el Derecho que, originalmente fue puramente civil, pero hoy se ha extendido a muchos otros ámbitos: el administrativo, el comercial, el inmenso y especializado campo de la propiedad intelectual, etc.

Lo que procede sobre propiedad en los textos constitucionales establece

sus grandes principios que, en nuestro concepto, son los siguientes:

La gran distinción entre la propiedad privada y el dominio de solo bienes públicos. En la Constitución de 1993 esta diferencia es totalmente clara en el texto aunque sí en la ratio legis y se halla contenida en los artículos 70 y 73 respectivamente.

El artículo 70 trata de la propiedad como un derecho privado, pertenezca efectivamente a personas de derecho privado, o a personas de Derecho público que detentan, sin embargo, su propiedad como de Derecho privado, aunque obedeciendo complementariamente a ciertas reglas del Derecho Administrativo (tal el caso de los bienes de producción de ciertas empresas públicas).

El artículo 73, por el contrario, se refiere a los bienes sobre los cuales existe dominio público, sean o no de uso público. Aquí dos aspectos conceptuales son importantes: la diferencia entre dominio y propiedad, y la diferencia entre bien de uso público y un bien que no es de uso público.

La propiedad es entendida en el Derecho contemporáneo como poder de usar, disfrutar, disponer y reivindicar el objeto materia derecho. Si bien la manera como estos poderes específicos de la propiedad son ejercitados varía de ámbito en ámbito (no es lo mismo disponer de un bien mueble común que de una acción cotizada en bolsa, por ejemplo), los principios generales son los mismos: la propiedad está a disposición del titular y puede (y debe) circular.

El dominio tiene más bien el sentido de pertenencia a alguien que ejerce el señorío y ya estos vocablos dan el sentido de pertenencia histórica del concepto. En efecto, durante largos períodos de la historia humana en los que ya existió una forma jurídica consisten hubo dominio sin haber propiedad tal como la entendemos ahora.

Los derechos que los señores tenían sobre sus tierras durante la Edad Media europea pueden aclarar las cosas: este dominio feudal era efectivamente una titularidad sobre el bien que daba prácticamente todos los derechos que hoy

reconocemos a la propiedad. (Rubio.1999).

Sin embargo, los bienes no circulaban de la manera como entendemos hoy la circulación, es decir, como libertad de disposición. Por el contrario, los bienes de aquel entonces sólo podían ser transferidos de determinada manera (usualmente mediante el Derecho de Herencia y, aún allí, sin mayores libertades. Por ejemplo, existían los límites del mayorazgo o de las manos muertas que inmovilizaban el bien en manos de determinados beneficiarios). El dominio, para utilizar terminología contemporánea, estaba más referido a los bienes entendidos como bienes de uso. La propiedad actual considera a los bienes más como bienes de cambio. Por lo tanto, dominio no es propiedad. Tiene más que ver con el ejercicio de derechos inamovibles y no dedicados a la circulación sobre los bienes.

Así, el Estado tiene dominio sobre los terrenos eriazos, sobre el mar territorial, sobre el espacio aéreo. No se excluye la posibilidad de que establezca derechos a terceros sobre ellos, cosa que desde luego ocurre. Inclusive, puede suceder que en determinado momento los transfiera (como ocurre, efectivamente, con las tierras eriazas una vez que han sido aplicadas a un proyecto como por ejemplo de desarrollo urbano o de irrigación), pero el dominio tiene, aun así, un significado distinto al de propiedad, no vinculado al ejercicio de potestades concretas y, sobre todo, no dispuesto fácilmente a la circulación.

De otro lado, los bienes de uso público son aquellos que están destinados a que los utilicen todas las personas indistintamente, sin que ninguna de ellas pueda establecer un derecho individual, o colectivo, exclusivo sobre dichos bienes. Los ejemplos clásicos de bienes de uso público son los parques, las plazas, las calzadas, las veredas, los ríos, los lagos y el mar, entre otros.

Hay bienes de dominio público que no son de uso público. Por ejemplo, los parques nacionales que protegen a la naturaleza, los fondos marinos, los yacimientos minerales, entre otros.

Ahora bien, puede ocurrir que sobre ciertos bienes de uso público, se



establezcan concesiones de aprovechamiento económico a particulares. Esto no significa que dichos concesionarios puedan utilizar en exclusividad los bienes de uso público según su destino, sino más bien que puedan recibir de su explotación ciertas rentas normalmente, estarán destinadas a mejorar su calidad o, simplemente, a establecer los usos públicos donde no existen. Los casos más usuales son los de concesión del peaje de una carretera o de un puente al inversionista privado que los construya, con la finalidad que se logre resarcir su inversión y obtener una utilidad razonable por ella. Estas concesiones sobre bienes de uso público son reconocidas en el Derecho y se utilizan como un estímulo a la inversión en ellos. (Rubio.1999).

Como puede apreciarse, no cambian la naturaleza de uso público de los bienes, aunque sí imponen una carga económica a quienes los utilicen.

Un segundo aspecto que corresponde a la regulación constitucional de la propiedad es la determinación de las condiciones de expropiación o confiscación de bienes (la confiscación existe en ciertos casos como sanción: es el caso de la norma que contiene la parte final del primer párrafo del artículo 175 de la Constitución de 1993,por ejemplo).

En esta materia es importante determinar cuando menos los siguientes elementos:

- a. Si habrá o no expropiación (o confiscación).
  - b. Las razones por las cuales podrá expropiarse (normalmente la necesidad y utilidad pública, seguridad nacional o el interés social. Como se puede apreciar de nuestro artículo 70, éste último no figura entre las posibilidades existentes en el Perú)
  - c. El tipo de proceso y las garantías que se establecen para el propietario que perderá su derecho.
  - d. Las características de la valorización del bien y la forma de pago.
- Todas estas disposiciones se hallan en el artículo 70 de la Constitución de 1993.

Los grandes límites y condiciones de ejercicio que se ponga a la propiedad. Generalmente son límites que luego serán desarrollados en las normas con rango de ley. Las principales limitaciones establecidas en la Constitución de 1993 son:

- a. El uso de la propiedad debe armonizarse con el bien común y el propietario deberá actuar dentro de los límites de la ley (artículo 70 de la Constitución de 1993).
- b. Las restricciones a la propiedad de extranjeros dentro de los cincuenta kilómetros de las fronteras (artículo 71 segundo párrafo de la Constitución).
- c. Las restricciones que pueda establecerse a la propiedad, o a alguna de sus potestades desagregadas, en materia de seguridad nacional, consideradas en el artículo 72 de la Constitución de 1993.

Las diferencias más saltantes del tratamiento a la propiedad entre las Constituciones de 1979 y 1993 son las siguientes:

Según la Constitución de 1979 la propiedad debía utilizarse en armonía con el interés social. La de 1993 busca esa armonía con el bien común, conceptos de contenido ideológico distinto: el bien común puede ser interpretado como la suma de los intereses individuales en un concepto esencialmente liberal. El interés social tiene siempre un contenido adicional de solidaridad que ha sido sistemáticamente eliminado del texto de 1993.

Se ha restringido las causales de la expropiación a razones de seguridad nacional o necesidad pública. La Constitución de 1979 permitía hacerlo por causa de necesidad y utilidad públicas o de interés social, con lo que daba mayor posibilidad de ejercicio de la expropiación.

El pago de la indemnización tiene que ser siempre previo y en efectivo en la Constitución de 1993. La Constitución de 1979 permitía pago diferido en las hipótesis del último párrafo de su artículo 125.

La Constitución de 1993 exige que en el justiprecio se incluya el perjuicio

que la expropiación misma infringe al expropiado. Esto no se hallaba considerado en la Constitución de 1979.

- La Constitución de 1979 da al expropiado acción para contestar el valor de la propiedad que se haya señalado en el procedimiento expropiatorio. Este derecho no estaba contemplado en la Constitución de 1979 y, además, tampoco figuraba en la legislación de la época.
- La Constitución de 1993 da la misma condición a la propiedad de los extranjeros y de los nacionales. La de 1979 establecía diferencias entre ambos, en algunos casos significativas.
- La Constitución de 1993 permite la posibilidad de conceder a particulares, derechos sobre bienes de uso público, cosa que ya hemos comentado antes. Esto no era posible en la Constitución de 1979.
- La Constitución de 1979 permitía establecer restricciones y prohibiciones especiales en materia de propiedad por razón de interés nacional. La de 1993 lo permite sólo por razones de seguridad nacional y establece que dichas restricciones deben ser temporales.

Es, pues, menos inclinada a establecer límites a la propiedad que la de 1979.

En la Constitución Política del Perú, en el artículo 70, señala lo siguiente:

«Artículo 70.- El derecho de propiedad es inviolable. El Estado lo garantiza. Se ejerce en armonía con el bien común y dentro de los límites de ley. A nadie puede privarse de su propiedad sino, exclusivamente, por causa de seguridad nacional o necesidad pública, declarada por ley y previo pago en efectivo de indemnización justipreciada que incluya compensación por el eventual perjuicio. Hay acción ante el Poder Judicial para contestar el valor la propiedad que el Estado haya señalado en el procedimiento expropiatorio,». (Rubio.1999).

### **Antecedentes en las Constituciones de 1823 a 1933**

La Constitución de 1823 consignó la propiedad entre otros derechos protegidos:

«Constitución de 1823, artículo 193.- Sin embargo de estar consignados los derechos sociales e individuales de los Peruanos en la organización de esta ley fundamental se declaran inviolables:

[ ... ]

#### **La propiedad.**

[ ... ]

La Constitución de 1823 estableció la inviolabilidad de la propiedad, y reguló en términos generales la expropiación en la siguiente forma (texto que fue seguido luego por los artículos 161 de la Constitución de 1834 y 167 de la Constitución de 1839):

"Constitución de 1828, artículo 165.- Es inviolable el derecho-de propiedad. Si el bien público, legalmente reconocido, exigiere la propiedad de algún ciudadano, será previamente indemnizado de su valor".

La Constitución de 1856 introduce la causa de utilidad pública para la expropiación:

«Constitución de 1856, artículo 25.- La propiedad es inviolable: a nadie se puede privar de la suya, sino por causa de utilidad pública legalmente probada y previa indemnización justipreciada».

La Constitución de 1860 expresó la propiedad de manera más desagregada que las Constituciones anteriores, aunque lo sustancial del tratamiento es igual a los textos anteriores (su texto fue seguido por el artículo 25 de la Constitución de 1867):

"Constitución de 1860, artículo 26.- La propiedad es inviolable, bien sea material, intelectual, literaria o artística: a nadie se puede privar de la suya, sino por causa de utilidad pública, probada legalmente y previa indemnización justipreciada".

La Constitución de 1920 hace un tratamiento más detallado del tema de la propiedad, incluyendo la sujeción a la legislación nacional y regulando los bienes públicos. También prevé en su artículo 44 la posibilidad de nacionalizar determinados aspectos de la vida económica:

«Constitución de 1920, artículo 38.- La propiedad es inviolable, bien sea material, intelectual, literaria ó artística. A nadie se puede privar de la suya sino por causa de utilidad pública probada legalmente y previa indemnización justipreciada. La propiedad, cualquiera que sea el propietario, está regida exclusivamente por las leyes de la República y se halla sometida a las contribuciones, gravámenes y limitaciones que ellas establezcan. No pueden ser materia de propiedad privada las cosas públicas cuyo uso es de todos, como los ríos y caminos público. Se prohíbe las vinculaciones, y toda propiedad es enajenable en la forma que determinen las leyes».

«Constitución de 1920, artículo 44.- El Estado podrá por ley tomar a su cargo o nacionalizar transportes terrestres, marítimos, aéreo u otros servicios públicos de propiedad particular, previo pago de la indemnización correspondiente».

En materia de propiedad, la Constitución de 1933 siguió el esquema global de la Constitución de 1920 en sus artículos 29 y 38 .Sin embargo, reguló su utilización en armonía con el interés social:

«Constitución de 1933, artículo 34.- La propiedad debe usarse en armonía con el interés social. La ley fijará los límites y modalidades del derecho de propiedad».

### **Antecedentes en la Constitución de 1979**

Las normas antecedentes del artículo 70 que comentamos, en la Constitución de 1979, eran las siguientes:

"Artículo 124.- La propiedad obliga a usar los bienes en armonía con el interés social. El Estado promueve el acceso a la propiedad en todas sus modalidades.

La ley señala las formas, obligaciones, limitaciones y garantías del derecho de propiedad'.

"Artículo 125.- La propiedad es inviolable. El Estado la garantiza.

A nadie puede privarse de la suya sino por causa de necesidad y utilidad públicas o de interés social, declarada conforme a ley, y previo pago en dinero de indemnización justipreciada.

La ley establece las normas de procedimiento, valorización, caducidad y abandono.

En la expropiación por causa de guerra, de calamidad pública para reforma agraria o remodelación de centros poblados o para aprovechar fuentes de energía, el pago de la indemnización justipreciada puede hacerse en efectivo por armadas, o en bonos de aceptación obligatoria y libre disposición, redimibles forzosamente en dinero. En tales casos la ley señala el monto de la emisión, plazos adecuados de pago, intereses reajustables periódicamente, así como la parte de la indemnización que debe pagarse necesariamente en dinero y en forma previa".

### **Ambas Constituciones establecen las siguientes normas en común:**

- El derecho de propiedad es inviolable y está garantizado por el Estado.
- Nadie puede ser privado de su propiedad sino por causales determinadas por ley. La Constitución de 1979 establecía que estas causales

eran las de necesidad y utilidad públicas o de interés social, en tanto que la de 1993 establece las causales como de seguridad nacional o necesidad pública. La diferencia aparece clara en dos aspectos: de un lado, en el interés social existente en 1979 y eliminado en 1993. De otro lado en que en la Constitución de 1979 se permitía la expropiación por utilidad pública que es un concepto más abierto y flexible que el de necesidad pública. En realidad, el efecto de la Constitución de 1993 es restringir las causales posibles de expropiación. La inclusión en su texto de la seguridad nacional es indispensable porque al haber restringido la utilidad pública, tenía que salvarse la posibilidad de expropiar por seguridad. (Rubio.1999).

- La norma que la expropiación se hace previo pago en efectivo de la indemnización justipreciada.

La Constitución de 1993 trae tres modificaciones importantes respecto del tema de la expropiación que no estaban en la Constitución de 1979:

- El primero es que en la indemnización debe incluirse compensación por el eventual perjuicio.
- El segundo, que hay acción ante el Poder Judicial para contestar el valor de la propiedad señalado en el procedimiento expropiatorio.

La ausencia de excepciones al principio de pago previo en dinero. Ellas figuraban en el párrafo final del artículo 125 de la Constitución de 1979.

### **Análisis exegetico**

El derecho que tratamos tiene refrendación, como no podía ser de otro modo, en los instrumentos internacionales.

Dice la Declaración Universal de Derechos Humanos:

"Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 17.-

1.- Toda persona tiene derecho a la propiedad, individual y colectivamente

2.- Nadie será privado arbitrariamente de su propiedad».

Están aquí los dos elementos centrales que las normas de constitucional protegen de la propiedad desde la misma Declaración francesa el derecho a la propiedad y la prohibición de privar arbitrariamente de él. El primero es el aspecto positivo del derecho, el segundo es una protección en sentido negativo.

La Convención Americana dice:

"Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 21.-

1. 1. Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley subordinar tal uso y goce al interés social.
2. Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley.

[.. l».

La Convención repite la misma estructura ya vista en la Declaración Universal, pero en la parte final del primer párrafo añade la posibilidad de que el uso y goce de la propiedad sea sujetado al interés social

El concepto de interés social ligado a la propiedad ha desaparecido de nuestra Constitución. Dice, simplemente que debe ser ejercitada en armonía con el bien común. En realidad, el bien común y el interés social son dos conceptos flexibles, standard, que pueden recibir contenido diverso según las ideas del gobierno que en cada caso ejerza el poder. Lo importante es que la propiedad no es un valor absoluto (ni puede serlo): está subordinada al bien común de toda la sociedad. (Rubio.1999).



La Constitución establece que la propiedad se ejerce dentro de los límites de la ley. Esta afirmación es muy importante porque da pie a que existan normas reguladoras de la propiedad y que sean de segundo rango, por debajo de la Constitución, desde luego.

Desde el punto de vista jurídico, la propiedad es un derecho real, de persona sobre cosas. Es el derecho por excelencia porque reúne en sí todos los poderes que puede ejercitarse sobre el bien materia de un derecho. Dice el artículo 923 del Código Civil:

"Código Civil, artículo 923.- La propiedad es el poder jurídico que permite usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien. Debe ejercerse en armonía con el interés social y dentro de los límites de la ley".

El usar consiste en servirse del bien: si es un cuaderno escribir sobre él, si una casa habitarla y así sucesivamente.

El disfrutar consiste en percibir los frutos y productos que ofrece la cosa. Los frutos son los provechos renovables del bien sin que disminuya ni se altere su sustancia (artículo 890 del Código Civil). Se subdividen en frutos naturales (las frutas, por ejemplo) y civiles (los alquileres que da una casa).

Los productos son los provechos no renovables que se extraen de un bien (artículo 894 del Código Civil). Tales, por ejemplo, la transformación de la cebada en cerveza, o de la harina en pan.

La regulación de los frutos y productos en el Derecho peruano, se halla entre los artículos 890 y 895 del Código Civil.

El disponer consiste en entregar todo o parte de los derechos correspondientes a la propiedad a un tercero para que se sirva del bien.

Cuando presto una casa estoy disponiendo de ella. Cuando la vendo o la regalo también. No importa el tipo de acto de disposición sino el hecho del

traslado total o parcial, temporal o permanente, de los atributos de la propiedad (todos o algunos de ellos).

El reivindicar es el recuperar el bien objeto de la propiedad de quien lo posee sin derecho a ello. Es lo que se llama el derecho de persecución por excelencia del bien: el propietario encuentra el bien de su propiedad y puede dirigir la acción reivindicatoria de carácter imprescriptible contra quien lo tenga, para que se lo devuelva. Desde luego si la persona lo tiene legítimamente, entonces no podrá solicitarse la reivindicación hasta que se cumplan los plazos o las condiciones que daban el bien a quien no era el propietario (por ejemplo, la expiración de un contrato de alquiler).

El artículo comienza diciendo que la propiedad es inviolable (a su turno, como vimos, la Declaración francesa dijo que la propiedad era sagrada). El significado de estas afirmaciones consiste en que la propiedad no puede ser retirada del propietario sin su consentimiento, sino en ciertas circunstancias previstas en la ley: el abandono y la expropiación son dos expresamente mencionados en la Constitución. (Rubio.1999).

El abandono consiste en la extinción del derecho de propiedad sobre predios que no han sido poseídos por su propietario ni inmediata ni mediatamente (la posesión inmediata se hace directamente; la mediata a través de otra persona por encargo nuestro). Requiere un cierto lapso que en el Código Civil es de veinte años. Dice:

"Código Civil, artículo 968.- La propiedad se extingue por:

[ ... ]

4. Abandono del bien durante veinte años, en cuyo caso pasa el predio dominio del Estado".

También la Constitución hace mención al abandono de la propiedad predial en su artículo 88 que, sin embargo, está restringido a las tierras agropecuarias.

Podría pensarse que al no haberse establecido de manera expresa e inequívoca el abandono de la propiedad predial en la Constitución, es una institución que no debe existir, salvo el caso específico de los predios agrícolas debido a que sí existe mención en el artículo 88.

Nosotros consideramos que sería un error adoptar tal punto de vista. Siempre, desde Roma, la falta de posesión de los bienes, generalmente unida a la posesión de un tercero, ha producido cumpliéndose otros requisitos adicionales el traslado de la propiedad. Siempre se ha considerado que la propiedad no debe ser sino reflejo de las relaciones sociales mismas y, por ello, un propietario no diligente con su propiedad o bien la pierde en favor de otro que la gana por usucapión, o bien la pierde porque no la gana nadie pero se extingue por falta de uso, pasando al Estado.

La medida está estrechamente enlazada al concepto de propiedad mismo y a su vinculación con el bien común (o interés social en textos anteriores): la propiedad es el derecho de usar, disfrutar, disponer y reivindicar. Si no se ejercita ninguno de esos poderes por un largo tiempo, quiere decir que la propiedad de esa persona sobre ese bien no cumple la finalidad social para la que existe el derecho. Por tanto, el derecho de propiedad se extingue y pasa al Estado. Hay que notar que ello ocurre luego de veinte años de ausencia total de posesión en manos del propietario. Parece un límite razonable para que, volviendo ese bien al Estado, pueda ser dispuesto por él para un mejor uso.

Por consiguiente, nosotros pensamos que el abandono no está prohibido en la Constitución y que, además, tiene abolengo institucional. Por estas dos razones, estimamos que la norma general de abandono del Código Civil que ya hemos transcrito, es perfectamente válida y debe ser cumplida. Desde luego, si la Constitución aspirara a tener mayor calidad técnica que aquella con la que cuenta, sería recomendable que se reformara este artículo y se incorporara el abandono de manera inequívoca en su texto.

Respecto a la expropiación, sólo procede en los casos de seguridad nacional o necesidad pública. El ámbito de la seguridad nacional no es

susceptible de discusión. Desde luego, lo que si es necesario, es que el establecimiento de que se trata efectivamente de un caso de seguridad nacional, tiene que ser expresamente declarado por la ley.

En el caso de la necesidad pública, tenemos un obstáculo jurídico serio: tradicionalmente la necesidad pública ha sido entendida como posible de probar.

En efecto, si yo voy a hacer una carretera y tengo que dividir en dos el fundo de una persona para que la pista pase por el medio, yo puedo demostrar la conveniencia de ese trazo. Pero jamás podré demostrar que hay una necesidad de que sea así, Por consiguiente, será muy difícil recurrir a la expropiación en este tipo de normatividad. Indiscutiblemente, es lo que pretendió la mayoría del Congreso Constituyente Democrático, según fue oportunamente declarado por sus voceros.

La expropiación y la consideración de los requisitos de seguridad nacional o necesidad pública, deberán ser establecidas por ley según propio texto constitucional. No puede expropiarse por norma de rango menor.

Sobre la compensación a la expropiación dice el artículo:

- Debe ser pagada en efectivo, es decir, en dinero. No puede expropiarse pagando en bonos de redención futura (como ocurrió en la Reforma Agraria).
- La indemnización debe ser justipreciada, es decir, que debe ser determinada luego de evaluar el daño real que se produce con la expropiación. Esta indemnización no sólo consiste en el pago del valor de la casa, sino que requerirá una cantidad adicional para pensar el hecho de que la persona tenga que mudarse porque el Estado la expropió, que compense los días de trabajo que deja de asistir por la mudanza, etc. Son los elementos en los que hay que pensar cuando nos encontramos con la compensación por el perjuicio. Las reglas generales que regulan estas indemnizaciones por daños y perjuicios corren en el Código Civil, del artículo 196 en adelante.

Una última anotación en relación al tema de expropiación es que la Constitución concede un derecho que no existió antes en las leyes: el derecho de contestar (es decir, contradecir) el valor de la propiedad que el Estado señale en la expropiación. En efecto, puede ser que al expropiarme, para pagarme menos, me rebajen la tasación del inmueble. Con las leyes anteriores no había derecho de reclamo por este precio. Ahora sí se establece la obligación de tramitar la acción que interponga el propietario al que le están por expropiar su inmueble. (Rubio.1999).

La ley de expropiación vigente en el Perú es el Decreto Legislativo 313 del 12 de noviembre de 1984. Sus normas deberán ser adecuadas en los asuntos de fondo a lo que establece la Constitución. Mantienen valor sus disposiciones de procedimiento. Sin embargo, sería correcto dictar una nueva ley en función de las recientes normas constitucionales, para evitar confusiones en materia interpretativa por el diferente contenido que actualmente tienen los dos cuerpos legales.

Finalmente, debemos hacer notar que la propiedad no está tratada solamente en el artículo 70 de la Constitución. Otras normas importantes de la Carta con las cuales debe establecerse concordancia son:

- El derecho a la propiedad y a la herencia, establecido en el inciso 16 del artículo 2.
- El derecho a la propiedad sobre las creaciones intelectuales, artísticas, técnicas y científicas, establecido en el inciso 8 del artículo 2.
- La propiedad de las instituciones educativas considerada en el artículo 15.
- La propiedad de los bienes que constituyen el patrimonio cultural de la Nación, considerada en el artículo 21.
- Las diversas formas de propiedad que supone el pluralismo económico establecido en el artículo 60.
- La propiedad de las tierras agropecuarias, regulada en el artículo 88.
- La propiedad de las tierras de las comunidades campesinas y nativas, regulada en el artículo 89.

- La propiedad exclusiva de las armas de guerra por el Estado y la confiscación de las que se hallen en poder de particulares, según el artículo 175.

En el artículo 71 de la Constitución, señala lo siguiente:

«Artículo 71.- En cuanto a la propiedad, los extranjeros, sean personas naturales o jurídicas, están en la misma condición que los peruanos, sin que, en caso alguno puedan invocar excepción ni protección diplomática.

Sin embargo, dentro de cincuenta kilómetros de las fronteras los extranjeros no pueden adquirir ni poseer, título alguno, minas, tierras, bosques, aguas, combustibles ni fuentes de energía, directa ni indirectamente, individualmente ni en sociedad, bajo pena de perder beneficio del Estado, el derecho así adquirido. Se exceptúa el caso de necesidad pública expresamente declarada por decreto supremo aprobado por el Consejo de Ministros conforme a ley.»

### **Antecedentes en las Constituciones de 1823 a 1933**

La Constitución de 1839 estableció la siguiente norma:

«Constitución de 1839, artículo 168.- Ningún extranjero podrá adquirir por ningún título propiedad territorial en la República, sin quedar por este hecho sujeto a las obligaciones de ciudadano, cuyos derechos gozará al mismo tiempo».

La Constitución de 1856 invirtió la expresión de la siguiente forma:

«Constitución de 1856, artículo 26.- Todo extranjero podrá adquirir conforme a las leyes, propiedad territorial en la República, quedando, en todo lo concerniente a dicha propiedad, sujeto a las obligaciones y en el goce de los derechos de Peruano».

Lo sustancial de este texto fue repetido en el artículo 28 de la Constitución de 1860 y en el artículo 26 de la Constitución de 1867.

El tema fue modernizado por la Constitución de 1920, la que estableció respecto a ello:

«Constitución de 1920, artículo 39.- Los extranjeros, en cuanto a la propiedad, se hallan en la misma condición que los peruanos, sin que en ningún caso puedan invocar al respecto situación excepcional ni apelar a reclamaciones diplomáticas. En una extensión de cincuenta kilómetros distante de las fronteras, los extranjeros no podrán adquirir ni poseer, por ningún título, tierras, aguas, minas y combustibles, directa o indirectamente, ya sea individualmente o en sociedad, bajo pena de perder, en beneficio del Estado, la propiedad adquirida, salvo el caso de necesidad nacional declarada por ley especial».

Lo sustancial de este artículo fue repetido en los numerales 32 y 36 de la Constitución de 1933.

#### **Antecedentes en la Constitución de 1979.**

La norma de la Constitución de 1979 antecedente de este artículo es la siguiente:

"Artículo 126.- La propiedad se rige exclusivamente por las leyes de la República.

En cuanto a la propiedad, los extranjeros, personas naturales o jurídicas, están en la misma condición que los peruanos, sin que en caso alguno, puedan invocar al respecto situaciones de excepción ni protección diplomática.

Sin embargo, dentro de cincuenta kilómetros de las fronteras, los extranjeros no pueden adquirir ni poseer, por ningún título, minas, tierras, bosques, aguas, combustibles ni fuentes de energía, directa ni indirectamente, individualmente ni en sociedad bajo pena de perder, en beneficio del Estado, el derecho adquirido. Se exceptúa el caso de necesidad nacional declarada por ley expresa".

Las normas de ambas Constituciones son idénticas en el fondo y en la

forma, salvo la parte final: en la Constitución de 1979 la excepción es de necesidad nacional declarada por ley expresa. En la Constitución de 1991 es de necesidad pública declarada por Decreto Supremo aprobado por el Consejo de Ministros. (Rubio.1999).

### **Análisis exegetico**

La primera parte del artículo establece el mismo tratamiento peruanos y extranjeros en materia de propiedad dentro del Perú. Esta norma no hace sino ratificar el trato de igualdad ya establecido para las empresas públicas y no públicas en el artículo 60, y para las inversiones nacionales y extranjeras en el artículo 63. En realidad, con este artículo se completa el círculo de seguridad a la inversión extranjera en territorio nacional.

Añade el primer párrafo que los extranjeros no podrán invocar en caso alguno excepción ni protección diplomática. La primera es la situación de inmunidad que tienen los representantes formalmente nombrados por potencias extranjeras ante el Estado peruano. Cumplen tareas como funcionarios extranjeros y no pueden ser detenidos ni acusados en territorio peruano. Cuando cometan una falta que lo ameritara, se realizarán los trámites formales y las declaraciones conducentes a que dicha persona abandone el territorio nacional. Todo ello tiene procedimientos diplomáticos preestablecidos. La inversión extranjera no tiene derechos de tipo porque viene en ejercicio de negocios, no de representación oficial de otro Estado.

La protección diplomática consiste en que los representantes del Estado al que pertenecen los propietarios de la inversión, puedan reclamar oficial y públicamente ante el Estado peruano por los derechos del inversionista. Esto lo pondría en situación de privilegio frente a inversionistas (y por tanto propietarios) peruanos que no tendrían las mas formas de gestión. No sólo se estaría dando un trato igual, sino privilegiado a los extranjeros, lo que sería totalmente impropio.

Por ende, los conflictos que tenga el inversionista o el propietario



extranjero en el Perú, se resolverán de acuerdo a las normas de jurisdicción que se hallen establecidas bien en las leyes, bien en los actos jurídicos que se haya realizado válidamente cuando sea el caso.

La Constitución de 1979, y con distinta redacción pero igual sentido normativo las anteriores, establecieron que la propiedad se regía las leyes de la República, entendiéndose por tal disposición, que regía a los bienes existentes dentro del territorio nacional, particularmente los bienes raíces. Esto ocurre en todos los países, aunque sólo sea porque el Estado tiene un dominio eminente sobre su territorio, dentro del cual no puede suceder que determinadas propiedades sean regidas por leyes del extranjero, bien por voluntad del Estado, bien porque así lo pacten los interesados.

Se desconoce la razón por la que este dispositivo fue retirado del texto Constitucional, pero debe entenderse que se halla implícito en este artículo, desde que fija las normas sobre el derecho de propiedad dentro del territorio nacional sin admitir la intervención de otras leyes. En este mismo sentido se pronuncia el artículo 2088 del Código Civil al establecer:

"Código Civil, artículo 2088.- La constitución, contenido y extinción de los derechos reales sobre bienes corporales se rigen por la ley de su situación, al momento de constituirse el derecho real".

Para el caso de los bienes muebles, la ley aplicable dependerá de la ubicación y el tránsito de dichos bienes. Las normas se hallan en los artículos 2089 y 2091 del Código Civil.

Sin embargo, por la trascendencia del tema, hubiera sido deseable que la norma que comentamos se mantenga en el nivel constitucional.

Eso da mayor seguridad jurídica y garantiza la soberanía del Estado sobre su territorio. En otras palabras sería conveniente incluir en la Constitución una norma que diga: "Los bienes raíces situados dentro del territorio nacional están sometidos a la jurisdicción peruana y se rigen por las leyes de la

República". Esto garantiza que ni la ley ni los jueces extranjeros puedan pretender regir o resolver sobre estas materias.

En el segundo párrafo, el artículo 71 establece las siguientes reglas:

Limita el acceso de los extranjeros a los recursos naturales indicados dentro de cincuenta kilómetros de las fronteras.

Establece que los derechos que sean adquiridos contraviniendo esta norma serán perdidos en beneficio del Estado. Se entiende que al no tener derecho y haber hecho inversiones, también perderán las que hubieren hecho. Es decir que el Estado no resarcirá por los recursos invertidos.

Se puede exceptuar de esta prohibición en caso de necesidad pública declarada por el Poder Ejecutivo según las disposiciones contenidas en el inciso 8 del artículo 118 y en el inciso 2 del artículo 125 de la Constitución.

De hecho, esta excepción ya se había establecido antes de la vigencia de la presente Constitución, en el Decreto Legislativo 757 del 08 de Noviembre de 1991 que estableció lo siguiente, refiriéndose a la Constitución de 1979:

«Decreto Legislativo 757, artículo 13.- De conformidad con lo prescrito en el último párrafo del artículo 126 de la Constitución Política, declárase de necesidad nacional la inversión privada, nacional y extranjera, en actividades productivas realizadas o por realizarse en las zonas de frontera del país. En consecuencia, las personas naturales y jurídicas extranjeras podrán adquirir concesiones y derechos sobre minas, tierras bosques, aguas, combustibles, fuentes de energía y otros recursos que sean necesarios para el desarrollo de sus actividades productivas dentro de cincuenta kilómetros de las fronteras del país, previa autorización otorgada mediante resolución suprema refrendada por el Ministro que ejerza la Presidencia del Consejo de Ministros y el Ministro del sector correspondiente. Dicha resolución suprema podrá establecer las condiciones a las cuales se sujeta la adquisición o explotación. (Rubio.1999).

Las autoridades sectoriales competentes otorgarán las concesiones y otras formas de autorización para la explotación de recursos naturales ubicados dentro de cincuenta kilómetros de las fronteras del país a favor de las personas naturales o jurídicas extranjeras que lo soliciten, previo cumplimiento de las disposiciones legales aplicables y luego de verificar que se haya expedido la resolución suprema a la que se refiere el párrafo anterior».

Esto denota que la política del gobierno establecido en el Perú los años noventa, consiste en estimular la inversión extranjera aún en la franja de frontera. Como es obvio, toda esta materia está vinculada al segundo párrafo del artículo 44, que establece el deber de tener una política de fronteras y promover la cohesión de las zonas fronterizas en concordancia con la política exterior.

La limitación de ejercicio de derechos económicos por los extranjeros en las zonas de frontera tuvo que ver con la impresión (y en muchos casos históricos la lamentable constatación) de que los intereses de dichos inversionistas podían significar convocar a los países limítrofes a crear conflictos bélicos para, así, amenazar al gobierno nacional y lograr mejores condiciones. Los historiadores están de acuerdo en considerar que fueron los intereses europeos radicados en la zona sur del Perú los que contribuyeron de manera significativa a la Guerra del Pacífico la pérdida de importante cantidad de territorio que tuvo el Perú en aquel conflicto.

No hay demasiadas razones para pensar que las cosas puedan ser distintas en la actualidad. De hecho, durante 1996, desafortunadas declaraciones periodísticas de algún alto jefe del Ejército Chileno, sugirieron que su país debía armarse para poder defender las inversiones de su país en los países vecinos. Si bien esta fue una expresión aislada que no comprometió la amistad y solidaridad entre Perú y Chile de los tiempos actuales, sí prende una luz de aviso sobre concepciones institucionales en las fuerzas armadas de otros países, que puedan esconder intereses de parte, frente a los cuales la inversión extranjera en zonas de frontera pueda ser un obstáculo a la seguridad nacional. Son asuntos sobre los que no se puede sino decir que la prudencia y el paso firme son la mejor garantía para los intereses nacionales. (Rubio.1999).

Cabe concluir diciendo que el artículo 71 habla tanto de propiedad como de posesión de bienes y derechos y que eso incluye todas las posibles formas de adquisición de derechos de los extranjeros, desde que la posesión es el ejercicio de hecho de uno o más poderes inherentes a la propiedad (artículo 896 del Código Civil). La limitación alcanza, por tanto a todos los derechos pues la propiedad y la posesión incluyen todo el universo posible en esta materia.

En el artículo 72 de la Constitución Política del Perú señala lo siguiente:

La ley puede, sólo por razón de seguridad nacional, establecer temporalmente restricciones y prohibiciones específicas para la adquisición, posesión, explotación y transferencia de determinados bienes.»

### **Antecedentes en las Constituciones de 1823 a 1933**

Los antecedentes de este artículo que comentamos se hallan a partir de la Constitución de 1920:

«Constitución de 1920, artículo 40.- La ley, por razones de interés nacional, puede establecer restricciones y prohibiciones especiales adquisición y transferencia de determinadas clases de propiedad, ya sea por la naturaleza de ellas o por su condición o situación en el territorio.

«Constitución de 1920, artículo 45.- La Nación reconoce la libertad de comercio e industria sometida a los requisitos y a las garantías que para su ejercicio prescriban las leyes. Estas podrán establecer o autorizar al Gobierno para que fije limitaciones y reservas en el ejercicio de las industrias, cuando así lo imponga la seguridad o necesidad pública, sin que en ningún caso esas restricciones tengan carácter personal ni de confiscación ».

«Constitución de 1920, artículo 57.- En circunstancias extraordinarias de necesidad social se podrá dictar leyes o autorizar al Ejecutivo para que adopte providencias tendientes a abaratar los artículos de consumo para la subsistencia, sin que en ningún caso se pueda ordenar la apropiación de bienes

sin la debida indemnización».

Los artículos 35,40 Y 49 de la Constitución de 1933 repiten estos tres textos con leves modificaciones que no afectan la sustancia de lo regimentado.

### **Antecedentes en la Constitución de 1979**

La norma que en la Constitución de 1979 era antecedente de ésta que comentamos es la siguiente:

"Artículo 127.- La ley puede, por razón de interés nacional, establecer restricciones y prohibiciones especiales para la adquisición, posesión, explotación y transferencia de determinados bienes por su naturaleza, condición o ubicación".

La Constitución de 1979, con el principio de intervención del Estado y de regulación de la actividad económica, autorizaba a establecer restricciones y prohibiciones para la adquisición, posesión y transferencia de bienes por su naturaleza, condición o ubicación. La norma estaba orientada a tomar la decisión por la naturaleza de los bienes y por el interés nacional.

La Constitución de 1993 permite hacerlo sólo por razón de seguridad nacional y temporalmente. Se apega así a un principio de libre mercado y de regulación del Estado, no de intervención. Lo decisivo es la seguridad nacional y no la naturaleza de los bienes involucrados.

### **Análisis exegético**

Cuando se trata del régimen constitucional que debe regir la vida de la sociedad, hay que distinguir dos clases de situaciones completamente diferentes entre sí: unas discurren en un clima de normalidad, sin graves alteraciones de la realidad política, social o económica. En ellas debe regir plenamente el sistema previsto por las reglas generales de la Constitución.

Sin embargo, existen ciertas otras situaciones que tienen notable anormalidad, al punto, que ciertas variables de la vida de la comunidad, se ven gravemente alteradas y requieren de correctivos inmediatos y enérgicos, a veces, restringiendo ciertos derechos de la normalidad constitucional. Son las emergencias constitucionales y tienen diversas formas.

Unas son eminentemente políticas y dan lugar al régimen de excepción establecido en el artículo 137, por el cual se permite que la autoridad pueda actuar contra derechos constitucionales provistas ciertas circunstancias que no es del caso tratar aquí. Otras, son emergencias de naturaleza económica y que pueden dar lugar a dos tipos de medidas:

El primer tipo es la dación de decretos de urgencia con fuerza de ley en materia económica y financiera, conteniendo medidas extraordinarias. Esto no es sino el ejercicio de la dictadura constitucional, término que pretende designar una situación en la que el Poder Ejecutivo concentra más poderes que los que tiene dentro del orden constitucional normal.

El otro tipo de medidas consiste en que la ley pueda, por razones de seguridad, nacional, establecer restricciones y prohibiciones específicas en la producción y el mercado de bienes y servicios tendrán que ser necesariamente medidas de carácter temporal. Es lo que manda, precisamente este artículo 72.

Hay que tener en cuenta que los dos párrafos anteriores contienen supuestos distintos: el primero se refiere a amenazas de carácter económico y financiero. El segundo se refiere a amenazas sobre la seguridad nacional. De lo cual queda muy claro que las medidas excepcionales a las que se refiere el artículo 72, no podrán ser dictadas mediante decretos de urgencia. Sí podrán, en cambio, ser delegadas para su emisión mediante Decreto Legislativo, pues no consta prohibición expresa en la concordancia entre los artículos 101 y 104 de la Constitución.

La Constitución establece un requisito que es clásico en toda forma de dictadura: la temporalidad. La ley o Decreto Legislativo que se emita en virtud

del artículo 72 deberá contener dentro de sí mismo el plazo de duración que tendrá. En caso contrario, será inconstitucional. Desde luego, nada impide que sea prorrogado si las condiciones que dieron lugar a su promulgación aún no han cesado. Sin embargo, se necesitará otra norma de igual rango para dicha prórroga.

El artículo 72 autoriza a introducir restricciones y prohibiciones específicas para la adquisición, posesión, explotación y transferencia de determinados bienes. Esto quiere decir, que restringe bien la libre competencia, bien la libre iniciativa privada, bien la libertad de empresa, comercio e industria, a todas las cuales nos hemos referido ya al comentar los artículos 58, 59 y 61.

La causal tiene que ser exclusivamente un problema referido a seguridad nacional, que tendrá que ser debidamente calificado en la norma que contenga las reglas especiales. Para ello, será correcto que exista previamente una ley que clasifique aquellas circunstancias que pueden ser consideradas para dictar las medidas extraordinarias. Lo contrario es dejar demasiada arbitrariedad en manos del Congreso. A veces puede ser mal usada y, adicionalmente, puede devenir en una considerable fuente de corrupción.

Buena parte de estas circunstancias ocurren dentro de los supuestos que prevé la movilización nacional, tema que tratamos con detalle al comentar el artículo 164. Sin embargo, no se agota en ella y podrían bien existir otros supuestos por los que se pudiera utilizar el artículo 72 sin referencia a la movilización nacional.

Finalmente, es preciso diferenciar los casos en los que se aplicaría el artículo 72, por definición temporales, de las prohibiciones estructurales y permanentes, como por ejemplo, la de comercializar y tener libremente nitrato de amonio, que fue establecida en 1992, luego que se supiera que era un abono utilizado por el terrorismo para la fabricación de la carga de los coches-bomba.

Casos importantes de seguridad nacional en los que puede ocurrir la aplicación del artículo 72 son los siguientes:

- Problemas de conflictos armados.
- Fenómenos de contaminación como, por ejemplo, la nube radiactiva que emergió de Rusia (Chernobil) al fracturarse el depósito radiactivo de una planta nuclear.
- Plagas y epidemias en general. Tal fue, por ejemplo, el rebrote del cólera en el Perú a principios de los años noventa.
- Amenaza de grandes fenómenos naturales que alteren la seguridad de las personas: efectos de la corriente del Niño; terremotos; inundaciones. En otros países, vientos huracanados.

Amenazas de carácter especulativo, tanto al interior como desde el exterior, que amenacen con hundir el valor de la moneda nacional y con ello, agraven la seguridad económica del país. Este es un punto de contacto entre el artículo 72 y el 118 inciso 20. En estos casos, consideramos, se puede establecer modalidades intermedias de control de cambios, como hemos sostenido al desarrollar el comentario del artículo 64. (Rubio.1999).

La lista podría continuar pero estas hipótesis ya dan una idea suficiente de que en todos los casos está amenazada la seguridad de la Nación. Hay que notar que sólo el primero de los cuatro tiene connotaciones bélicas. Y es que la seguridad nacional puede ser afectada por fenómenos que pertenecen al mundo de la guerra, pero también por otros muchos problemas que nada tienen que ver con ella.

No hay que olvidar que este dispositivo establece prohibiciones restricciones de derechos. En consecuencia, es una de aquellas no que cabe bajo el principio de que "La ley que establece excepciones restringe derechos no se aplica por analogía", es decir, se interpreta y aplica estrictamente. Si bien este dispositivo está ubicado en el rango inferior a la Constitución (Artículo IV del Título Preliminar del Código vil), constituye un reconocido principio del Derecho que tiene función hermenéutica a todo nivel y, por consiguiente, también frente a la disposición constitucional que estamos tratando. (Rubio.1999).

La interpretación estricta quiere decir aquí dos cosas:



- Que recurrir a ella debe ser una excepción cuando no se vislumbra método alternativo. Mientras ello no ocurra, el Gobierno no debe utilizar el artículo 72 por los agravios que puede producir a la vida económica y a las personas.
- Que aun cuando se hayan dictado medidas de carácter extraordinario, deben aplicarse restrictiva y no extensivamente y, siempre conexión con la causa que las motiva. En otras palabras, en nuestro criterio cabe hacer frente a ellas el control de razonabilidad y proporcionalidad de que habla el último párrafo del artículo 200 de la Constitución. En realidad, dicha norma es aplicable tanto a la restricción de derechos que provenga del artículo 137, como del 72.

Como vimos en la parte anterior del comentario de este artículo, ambos dispositivos no son sino especies distintas del mismo género: la dictadura constitucional.

Desde el punto de vista jurídico cabe preguntarse una cosa más frente a este caso: en la medida que siempre habrá perjuicios de todo tipo, incluidos los de naturaleza patrimonial, al establecerse estas medidas extraordinarias: ¿estará obligado el Estado a indemnizar?

Estimamos que no, debido a que es una atribución constitucional y de salvación de una situación que, de otra manera, afectaría a la seguridad nacional. En estas circunstancias, el acto de príncipe se funda en hecho fortuito y a su vez de fuerza mayor, por lo que no estimamos que pueda haber responsabilidad. La situación es estructuralmente la misma que aquella otra en la que un espacio de la actividad económica que no tenía leyes previas, es de pronto sometido a regulación por conveniencia común y, a raíz de dicha regulación, se causa daño a algunos agentes económicos. Estos aspectos forman parte de la tarea de gobernar y, cuando se la ejerce, no se agravia a nadie y tampoco se le debe por tanto resarcir.

Será indispensable, sin embargo, que el gobierno que recurra al artículo 72 se fije especialmente en el principio contenido en el artículo 103, que dice:

"Pueden expedirse leyes especiales porque así lo exige la naturaleza de las cosas, pero no por razón de la diferencia de personas".

Si este principio se violentara, la ley o Decreto Legislativo que emergiera podría ser considerado inconstitucional al incumplir el artículo 103, aun cuando fuera impecable desde el punto de vista del artículo 72. (Rubio.1999).

### **2.1.2 La Protección de la propiedad comunal**

Entendemos por tal Protección, no el patrocinio tradicional de procesos judiciales en la justicia ordinaria, y donde el objetivo final es obtener una sentencia fundada. El litigio constitucional, lo que busca es desencadenar un proceso político con la finalidad de incidir en el Estado para resolver no un caso, sino un patrón de violaciones a los derechos de las personas. Asimismo, este permite poner en agenda política regional y nacional a las comunidades.

En ese sentido, el litigio no se agota en la elaboración y presentación de la demanda. En realidad la presentación formal de la demanda es el puerto de llegada, es decir la última etapa de un trabajo previo de capacitación de los diferentes actores del problema que se presenta (líderes indígenas, periodistas, abogados y operadores del sistema de justicia), de movilización social y de articulación política de diversos y toma de conciencia de sus derechos y del reto de ser protagonistas e interlocutores del Estado.

El proceso constitucional no reemplaza otras formas de lucha y de exigibilidad de derechos ante el poder, sino que viene a sumar y potenciar a estas y al mismo tiempo, se vale de estas para obtener mejores resultados. No desplaza la necesaria movilización ciudadana, la incidencia política, el trabajo mediático, sino que se suma a estos. La premisa de esta propuesta es que los procesos constitucionales pueden convertirse bajo determinadas circunstancias en herramientas políticamente muy potentes para proteger derechos. Para nadie es un secreto que el derecho y en especial los procesos constitucionales son un escenario de disputa por el reconocimiento de derechos.

### **2.1.3 La propiedad comunal**

Al hablar de propiedad comunal, comunitaria o colectiva pensamos en los Pueblos Indígenas. Teóricamente no existe consenso respecto a la naturaleza y alcance de los derechos de los indígenas como personas ni de los pueblos. En lo internacional no hay un estándar común que permita definir con claridad el Derecho Internacional de estas culturas.

El aporte más importante es la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de 2007 ya que cuenta con el reconocimiento de la comunidad internacional, donde se reconoce la situación de desigualdad en la que viven los pueblos indígenas y la necesidad de resolver este problema dejando de privarles de sus derechos y ofreciéndoles condiciones mínimas de existencia.

#### **Declaración de la ONU**

La Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas se refiere a la propiedad comunal en sus artículos 25 al 30.

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

Cuando hablamos de espíritu nos referimos a una entidad no corpórea, el alma, la virtud que alienta al cuerpo para obrar; asumimos que si tienen una relación espiritual, la tierra, el territorio el agua, el mar, la costa también cuentan con un espíritu o una energía que los influye. Raúl Arango, en su libro “Los Pueblos Indígenas de Colombia”, nos dice que desde que Europa irrumpió en el territorio americano los pueblos indígenas han defendido sus territorios ancestrales a través de la ley de origen, en la cual el territorio es parte de una geografía sagrada, innegociable, donde se guarda el orden del mundo

mediante una serie operativa de rituales.

Por ello, la lucha histórica por la recuperación del territorio ancestral es constante y de primer orden, y lo es para beneficio de todos. La espiritualidad es el eje del plan de vida que se sustenta en el respeto profundo por las experiencias representadas en los ancianos, en un permanente tejido de significados coherentes de la realidad, en función y equilibrio del cuerpo de la madre.

El artículo 26 de la declaración señala: “1. Los pueblos indígenas tienen derecho a las tierras, territorios y recursos que tradicionalmente han poseído, ocupado o utilizado o adquirido. 2. Los pueblos indígenas tienen derecho a poseer, utilizar, desarrollar y controlar las tierras, territorios y recursos que poseen en razón de la propiedad tradicional u otro tipo tradicional de ocupación o utilización, así como aquellos que hayan adquirido de otra forma. 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”.

### **Figuras jurídicas**

Mauricio Iván del Toro Huerta dice que, históricamente, el discurso jurídico ha contribuido a la marginación y al rezago de la mayoría de los pueblos indígenas alrededor del mundo. La doctrina del “descubrimiento” de la “terra nullius” (tierra de nadie) y de la “ocupación efectiva” como forma de adquisición de la propiedad o los sistemas de la encomienda y el repartimiento son sólo algunos ejemplos de las figuras jurídicas que sirvieron para ocupar y colonizar vastos territorios indígenas y, en no pocas ocasiones, esclavizar, someter o marginar a sus poblaciones.

El artículo 27 expone: “Los Estados establecerán y aplicarán, conjuntamente con los pueblos indígenas pertinentes, un proceso equitativo, independiente, imparcial, abierto y transparente en el que se reconozcan

debidamente las leyes, tradiciones, costumbres y sistemas de tenencia de la tierra de los pueblos indígenas para reconocer y adjudicar los derechos de los pueblos indígenas en relación con sus tierras, territorios y recursos, comprendidos aquellos que tradicionalmente han poseído u ocupado o utilizado. Los pueblos indígenas tendrán derecho a participar en este proceso”.

Pero, en un proceso civilizatorio, no son los Pueblos Indígenas los que ejercen su derecho, sólo es el Estado el que consagra los principios de soberanía territorial, autodeterminación y dominio exclusivo sobre los recursos naturales, es decir, la independencia de los pueblos está sometida a la venia del Estado, su autonomía se subyuga al permiso de alguien más.

El artículo 28 establece: “1. Los pueblos indígenas tienen derecho a la reparación por medios que pueden incluir la restitución o, cuando ello no sea posible, una indemnización justa y equitativa por las tierras, los territorios y los recursos que tradicionalmente hayan poseído u ocupado o utilizado y que hayan sido confiscados, tomados, ocupados, utilizados o dañados sin su consentimiento libre, previo e informado. 2. Salvo que los pueblos interesados hayan convenido libremente en otra cosa, la indemnización consistirá en tierras, territorios y recursos de igual calidad, extensión y condición jurídica o en una indemnización monetaria u otra reparación adecuada”.

### **Realidad y ficción**

Como dice el dicho, “hecha la ley, hecha la trampa”. Aquí está la trampa, el Estado podrá confiscar, tomar, ocupar, dañar su territorio, después los pueblos podrán pedir la reparación, restitución o indemnización o convenir otra cosa; pueden convenir no recibir nada a cambio de esos daños, todo dependerá de la negociación política, de la lucha de fuerzas.

El momento en el que se consolida el discurso liberal de los derechos individuales, del derecho a la propiedad privada, se genera un vacío legal, una especie de limbo entre la realidad y la ficción, donde las reivindicaciones de los pueblos indígenas pasan a ser fantasía o una conspiración política o un crimen

contra la seguridad nacional.

El discurso generado a favor de la soberanía territorial estatal y del derecho a la propiedad privada como derecho individual cierra la posibilidad de reclamo de autodeterminación territorial de los pueblos indígenas, así como la pretensión de un derecho a la propiedad comunal sobre sus tierras tradicionales.

El artículo 29 expone: “1. Los pueblos indígenas tienen derecho a la conservación y protección del medio ambiente y de la capacidad productiva de sus tierras o territorios y recursos. Los Estados deberán establecer y ejecutar programas de asistencia a los pueblos indígenas para asegurar esa conservación y protección, sin discriminación. 2. Los Estados adoptarán medidas eficaces para asegurar que no se almacenen ni eliminen materiales peligrosos en las tierras o territorios de los pueblos indígenas sin su consentimiento libre, previo e informado. 3. Los Estados también adoptarán medidas eficaces para asegurar, según sea necesario, que se apliquen debidamente programas de control, mantenimiento y restablecimiento de la salud de los pueblos indígenas afectados por esos materiales, programas que serán elaborados y ejecutados por esos pueblos.

### **Casos Inmediatos**

No hace mucho, en noviembre del 2013, la Corte Nacional de Ecuador ratificó la sentencia e impuso indemnización de 6.400 millones de euros por los vertidos de la petrolera estadounidense Chevron en la Amazonía después de una batalla de dos décadas, en el proceso redujo la sanción de 19.000 millones de dólares a 14.000, luego a 8.646 y finalmente a 6.400 millones de euros al eliminar daños punitivos que se incluyó en una instancia inferior.

Pero la contaminación en esa zona cobró un millar de vidas por enfermedades derivadas de los vertidos de Texaco durante las prácticas extractivas que desarrollaron entre 1964 y 1992, donde indígenas y agricultores aún siguen afectados con defectos de nacimiento y distintos tipos de cáncer.

Aun así, la empresa estadounidense, para garantizar la nulidad del fallo y la suspensión de la ejecución de la sentencia de 2011, el 2013 en un laudo parcial del Tribunal de Arbitraje de la Haya concluyó que en virtud de los acuerdos firmados entre Texaco y el Gobierno de Ecuador en los años 90 la compañía y filiales no podrán ser objeto de una demanda colectiva en el país o por terceros como la que interpusieron en Ecuador. En Enero de este año el Tribunal Arbitral suspendió audiencias en el caso.

El Artículo 30 indica: “1. No se desarrollarán actividades militares en las tierras o territorios de los pueblos indígenas a menos que lo justifique una razón de interés público pertinente o que se haya acordado libremente con los pueblos indígenas interesados, o que éstos lo hayan solicitado. 2. Los Estados celebrarán consultas eficaces con los pueblos indígenas interesados por los procedimientos apropiados y, en particular, por medio de sus instituciones representativas antes de utilizar sus tierras o territorios para actividades militares”.

La Fundación Tierra denunció que en Bolivia el gobierno inició la virtual militarización del Tipnis (Territorio Indígena y Parque Nacional Isiboro Sécore) al inaugurar una base militar en la población de Ichoa, inicialmente con 81 uniformados “ecológicos”, pero que aumentará hasta 120 y terminará en definitiva con un número de 800. El presupuesto para la infraestructura asciende a 3,6 millones de dólares.

El Ministro de Defensa había expresado que la presencia militar en el Tipnis se debe a la necesidad de proteger el área del posible ingreso de personas vinculadas a cultivos ilícitos de coca u otros depredadores de los recursos naturales de la región. También se anunció que se podría convocar a indígenas del área para que sean miembros del regimiento militar. En septiembre no suele hacerse llamamientos militares, por lo que no se comprende este anuncio.

La decisión del Gobierno se produjo en plena realización de la consulta, una acción intimidatoria, como las requisas y controles que ejercitan

los militares a las personas que circulan por la región.

Lamentablemente, la lucha de los pueblos se ha ido reflejando en el papel, pero en la realidad, los derechos de los pueblos indígenas son flagelados por las empresas y por los Estados, por eso es que es necesario que la sociedad civil, los universitarios, intelectuales, artistas, vecinos tomen conciencia de que la vulneración de los derechos de los pueblos indígenas es un problema de todos.

### **2.1.3.1 Régimen Agrario y de comunidades campesinas y nativas**

El problema de la tierra y su explotación agropecuaria ha sido tema de permanente discusión política en el Perú, entre otras cosas, porque el país tiene un bajo índice de tierra explotable por cantidad de habitantes.

En materia de propiedad y explotación de tierras, a partir del año 1964, y con mayor énfasis aún a partir de 1969, se llevó adelante un proceso de reforma agraria que transformó la estructura de tenencia y propiedad de la tierra. Fue un fenómeno político, económico y social de inmensas proporciones, aplaudido y combatido, con luces y sombras, que no corresponde discutir aquí. La Constitución de 1979 asumió la existencia de la reforma agraria y la incorporó en sus normas, aunque atenuó algunos de los aspectos más drásticos del Decreto-ley que fue aprobado en Junio de 1969, particularmente en lo que se refería al concepto de conducción directa de la tierra (ver el artículo 157 de la Constitución de 1979), lo que influía en la posibilidad de retener o de ser despojado de la propiedad de tierra agropecuaria.

También se filtró a la Constitución de 1979 el espíritu mantenido por largo tiempo en las normas agrarias del país, que buscaba combatir tanto al latifundio como al minifundio (ver el artículo 159 inciso 1 de la Constitución de 1979).

La Constitución de 1993 no menciona el tema de la Reforma Agraria y, simplemente, indica que la ley puede fijar los límites y la extensión de la tierra. En lo demás, compromete al Estado en apoyar el desarrollo agrario y garantizar el derecho de propiedad sobre la tierra bajo cualquiera de las formas jurídicas en que pueda organizarse (lo que incluye las sociedades de capitales, prohibidas



por la legislación anterior). (Rubio.1999).

Puede apreciarse que en materia de concepción del agro peruano, las Constituciones de 1979 y 1993 son totalmente distintas y que, la actual, tiene una aproximación privatista, de desarrollo en base al esfuerzo privado, y de no intervención del Estado bajo ninguna de las formas que estableció antes la Reforma Agraria.

El segundo tema de esta parte son las Comunidades Campesinas y Nativas, que son formas ancestrales de organización de la población serrana y selvática del Perú (aunque en los últimos decenios también se han constituido algunas comunidades, comparativamente pocas).

Las comunidades son organizaciones que incluyen lazos primarios de relación dentro del grupo, una organización para el trabajo y para la producción, con mecanismos de solidaridad y reciprocidad entre las familias conformantes. Aún hoy, con una notable disminución de las tareas comunes, se puede apreciar que continúan las tradiciones de las tareas comunales y de las formas de ayuda mutua entre los miembros de las comunidades. El trabajo y la organización colectiva, están todavía más presentes en las Comunidades Nativas de la Selva que en las Comunidades Campesinas de la Sierra, probablemente, por las menos buenas condiciones de vida de las primeras, que las obligan a compartir y a solidarizarse en grupo con mayor intensidad.

Un tema constitucional peruano durante todo el siglo XX, fue el de la características que asumía el dominio de tierras que cada comunidad nativa o campesina tiene para sí. La Constitución de 1920 estableció la irprescriptibilidad e inalienabilidad de dichas tierras y esa fue la tónica dominante durante las décadas que la siguieron. La Constitución de 1993, sin embargo, permite la libre disposición de las tierras de comunidades y también el abandono entendido como causal de extinción del derecho de propiedad. Sí mantiene el principio de irprescriptibilidad. Es la Constitución que más cerca ha estado, hasta ahora, de devolver las tierras comunales al mercado aunque, como vemos, no las ha restituido aun plenamente a él. (Rubio.1999).

También ha, sido tradicionalmente importante en el Perú el respeto de la existencia legal y personería jurídica de las Comunidades Campesinas y Nativas, reconocidos ambos aspectos por la Constitución de 1993, y el respeto y promoción de la identidad cultural que tiene cada grupo dentro de sí, lo que siempre se ha tomado como una gran riqueza cultural para la Nación. También estos aspectos son recogidos por la parte final del artículo 89 de la Constitución.

La Constitución de 1979 traía en su artículo 162 la norma que establecía: "El Estado promueve el desarrollo integral de las Comunidades Campesinas y Nativas. Fomenta las empresas comunales y cooperativas". Probablemente entendiendo que una norma de esta naturaleza afecta el neoliberalismo imperante en la Carta, tanto para el desarrollo de las actividades económicas, como para la neutralidad y simple función reguladora y fiscalizadora del Estado, es probable que los constituyentes de 1993 hayan decidido eliminar el dispositivo. (Rubio.1999).

Si bien es cierto que en el Perú se tropezó con innumerables problemas cuando se pretendió transformar a las comunidades en empresas comunales o cooperativas, y por ello parece razonable haber eliminado la parte final del artículo transcrito, consideramos que sí sería muy importante que el Estado se preocupara con prioridad de dotar a las comunidades campesinas de recursos esenciales para su desarrollo, probablemente, haciendo las obras de irrigación y viabilidad que ellas necesitan para poder asumir una posición más competitiva en el mercado productivo nacional. También es importante pensar que si bien las comunidades campesinas y nativas tienen dificultades para poder producir a niveles de competencia inclusive nacional, sí tienen productos que pueden ingresar a mercados especializados de demanda muy sofisticada. Para lograrlo, sin embargo, será necesaria una campaña de apoyo que las comunidades mismas nunca podrán emprender. El rol promotor del Estado en estos aspectos es muy importante y debería haber quedado en el texto de la Constitución. (Rubio.1999).

«Artículo 88.- El Estado apoya preferentemente el desarrollo agrario. Garantiza el derecho de propiedad sobre la tierra, en forma privada o comunal o en cualquiera otra forma asociativa. La ley puede fijar los límites y la extensión de la tierra según las peculiaridades de cada zona.

Las tierras abandonadas, según previsión legal, pasan al dominio del Estado para su adjudicación en venta.»

#### Antecedentes en las Constituciones de 1823 a 1933

La Constitución de 1933 que tuvo una primera norma con este tipo de contenido:

«Constitución de 1933, artículo 47.- El Estado favorecerá la conservación y difusión de la mediana y la pequeña propiedad rural; y podrá, mediante una ley, y previa indemnización, expropiar tierras de dominio privado, especialmente las no explotadas, para subdividirlas o para enajenarlas en las condiciones que fije la ley». (Rubio.1999).

La ley 15242 sustituyó este texto por el que a continuación transcribimos y que fue el comienzo de la experiencia de Reforma Agraria que transformó la estructura de propiedad del agro peruano y que desapareció, precisamente, con la Constitución de 1993:

«Constitución de 1933, artículo 47.- El Estado favorecerá la conservación y difusión de la pequeña y mediana propiedad rural. La ley fijará la extensión máxima de tierra de que puede ser dueño una sola persona natural o jurídica, según el tipo de explotación a que la tierra se dedique y tomando en cuenta las peculiaridades demográficas, sociales y geográficas de cada zona o región, así como las condiciones naturales y técnicas de producción.

El Estado dará el apoyo económico y técnico necesario para desarrollar la propiedad rural y los sistemas cooperativo y comunitario de explotación y comercialización». (Rubio.1999).

### **Antecedentes en la Constitución de 1979**

Los antecedentes de esta norma están en los siguientes dispositivos de la Constitución de 1979:

"Artículo 156. - El Estado otorga prioridad al desarrollo integral del sector agrario".

"Artículo 157.- El Estado garantiza el derecho de propiedad privada sobre la tierra, en forma individual, cooperativa, comunal, autogestionaria o cualquier otra forma asociativa, directamente conducida por su propietario, en armonía con el interés social y dentro de las regulaciones y limitaciones que establecen las leyes.

Hay conducción directa cuando el poseedor legítimo e inmediato tiene la dirección personal y la responsabilidad de la empresa.

Las tierras abandonadas pasan al dominio del Estado para su adjudicación a campesinos sin tierras".

"Artículo 159.- La reforma agraria es el instrumento de transformación de la estructura rural y de promoción integral del hombre del campo. Se dirige hacia un sistema justo de propiedad, tenencia y trabajo de la tierra para el desarrollo económico y social de la Nación. Con ese fin, el Estado:

1. Prohíbe el latifundio y, gradualmente, elimina el minifundio mediante planes de concentración parcelaria.

[ .. ].

La Constitución de 1979 señalaba que el Estado otorgaba prioridad al sector agrario. La de 1993 dice que lo apoya preferentemente. En el campo de los textos normativos, ambas expresiones tienen la misma ratio legis. Lo propio puede decirse de las normas que establecen para garantizar la propiedad, esta vez, comparando la norma bajo comentario con el artículo 157 de la Constitución

de 1993. (Rubio.1999).

Mientras la Constitución de 1979 prohibía el latifundio y se proponía eliminar el minifundio, la de 1993 señala, simplemente, que el Estado puede fijar los límites y la extensión de las tierras.

En relación al abandono de las tierras, la Constitución de 1979 decía que las que caían en tal situación se destinaban a su adjudicación a campesinos sin tierras. La de 1993 las adjudicará en venta.

### **Análisis exegético**

El artículo trata de dos aspectos distintos: el desarrollo agrario y la propiedad de las tierras rurales. Ambos temas tienen un vínculo pero jurídicamente hay gran diferencia entre ellos. Es de lamentar que sean tratados, sistemáticamente, en el mismo artículo.

El apoyo preferente al desarrollo agrario exige que la política global del Gobierno, y la asignación de recursos del Presupuesto, se orienten con preferencia a generar condiciones de desarrollo agropecuario en el país y ello es tarea que requiere alta inversión y diversificación porque son muy distintos los problemas de las diversas regiones del país y, en buena cuenta, de cada uno de los microclimas existentes.

En la costa los elementos principales del desarrollo agrario son los siguientes:

- La escasez de agua y, a la vez, la pérdida de agua en el mar en la época de carga de los ríos. Toda la técnica de recolección y almacenamiento de agua, así como la de riego, están por hacerse en buena parte del territorio.
- Una política de control de plagas. No existe propiamente una política. Hay esfuerzos aislados pero no logran articularse para, por ejemplo, erradicar algunas de ellas en un esfuerzo colectivo. El trabajo se deja fundamentalmente a

la inversión individual en pesticidas.

- Una política de desarrollo racional de áreas cultivadas con información suficiente sobre previsiones del mercado. En la actualidad, prácticamente no existen estadísticas útiles para tomar decisiones gerenciales sobre producción, particularmente agraria.

- Una política de desarrollo tecnológico que permita ingresar con éxito a la producción y comercialización de productos de exportación.

- Todo ello requiere una política crediticia no sólo para la campaña productiva, sino para la reconstrucción de la infraestructura, destruida sistemáticamente durante las últimas décadas.

- En la sierra, son necesarias las siguientes definiciones para el desarrollo agrario:

- Una política de desarrollo de los recursos hídricos disponibles y, muy especialmente, de almacenamiento del agua del período de lluvias para su posterior utilización para el riego.

- Una política de desarrollo de la producción oriunda y de apertura de mercados para ella.

- Una política fitosanitaria consistente que permita la utilización desde semilla mejorada, hasta formas ecológicamente adecuadas de control de plagas para poder ingresar en mercados que consumen productos no contaminados. Esta será una forma de contrarrestar el hecho de la menor productividad existente.

- Una política de manejo de recursos y pisos ecológicos que permita una elevación de la cantidad y calidad de producción y un mejor nivel de vida para la población.

- Una política de combinación de actividades productivas agropecuarias con actividades artesanales y de pequeña industria que complementen los ingresos familiares.

- Una relación más consistente entre lo rural y las ciudades pequeñas e intermedias porque en la Sierra peruana, probablemente, la única forma de desarrollo es esta combinación.

- Desarrollar una política elemental de crédito.

Lo importante, desde luego, son dos cosas: la primera, que los programas del Estado no se conviertan en asistencialistas sino que busquen promocionar la iniciativa y la capacidad productiva del campesino. La segunda, que existan: no puede haber un sector agrario en una economía pobre dejado al libre juego de la oferta y la demanda, sobre todo cuando se habla de producción de alimentos, que es estratégica para todo proceso de desarrollo. (Rubio.1999).

En el Perú se ha dictado una norma para el desarrollo agrario. Se trata del Decreto Legislativo 885 del 08 de noviembre de 1996. En él se establece un sistema promocional para inversión en el agro que se focaliza en el otorgamiento de incentivos tributarios, los principales de los cuales son:

- La ley se refiere a las personas naturales o jurídicas que desarrollen cultivos o crianza, con excepción de la avicultura, la agroindustria y la industria forestal. El plazo de vigencia es de cinco años, hasta el 31 de diciembre del 2001.

- Aplica el impuesto mínimo a la renta y no la tasa normal.

- Exonera de tasas administrativas al Ministerio de Trabajo y Promoción social a los empleadores.

- Exonera de la contribución al FONAVI a las remuneraciones de los trabajadores que laboren para estos empleadores bajo relación de dependencia.

Crea un seguro de salud para los trabajadores de la actividad agraria en sustitución del Régimen normal de presentaciones de salida por el cual el empleador aportará 4% de la remuneración mínima vital por cada trabajador.

Es una ley destinada a beneficiar al nuevo inversionista en el agro, pero no soluciona ningún problema al campesino propietario de tierras de la actualidad, que lo que requiere es una política de estímulo a la producción en los términos que hemos indicado al inicio del comentario que ahora hacemos.

El artículo continúa, estableciendo que el Estado garantiza la propiedad sobre la tierra tanto en forma privada como en cualquier otra, comunal o asociativa. Es una plasmación en la actividad agropecuaria de los principios de libre iniciativa privada y libertad de empresa, comercio e industria que ya encontramos en los artículos 58 y 59 de la Constitución.

Sin embargo, acepta el principio de que fije límites y extensión de tierra según cada zona. Este fue el principio imperante bajo la Reforma Agraria iniciada en 1964 y acelerada a partir de 1969: existía una extensión máxima de conducción directa, variable según calidad de tierra, regiones Y producción agraria o pecuaria, por encima del cual se expropiaba para distribuirla entre campesinos sin tierra. Si bien no hay en los últimos años un proceso de redimensionamiento de la extensión tierras que se puede tener en propiedad, siempre queda la posibilidad constitucional de establecerlo según la norma que comentamos. (Rubio.1999).

El segundo párrafo trata de las tierras agrarias abandonadas, que pasan a dominio del Estado para su adjudicación en venta a quienes deseen comprarlas. El abandono es causal de extinción del derecho de propiedad cuando se producen ciertos supuestos:

- Según el inciso 4 del artículo 968 del Código Civil, se produce el abandono del bien cuando han pasado veinte años sin que el propietario haya ejercitado las potestades de la propiedad sobre él.



- Según la ley 26505 del 17 de julio de 1995, en su artículo 5: «El abandono de tierras, a que se refiere el artículo 88 segundo párrafo de la Constitución Política del Perú, sólo se refiere a las tierras adjudicadas en concesión por el Estado, en los casos de incumplimiento de los términos y condiciones de aquella».

Deberemos entender, por tanto, que en materia de tierra agropecuaria, el abandono se refiere exclusivamente a tierras adjudicadas en concesión por el Estado, para lo cual tendrá que transcurrir el plazo establecido por el inciso 4 del artículo 968 del Código Civil, y que no se hallan afectas a dicha figura las tierras de propiedad entendido como el derecho real típico.

También entenderemos que la norma del artículo 968 del Código Civil, se refiere entonces a la propiedad urbana.

Sin embargo, Aroca plantea un problema particular del abandono en relación a las tierras de las comunidades nativas de la selva:

«De acuerdo al artículo 88 de la nueva Constitución y el artículo 5 de la Ley 26505, las tierras abandonadas por sus dueños quedan incorporadas al dominio público, para su adjudicación en venta. El abandono se producirá cuando las comunidades nativas incumplan los términos y condiciones de los contratos de cesión en uso que han suscrito con el Estado por las tierras forestales que les ha adjudicado mediante concesión: talar árboles, cazar animales silvestres o pescar peces de sus «cochas», y comercializarlos sin autorización forestal. (Rubio.1999).

Lo que hasta 1995 hubiera sido considerado incumplimiento de contrato, hoy en día, por una incorrecta aplicación de la Ley de Tierras, podrá significar la declaración de abandono de las tierras forestales de casi las dos terceras partes de las comunidades nativas de la selva.

Y es que la ley no se ha puesto en el caso de las características del suelo amazónico, cuya fragilidad ecológica requiere mantenerlas en descanso

cinco años continuos. Tampoco se toma en cuenta la cosmovisión de los pueblos indígenas que, lejos de considerar sus tierras como un bien económico, las ven como la base esencial de la vida; y que, siendo vida, las tierras son sagradas y destruirlas sería destruirse a sí mismos».

Consideramos que el problema tiene que verse y solucionarse: no puede tratar a las tierras de selva con los criterios de abandono de las tierras de costa cuando su naturaleza, y el trabajo que se puede hacer sobre ellas, es considerablemente diferente.

En general, como podemos apreciar, el abandono de la propiedad está mal legislado en la combinación Constitución-leyes de desarrollo.

Ya, hablar del artículo 70, comentamos que a pesar que el abandono de la propiedad está mal legislado en las normas de rango de ley, no existía una norma general sobre él en las partes de la Constitución que tratan de la propiedad.

Además, como hemos visto aquí, en materia de tierras de sierra y selva existen fenómenos naturales que impiden utilizar allí los criterios de abandono que se dan en la costa. Por ende, consideramos que el tema tiene que elaborarse mejor de la siguiente manera:

- Estableciendo a cuáles bienes se aplica y a cuáles no se aplica el abandono. Pueden darse categorías genéricas pero es bueno que sean conocidas.
- Establecer los plazos y condiciones del abandono en el ámbito rural y en el urbano, sabiendo que son problemas distintos.
- Resolver expresamente el problema de la diferencia entre abandono y utilización racional de la tierra, lo que incluye descansos, especialmente en la zona de selva.

- Resolver con particular énfasis el problema del abandono en las concesiones que hayan obtenido las comunidades nativas.

En todo caso, las tierras que reciba el Estado por abandono, deben ser adjudicadas en venta, es decir, vendidas en subasta pública a inversionistas que deseen adquirirlas.

Finalmente, queremos recordar que el artículo 14 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer, dedica una norma especial a la situación de la mujer rural. Dice:

«Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, artículo 14.-

1.- Los Estados Partes tendrán en cuenta los problemas especiales a que hace frente la mujer rural y el importante papel que desempeña en la supervivencia económica de su familia, incluido su trabajo en los sectores no monetarios de la economía, y tomarán todas las medidas apropiadas para asegurar la aplicación de las disposiciones de la presente Convención a la mujer de las zonas rurales ( ... )>>.

Es sabido que la mujer cumple un papel fundamental en la familia rural, y no sólo en su rol exclusivo de esposa y madre (como muchas veces sucede en el ámbito urbano), sino que además realiza verdaderamente tareas que son esenciales para la sobrevivencia de la familia: trabaja la chacra, prepara los alimentos que auto consumirá la familia en el largo plazo, comercializa la producción, hace de pastora y de criadora de los animales domésticos que consumen en la casa, realiza labores complementarias como trabajadora fuera del hogar, etc.

Sin embargo, es también uno de los ámbitos en los que la mujer sufre mayor opresión en la relación entre los sexos, es decir, mayor discriminación. Y ello no sólo por razón cultural, sino inclusive jurídica.

Entre otros elementos existen los siguientes:

- Si la familia no está civilmente constituida, no se le reconoce condición de compañera permanente, con los derechos que serían propios de una cónyuge, durante la existencia de la relación de pareja.
- A estos efectos no es suficiente, en el contexto rural, con la sociedad de bienes de que habla el artículo 5, pensada más para un contexto urbano.
- No se le suele reconocer derecho de participar en las asambleas de comunidades o de asociaciones, donde la representación la lleva el marido.
- Tampoco se le reconoce usualmente derechos hereditarios sobre las parcelas de propiedad familiar, por aplicación de las reglas urbanas o rurales tradicionales.
- Tiene restricciones para el acceso al crédito y a otras facilidades.
- Tiene normalmente menor grado de instrucción que el varón.

Todas estas limitaciones forman una estructura compleja en la que lo jurídico y los patrones culturales se dan la mano. Los Estados tienen por el artículo señalado, el deber de lograr una aplicación cabal de los principios de no discriminación a la mujer en el ámbito agrario y, de acuerdo a la metodología que utilizamos en este comentario, consideramos que aquí estamos ante un derecho humano de rango constitucional, exigible jurídicamente a través de las garantías constitucionales.

«Artículo 89.- Las Comunidades Campesinas y las Nativas tienen existencia legal y son personas jurídicas.

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

El Estado respeta la identidad cultural de las Comunidades Campesinas y

Nativas.»

#### Antecedentes en las Constituciones de 1823 a 1933

Las normas protectivas a las Comunidades de Indígenas (hoy denominadas Comunidades Campesinas y Nativas), comienza en la Constitución de 1920:

«Constitución de 1920, artículo 58.- El Estado protegerá a la raza indígena y dictará leyes especiales para su desarrollo y cultura en armonía con sus necesidades.

La Nación reconoce la existencia legal de las comunidades de indígenas y la ley declarará los derechos que les corresponden».

La Constitución de 1933, sin embargo, estableció una amplísima normatividad protectora de las Comunidades:

"Constitución de 1933, artículo 207.- Las comunidades de indígenas tienen existencia legal y personería jurídica».

«Constitución de 1933, artículo 208.- El Estado garantiza la integridad de la propiedad de las comunidades.

La ley organiza el catastro correspondiente».

«Constitución de 1933, artículo 209.- La propiedad de las comunidades es imprescriptible e inajenable, salvo el caso de expropiación por causa de utilidad pública, previa indemnización. Es asimismo, inembargable» .

«Constitución de 1933, artículo 210.- Los Concejos Municipales ni corporación o autoridad alguna intervendrán en la recaudación ni en la administración de las rentas y bienes de las comunidades».

«Constitución de 1933, artículo 211.- El Estado procurará de referencia dotar de tierras a las comunidades de indígenas que no las tengan.

Diversos estudios se han dedicado durante muchos años a la importancia que las Comunidades Campesinas tienen y tuvieron en el Perú.

Los principales aspectos que se destacan en la literatura son los siguientes:

- Son organizaciones sociales democráticas y autónomas en las que participan familias comuneras que tienen vínculos sociales, económicos y culturales entre sí. Trabajan la tierra individualmente y también en comunidad, y colaboran entre sí para sobrellevar mejor los problemas y las tareas arduas. La Constitución les da en este artículo que comentamos, autonomía en su organización:

"Las comunidades campesinas constituyen una forma de organización propia del sector campesino en nuestro país. Ellas están integradas por grupos de familias que habitan y controlan determinados territorios. Entre ellas existen vínculos sociales económicos y culturales; y tienen como práctica consuetudinaria el realizar trabajos colectivos en provecho de la comunidad, tales como el limpiar y reparar los canales de agua, construir o reparar los puentes, caminos, la escuela o la iglesia de la comunidad, cultivar las tierras de la comunidad o pastar el ganado de ésta, a fin de disponer de recursos económicos que le permitan afrontar gastos colectivos. (Rubio.1999).

Las Comunidades Campesinas se caracterizan por constituir organizaciones democráticas y autónomas, que funcionan de acuerdo a usos y costumbres ancestrales. Son democráticas, no sólo porque sus autoridades son elegidas periódicamente por la comunidad, sino sobre todo porque todas las decisiones importantes de la vida institucional de la Comunidad son tomadas en la asamblea general en la que participan todos los comuneros. Son autónomas pues funcionan de manera independiente como órgano de gobierno propio, y de acuerdo a normas internas de la comunidad. Estas normas si bien no están

contenidas en textos escritos, rigen la vida y el funcionamiento de la Comunidad".

- Las Comunidades Campesinas tienen una organización productiva establecida sobre dos bases: una es la del trabajo familiar de una parte de la tierra que, en realidad, está entregada en derecho a cada familia comunera. La otra, es la del trabajo común en tierras que son consideradas de la comunidad y de beneficio para todos. Hay que recordar que el artículo 89 de la Constitución establece autonomía en el trabajo comunal:

"Si bien no se puede establecer un esquema general para todas las Comunidades, se puede decir que al interior de ellas existe un doble sistema de uso de la tierra: familiar (del comunero con su familia) y colectivo (de los miembros de la Comunidad en conjunto).

La explotación familiar puede producir sobre tierras consideradas del dominio' del comunero y su familia, como sobre tierras comunales; la explotación colectiva puede ser en beneficio de los comuneros en forma individual, o en beneficio de la comunidad en su conjunto. Esto dependiendo de la variedad de tierras que tenga la Comunidad".

- Según Eguren, las comunidades campesinas han contribuido a la modernización de la sierra porque han suplido al Estado en la prestación de servicios importantes con los cuales éste nunca llegó:

"Las comunidades han cumplido un papel importante en la modernización de la sierra. Muchos dudarán de esta afirmación, pues éstas son también reductos de tradición y conservadurismo. Pero es innegable que las comunidades han suplido en medida importante muchas carencias derivadas de la desatención del Estado" vitales para la modernización de la economía y la cultura, construyendo vías de comunicación y obras de infraestructura necesarias tanto a las actividades productivas y su vinculación al mercado, como a la educación y a la salud. Recientemente, son muchas las comunidades que han logrado comunicarse con las redes de información mundial a través de la

instalación de antenas parabólicas costeadas con sus propios recursos" .

- Las Comunidades ayudan a organizar los escalones más elementales del Estado, contribuyendo con su organicidad a la constitución de reparticiones del territorio nacional organizadas y conducidas políticamente:

"Las comunidades también han cumplido y aún cumplen un papel importante en la construcción del Estado nacional en las áreas rurales. No otra cosa es su reivindicación, lograda en muchos casos, de convertirse en distritos. Es así que las comunidades logran lo que el Estado desde arriba ha mostrado poca capacidad de hacer: encontrar modos de relación con sectores sociales marginados y territorialmente dispersos. Muchos grupos de campesinos y de pequeños agricultores forman comunidades nuevas precisamente para lograr formar parte de la red institucional del país y acceder a los beneficios, por magros que fueran, de una relación con el Estado".

- Finalmente, Eguren sostiene que cumplen una función de garantía de sobrevivencia de millones de peruanos:

"Es razonable, finalmente, afirmar como hipótesis que las comunidades cumplen otra función directamente vinculada a las consecuencias de la desastrosa gestión económica que vive el país desde hace varias décadas: el de asegurar la sobrevivencia de centenares de miles, si no algunos millones, de peruanos".

En relación a las Comunidades nativas, dice Ana Teresa Revilla:

Las Comunidades Nativas son menos en número y en población que las Comunidades Campesinas. Según el censo de 1993 existen 1,297 Comunidades Indígenas de la Amazonía, con una población total de 190,297. Sin embargo, a pesar de no ser una población mayoritaria, ellas integran 47 grupos étnicos distintos. Es decir, unidades poblacionales que hablan la misma lengua, ocupan un territorio continuo y comparten una cultura común (Perú: Primer Censo de Comunidades Indígenas de la Amazonia, INE) .



Las Comunidades Nativas de la Selva no fueron siempre reconocidas jurídicamente en el Perú. Es más, como hemos tenido oportunidad de ver al comentar el artículo 69 de la Constitución, las políticas de colonización amazónica del Estado Peruano han considerado que es tierra virgen y deshabitada lo que, desde luego nunca fue cierto. Sin embargo sí fue síntoma del sentir que sobre ella tenían la capital y sus políticos, Regan se refiere a su reconocimiento y características principales:

En 1974 el Estado Peruano dio reconocimiento, existencia legal y personería jurídica a las poblaciones indígenas de la selva. El término comunidad nativa propuesto es el siguiente:

La unidad socio-económica estable, vinculada a un determinado espacio territorial, con un tipo de asentamiento que puede ser nucleado (comunidad moderna) o disperso (comunidad tradicional), que se autoreconoce como comunidad y. que se diferencia de las otras unidades socio-económicas vecinas, sean nativas o no (Varese 1972:164).

El problema de esta definición es que, en muchos lugares, la comunidad nativa no es una unidad socio-económica estable. Es más bien una unidad política. La unidad socio-económica estable es la familia extensa o en su forma ampliada lo que se puede llamar el clan familiar local, El nuevo sistema, después de veinte años, en varios lugares todavía no se ha consolidado y puede propiciar diversos conflictos.

De hecho, una comunidad aguaruna hace poco ha modificado sus estatutos para incluir el consejo de jefes de los clanes. Ya no realizan asambleas de comunidad, sino asambleas de clanes. Luego los jefes de los clanes se reúnen con el jefe de la comunidad para coordinar actividades. Han vuelto a una forma tradicional de organizarse, que está más de acuerdo a su realidad.

En el tipo de asamblea contemplada por la Ley, una familia numerosa podría dominar a otras. Una organización como el consejo de jefes de clanes permite una participación igual de las diversas familias. Entre los nativos la

unidad básica de la sociedad, más que el individuo, es la familia. También permite una mayor participación de las mujeres.

De esta cita son interesantes las siguientes anotaciones:

- La organización que da la ley a las comunidades no corresponde ni a sus tradiciones ni a la naturaleza del poder que debe ser ejercitado internamente. Por ello, las comunidades vuelven a sus formas tradicionales de organización que, aunque parezcan menos eficientes, dentro de la sociedad que ellas conforman sí lo son.

- Las comunidades son instituciones en las que la familia es más miembro de la sociedad que el individuo. Por consiguiente, los patrones individualistas de nuestro Derecho deben ser analizados y tamizados antes de pretenderse su aplicación a ellas.

- Dentro de las comunidades nativas es muy importante adoptar formas de organización que eviten que una familia poderosa o numerosa, se imponga sobre las otras y las domine.

En la medida que el Estado se halla ausente de la inmensa mayoría del territorio de la Amazonía en el Perú, las Comunidades Nativas son la vía de organización de la sociedad en la zona. Asumen muchas funciones que deberían ser estatales en materia de servicios e, inclusive, en la administración de justicia para sus miembros:

"Las comunidades nativas administran justicia; ello es aceptado y respetado por los propios nativos. La nuestra es una sociedad pluricultural, muy compleja, y por tanto necesitada de incorporar los elementos de todas las culturas, con sus valores, verdades y moral propios, para que el Estado tenga legitimidad política. Sería interesante que la Constitución incorporara una norma que reconociera la facultad de administrar justicia en asuntos de mínima cuantía o en conflictos menores, como lo establece la ley de comunidades nativas vigente, lo que contribuiría a cerrar la brecha que existe entre el sistema nacional

y las comunidades".

La propuesta que formula Aroca en la parte final de la cita transcrita, ha sido ya incorporada en el artículo 149 de la Constitución, que comentamos oportunamente.

En relación a la libre disposición de las tierras de las comunidades campesinas de la costa, la ley 26845 del 23 de Julio de 1997 ha establecido lo siguiente:

"Ley 26845, artículo 5.- Los comuneros poseedores de tierras comunales de las Comunidades Campesinas de la Costa, pueden acordar el régimen de la propiedad de las tierras que ocupan".

"Ley 26845, artículo 6.- Los comuneros poseedores por más de un año, podrán solicitar la adjudicación a título de propiedad de las tierras que conducen. Para la aprobación de dicha solicitud se requiere el voto a favor de no menos del cincuenta por ciento de los comuneros poseedores por más de un año, asistentes a la Asamblea.

Este acuerdo puede realizarse entre comuneros poseedores ubicados en el mismo Anexo o Sector, cuyos alcances serán definidos en el reglamento".

"Ley 26845, artículo 7.- Para la adquisición en propiedad, de tierras de las Comunidades Campesinas de la Costa, que ocupan terceros poseedores por un período no menor de dos años sin relación contractual, se requiere del voto favorable de no menos del treinta por ciento (30%) de los comuneros calificados de la comunidad, asistentes a la Asamblea General, sea en primera o segunda convocatoria.

El quórum necesario para declarar válidamente instaladas las asamblea a que se refieren los artículos 6 y 7 de la presente ley será fijado en el reglamento".

Un tema particularmente difícil con las comunidades nativas de la Selva en materia del dominio de sus tierras, es que han habitado durante siglos en ciertos territorios que reconocen como suyos, dentro de los cuáles viven alternativamente en uno Y en otros lugares; donde no explotan masivamente los recursos para no empobrecer el medio ambiente; donde las parcelas de cultivo tienen que descansar varios años para recuperar sus capacidades productivas. Además, como es obvio, sus mejores tierras están al borde de los ríos que dan agua y permiten la navegación y, con ella, la comunicación.

Por consiguiente, la tierra detentada en esas condiciones resulta de gran importancia para las comunidades nativas y, el régimen de dominio y tenencia, debe ser adaptado a sus circunstancias. No debe trasladarse mecánicamente la normatividad que sirve en otros lugares del país. Uno de los problemas más graves es el del abandono, que ya vimos a propósito del artículo 88 y que se vuelve a tratar en éste:

De acuerdo al artículo 88 de la nueva Constitución y al artículo 5 de la Ley 26505, las tierras abandonadas por sus dueños quedan incorporadas al dominio público, para su adjudicación en venta. El abandono se producirá cuando las comunidades nativas incumplan los términos y condiciones de los contratos de cesión en uso que han suscrito con el Estado por las tierras forestales que les ha adjudicado mediante concesión: talar árboles, cazar animales silvestres o pescar peces de sus «cochas», y comercializarlos sin autorización forestal.

Lo que hasta 1995 hubiera sido considerado incumplimiento de contrato, hoy en día, por una incorrecta aplicación de la Ley de Tierras, podrá significar la declaración de abandono de las tierras forestales de casi las dos terceras partes de las comunidades nativas de la selva.

Y es que la ley no se ha puesto en el caso de las características del suelo amazónico, cuya fragilidad ecológica requiere mantenerlas en descanso cinco años continuos. Tampoco se toma en cuenta la cosmovisión de los pueblos indígenas que, lejos de considerar sus tierras como un bien económico, las ven

como la base esencial de la vida; y que, siendo vida, las tierras son sagradas y destruirlas sería destruirse a sí mismos.

De otro lado, el artículo 89 de la Constitución les da libre disposición de sus tierras, aunque considera que su propiedad sobre ellas es imprescriptible. Las dos normas pueden cohabitar perfectamente desde el punto de vista formal: las comunidades nativas pueden transferir pero, si no lo hacen, nadie puede adquirir por usucapión sus tierras.

Sin embargo, es muy discutible que las comunidades nativas puedan vender sus tierras, porque ello no tiene ni mucho sentido económico, ni tampoco significación positiva para su cultura:

"No se juzga prudente que pudiera liberalizarse el «mercado de tierras», incluyendo las tierras comunales, porque esto significaría la extinción de las comunidades como pueblos, la pérdida de su identidad y la miseria social.

Por la importancia que reviste para el país, y como ha sido expresado en el derecho internacional, la protección de las tierras de los pueblos indígenas, debe continuar en el texto constitucional. El concepto de propiedad privada no es suficiente para brindar las garantías necesarias a la realidad de las comunidades, que tienen y guardan una relación especial con sus tierras, con sus recursos naturales, para su existencia social, espiritual, económica y política, lo que a su vez está relacionado con su derecho a la autodeterminación y autonomía en sus tierras". (Rubio.1999).

Un reciente estudio realizado sobre problemas de derechos humanos y comunidades nativas, arroja las siguientes conclusiones sobre el tema, que nos parecen ilustrativas y por ello las transcribimos:

A partir del estudio de casos de los Pueblos Asháninka, Aguaruna, Shipibo y Yagua, formulando las siguientes conclusiones:

1.-Tierras y territorio indígena.

1.1 El territorio representa para los pueblos indígenas de la Amazonía Peruana, su fuente de vida y su cultura; sin embargo este espacio está siendo reducido.

1.2. La declaración de abandono sobre las tierras forestales de los pueblos indígenas, organizadas como comunidades nativas, es una amenaza grave, producto de la desaparición del régimen de protección de tierras que no está mencionado en la nueva Constitución política.

1.3. Otras causas de la reducción del territorio de los pueblos indígenas son:

(a) La extracción desmesurada de materias primas;

(b) La búsqueda de una salida a la presión de la tierra y su consiguiente colonización; y

(e) En muchos casos, el sometimiento de las tierras a un proceso de prospección y explotación minera, de hidrocarburos y agroindustrial.

1.4. Estas circunstancias afectan la posesión y la propiedad de las tierras que tradicionalmente han ocupado los pueblos indígenas de la Amazonía, así como la integridad de la calidad de vida, la cultura y la supervivencia del indígena.

1.5. La deforestación, la destrucción de la selva original, la disminución de la biodiversidad y de los recursos de caza y pesca, desequilibran la dinámica relación indígena-tierra y atentan contra el hábitat natural y cultural de las comunidades.

1.6. Entre tanto, los derechos de los pueblos indígenas no han sido tomados en cuenta. Debido a esta política los colonos se han establecido libremente en ciudades y caseríos, afectando con frecuencia los derechos constitucionales sobre la tierra de las comunidades nativas con la indiferencia del Gobierno frente a sus problemas y necesidades".

Los derechos de los pueblos amazónicos son reclamados por el Convenio 169 de la OIT:

- El concepto de tierra como territorio para los pueblos nativos:

Convenio N. 169 OIT, artículo 13.-

2.- La utilización del término «tierras» en los artículos 15 y 16 deberá incluir el concepto de territorios, lo que cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan en alguna otra manera»".

- La propiedad y posesión sobre las tierras que les son propias por tradición:

Convenio N. 169 OIT, artículo 14.-

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 las 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»".

El derecho de los pueblos a la protección de los recursos naturales existentes en sus tierras y su derecho a participar en las instancias encargadas de utilizarlos, administrarlos y conservarlos.

"Convenio N. 169 OIT, artículo 15.-

1.- Los derechos de los pueblos interesados a los recursos naturales existentes en sus tierras deberán protegerse especialmente. Estos derechos comprenden el derecho de esos pueblos a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos.

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

En relación a las comunidades campesinas de la Costa peruana, la Ley 26845 ha establecido la siguiente norma sobre el abandono de tierras:

"Ley 26845, artículo 10.- Procede declarar el abandono legal de las tierras de las Comunidades Campesinas de la Costa, de conformidad con los artículos 88 y 89 de la Constitución Política del Perú, cuando terceros poseedores en condición de precarios las tengan dedicadas a la actividad agraria bajo explotación económica, pública, pacífica e ininterrumpida por un plazo no menor de dos años a la fecha de presentación de la solicitud de declaración de abandono y de acuerdo a lo previsto en el artículo 27 del Decreto Legislativo 667 siempre que ofertada la compra por dichos poseedores precarios, ésta no se hubiera concertado con la comunidad.

[ ... ]

En los casos en que se hubiera iniciado el procedimiento de declaración de abandono, se dará por concluido éste si la Comunidad Campesina de la Costa, a cuyo favor se encuentran inscritas las tierras, otorga el título de propiedad respectivo".



El párrafo final del artículo 89 establece el deber del Estado de respetar la identidad cultural de las Comunidades Campesina y Nativas. En ello hay mucho de lo establecido anteriormente, también en el ámbito del manejo de sus tierras y del respeto a sus derechos ancestrales, que no es sino reconocimiento de identidad cultural en su verdadera esencia. La norma concuerda con el inciso 19 del artículo 2 de la Constitución que hace una declaración más general sobre el derecho a la identidad cultural.

No hay que olvidar al tratar el tema de las comunidades campesinas y nativas, que el inciso 8 del artículo 139 de la Constitución obliga ante la laguna de Derecho, a aplicar los principios generales del derecho y el derecho consuetudinario. Este último es especialmente importante en las comunidades.

Tampoco hay que olvidar que el artículo 149 da a sus autoridades funciones jurisdiccionales cumplidas ciertas circunstancias: «Las autoridades de las Comunidades Campesinas y Nativas, con el apoyo de las Rondas Campesinas, pueden ejercer las funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial de conformidad con el derecho consuetudinario, siempre que no violen los derechos fundamentales de la persona, la ley establece las formas de coordinación de dicha jurisdicción especial con los Juzgados de Paz y con las demás instancias del Poder Judicial. (Rubio.1999).

### **2.1.3.2 Contenido del derecho a la propiedad**

Bajo el artículo 21, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos tiene, por ende, una importancia singular para los pueblos indígenas y tribales, porque la Protección del derecho a la propiedad territorial es una base fundamental para el desarrollo de la cultura, la vida espiritual, la integridad y la supervivencia económica de las comunidades indígenas. Es un derecho al territorio que incluye el uso y disfrute de sus derechos naturales. Se relaciona directamente, incluso como un prerrequisito, con los derechos a la existencia en condiciones dignas, a la alimentación, al agua, a la salud, a la vida, al honor, a la dignidad, a la libertad de conciencia y religión, a la libertad de asociación, a los derechos de la familia, y a la libertad de movimiento y residencia. (COMISIÓN

## INTERNACIONAL DE DERECHOS HUMANOS –NORMAS Y JURISPRUDENCIA).

Es decir, que los derechos de los indígenas son aquellos derechos colectivos que existen como reconocimiento a la condición específica de los pueblos autóctonos. Los mismos incluyen, no sólo los derechos humanos más básicos a la vida e integridad, sino también los derechos sobre su territorio, al idioma, la cultura, la religión y otros elementos que forman parte de su identidad como pueblo. El término puede ser utilizado como una expresión de reclamo por organizaciones sociales o ser parte de leyes nacionales que establecen la relación entre un gobierno y el derecho de autodeterminación de los pueblos autóctonos que viven dentro de sus fronteras, o en derecho internacional como una protección contra acciones violatorias por parte de gobiernos o de grupos con intereses privados.

### **2.1.3.3 Protección y liberalización de la tierra comunal: Análisis del marco normativo**

La protección de las tierras comunales se inicia con la Constitución Política de 1920, en un sentido favorable al reconocimiento de sus derechos, estableciendo su artículo 41º que “**...los bienes de propiedad del Estado, de instituciones públicas y de comunidades de indígenas son imprescriptibles y solo podrán transferirse mediante título público, en los casos y en la forma que establezca la Ley**”. La finalidad de esta prescripción constitucional fue protegerlas de los hacendados o terratenientes que se apropiaban de sus tierras porque hacían crecer sus haciendas a costa de las tierras comunales. Aunque, a partir de 1923 se facilitó la legalización de la propiedad de las tierras usurpadas a las comunidades.

La Constitución Política de 1933 aumentó la protección de las tierras comunales, declarándolas imprescriptibles e inajenables (a excepción del caso de expropiación por causa de utilidad pública), además de inembargable y garantizar su integridad. Así lo establece el artículo 208: “*El Estado garantiza la*

*integridad de la propiedad de las comunidades. La ley organizará el catastro correspondiente”. Y el artículo 209: “**La propiedad de las comunidades es imprescriptible e inajenable, salvo el caso de expropiación por causa de utilidad pública, previa indemnización. Es, asimismo, inembargable.**”*

Posteriormente, se inició un proceso de reforma a cargo de las fuerzas militares e iniciado por el general Juan Velasco Alvarado en 1969, buscando desarrollar una “transformación de la estructura agraria del país... (y) sustituir (los) regímenes del latifundio y minifundio por un sistema justo de propiedad, tenencia y explotación de la tierra...” con un sentido social, orientando el derecho de propiedad sobre la base de propiedad- tenencia-explotación directa a través del trabajo.

El derecho a la tierra de las comunidades se mantuvo, estableciendo el artículo 116 del Decreto Ley N° 17716 “Ley de Reforma Agraria”: “*El régimen de la propiedad rural de las comunidades campesinas queda sujeto a lo que establece el presente decreto ley, con las Protecciones y limitaciones que determina la Constitución de la República*”, manteniéndose así todas las Protecciones previstas en la Constitución de 1933. Paralelamente, el artículo 125 de la misma Ley autoriza a las comunidades la posibilidad de ceder sus tierras en uso a cooperativas o sociedades agrícolas de interés social, integradas por miembros de la misma comunidad, bajo condiciones aprobadas por el Ministerio de Agricultura. Lo que en buena cuenta significó abrir un espacio a la disposición de las tierras de las comunidades.

La Constitución de 1979, a pesar de mantener lo principal significó un retroceso en el tratamiento tutelar de sus tierras, ya que si bien se mantiene la protección de inembargabilidad, inalienabilidad e imprescriptibilidad, la figura de protección del íntegro de sus tierras fue eliminada. El artículo 163 establecía: “- **Las tierras de las Comunidades Campesinas y Nativas son inembargables e imprescriptibles. También son inalienables, salvo ley fundada en el interés de la Comunidad, y solicitada por una mayoría de los dos tercios de los miembros calificados de esta, o en caso de expropiación por necesidad y utilidad públicas. En ambos casos con pago previo en dinero. Queda**

***prohibido el acaparamiento de tierras dentro de la Comunidad.***” La Constitución elimina la Protección de integridad de la propiedad de las comunidades, lo que evidentemente constituye un retroceso y que ha sido frecuente la expoliación (uso abusivo de algo, sinónimo de “saqueo” o “depredación” en lo referente a la explotación de recursos) de sus tierras. En cuanto a la inalienabilidad de las tierras, según el precepto constitucional era posible venderlas con aprobación de los dos tercios de sus miembros calificados y luego autorizada por ley del Congreso de la República. La expropiación por el Estado por necesidad y utilidad pública era otra forma de disposición de tierras permitida por la Constitución.

Durante la vigencia de la Constitución de 1979 se aprobaron importantes leyes sobre la materia, referidos a las comunidades campesinas: el Código Civil de 1984, en 1987 la Ley 24656 “Ley General de Comunidades Campesinas” y la Ley 24657 “Ley de Deslinde y Titulación del Territorio Comunal”. El Código Civil de 1984 recoge la protección otorgada por las 03 Constituciones Políticas anteriores, en el sentido de que las tierras de las comunidades eran inalienables, imprescriptibles e inembargables, estableciendo en su artículo 136 “... ***las tierras de las comunidades son inalienables, imprescriptibles, e inembargables, salvo las excepciones establecidas por la Constitución Política del Perú. Se presume que son propiedad comunal las tierras poseídas de acuerdo al reconocimiento e inscripción de la comunidad***”. La Ley N° 24656 “Ley General de Comunidades Campesinas”, remite la regulación de las tierras de las comunidades a la Ley 24657 “Ley de Deslinde y Titulación del Territorio Comunal”, aunque aquella contempla las 03 Protecciones proteccionistas históricamente reconocidas al señalar en su artículo 7: “... ***las tierras de las comunidades campesinas son inembargables e imprescriptibles; también inalienables, salvo previo acuerdo de por lo menos dos tercios de los miembros calificados de la comunidad, reunidos en asamblea general expresa y únicamente con tal finalidad. El acuerdo deberá ser aprobado por ley fundada en el interés de la comunidad y deberá pagarse el precio en dinero por adelantado***”; siendo destacable que el artículo 1 establezca que el Estado garantiza la integridad del derecho de propiedad del territorio de las comunidades campesinas, recogiendo la cuádruple

protección contenida en la Constitución de 1933 (inembargabilidad, imprescriptibilidad, inalienabilidad e integridad). La Ley 24657 “Ley de Deslinde y Titulación del Territorio Comunal” en forma genérica determina que **“...el territorio comunal está integrado por las tierras originarias de la Comunidad, las tierras adquiridas de acuerdo al derecho común y agrario, y las adjudicadas con fines de Reforma Agraria. Las tierras originarias comprenden: las que la comunidad viene poseyendo, incluyendo las eriazas, y las que indican sus títulos”**.

La democracia sin embargo se ve empañada con el autogolpe de Estado encabezado por el mismo Presidente de la República Alberto Fujimori. Este Gobierno para legitimarse necesitaba una Constitución que le diera un marco jurídico liberal al Estado y representó el mayor retroceso en la defensa de las tierras de las comunidades, siendo reducida a sólo la imprescriptibilidad. La Constitución de 1993 establece en su artículo 89º la libre disponibilidad de las tierras de las comunidades, con lo cual estas pueden ser vendidas, cedidas, donadas, estableciendo expresamente que **“Las Comunidades Campesinas y las Nativas tienen existencia legal y son personas jurídicas. Son autónomas en su organización, en el trabajo comunal y en el uso y la libre disposición de sus tierras, así como en lo económico y administrativo, dentro del marco que la ley establece. La propiedad de sus tierras es imprescriptible, salvo en el caso de abandono previsto en el artículo anterior. El Estado respeta la identidad cultural de las Comunidades Campesinas y Nativas.”** Se dijo, que ello se debía a una política de modernización del agro, sobre la base de una vida atrasada que tendrían, pero lo que en el fondo promovían era la liberalización de la tierras o de la propiedad agraria que empezó en el año 1991 con el Decreto Legislativo N° 653 “Ley de Promoción de las Inversiones en el Sector Agrario” que estableció que la propiedad agraria, cualquiera sea su origen, puede ser libremente transferida a terceros y se autoriza a las sociedades anónimas a ser propietarias de tierras y se instaura la conducción indirecta de los predios agrícolas. Citando la Sentencia del Tribunal Constitucional N° 3343-2007-PA/TC, Montoya Chávez y Vila Ormeño (2012), refiere **“Basándose en lo señalado en el Convenio 169 de la OIT, las situaciones ventaja y desventaja son reconocidas a los grupos**

***étnicos, tomando en cuenta la realidad y las concepciones que ellos guardan sobre el mundo que los rodea, determinándose el derecho a la libre autodeterminación de los pueblos indígenas.”***

Esta política liberal o de libre disponibilidad de las tierras se profundiza con la Ley N° 26505 dictada en el año 1995, que en el fondo eliminó límites a la propiedad de la tierra, favoreciendo así a su acumulación o concentración. Permite que las comunidades puedan disponer de sus tierras, con ciertos requisitos: las ubicadas en la sierra y la selva debían contar con el voto aprobatorio de dos tercios del número total de comuneros calificados, y para las ubicadas en la costa basta con la votación a favor de no menos del 50% de los comuneros asistentes a la Asamblea poseedores por más de un año de tierras comunales. Aunque posteriormente con la promulgación de los Decretos Legislativos N°s 1015 y 1073 puesto luego en duda este procedimiento.

La Ley N° 26505, introduce la obligación de los empresarios mineros de llegar a un acuerdo con los propietarios de los predios, sean agricultores o comunidades, antes de iniciar actividad minera. El artículo 3 establece en términos generales que las protecciones constitucionales se mantienen y que por ningún motivo se podrá imponer limitaciones o restricciones a la propiedad de las tierras distintas a las previstas en esta Ley. Se autoriza también a los extranjeros el libre acceso a la propiedad de las tierras, a excepción de las tierras situadas en zona de frontera que se encuentra sujeto a lo establecido en el Artículo 71 de la Constitución Política. El artículo 7 prevé que el establecimiento de derechos de explotación minera requiere el acuerdo previo con el propietario de las tierras, no procede; y si el yacimiento es considerado por el Consejo de Ministros de interés nacional, previo informe del Ministerio de Energía y Minas, el propietario será compensado previamente, por el titular del derecho minero con el justiprecio y la indemnización correspondiente; lo que significa que finalmente se impondrá la decisión del Estado a la voluntad de la comunidad. El artículo 8 permite a las Comunidades Campesinas la libertad de adoptar por acuerdo mayoritario de sus miembros un modelo de organización empresarial, sin que para ello se exija un requisito administrativo previo, con lo cual se pretende darle forma empresarial.

Tratándose de tierras de propiedad de las Comunidades Campesinas de la Costa, se permite la adquisición en propiedad por parte de miembros de la comunidad no poseionarios o de terceros, así como para gravar, arrendar o ejercer cualquier otro acto de disposición sobre las tierras comunales de la Costa, para lo cual se requiere el voto a favor de no menos del cincuenta por ciento de los miembros asistentes a la Asamblea instalada con el quórum correspondiente. Para el caso de tierras comunales de la Sierra o Selva, para disponer, gravar, arrendar o ejercer cualquier otro acto sobre ellas, se requerirá el Acuerdo de la Asamblea General con el voto conforme de no menos de los dos tercios de todos los miembros de la Comunidad.

Como quiera que no era propicia para los grandes grupos económicos, se introdujo el acuerdo previo con el propietario del predio para el inicio de actividades y si no era posible se acudía a la servidumbre minera. Sin embargo, ello fue eliminado por el Decreto Legislativo N° 1064 dictado en el año 2008, derogado, esta vez, por la presión social de las poblaciones nativas. Así quedó vigente la Ley de Tierras de 1995. En diciembre del 2007, el Congreso delegó facultades especiales al Poder Ejecutivo para que pudiera legislar a favor de la implementación del Acuerdo de Promoción Comercial entre Perú y Estados Unidos (TLC). En el marco de estas facultades, entre marzo y junio del 2008 se aprobaron 99 decretos legislativos, 26 de los cuales tenían una relación directa con la actividad agraria; de estos, 06 versaban sobre las tierras de las comunidades campesinas y nativas (Decretos 994, 1015, 1064, 1073, 1089 y 1090).

El Decreto Legislativo N° 1064, que aprobó el régimen jurídico para el aprovechamiento de las tierras de uso agrario, derogaba en su totalidad la regulación de tierras eriazas contemplada en el Decreto Legislativo 653 (ley de promoción de las inversiones en el sector agrario), las adjudicaciones en la selva y ceja de selva y el procedimiento que se había establecido para el cambio de uso del suelo. Asimismo, derogaba la Ley 26505, ley de la inversión privada en el desarrollo de las actividades económicas en las tierras del territorio nacional y de las comunidades campesinas y nativas, conocida como la “Ley de tierras”.

En virtud a los conflictos sociales que surgieron por la emisión de esta norma y las implicancias de sus modificatorias, por Ley 29376 se suspendió la aplicación del Decreto Legislativo 1064 y se restituyó la vigencia del texto de la Ley 26505 y del Decreto Legislativo 653. Finalmente, el Decreto Legislativo 1064 fue derogado por la Ley 29382.

El consenso alrededor de estas normas es que tienen consecuencias sociales y económicas. En efecto, estas medidas legislativas ahondan más la brecha social existente, pues pretenden transferir los recursos (la tierra) de los que menos tienen (campesinos y comunidades) a aquellos con capacidad de invertir (grandes inversionistas) para aprovecharlos con mayor “eficiencia”. Ello es advertido por el estudioso Chambilla Jalire (2005), quien refiriéndose a la conquista de derechos a través del tiempo nos recuerda que **“Los derechos humanos no son, pues, el fruto de graciosas concesiones de quienes en cada momento histórico detentaron o ejercieron el poder político, económico o ideológico en diferentes estadios del desarrollo social; sino que, por el contrario, son verdaderas conquistas de parcelas de poder por parte del pueblo frente a un poder que se resistía a reconocerlos”**.

Estas seis normas tienen en común que facilitan la disposición de las tierras de las comunidades campesinas y nativas. El Decreto Legislativo 994, orientado a las tierras de las comunidades ubicadas en la costa, promueve la irrigación de tierras eriazas con aptitud agrícola con la finalidad de ampliar la frontera agrícola. El mayor de los problemas de esta norma es que exige el título de propiedad a las comunidades para demostrar que son dueñas de las tierras eriazas que poseen, sin tomar en cuenta que es el Estado peruano el que tiene que otorgárselos, cosa que hasta la fecha no ha podido cumplir.

En cuanto al Decreto Legislativo 1073, modificó con poca fortuna el Decreto Legislativo 1015, que tenía como objetivo promover y facilitar la inversión privada en tierras de las comunidades campesinas y nativas, ya que según la fundamentación de la norma, las formas de decisión para disponer de ellas (gravar, arrendar, vender o ejercer cualquier otro acto) había generado dificultades a los comuneros para ejercer un verdadero derecho de propiedad.



La propuesta consistió en eliminar estas supuestas formas desventajosas para que la reducción del porcentaje de comuneros al momento de tomar la decisión hiciera más fácil disponer de ellas.

No tomó en cuenta la norma que, disponiendo de la tierra, como se pretende con estos decretos, solo generaría mayor pobreza, dado que el mayor capital que poseen las comunidades es justamente la tierra. Sin tierra, las comunidades y los comuneros no tienen posibilidad de existir.

El Decreto Legislativo 1064 planteó un cambio en la reglas de juego respecto del uso de las tierras de las comunidades. Esta norma eliminó el acuerdo previo entre el propietario de la tierra y el inversionista como requisito para el inicio de actividades mineras o de hidrocarburos, imponiendo servidumbres legales u obligatorias. Evidentemente, con este cambio los conflictos con las comunidades por la explotación de los recursos minerales ubicados dentro de sus tierras irían en aumento, pues ellas se verían impedidas de negociar con las empresas extractivas por la utilización de sus tierras. Esta misma norma excluyó a las tierras eriazas (no cultivables por exceso o falta de agua) del territorio comunal, que eran reconocidas en leyes especiales como parte de su propiedad.

El Decreto Legislativo 1089 otorgó facultades especiales al Organismo de Formalización de la Propiedad Informal (COFOPRI) para que, durante cuatro años, titule los predios rústicos (las comunidades están dentro de esta calificación).

No obstante, el peligro de esta norma radica en que la información gráfica de este organismo administrativo prevalecerá sobre aquellos que figuren en el registro de predios, lo que, eventualmente, significaría vulnerar la seguridad jurídica de la propiedad comunal. Esta medida va en contra del sistema registral peruano vigente, que señala que un asiento registral sólo puede ser rectificado o invalidado previa declaración judicial y nunca por un ente administrativo como COFOPRI.

Finalmente, respecto del Decreto Legislativo 1090, dedicado más a tierras de las comunidades nativas, tuvo como principal problema el cambio de usos de las tierras forestales para promover los biocombustibles en la Amazonía. Hay que señalar que, en el Perú, el derecho de propiedad de las comunidades nativas no es por toda la extensión de tierras que ocupan y usan para su subsistencia, sino solamente de una porción, el área que usan con fines agrícolas, por lo que se justifica el temor a no manejar los recursos existentes fuera de los límites de su propiedad.

Las protestas frente a este paquete normativo no se hicieron esperar. Primero las comunidades nativas, luego las campesinas e incluso instituciones como la Defensoría del Pueblo, se pronunciaron contra estas medidas. La razón más poderosa que las condujo a la protesta fue que este conjunto de normas no habían sido consultadas, tal como lo prevé el Convenio 169 de la OIT —del que el Perú es firmante—, por lo que su aplicación tendría que ser inmediata.

Efectivamente, el convenio obliga a los estados partes a consultar a los pueblos indígenas (para el caso peruano, las comunidades nativas y campesinas) sobre cualquier medida legislativa que las afecte. Sin embargo, hay que tener presente que el convenio no sólo versa sobre el derecho a la consulta, sino que, además, obliga a los Estados firmantes a respetar el derecho de propiedad y uso sobre las tierras que poseen los pueblos indígenas; y, tal como hemos señalado líneas atrás, el derecho de propiedad y la utilización de las tierras estaban en peligro con estos decretos. Aclara este aspecto el mismo autor Chambilla Jalire (2005), quien nos dice: ***“Al ratificar tal instrumento internacional, el Estado peruano se comprometió a adoptar medidas especiales para garantizar a sus pueblos indígenas el goce efectivo de los derechos humanos y libertades fundamentales, sin restricciones, así como realizar esfuerzos para mejorar las condiciones de vida, participación y desarrollo en el marco del respeto de sus valores culturales y religiosos o creencias, de la costumbre derecho consuetudinario”.***

La paralización de las comunidades nativas de la Amazonía se inició ni bien promulgados los Decretos Legislativos. Un mes después, la protesta era tal

que el Congreso de la República no tuvo más remedio que derogar los Decretos Legislativos 1015 y 1073. En agosto del 2008 el Parlamento se comprometió a formar una comisión multipartidaria que tuviera por objetivo emitir un informe sobre los decretos legislativos que luego sería discutido en el pleno para revisar la pertinencia o no de la derogatoria de los decretos restantes lesivos de los derechos de las comunidades. El plazo otorgado a esta comisión para presentar el referido informe vencía en diciembre del mismo año, a pesar de lo cual, por diversos motivos —ajenos a las comunidades—, este plazo fue modificado hasta en tres oportunidades. Para el 24 abril del 2009, cuando todo hacía pensar que por fin se presentaría el informe en el Pleno del Congreso, el Presidente de este poder del Estado decidió no hacerlo. Las protestas ante este despropósito se intensificaron y más poblaciones de la Amazonía se sumaron a ella. En este punto del problema, el Gobierno respondió con la creación de mesas de Diálogo con la intención de resolver el conflicto. Estas mesas fueron recibidas en general como una buena medida para lograr una solución satisfactoria para las comunidades, pero al poco tiempo se comprobó que eran incapaces de resolver la conflictividad latente y de atender las demandas detrás de las protestas. Hay que tener claro que las protestas de las poblaciones nativas surgieron a raíz de las medidas legislativas que vulneran los derechos de propiedad sobre sus tierras y bosques.

En efecto, los constantes retrasos para discutir la derogatoria de los decretos en el Pleno del Congreso colmaron la paciencia de estas poblaciones, a lo que se sumó la falta de voluntad política del Gobierno para abordar el problema, que se agravó luego de que, conformadas las Mesas de Diálogo, se comprobó que no resolvían nada. Luego de casi un año de protestas y de los lamentables sucesos de Bagua, el Congreso de la República derogó dos Decretos más, el 1064 y el 1090.

De este modo, se vieron restituidos la Ley Forestal y de Fauna Silvestre, Ley 27308 (julio del 2000), lo mismo que la Ley 26505 (julio de 1995) conocida como Ley de Tierras, y también el Decreto Legislativo 653 (agosto de 1991), Ley de Promoción de las Inversiones en el Sector Agrario. Así, el panorama legal

para las comunidades campesinas y nativas regresa al momento anterior de publicados estos Decretos cuestionados.

Durante este periodo, en marzo del 2009 el Congreso de la República aprobó la ley 29338 —Ley de Recursos Hídricos—, que reemplaza a la antigua Ley de Aguas del año 1969. Esta nueva ley aumentó la desconfianza de las poblaciones amazónicas sobre la privatización de tan importante recurso, que sumado al temor de la pérdida de sus tierras, hizo que la incluyeran en sus demandas, exigiendo también su derogatoria. En resumen, en estos últimos años se dio una nueva arremetida contra las comunidades campesinas y nativas, en tanto pone en entredicho la propiedad de sus tierras y el uso de recursos importantes para su subsistencia, como los bosques y el agua. Sin embargo, y es un fenómeno que está aún por explicarse, las comunidades han reaccionado firmemente y han logrado paralizar medidas que vulneraban sus derechos. Actualmente las comunidades han suspendido las protestas y movilizaciones y el Gobierno está dilatando una vez más las negociaciones, por lo que la solución al conflicto aún parece lejana.

Revisada la legislación sobre las tierras de las comunidades, se puede afirmar que no existen mecanismos de protección de su derecho a la tierra. Desde la eliminación en la Constitución de 1993 de las *Protecciones* protecciones de las que habían gozado las comunidades a partir de la Constitución de 1920, dejando solo la imprescriptibilidad, se aprecia la vulneración sistemática de sus derechos sobre ellas.

Quedan por crear nuevos mecanismos que intenten frenar este despojo sistemático de sus tierras. Tal vez la aplicación del derecho a la consulta propuesto por el Convenio 169 de la OIT sea una salida; sin embargo, su implementación y desarrollo pasará siempre, necesariamente, por la voluntad de los agentes políticos del gobierno de turno.

#### 2.1.3.4 Comunidades campesinas y nativas

1. **Concepto de comunidad campesina:** A partir de la idea de que es producto de una larga historia, son unidades que combinan funciones de regulación económica y social sobre sus integrantes, que comparten una propiedad y que interactúan como colectividad ante la sociedad mayor. Para el Instituto de Defensa Legal *“Normalmente para definir si estamos ante una comunidad cultural indígena se emplean dos criterios: el reconocimiento ‘objetivo’ por medio del idioma y el ‘subjetivo’ mediante la autodefinición de cada quien. En ese texto lo indígena será considerado desde ambos puntos de vista.”* (Instituto de Defensa Legal, 2007).

La vida de una comunidad va enraizada a su concepto mismo y como tal supone la existencia de: **“a) un territorio comunal usufructuado familiar y comunalmente, b) un grupo de familias que se consideran sus miembros/propietarios, c) un cuerpo de dirigentes encargado de algunas funciones internas –de regulación social– y externas –de representación–, d) otras comunidades vecinas que interactúan entre sí y e) un Estado que la reconoce y le otorga legitimidad y que regula algunas normas y funciones”.**(Diez Hurtado, 2012). En este orden existe una sorprendente diversidad en el país, sea por razones históricas, geográficas, poblacionales.

Así por ejemplo, **“En el Cusco encontramos comunidades herederas de los ayllus y de las haciendas, mayormente quechuahablantes, en tensión permanente entre modernidad y tradición; en Ayacucho, comunidades pobres, que integran comités de autodefensa y en situación de posguerra; en Cajamarca, comunidades/caseríos sostenidas por las rondas en espacios con débil tradición colectiva; en Huancayo, comunidades emprendedoras, con altos porcentajes de población emigrante e inmigrante, que comparten el espacio político con los distritos; en la costa de Piura, macrocomunidades costeñas, asediadas por la urbanización y tentación constante hacia la parcelación; en la costa de Lima, comunidades de no agricultores,**

***que especulan con terrenos eriazos de playas; en Puno circunlacustre, comunidades-parcialidades de pequeños propietarios, agricultores y ganaderos.” (DIEZ, 2012)*** En forma similar se presentan otras variaciones en las comunidades que son de carácter regional o subregional.

Existen actualmente más de 6 mil comunidades campesinas y más de 1,500 comunidades nativas reconocidas; en unas regiones son numerosas y en otras menos numerosas, de manera que están repartidas desigualmente en todo el territorio nacional. Poseen inscripción y reconocimiento formal desde el Estado. El siguiente cuadro (ALLPA.ORG.PE), contiene el registro integrado sobre su número de hace poco menos de una década, que expresa esa desigual distribución.

- 2. Comunidades campesinas y su estado de titulación por departamentos:** La existencia numéricamente alta de las comunidades campesinas expresa la diversidad de la cultura peruana y al mismo tiempo revela el interés porque cuenten con un territorio inscrito que le permita al menos un reconocimiento oficial, aunque ello no signifique necesariamente un respeto por el ejercicio del derecho sobre él. Así tenemos, de un lado, un reconocimiento oficial de existencia las comunidades, y de otro lado, el reconocimiento de su propiedad, que a continuación se expone por departamentos (hoy llamada regiones):

Tabla 1:  
Estado de titulación de comunidades campesinas

Departamento	Con reconocimiento Oficial	Con Título de Propiedad		Sin Título de Propiedad	
		Número	%	Número	%
Amazonas	52	52	100,00	0	0,00
Ancash	345	221	64,06	124	35,94
Apurímac	442	326	73,76	116	26,24
Arequipa	100	57	57,00	43	43,00
Ayacucho	577	370	64,12	207	35,88
Cajamarca	107	79	73,83	28	26,17
Cusco	886	647	73,02	239	26,98
Huancavelica	565	470	83,19	95	16,81
Huánuco	257	109	42,41	148	57,59
Ica	9	2	22,22	7	77,78
Junín	389	349	89,72	40	10,28
La libertad	120	41	34,17	79	65,83
Lambayeque	25	16	64,00	9	36,00
Lima	287	173	60,28	114	39,72
Loreto	75	41	54,67	34	45,33
Moquegua	75	71	94,67	4	5,33
Pasco	73	63	86,30	10	13,70
Piura	136	120	88,24	16	11,76
Puno	1251	935	74,74	316	25,26
San Martín	1	1	100,00	0	0,00
Tacna	46	45	97,83	1	2,17
<b>Total</b>	<b>5818</b>	<b>4188</b>	<b>71,98</b>	<b>1630</b>	<b>28,02</b>

Fuente: Directorio de Comunidades Campesinas. PETT 2002. Ministerio de Agricultura.

Esta tabla explica el estado de la titulación de las comunidades por departamentos, revelando la existencia de 5818 comunidades con reconocimiento oficial, de los cuales 4188 cuentan con título de propiedad y solo 1630 no tienen título de propiedad, pero aun así se presentan los problemas mencionados, lo cual significa que el título de propiedad no cierra el flujo de problemas, sino que es importante que el Estado proporcione mecanismos coadyuvantes sin menoscabar su autonomía.

#### 2.1.3.4.1 Los Pueblos indígenas y la noción de “Territorio”

Aylwin, al referirse a los antecedentes históricos del Derecho de los Pueblos Indígenas a la Tierra y al Territorio, señala que desde tiempos

precolombinos las formas de organización social y política, ya sea las “complejas” como los aztecas, mayas e incas, o las simples “sociedades silvícolas de la Amazonía”, eran pueblos que tenían una base territorial reconocida por ellos mismos y por los pueblos vecinos. A su vez, sobre estos territorios, las autoridades indígenas tenían un “significado amplio”, de manera que, en contraste con el concepto de propiedad individual propio de la cultura occidental, la tierra y los recursos eran generalmente poseídos y utilizados en forma comunitaria por los indígenas (Aylwin. 2002); en otras palabras, siempre ha existido el sentido de pertenencia a un territorio que carece de hitos físicos, pero demarcado por relaciones de parentesco y de intercambio cultural.

Rodolfo Stavenhagen señala que “pertenecer a un grupo indígena significa tener la conciencia de poseer un territorio y mantener vivo un vínculo especial con la tierra” (Stavenhagen.1988); este es uno de los puntos principales en lo que insisten las organizaciones indígenas en los procesos de reconocimiento de derechos sobre las tierras que ocupan de manera tradicional. Esta es una de las razones por las cuales, en nuestro afán de profundizar nuestros estudios sobre Derecho Privado y de entender la relación de éste con el derecho indígena, decidimos investigar la temática territorial de los pueblos indígenas, en tanto consideramos que el reconocimiento de derechos sobre sus tierras ancestrales constituye un presupuesto para garantizar, a estos pueblos, su existencia y el desarrollo de su autonomía.

El desarrollo de los derechos humanos en el Derecho Internacional, ha contribuido a generar y a extender esta discusión, promoviendo procesos y movimientos de reivindicación de derechos colectivos por parte de los pueblos indígenas dentro de sus respectivos países; de ésta manera, el tema indígena, pese a haber generado un debate y un cuestionamiento sobre los conceptos tradicionales de ciudadanía y nacionalidad, poco a poco va ganando más espacio y se va incluyendo en la agenda política de los países latinoamericanos.

La idea de territorio o espacio geográfico donde cada pueblo ejerce su poder, dice Carlos Federico Marés, es fundado en mitos, creencias y cultura, haciendo que los criterios de ocupación propia y de la defensa contra la



ocupación por terceros sean totalmente diferentes; cada pueblo indígena tiene, por lo tanto, una idea propia de territorio, la misma que “es elaborada a partir de sus relaciones internas de pueblo, externas a los otros pueblos y a la relación que establecen con la naturaleza donde les satisface vivir” (Mares.1997). Creemos que en el caso de los indígenas amazónicos esta relación se fundamenta en elementos de orden social, cultural y ambiental.

Varese, señala que para millones de indígenas, las cuestiones de territorio, tierra, recursos, naturaleza y el mundo, están intrínsecamente vinculadas a la concepción cultural y a la práctica social de la comunidad. De acuerdo a este autor, la comunidad es en primera instancia “el lugar, el espacio donde se ha nacido y donde los ancestros (reales o imaginarios) nacieron, murieron o se transmutaron. En este espacio [...] es donde la identidad individual y colectiva se construye en una red tupida de significados, expresados en la lengua étnica específica” (VARESE.2006). De acuerdo a la propuesta analítica de este autor, son tres los principios que sustentan la concepción cosmocéntrica de la vida societal y biofísica para los pueblos indígenas: diversidad (bio-cultural), reciprocidad (social y cósmica) y complementariedad; dicha concepción cosmocéntrica se organiza en base a lo que él llama la “cultura de la economía del uso”, la que es distinta a la “cultura de la economía de la ganancia y plusvalía” asociada al ‘valor de cambio’ introducido con la invasión europea y el establecimiento de la colonia.

#### **2.1.3.4.2 Los Pueblos indígenas y la “Comunidad Nativa” como denominación oficial**

Según el Relator Especial de Naciones Unidas Sr. Martínez Cobo, ...Es propio hablar de comunidades, pueblos y naciones indígenas, [ y en este sentido señala ] que los pueblos indígenas son comunidades, pueblos y naciones indígenas los que, teniendo una continuidad histórica con las sociedades anteriores a la invasión y pre coloniales que se desarrollaron en sus territorios, se consideran distintos de otros sectores de las sociedades que ahora prevalecen en esos territorios, o en parte de ellos [constituyendo en la actualidad] sectores no 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 (Aylwin.2002).

De acuerdo a lo señalado por el autor, estas denominaciones, tienen como punto de partida el sentido de autodeterminación y pertenencia a un colectivo de características diferentes al resto de la sociedad nacional.

Si bien encontrar una definición de pueblo indígena es un poco difícil todavía, en tanto que es un concepto que va ganando terreno en los espacios públicos por acción de sus organizaciones representativas, en el presente trabajo vamos a utilizar los criterios que establece el Convenio 169 de la OIT en el Art. 1; es decir:

1).- ...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).- ...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, conserven todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas.

3).- La conciencia de su identidad indígena o tribal...Los dos primeros se conocen como criterios objetivos, en tanto se pueden percibir a través de hechos concretos apreciables con nuestros sentidos: el idioma, las costumbres, los ritos, las expresiones culturales, etc; la conciencia de su identidad viene a ser el elemento subjetivo, en tanto tiene que ver con el auto reconocimiento o afirmación de su propia identidad.

En función a los criterios mencionados, podemos afirmar que en el Perú, los pueblos indígenas, que son también llamados pueblos originarios (Ley

27811) , comprenden a las comunidades nativas y comunidades campesinas, denominaciones que fueron creadas por el derecho peruano para facilitar el reconocimiento de la personalidad jurídica de determinados grupos de personas con características sociales y culturales diferenciadas del resto de la sociedad nacional, en razón de su presencia y existencia anterior a creación del Estado peruano.

La denominación de pueblos originarios viene en general siendo utilizada por aquellos para quienes el término indígena tiene una connotación despectiva. Esto sucede comúnmente con las comunidades campesinas; sin embargo observamos que durante los últimos años esta situación ha ido cambiando y el uso del término se ha ido difundiendo entre los diversos sectores de la población interesada en reivindicar derechos colectivos a partir de los principios expuestos en el Convenio 169 de la OIT.

La idea de dotar de personería jurídica a estas sociedades precolombinas que resistieron y sobrevivieron a la colonia y a la independencia, fue también para facilitar la adjudicación y asignación de las tierras que venían ocupando, en una época donde estas venían siendo amenazadas por el avance de la colonización, especialmente de la Amazonía. Si bien este otorgamiento de personería jurídica a las llamadas comunidades nativas, significa reconocer formalmente estas como parte del ordenamiento jurídico nacional con capacidad para realizar actos jurídicos; el problema es que se trata de una figura ciertamente extraña, que requiere una serie de trámites (elaboración de estatutos, designación de representantes legales, libros de actas, padrones y funcionamiento como una asociación civil) que muchas veces son de complicada elaboración y no se ajustan a la cosmovisión, costumbres y autonomía organizativa de estos pueblos.

En nuestra opinión se debería considerar un procedimiento sencillo, flexible y práctico para que realmente funcione y sea utilizado por las comunidades. Resaltamos el interés de la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos - SUNARP por desarrollar una directiva que facilite la inscripción de los actos y derechos de las comunidades (Resolución N°.180-

2013-SUNARP/GL del 29 de mayo de 2013 que aprueba la Directiva No 05/2013-SUNARP/SN – Directiva que regula la inscripción de los actos y derechos de las Comunidades Nativas).

La denominación de comunidad nativa aparece en el año 1974 con el Decreto Ley 20653, con la finalidad de diferenciar a las comunidades amazónicas o selváticas de las comunidades andinas. Para Alberto Chirif y Pedro García “esta diferenciación jurídica generó desde el comienzo dificultades críticas para un posterior proceso unitario de los movimientos organizativos indígenas de los Andes y de la Amazonía” (Chirif y García. 2007). De esta manera en la Constitución de 1979, se utiliza los términos de comunidad campesina y comunidad nativa Varese, luego de haber investigado a las comunidades aguaruna , dejando atrás los de “comunidades indígenas” y “comunidades de indígenas”, utilizados en las Constituciones de 1920 y 1933, respectivamente.

En un estudio realizado por Descola, con las comunidades achuar , define a la comunidad nativa como “una unidad estable, vinculada a un determinado espacio territorial, que se autoreconoce como comunidad y que se diferencia de las otras unidades socio-económicas vecinas sean nativas o no” (Ludescher 1986: 159); esto dice el autor, implica la existencia de un grupo local de familias sedentarias cuya composición no varía y que realizan sus actividades económicas, sociales y culturales al interior de un espacio territorial reducido y definido, estableciendo “fronteras territoriales y sociales” frente a otras comunidades.

Las comunidades aguaruna constituyen un grupo étnico que pertenece a la familia Etnolingüística Jibaro. Viven en la provincia de Condorcanqui del departamento de Amazonas y en el Valle del Alto Mayo en el Departamento de San Martín. Las comunidades Achuar constituyen un grupo étnico que pertenece también a la familia etnolingüística Jibaro, viven en las riberas del río Pastaza y en la frontera entre Perú y Ecuador. , demostró que “las agrupaciones de varias unidades domésticas no son unidades estables, ni en su composición social ni en la ocupación de un territorio específico [...]; en ellos el

aprovechamiento de un determinado terreno está condicionado por la presencia física en un lugar y justificado por el trabajo productivo, pero no crea un derecho de propiedad exclusivo sobre el terreno”(Descola 1983). Según este autor, estos principios también son válidos para todos los pueblos indígenas amazónicos en general.

Según opinión de Ludescher, “el reconocer a supuestas unidades estables locales en vez de reconocer a la colectividad étnica, no se fundamenta en la organización político social propia de las sociedades indígenas, sino que es la imposición de un modelo organizativo extraño, con la finalidad de adaptar a los indígenas a la colonización”(Ludescher.1986).

En un estudio realizado por Gashé, se observó que entre los huitoto y ocaina, la organización y las instancias creadas para las comunidades nativas, no funcionan en la práctica como marco organizativo global; por lo que concluye que “la comunidad nativa tiene un carácter meramente formal mediante el cual vincula al pueblo nativo al aparato legal y burocrático nacional”(Gashe.1982). Por su parte, Alejandro Camino señala que “los grupos sociales se componen, disocian y recomponen, no existiendo el concepto de comunidad como entidad claramente definida y cerrada más allá del grupo étnico”(Camino.1984).

En opinión de Chirif, el concepto de comunidad se creó como un ente jurídico restringido a un asentamiento, en lugar de reconocer a los indígenas como “entidades étnicas”; sin embargo, reconoce que en esa época era escaso el conocimiento que se tenía sobre dichas realidades y por lo tanto no había el manejo de los conceptos como: territorio, pueblos, autodeterminación, etc. (Varesse.2006).

De manera oficial se considera que, el conjunto de unidades domésticas que constituyen una “comunidad nativa”, están vinculadas en forma permanente por un sistema de control y de cohesión social, cuyo alcance coincide con el lindero de la comunidad; sin embargo el modelo organizativo mediante el cual se define a la comunidad como un ente asociativo, con una junta directiva que se elige periódicamente es incompatible con el liderazgo

carismático de los jefes tradicionales (Ludescher.1986).

Si bien es cierto la denominación de “comunidad nativa”, fue creado por la legislación nacional para dar legalidad a los pueblos indígenas amazónicos; estos se han visto en la necesidad de adaptarse a dicha fórmula con la finalidad de poder ser reconocidos como entes colectivos y tener de alguna forma la posibilidad de hacer valer sus derechos frente a terceros, ante el avance de la colonización y la fragmentación de los territorios indígenas.

#### **2.1.3.4.3 Fundamentos de la Propiedad Comunal: Economía de subsistencia y Derechos Colectivos**

En un estudio realizado por Richard Chase Smith con los pueblos indígenas de Palcazú, éste señala que “la economía tradicional Amuesha [Yanesha] es una sofisticada y compleja adaptación al medio ambiente tropical caracterizada por una serie de actividades complementarias: horticultura de rozo y quema, caza, pesca y recolección; [sin embargo señala] que las relaciones económicas al interior de las comunidades están cambiando en virtud de una creciente dependencia del mercado y del uso de dinero como medio de intercambio”(Smith.1982).

Los ashaninka, al igual que los yanesha y otros pueblos indígenas amazónicos, todavía mantienen mecanismos tradicionales de redistribución locales que se sostienen en base a la reciprocidad; esto significa que cuando existe un excedente de producción agrícola o de una fructífera cacería, se lo distribuyen entre los parientes locales, creando de esta manera obligaciones de parte de estos, quienes en su caso harán exactamente lo mismo.

El estudio realizado por Chase Smith, indica que los Yanesha, a medida que han reorientado sus fuerzas productivas hacia la economía de mercado, han aprendido a acumular su exceso de producción para sí mismos: algunos aprendieron a reinvertir su propia producción, mientras otros la gastan de una manera ostentosa, iniciándose con ello un proceso de diferenciación social y económico dentro de cada asentamiento.

Los pueblos indígenas amazónicos se han visto en la necesidad de organizarse colectivamente para sobrevivir y para lograr el reconocimiento de derechos que individualmente nunca lo hubieran logrado. Es por esta razón que los asháninca, como otros pueblos indígenas del Perú y del mundo, demandan el reconocimiento de sus derechos territoriales y títulos que acredite su propiedad en forma comunal y no individualmente, esto como una forma de garantizar su sobrevivencia cultural y el desarrollo sostenible de su identidad a largo plazo; esto no obstante a que dentro de la comunidad existan diferentes formas de manejo interno entre los individuos que forman el grupo (comunidad) y que para algunos es la manifestación de propiedad individual (parcelas familiares, chacras, etc.).

En el caso de la selva central, los asháninca, además de haber creado mecanismos de adaptación al medio ambiente, han tenido la experiencia de vivir la violencia subversiva, lo que ha condicionado una necesidad de nuclearse y organizarse para la autodefensa.

Otro factor que sustenta la propiedad comunal indígena es la necesidad de contar con territorios en propiedad colectiva, y con cierta autonomía política, social y cultural, que les permita tener el control de sus habitantes sobre ellos.

Finalmente, las prácticas de caza y recolección requieren, para evitar el agotamiento de recursos naturales, de áreas bastante amplias en donde se goce de cierta protección de las presiones del mercado, y otras influencias, como por ejemplo la intromisión de agricultores colonos.

A pesar de todas las dificultades por las que atravesaron, los Asháninca han demostrado tener una gran habilidad de adaptación a los procesos históricos, en los cuales inevitablemente se han visto involucrados; sin embargo, sigue siendo un reto aún para ellos mismos, asegurar para las futuras generaciones la continuidad cultural y territorial, en un país y una época en donde la tendencia es la propiedad privada y el libre mercado de tierras.

#### **2.1.3.4.4 El territorio indígena como derecho colectivo**

Analizando el texto de la Ley de Comunidades Nativas y de Desarrollo Agrario de la Selva y Ceja de Selva – Decreto Ley 22175, encontramos que esta utiliza criterios y conceptos más afines a los expresados por el Convenio 169 de la OIT; es decir reconoce como titularidad el territorio de las comunidades nativas. Nótese que hasta la Constitución de 1933, bajo la cual se expidiera el Decreto Ley 22175, se utiliza el termino de propiedad de las comunidades (subrayado nuestro), siendo que con la Constitución de 1979 se introduce la definición de propiedad privada de la tierra (subrayado nuestro) en el artículo 1571. Consideramos que con esta modificación se confunde el concepto de propiedad limitándose su alcance a la dimensión meramente privada, dejando de lado su dimensión colectiva.

Es importante precisar que en el artículo 10 del Decreto Ley 22175, se garantiza la integridad de la propiedad territorial. Asimismo, en relación a la adjudicación de tierras adicionales (ampliaciones), el artículo 14 del Reglamento de la Ley de Comunidades Nativas (subrayado nuestro), estableciéndose los criterios para la demarcación de los territorios de las comunidades nativas. En este artículo, la ley de comunidades nativas hace referencia a dos tipos de grupos indígenas: los sedentarios (los que han adquirido carácter sedentario) y los que realizan migraciones estacionales; dentro de éstos últimos estarían considerados los grupos en aislamiento voluntario y en contacto inicial.

Asimismo, en relación a la adjudicación de tierras adicionales (ampliaciones), el artículo 14 del Reglamento de la Ley de Comunidades Nativas, establece la posibilidad de que esta se haga sobre territorio no colindante con la comunidad que solicita la ampliación de tierra. De esta manera, la adjudicación de mayor área puede referirse tanto al otorgamiento de tierras en propiedad o en posesión.

No existe un procedimiento específico para realizar estas adjudicaciones de mayor área; por lo que en la práctica se han estado haciendo las llamadas “ampliaciones”, siguiendo el mismo procedimiento para la titulación.



En este momento, la entidad encargada de estos procedimientos son actualmente los Gobiernos Regionales a través de la Direcciones de Saneamiento Físico Legal de la Propiedad Agraria (Disafilpa).

#### **2.1.3.4.5 Derechos de las comunidades campesinas y nativas**

Los derechos de las comunidades campesinas y nativas, en principio surgen de la propia condición de personas humanas que las integran. Los comuneros son personas humanas y como tal dentro del Estado tienen derechos. Estos se basan en el derecho-principio de dignidad de la persona humana. Los derechos constitucionales, a nivel internacional son llamados derechos humanos y estos ***“Se han de cumplir porque la persona humana es un fin en sí misma, el Estado, la sociedad, el Derecho, son un medio al servicio de la persona humana. Los derechos humanos no se han de cumplir porque lo dispone la ley, de hecho, si una ley es contraria, jurídicamente no tendrá validez alguna... El fundamento último de obligatoriedad de los derechos humanos es, pues, el valor de fin en sí misma que tiene la persona humana, es decir, su dignidad humana.”*** (Gaceta Jurídica, Guía 6, 2009).

##### **2.1.3.4.5.1 Igualdad ante la ley**

La Constitución Política del Perú establece en su artículo 2°, inciso 2 que “toda persona tiene derecho a la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole”. Se consagra en este artículo un derecho fundamental de especial resonancia en nuestras sociedades democráticas.

Igualdad proviene del vocablo latino “aequus”, que también significa además de igual, justo o equitativo. Es siempre una comparación entre dos sujetos o cosas, que deben coincidir en su cantidad y calidad.

La igualdad, como la vida misma, tiene varias formas de presentarse. Así, hay una igualdad que es pura identidad. Me prestan un lapicero y al término de

la clase he de devolver el mismo lapicero que recibí. Hay otra igualdad que es equivalencia, de tal manera que cuando voy a la tienda y entrego un sol me dan una botella de agua y no otra moneda de un sol. Finalmente, hay una igualdad de proporcionalidad que mira la singularidad de las prestaciones y las cualidades particulares de los sujetos que intervienen en la relación jurídica. De esta manera, el que trabajó cuatro horas gana menos que el que trabajó ocho horas y el que tiene un maestría aspira a tener un mejor sueldo y puesto que otro que no ha hecho estudios superiores. Los ejemplos se pueden multiplicar.

En la vida, en el día a día, no todo da lo mismo, no todo es igualdad por identidad. Se premia a los mejores, se castiga al que ha infringido la ley, se rinde homenaje al que ha hecho méritos en su vida y, de ser posible, contrato a las personas que mejor puedan desempeñarse en un cargo concreto. Aquí, interesa mucho tener en cuenta la naturaleza de la función que se desempeñará y el perfil del candidato. Estamos frente a un típico caso de igualdad proporcional: unos están mejor capacitados que otros. De ahí que sí interese la formación recibida, la experiencia, los grados académicos, etc. ¿Pero, los criterios que se pongan no podrían prestarse a injusticias? Desde luego, conjugar la igualdad no es fácil, pero no podemos hacer pasar un cuadrado por un círculo: la igualdad real no es sólo identidad y cuando se trata de asignar deberes y otorgar premios lo propio es la proporcionalidad.

En cambio, la igualdad jurídica es la condición que imponen las leyes para todo habitante de un Estado, significa que ante la ley nadie tiene preferencias de ningún tipo ya sean estas por su ubicación de clase social, raza, sexo, educación, etc.

Es por ello, que si algo caracteriza a la sociedad es precisamente el pluralismo, el derecho a que se reconozca nuestra individualidad, las características y particularidades de cada ser humano. Solo tal reconocimiento y respeto garantiza el pleno desarrollo de la personalidad del sujeto, pero en ese contexto de diferenciación, aun cuando parezca contradictorio, ha de existir y garantizarse el derecho a la igualdad.

En consecuencia, a decir de los constitucionalistas Gutiérrez y Sosa, la Constitución erigida sobre el reconocimiento de la dignidad de la persona, del que emanan los principios de libertad, igualdad y solidaridad, debe ser concebida desde una concepción pluralista que tutele las diferentes formas de percibir y actuar en la realidad, a fin de pretender construir una unidad sobre la base de la diversidad, contemplando el derecho a la igualdad como protector de diferentes manifestaciones de la personalidad del ser humano. (Gutiérrez Y Sosa, 2006).

#### **2.1.3.4.5.2 Identidad étnica y cultural**

La Constitución Política del Perú instituye en el Artículo 2, inciso 19, el derecho a la identidad étnica y cultural señalando que: ***“Toda persona tiene derecho: (...) A su identidad étnica y cultural. El Estado reconoce y protege la pluralidad étnica y cultural de la Nación. (...)”***.

Nuestra identidad cultural está formada por todas las manifestaciones que tenemos cuando nos relacionamos con nuestra madre tierra. Para nosotros cultura es vida, y para que exista es necesario que exista tierra, también la vestimenta, la educación propia, nuestros sitios sagrados, nuestra medicina, ciencia, sabiduría, todo ello constituye nuestra cultura.

Los pueblos indígenas tienen el derecho de desarrollar libremente su vida cultural y profesar, practicar su propia espiritualidad y expresarse en su propio idioma dentro de su cosmovisión de la tierra. Las culturas son diferentes y confieren una identidad a cada uno de nuestros pueblos. La Organización de los Estados Americanos ha establecido como una acción prioritaria para los estados miembros, la preservación y fortalecimiento del patrimonio cultural de estos grupos étnicos y la lucha contra la discriminación, que anula el potencial de sus miembros como seres humanos, mediante la destrucción de su identidad cultural.

En el convenio 169 de la OIT, nos dice ***“Los gobiernos (...) deberán incluir medidas que promuevan la plena efectividad de los derechos***

**sociales, económicos y culturales de esos pueblos, respetando su identidad social cultural, sus costumbres y tradiciones y sus instituciones”,** se indica con ello que debemos necesariamente respetar cada uno de sus derechos como cada persona lo tenemos con buenas prácticas en la sociedad dándoles a conocer cómo es que viven ellos en sus pueblos con sus costumbres que nos da cuenta de las riquezas que guarda nuestro país.

El convenio antes mencionado agrega que **“Deberán reconocerse y protegerse los valores y prácticas sociales, culturales, religiosos y espirituales propios de dichos pueblos”**. Lo cual significa el deber de todos de preservar las costumbres, ritos y convicciones religiosas de las comunidades, incluyendo el propio Estado como un deber al momento de autorizar o concesionar parte del territorio comunal. Los pueblos interesados deberán tener el derecho a decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo en la medida en que esta afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar en la medida de lo posible su propio desarrollo económico, social y cultural.

En tal sentido, agrega que **“Toda persona tiene su propia identidad, la que tiene tanto una dimensión estática como también dinámica, abarcando en su amplio espectro el derecho a la identidad genética, a la identidad sexual, a la identidad religiosa, a la identidad política, a la identidad racial, a la identidad social, etc. Nuestra Constitución, enfatiza su dimensión étnica y cultural estableciendo no solo el reconocimiento sino también la protección que debe brindarle el Estado cuando señala en el Artículo 89º in fine que el Estado respeta la identidad cultural de las comunidades campesinas y nativas”**. (Cárdenas, 2006).

Del mismo modo el Tribunal Constitucional, recogiendo lo expuesto en la Resolución Ministerial N° 159-2000-PROMUDEH, que enumera una serie de manifestaciones como el derecho a la identidad étnica, ha revalorado su importancia reconociendo un catálogo de derechos expresando lo siguiente: “El conjunto de valores, creencias, instituciones y estilos de vida que identifican a un Pueblo Indígena, Comunidad Campesina o Comunidad Nativa” y que tal derecho

comprende: “a. El derecho a decidir sobre su propio desarrollo. b. El respeto a sus formas de organización. c. El derecho a ser escuchados y consultados en forma previa a toda acción o medida que se adopte y que pueda afectarles. d. El derecho a participar en la formulación, diseño, ejecución, monitoreo y evaluación de los planes, programas y proyectos de desarrollo nacional, regional o local que pueda afectarles. [...]” (Sentencia del Tribunal Constitucional N° 03343-2007-PA/TC)). En otro caso el Tribunal Constitucional, reconoce también el derecho a la identidad étnica citando el Artículo 27° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en términos de que la identidad étnica, como especie del género “identidad cultural”, ha merecido también atención de la comunidad internacional, en la que se establece: *“En los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas y lingüísticas, no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que le corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma”* (Sentencia del Tribunal Constitucional N° 0006-2008-PI/TC).

#### **2.1.3.4.5.3 Existencia jurídica de las comunidades campesinas y nativas en el marco constitucional e internacional**

Nuestra Constitución Política del Perú en el Artículo 89° establece: ***“La Comunidades Campesinas y las Nativas tienen existencia legal y son personas jurídicas. Son autónomas en su organización, en el trabajo comunal y en el uso y la libre disposición de sus tierras, así como en lo económico y lo administrativo, dentro del marco que la Ley establece. La propiedad de sus tierras es imprescriptible, salvo en el caso de abandono previsto en el artículo anterior. El Estado respeta la identidad cultural de las Comunidades Campesinas y Nativas”.***

Las 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.

De tiempo atrás, los órganos del sistema interamericano han prestado una particular atención al derecho de los pueblos indígenas y tribales a la propiedad comunal sobre sus tierras y recursos naturales, como un derecho en sí mismo, y en tanto Protección del disfrute efectivo de otros derechos básicos. Para la Corte Interamericana de Derechos Humanos, “la protección del derecho a la propiedad de los pueblos indígenas sobre sus territorios ancestrales es un asunto de especial importancia, porque su goce efectivo implica no sólo la protección de una unidad económica sino la protección de los derechos humanos de una colectividad que basa su desarrollo económico, social y cultural en la relación con la tierra”. La Corte Interamericana, a su vez, ha subrayado que los derechos territoriales de los pueblos indígenas se relacionan con **“El derecho colectivo a la supervivencia como pueblo organizado, con el control de su hábitat como una condición necesaria para la reproducción de su cultura, para su propio desarrollo y para llevar a cabo sus planes de vida”** (Comisión IDH-derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales).

Los órganos interamericanos también han fundamentado jurídicamente el derecho a la propiedad territorial de los pueblos indígenas y tribales en la costumbre internacional. Para la CIDH, existe una norma de derecho internacional consuetudinario mediante la cual se afirman los derechos de los pueblos indígenas sobre sus tierras tradicionales.

#### **2.1.3.4.6 Valor de las normas internacionales sobre el derecho a la propiedad**

Nuestra Carta Magna en su Artículo 55º instituye: **“Los Tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional”**. Asimismo, la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución establece: **“Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú”**.

En ese sentido, los tratados en vigor acerca de normas relativas a los derechos y libertades expuestos por nuestra Constitución constituyen parámetros de constitucionalidad en la misma materia, siendo además incorporados a través de la integración o recepción interpretativa. Aún más, cabe resaltar, el pronunciamiento del Tribunal Constitucional en las Sentencias N° 00047-2004-AI (fundamento 22) y N° 0025-2005-PI (fundamento 33).

En consecuencia, habiéndose aprobado el Convenio N° 169 mediante Resolución Legislativa N.° 26253, publicada el 5 de diciembre de 1993, su contenido pasa a ser parte del Derecho Nacional. Por consiguiente, el tratado internacional viene a complementar -normativa e interpretativamente- las cláusulas constitucionales sobre pueblos indígenas que, a su vez, concretizan los derechos fundamentales y las protecciones institucionales de los pueblos indígenas y sus integrantes.

#### **2.1.3.4.7 Ejercicio de la función jurisdiccional por las comunidades campesinas y nativas**

El Artículo 149° de nuestra Carta Magna, instituye: ***“Las autoridades de las Comunidades Campesinas y Nativas, con el apoyo de las Rondas Campesinas, pueden ejercer las funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial de conformidad con el derecho consuetudinario, siempre que no violen los derechos fundamentales de la persona. La Ley establece las formas de coordinación de dicha jurisdicción especial con los Juzgados de Paz y con las demás instancias del Poder Judicial”.***

A su vez, ello tiene un trasfondo que radica en la propia cosmovisión de las comunidades, pues gozan de una jurisdicción especial constitucionalmente reconocida, por la singularidad de su percepción del mundo y de la vida. A decir de CARDEZ KRENZ, las comunidades campesinas se rigen por su propio derecho por cuanto este obedece a una cosmovisión muy distinta y completamente ajena a la cosmovisión occidental. (Cárdenas, 2006). De otro lado, esto trae como consecuencia que en las comunidades alto andinas se

consideran que las mismas normas que rigen entre los hombres rigen en su relación con la naturaleza. (Gálvez, 2006).

Básicamente, se advierte en las comunidades la subsistencia histórica de una ideología basada en la reciprocidad, la cual funciona como fuente de derecho, a decir de Orlan Plaza, en el sentido de que constituye una norma general que se da no solo en el trabajo agrícola y el intercambio de herramientas, sino que se aplica en todas las instancias de la vida: bodas, entierros, construcciones, etc. (Plaza, 2006).

Resulta importante tener en cuenta la presencia de la justicia comunal como una justicia especializada de mayor acercamiento para resolver los conflictos que se producen al interior de las comunidades, lo cual ayuda a una rápida solución; así lo confirma el Instituto de Defensa Legal en su obra Acceso a la Justicia en el Mundo Rural cuando afirma: ***“Reconocer una justicia basada en el Derecho Consuetudinario permite mayor cercanía, rapidez y eficiencia y, sobre todo, legitima el sentido de la justicia de la población indígena.”*** (Instituto Defensa Legal, Justicia Viva, 2012).

#### **2.1.3.4.8 Los derechos de la comunidad campesina**

Se ha hecho público recientemente el Informe de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) sobre Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales sobre sus Tierras Ancestrales y Recursos Naturales. Este documento contiene, de manera didáctica e ilustrada, las normas y jurisprudencia del sistema de protección de derechos humanos que existe en el continente sobre este importante grupo poblacional.

Destacamos que se trata de un informe temático, uno de los primeros que se elabora por la CIDH sobre los pueblos indígenas. Recordemos que antes solo habíamos tenido en este tema informes muy relevantes sobre acceso a la justicia, así como otros informes temáticos sobre acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia en las Américas y de acceso a la justicia como Protección de los derechos económicos, sociales y culturales. De modo que



estamos ante un aporte notable que incorpora en un solo texto, la riqueza jurisprudencial creada desde la Corte Interamericana de Derechos Humanos, los informes de la CIDH y otros aportes de la Organización Internacional del Trabajo y, del Relator Especial de Naciones Unidas sobre la situación de los Derechos Humanos de los Pueblos Indígenas.

Asimismo, resaltamos lo oportuno que resulta para el continente, especialmente para la región andina, la difusión del mencionado informe, particularmente cuando se viene debatiendo en nuestros países la necesidad de compatibilizar los derechos de los pueblos indígenas y tribales a sus territorios y la explotación de recursos naturales que llevan a cabo las empresas extractivas alentadas por los gobiernos respectivos. No se trata de un tema menor, a partir de una interpretación evolutiva que ha efectuado la Corte Interamericana sobre el artículo 21 de la Convención Americana de Derechos Humanos, dejando establecido el derecho de propiedad de los pueblos indígenas en el marco de la propiedad comunal, el cual debe considerarse en función de las características y contexto de estas organizaciones.

A partir de ello, se ha venido cuestionando la forma cómo los diversos gobiernos han desarrollado sus políticas para promover el desarrollo, a costa de sacrificar los derechos de los pueblos indígenas. En el caso concreto de Perú, en los últimos años este tema ha estado y sigue vigente en la agenda pública.

Recordemos que, según el reporte de la Defensoría del Pueblo sobre conflictos sociales de enero del 2011, de los 239 conflictos sociales registrados, la mitad eran de naturaleza socio-ambiental y vinculados a territorios de comunidades campesinas y nativas. No obstante ello, es evidente la actuación gubernamental para desconocer reiteradamente estos derechos, particularmente el de consulta previa de los pueblos indígenas.

Al respecto, el Informe de la CIDH en su capítulo IX desarrolla los derechos a la participación, la consulta y el consentimiento, llamándonos positivamente la atención la manera cómo se desarrolla la noción de consulta culturalmente adecuada, entendiéndosele como el respeto a las tradiciones y

costumbres de los consultados, debiendo estos definir su forma de su representación sin injerencia estatal. Asimismo, ratifica lo establecido por la Corte Interamericana en el caso Saramaka vs. Surinam, en el sentido que para casos excepcionales existe el deber de los Estados de conseguir el consentimiento obligatorio de los pueblos consultados, previamente a la ejecución de planes y proyectos que puedan afectar los derechos de propiedad sobre la tierra, territorio y recursos naturales, cuando se den alguna de las siguientes situaciones: I) desplazamiento de los pueblos o comunidades indígenas afectadas de sus territorios; II) privación de la capacidad de los pueblos y comunidades indígenas de la capacidad de usar y gozar de sus tierras y otros recursos naturales necesarios para su subsistencia; III) se deposite o almacene materiales peligrosos en tierras o territorios de los pueblos y comunidades indígenas.

Como sostiene Javier La Rosa Calle, estamos entonces ante un documento valioso que puede convertirse en una herramienta formidable que tienen las organizaciones y pueblos indígenas, para defender sus derechos y exigir a los Estados el cumplimiento de sus obligaciones internacionales. ([www.justiciaviva.org.pe](http://www.justiciaviva.org.pe)).

Con la aprobación de la Constitución Política en 1993 se estableció un marco normativo que permite reconocer la variedad étnica y cultural. Particularmente este reconocimiento tenía especial concreción en el ámbito de la impartición de justicia con el artículo 149, que facultaba a las autoridades de las comunidades campesinas y nativas con el apoyo de las rondas a ejercer funciones jurisdiccionales aplicando su propio derecho y criterio (derecho consuetudinario).

En el año 1994 nuestro país ratificó el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, tratado pertinente en relación a estos temas porque se reconocía en su artículo 8 el derecho de los pueblos indígenas a mantener sus costumbres e instituciones propias para resolver sus conflictos. Han transcurrido casi 20 años desde la entrada en vigencia de dicho convenio y desde esa fecha existen conflictos con el reconocimiento de dicha potestad jurisdiccional por

parte de las comunidades campesinas y nativas, negando los postulados constitucionales y el propio avance del derecho internacional de los pueblos indígenas.

Sin embargo, también es cierto que se han producido en los últimos años una serie de aproximaciones entre ambos sistemas de justicia que merecerían ser analizados críticamente, de allí la necesidad de plantear aquí un balance, identificando esas señales positivas producidas que indicarían que se puede presumir algunos cambios en las visiones tradicionales que existían en la magistratura.

#### **2.1.3.4.9 Reconocimiento de la justicia comunal y coordinación con el poder judicial**

Desde el año 2009, en nuestro país se han presentado al interior del poder judicial casos de conflictos sociales que involucraban a las comunidades campesinas y nativas, estableciéndose reglas de como de debía asumir la coordinación de la justicia comunal. Como se enuncia en un Balance del año 2012: ***No se trataba de hechos menores, ya que en el primer semestre del 2009 se desarrolló en el país uno de los hechos de violencia más importantes entre autoridades estatales y comunidades nativas que protestaban por unos decretos legislativos no consultados. Nos referimos a los sucesos lamentables de Bagua que dejaron una serie víctimas pero que además impactó en el funcionamiento de las diversas entidades estatales, y sobretodo, contribuyó a visibilizar una serie de problemas de los pueblos amazónicos, que obligaron al Estado a incorporar en la agenda pública los problemas de las comunidades campesinas y nativas, incluso renombrados oficialmente, especialmente para los amazónicos, como pueblos indígenas. (Instituto.Justicia.2012).***

La justicia judicial no podía estar ajeno a lo que ocurría en el nuestro país, es así que en noviembre del 2009 aprueba el Acuerdo Plenario N° 1/2009 que ordenó como doctrina para todos los magistrados del país, reglas relativas a cuando las rondas campesinas actuaran resolviendo conforme lo establecía el

artículo 149 de la Constitución. La aprobación del acuerdo para la corte suprema estableció que existía punto controvertido, es decir, ***si las rondas campesinas tenían o no la facultad jurisprudencial a la que se refería la Constitución. Por lo que a partir de la interpretación que se hizo en dicha disposición zanjó una discusión que se daba en los espacios jurisdiccionales y en los académicos y que tendría consecuencias prácticas no sólo para las rondas campesinas sino para todas las autoridades de la justicia comunal o indígenas que ahora tenían un pronunciamiento jurisdiccional que los ponía en la palestra. (Instituto, Justicia, 2012).***

Es decir, ya no se trata exclusivamente de un conflicto en acceso a la justicia, sino que incluso hay un sustento en el derecho de la étnica cultural que significaba ejercer la facultad de promover mecanismos de soluciones de conflicto para el diálogo intercultural en el ámbito de la justicia.

Lo expresado nos ayudaría a esclarecer cómo se ha ido desarrollando la existencia de un fuero comunal, de manera que puedan implementar en las zonas las políticas jurisdiccionales interculturales en los distintos lugares que se encuentran las comunidades campesinas. El desarrollo de estas ha identificado que en algunos lugares se incorporaba representantes de las comunidades campesinas.

De ese modo, en cortes como Cajamarca, Cusco o San Martín fue evidente el activismo de sus integrantes, quienes en alianza con entidades de sociedad civil llevaron a cabo diversas actividades, ya sea de formación o de incidencia. También durante estos últimos años se dieron algunos sucesos que establecieron hitos importantes en el proceso de cambios sobre el estado de la coordinación. Mencionamos los principales:

- La incorporación del Programa de Acceso a la Justicia de Comunidades Rurales (Projur) al Poder Judicial para desarrollar acciones a favor de la coordinación entre los sistemas de justicia. Al respecto debe señalarse que este programa creado en el 2005 y desarrollado en los distritos judiciales de Cajamarca, San Martín y Apurímac constituyó uno de los

pocos y legitimados aportes que desde organizaciones de sociedad civil se hacía al Poder Judicial hasta su incorporación al Poder Judicial en el 2010, siendo pertinente mencionar que buena parte del dinamismo de las cortes locales en los lugares mencionados respondió al apoyo recibido.

- El desarrollo de los Congresos de Justicia Intercultural en La Merced (setiembre del 2010), en Cajamarca (diciembre del 2010), en Huaraz (noviembre del 2011) y Lima (diciembre del 2012), los cuales de forma inédita en el Poder Judicial convocaron a magistrados de los distintos distritos judiciales y a representantes de comunidades campesinas, comunidades nativas y rondas campesinas quienes debatieron de forma horizontal una serie de temas sobre acceso a la justicia y coordinación entre sistemas de justicia. Mención aparte tenemos que hacer sobre las recomendaciones que se formularon en ambos eventos, todos ellos resumidos en la invocación a una necesaria coordinación entre el Poder Judicial y la jurisdicción emanada de las comunidades y rondas campesinas.
- Otro hecho significativo ha sido la elaboración y discusión parcial del proyecto de ley de desarrollo legislativo del artículo constitucional 149 sobre coordinación entre jurisdicción ordinaria y la jurisdicción comunal realizado en las Cortes Superiores de Cajamarca, Cusco y San Martín. Este documento fue asumido por la Corte Superior de Cajamarca y presentado al Presidente del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial quien lo remitió para su discusión en el I Congreso de Justicia Intercultural de La Merced en setiembre del 2010 siendo materia de debate en el II Congreso llevado a cabo en la ciudad de Cajamarca así como en el IV Congreso desarrollado en Lima.
- Creación del Registro Nacional de Operadores de la Jurisdicción Especial a cargo de la Oficina Nacional de Justicia de Paz (ONAJUP) a través de la Resolución Administrativa N° 370-2010 del 5 de noviembre del 2010. Siendo este hecho importante porque era la primera vez que desde una oficina del Poder Judicial se asumía el esfuerzo de registrar a quienes ejercían la justicia comunal o indígena, reconociendo con ello esta práctica.

- Reasignación de funciones sobre justicia comunal o indígena a la Oficina Nacional de Justicia de Paz (ONAJUP) a través de la Resolución Administrativa N° 417-2010-CE-PJ del 13 de diciembre del 2010. Es decir, se encargaba a la ONAJUP, que abordaba principalmente el tema de la Justicia de Paz, que asumiera una función adicional de promover la coordinación con los otros sectores de la justicia.
- Creación de la Comisión de Trabajo sobre Justicia Indígena y Justicia de Paz, ocurrida en mayo del 2011.

Cabe señalar que esta Comisión concluyó sus acciones en setiembre del 2011 formulando los proyectos de ley en mención que se presentaron al Congreso de la República en el mes de octubre siguiente, aprobándose la Ley de Justicia de Paz a través de la ley 29824 publicada el 3 de enero del 2012, con el propósito de elaborar una Hoja de Ruta en la relación del Poder Judicial con la Justicia Indígena y proponer dos proyectos de ley, uno referido a la Justicia de Paz y otro referido al desarrollo legislativo del artículo 149. Este hecho resultaba bastante significativo porque correspondía a la gestión del presidente de la Corte Suprema y resultaba revelador del derrotero que se quería imprimir a su gestión en estos ámbitos: establecer un derrotero que oriente el accionar de la corporación judicial y que permita un mejor acceso a la justicia de los ciudadanos.

- Desarrollo de los encuentros preparatorios del IV Congreso de Justicia Intercultural llevados a cabo en el segundo semestre del 2012, lo que ha permitido plantear el debate sobre la coordinación entre la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción especial a partir de una metodología de resolución de casos. Al respecto, estos eventos se llevaron a cabo en 28 de los 31 distritos judiciales y sus conclusiones fueron plasmadas en este evento nacional llevado a cabo en Lima. (Instituto, Justicia, 2012).

Se debe rescatar que fue muy oportuno que desde el poder Judicial se dieran este mecanismo que permita la comunicación y con ello dar políticas públicas respecto de cómo se deben establecerse ambas jurisdicciones de la mejor manera para la mejoría de la población y las comunidades. Con ello el poder judicial tiene unos nuevos retos para seguir con la continuidad de las acciones realizadas en los últimos años:

- Afianzar esta tendencia surgida al interior del Poder Judicial para promover una política jurisdiccional que asuma el diálogo como metodología de acción frente a las diversas autoridades de justicia de las comunidades y rondas campesinas. Incorporando en este proceso un enfoque de interculturalidad.
- Promover un proceso de participación y consulta previa sobre el proyecto de ley de desarrollo del artículo 149 de la constitución con las comunidades campesinas.

Apoyar los esfuerzos de las Cortes Superiores de Justicia para institucionalizar espacios permanentes de diálogo respecto a una mejor coordinación entre los sistemas de justicia. La creación y fortalecimiento de los institutos y escuelas de justicia intercultural son una oportunidad para ello.

#### **2.1.3.4.10 Legislación internacional**

Uno de los instrumentos jurídicos internacionales más conocidos es el Convenio 169 “Sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes”, que se refiere directamente a los derechos de los pueblos indígenas. Siendo ambigua su redacción, facilita su adaptabilidad a los variados ordenamientos jurídicos, al tiempo que es harto utilizado en la defensa de sus derechos.

Esencialmente señala que los indígenas deben gozar con toda libertad los derechos humanos, así como de la libertad en todo el sentido de la palabra, ya que ellos con sus aspiraciones, forma de vida, tradiciones y costumbres pueden surgir ante su comunidad.

Esencialmente impone a los gobiernos hacer o dejar de hacer con relación a los derechos allí descritos. Se aplica a todos los pueblos indígenas sin importar su situación jurídica, es decir, aun cuando estén fragmentadas en muchas personas jurídicas llamadas “Comunidades Campesinas o Nativas”. La comunidad es un grado menor de identidad que el pueblo indígena, por lo cual se complementan.

Sobre el derecho a la propiedad, el artículo 14.1 del Convenio les reconoce el derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan y el artículo 14.2 que los gobiernos deberán tomar las medidas que sean necesarias para determinar las tierras que los pueblos interesados ocupan tradicionalmente, así como garantizar la protección efectiva de sus derechos de propiedad y posesión.

De igual manera, cuando utiliza la terminología “tierras” en los artículos 15 y 16, incluye el concepto de territorios, lo que cubre la totalidad del hábitat de las regiones donde se encuentran los pueblos interesados que ocupan o utilizan de alguna manera el espacio geográfico.

De otro lado, el Pacto de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto de Derechos Económico, Sociales y Culturales, les reconocen el derecho a la libre determinación, que les permite establecer libremente su condición política, así como su desarrollo económico, social y cultural; y para el logro de sus fines complementariamente señala que pueden disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales, sin perjuicio de las obligaciones; imponiendo además a los Estados partes promover el derecho de libre determinación y el respeto a este derecho. En igual sentido, la declaración sobre los Principios de Derecho Internacional referentes a las relaciones de amistad y la cooperación entre los Estados, reconoce el derecho de todos los pueblos a determinar libremente su condición política. Y la carta andina para la promoción y protección de los Derechos Humanos firmada en Guayaquil en el año 2002, establece el deber de cumplir y hacer cumplir los derechos y obligaciones consagrados en instrumentos internacionales que tienen como finalidad promover y proteger los derechos humanos de los pueblos indígenas.

Asimismo, resaltamos lo oportuno que resulta para el continente, especialmente para la región andina, cuando se viene debatiendo en nuestros países la necesidad de compatibilizar los derechos de los pueblos indígenas y tribales a sus territorios y la explotación de recursos naturales que llevan a cabo las empresas extractivas alentadas por los gobiernos respectivos.



No se trata de un tema menor, a partir de una interpretación evolutiva que ha efectuado la Corte Interamericana sobre el artículo 21 de la Convención Americana de Derechos Humanos, que ha establecido el derecho de propiedad de los pueblos indígenas en el marco de la propiedad comunal, debiendo considerarse en función de las características y contexto de estas organizaciones.

#### **2.1.3.4.11 Enfoque de la protección en la legislación nacional**

La legislación resulta muchas veces contraria a la cosmovisión y a las prácticas tradicionales de las comunidades indígenas cuyas condiciones ambientales y culturales todavía no han cambiado. En sus actividades de cazadores, recolectores y horticultores deben cubrir extensiones considerables de tierras y vivir de acuerdo a ciclos y un ambiente determinado. Su estilo de vida tradicional conlleva la conservación de la biodiversidad como una condición para la subsistencia. En cuanto al territorio, resulta irracional establecer mínimos territoriales como premisa para determinar la extensión de tierras que requiere una comunidad, ya que como se explicó su naturaleza exige la comprensión de territorios amplios, basado en un derecho consuetudinario con prácticas de conservación.

Con respecto al derecho de uso y usufructo de los recursos naturales, nuestra legislación reconoce derechos de los grupos indígenas al aprovechamiento de los recursos naturales renovables, así como a su administración; incorpora facultades y derechos como la exclusividad de uso y aprovechamiento por los indígenas de los recursos de los ríos y los lagos de las tierras que les ha estado reconocido, considerados casi en la totalidad de los países como bienes destinados al aprovechamiento público general, lo que sin embargo no ha evitado frenar la destrucción por agentes externos de los recursos naturales ubicados en territorios. La protección ambiental y ecológica, ante la contaminación y escasez de los recursos, incluso han dejado de ser temas locales y pasado a ser problemas de dimensión mundial. El constitucionalista ETO CRUZ al respecto ha sostenido: “La cuestión ambiental,

no cabe duda, se encuentra íntimamente ligada a la actitud del hombre para con su espacio, convirtiéndose, por ello, no sólo en un problema social, económico o ético, sino también en uno político, toda vez que está vinculado, de manera esencial, con las conductas que asuman los agentes del poder político en la solución de los problemas ambientales que hoy afronta al planeta” (Eto, 2013).

Tal es la magnitud del problema y la preocupación creciente de la necesidad de conservar la integridad del territorio y de las comunidades campesinas y nativas mismas, que la afectación del ambiente por parte de las empresas extractivas de recursos naturales, que ordinariamente se localiza el problema en el deterioro que sufren las comunidades por el impacto de las extracciones.

En principio, la relevancia de la gran problemática ambiental provocó que en los años setenta se lleven a cabo las primeras conferencias mundiales, realizándose en primer lugar en el año 1972 la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente en Estocolmo. En el marco constitucional, la preocupación por la protección del medio ambiente, lleva a considerarla como un bien indispensable, para el desarrollo de una vida digna de las personas y como una condición para el desarrollo de las generaciones futuras, llevando al desarrollo de nuevos derroteros, como los llamados “intereses difusos y la construcción de la llamada “Constitución Ecológica”, que representan el auge del derecho constitucional ambiental que se agranda en la actualidad.

El derecho constitucional ha hecho un aporte importante sobre la temática, haciendo una creación dogmática, jurisprudencial y legal del “derecho a un medio ambiente adecuado y equilibrado”, como un derecho reconocido internacionalmente incorporado en la mayoría de las Constituciones del mundo, contando con una dimensión jurídica subjetiva (como un interés difuso de todos los ciudadanos) y una dimensión jurídica objetiva (como una exigencia directa para controlar cualquier acto de autoridad, funcionario o persona).

Siendo así, el derecho de todos y de las comunidades campesinas y nativas (donde se concentra gran parte de la contaminación, producto de la

explotación irresponsable de los recursos naturales) cuenta con una protección constitucional. Habiéndose creado el llamado Amparo Ecológico o Ambiental, considerado como aquel proceso constitucional que tiene por finalidad restablecer de manera inmediata y urgente la “serie de complejos y heterodoxos derechos fundamentales relacionados enunciativamente a la paz, la tranquilidad, a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de la vida (artículo 2, inciso 22), a la protección de la salud (artículo 7), a la conservación de la diversidad biológica y de las áreas naturales protegidas (artículo 68), entre otros.

El sustento normativo del amparo ecológico se encuentra en el artículo 200, inciso 2 de la Constitución que establece: “La acción de amparo procede contra el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza los demás derechos reconocidos por la Constitución.” (Eto, 2013).

Ahora queda referirnos al contenido constitucionalmente protegido del derecho al medio ambiente equilibrado y adecuado. Al respecto el Tribunal Constitucional en la sentencia dictada en el expediente N° 2002-2006-AC/TC ha indicado que: “El contenido del derecho a un ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la persona está determinado por los siguientes elementos, a saber: 1) el derecho de gozar de ese medio ambiente, y 2) el derecho a que ese medio ambiente se preserve. En su primera manifestación, dicho derecho comporta la facultad de las personas de poder disfrutar de un medio ambiente en el que sus elementos se desarrollan e interrelacionan de manera natural y armónica; y, en el caso de que el hombre intervenga, no debe suponer una alteración sustantiva de la interrelación que existe entre los elementos del medio ambiente. Esto supone, por tanto, el disfrute no de cualquier entorno, sino únicamente del adecuado para el desarrollo de la persona y su dignidad (artículo 1 de la Constitución). De lo contrario su goce se vería frustrado y el derecho quedaría, así, carente de contenido. Pero también el derecho en análisis se concretiza en el derecho a que el medio ambiente se preserve. El derecho a la preservación de un medio ambiente sano y equilibrado entraña obligaciones ineludibles para los poderes públicos, de mantener los bienes ambientales en las condiciones adecuadas para su disfrute. A juicio de este Tribunal, tal obligación

alcanza también a los particulares, y con mayor razón a aquellos cuyas actividades económicas inciden directa o indirectamente en el medio ambiente”. Como se observa, la preocupación es mayor en el caso de la afectación del medio ambiente donde se explotan los recursos naturales, es decir, sobre los territorios de las comunidades campesinas y nativas que es donde mayormente se encuentran los yacimientos mineros o en general los recursos naturales, siendo indispensable la adopción de medidas que tiendan a garantizar la preservación del medio ambiente de las comunidades y en general de la sociedad entera.

#### **2.1.3.4.11.1 Criterios a favor de los procesos constitucionales**

A pesar de las dificultades hay modalidades favorables para un litigio constitucional:

a) Los derechos de los pueblos indígenas reconocidos en el derecho internacional de los derechos humanos tienen rango constitucional: A nivel internacional los derechos constitucionales son llamados derechos humanos, lo cual significa que los derechos en favor de las comunidades campesinas y nativas reconocidos en el derecho internacional son derechos humanos, lo cual equivale a reconocer la superioridad jerárquica de los mismos, el sometimiento del derecho nacional a los mismos y la Protección de su respeto que deben suponer para las comunidades. “Esta es la principal oportunidad que tienen los pueblos indígenas: el derecho internacional de los derechos humanos reconoce derechos a los pueblos indígenas, lo que implica que estos son de cumplimiento obligatorio dentro del país y que el cuerpo de normas que reconocen estos derechos ostenta rango constitucional. Nos referimos a la Constitución Política, a la jurisprudencia del TC en forma reiterada, a los tratados internacionales y de manera específica al Convenio 169 de la OIT, y a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. (INSTITUTO DE DEFENSA LEGAL. Justicia Viva, 2012). Es decir, se les reconoce a este DIDH la mayor jerarquía en el sistema de fuentes del derecho, lo cual significa que ninguna norma de rango legal, tiene la facultad de configurar sus normas legales y tomar decisiones de índole administrativa, que puedan afectar, amenazar y menos violar los derechos

fundamentales, entre los que se encuentra el Convenio 169 de la OIT.

b) La idoneidad de los procesos constitucionales para exigir la defensa de los derechos de los pueblos indígenas: A menudo se confunden los procesos ordinarios con los procesos constitucionales. Varias son las diferencias, la finalidad, los plazos, la labor del juez, los costos. Los procesos constitucionales tienen por finalidad exclusiva defender los derechos constitucionales y el respeto de la Constitución, mientras que los procesos ordinarios primordialmente garantizan el respeto de las leyes en general. En segundo lugar, los plazos en los procesos constitucionales demoran mucho menos tiempo, pues su única finalidad es restablecer la vigencia del derecho violado o amenazado. La tercera es que en los procesos constitucionales el juez no es convidado de piedra, no es un espectador neutral, su función es hacer todos los esfuerzos por garantizar los derechos constitucionales. La cuarta diferencia tiene que ver con los gastos, los procesos constitucionales son gratuitos. En definitiva, no se trata de una protección formal sino de una protección material, concreta y efectiva. Es por eso que incluso tienen cierta autonomía respecto de las reglas procesales de los procesos ordinarios.

c) Las sentencias del TC tienen fuerza normativa general: Esta es quizá una de las diferencias entre los procesos constitucionales y los procesos ordinarios. En los primeros, las sentencias cuando son expedidas por el Tribunal Constitucional cuando expresamente lo establecen generan precedente vinculantes de cumplimiento obligatorio, teniendo que ser acatados. En cambio, en los procesos ordinarios, ellas solo obligan a las partes del proceso. En otras palabras, todas las reglas utilizadas por el Tribunal Constitucional en un caso concreto, constituyen reglas de carácter obligatorio, siempre que nos encontremos en casos similares, a diferencia de los procesos ordinarios donde la sentencia no trasciende a las partes. Esto significa que el Tribunal Constitucional es en los hechos un legislador positivo. No sólo el Congreso crea normas, también los jueces. Es decir, a través de la jurisprudencia es posible desarrollar reglas y principios que permitan implementar los derechos de los pueblos indígenas ante la desidia y demora del Congreso para legislar. El mejor ejemplo es la sentencia expedida por el Tribunal Constitucional recaída en el

expediente No 00022-2009-PI/TC, la cual ha desarrollado importantes reglas que facilitan y permiten la implementación del derecho a la consulta de los pueblos indígenas.

Señala que “Del artículo 2, inciso 2, de la Constitución, se infiere un reconocimiento de la tolerancia a la diversidad como valor inherente al texto constitucional, lo que debe comprenderse, a su vez, como una aspiración de sociedad peruana. En tal sentido, los individuos no pueden ser arbitrariamente diferenciados perjudicándoseles por motivos basados, entre otros, por su opinión, religión o idioma. Así, toda fuerza homogenizadora que no respete o que amenace las singularidades de las personas identificables bajo algún criterio de relevancia constitucional debe ser erradicada.”

Y agrega que “En efecto, los pueblos indígenas han existido desde antes de la aparición del Estado peruano, sin embargo, su presencia no ha significado su visibilidad o inclusión efectiva en las políticas de desarrollo. Debe tenerse presente entonces el olvido histórico que estas poblaciones han padecido a fin de poder comprender no solo a los pueblos indígenas en sí, sino también a la normativa elaborada a fin de tutelar su particular realidad sociológica, cultural, política y económica.

La protección otorgada por el convenio se centra en elementos necesarios e indispensables para la conservación y Protección de la existencia de los pueblos indígenas, sin perjuicio de su desarrollo y voluntaria participación en la economía global. Ejemplo de ello será la regulación relativa a las tierras, el reconocimiento y respeto de su identidad y la procura de niveles superiores de educación, salud y calidad de vida.

El desafío será poder encontrar casos que representen patrones de violaciones sistemáticas a efectos de poder desarrollar una jurisprudencia que oriente y corrija no solo los vacíos y las lagunas del ordenamiento jurídico, sino que sancione las violaciones a los derechos de los pueblos indígenas y no tan solo eso apoye la mejoría de aquellos indígenas que buscan subsistir con una mejoría para ellos y sus descendientes.

Ahora bien, el rol cumplido a través del reconocimiento de nuevos derechos fundamentales, como el derecho a la consulta previa, tiene sustento en el artículo 3 de la Constitución Política del Estado que establece: “La enumeración de los derechos establecidos en este Capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno” . Lo cual permite la extensión de los derechos expresamente reconocidos, aceptando otros que surjan a través del tiempo, debido a que “era virtualmente imposible que las constituciones pudieran recoger toda la enorme e inagotable gama de derechos existentes en el sistema internacional de protección de los derechos humanos. De ahí que aquellos textos constitucionales que han privilegiado la llamada ‘parte dogmática’ de la Constitución, solo han podido incorporar ciertos derechos considerados dentro de las primera generaciones de los derechos humanos, aunque ciertamente no todos ellos. Esa realidad ha hecho que los constituyentes hayan considerado la necesidad de dejar cláusulas abiertas, limitándose a señalar derechos fundamentales únicamente de modo enunciativo, con la posibilidad de que puedan incorporarse otros más en el futuro, siempre que se deriven de los principios constitucionales (referidos) (...)”. (GACETA JURÍDICA. GUÍA 3, 2009).

d) La existencia de un cuerpo de derechos de pueblos indígenas en el derecho internacional de los derechos humanos: Las normas internacionales se tornan en el garante final de respeto de los derechos humanos, cuando el derecho interno no lo hace. Así tenemos que: “A diferencia de las recientes constituciones políticas de Ecuador, Bolivia y la no tan reciente Constitución de Colombia (vigente desde 1991), nuestra Constitución le reconoce pocos derechos a los pueblos indígenas. Es por ello que debemos de recurrir al derecho internacional de los derechos humanos de los pueblos indígenas. Aquí tenemos concretamente varias fuentes de derecho internacional. Nos referimos al Convenio 169 de la OIT, a la jurisprudencia vinculante de la Corte IDH. (INSTITUTO DE DEFENSA LEGAL. Justicia Viva, 2012). Tenemos otras fuentes pero que no son vinculantes como la Declaración de las Naciones Unidas sobre

los Pueblos Indígenas, los pronunciamientos del Comité de Expertos de Aplicación de los Convenios y Recomendaciones (CEACR) de la OIT, los pronunciamientos del Relator de Naciones Unidas sobre Pueblos Indígenas, etc. A esto hay que sumar la jurisprudencia de países latinoamericanos con población indígena.

e) La obligación de los jueces de motivar sus sentencias disminuye posibilidades de sentencias arbitrarias: Si bien el deber de motivación de las resoluciones judiciales atañe a todos los jueces, este deber cobra especial importancia en los casos constitucionales. Impartir justicia no es un acto arbitrario, los jueces deben de explicar no solo el sentido de su fallo sino las razones en que sustentan su fallo. Los jueces en los Estados Constitucionales de Derecho deben de motivar sus sentencias. No basta con citar las normas legales utilizadas, deben de justiciar y persuadir de la consistencia lógica y jurídica de sus fallos. Con mayor razón esto debe ocurrir cuando se discutan derechos de las comunidades campesinas y nativas.

f) Existencia de algunos pronunciamientos iniciales, favorables a los pueblos indígenas: El Tribunal Constitucional ha emitido varias sentencias del TC sobre los pueblos indígenas, las cuales podríamos clasificar en dos tipos: Un primer grupo amplio y nutrido de sentencias que sin estar referidas a los pueblos indígenas, son útiles pues están referidas a la necesidad del poder de respetar los derechos. Tenemos por ejemplo, la que desarrolla el principio de interdicción de la arbitrariedad, la inexistencia de zonas exentas de la fuerza normativa de la Constitución, el derecho de acceso a la justicia, la obligación de motivación, el desarrollo del Estado Social de Derecho, etc. Las otras, que son pocas, están referidas a los pueblos indígenas. En estos momentos tenemos no más de media docena de sentencias del Tribunal Constitucional que han desarrollado los conceptos de Constitución cultural, el derecho a la identidad étnica y cultural, el derecho a la Consulta, etc. En todas ellas, el TC ha fijado importantes reglas que permiten por ejemplo la implementación del derecho a la consulta previa de las comunidades campesinas y nativas, lo cual nos da a entender la importancia que tiene en un Estado Constitucional de Derecho. Aunque, es preciso anotar, no involucra que necesariamente impliquen un reconocimiento, a modo de respaldo,



de este derecho y otros de las comunidades, como cuando ocurre en el caso citado (Expediente N° 00022-2009-PI/TC), donde dicho Organismo concluye que el derecho a la consulta previa no constituye un derecho a veto de las comunidades, lo cual alude a una concepción de que tal derecho no aspira una respuesta negativa.

g) El mayor interés de la opinión pública nacional e internacional en los pueblos indígenas: Otra oportunidad importante es el mayor interés del poder político, de la opinión pública, de la comunidad internacional y de los organismos internacionales de derechos humanos en los derechos de los pueblos indígenas. Este interés se ha visto incrementado por los sucesos de Bagua ocurridos el 5 de junio del año 2009, los cuales dieron la vuelta al mundo. Sin embargo el litigio constitucional no es una tarea fácil, pues no basta con presentar demandas y tramitarlas en las instancias previstas. Existen un conjunto de factores que juegan en contra, que es necesario visualizar y enfrentar, si queremos tener éxito en la exigencia judicial de los derechos de los pueblos indígenas. De un lado, es evidente que los jueces, fiscales y abogados están poco preparados para enfrentar y resolver conflictos vinculados con pueblos indígenas. En esa misma línea, existe poco conocimiento de experiencias comparadas exitosas de defensa de derechos de pueblos indígenas, como por ejemplo la jurisprudencia vinculante de la Corte IDH o las interesantes sentencias de la Corte Constitucional de Colombia. También hay que hacer frente a una creciente radicalización de las protestas de los pueblos indígenas, los cuales muchas veces resultan tentadores para gruesos sectores de la población a pesar de las nefastas consecuencias que ella genera. De otro lado, y no podemos negarlo, existen poca credibilidad y confianza ciudadana en el sistema de justicia por parte de los pueblos indígenas, el cual es visto con distancia e incompreensión por su falta de permeabilidad a las diferencias culturales, y por último, una falta de asesoría técnica especializada de los pueblos indígenas. Todo ello plantea un conjunto de desafíos que es necesario afrontar con creatividad y demanda la articulación de esfuerzos e iniciativas.

#### **2.1.3.4.11.2 Fundamento Constitucional a favor de pueblos indígenas**

La población indígena se ha visto afectada por la explotación de los recursos naturales por parte de las empresas sobre todo mineras en el Perú, no obstante que el Estado ha debido velar por su existencia cabal. Por eso se ha sostenido que: El crecimiento acelerado de la explotación de recursos naturales en los territorios de pueblos indígenas y el amplio desarrollo de la gestión estatal en materia de actividades extractivas (normativo e institucional), no ha ido acompañado del adecuado desarrollo de la institucionalidad estatal de gestión ambiental y en materia de pueblos indígenas. Ello está generando un escenario de crecientes conflictos sociales, como consecuencia de la ausencia de mecanismos eficaces de protección del derecho a vivir en un medio ambiente adecuado y equilibrado para la vida, y de protección de diferentes derechos de pueblos indígenas, tales como el derecho a la propiedad y a su territorio, a los recursos naturales, a la consulta, a la autodeterminación, a que se priorice sus propios modelos de desarrollo, etc. (INSTITUTO DE DEFENSA LEGAL, Justicia Viva, 2012).

El reconocimiento de la multiculturalidad del Estado, es el primer paso que nuestro país debe dar a fin de asegurar en su seno la supervivencia de los pueblos indígenas, constituyendo también una forma esencial de brindar respuesta a las demandas de los pueblos indígenas. La multiculturalidad, debe ser entendida, como el conjunto variado de fenómenos sociales que derivan de la convivencia pacífica y/o coexistencia compleja de personas que se identifican con culturas diversas en un mismo territorio. El reconocimiento de la multiculturalidad supone constatar la existencia de los pueblos indígenas, con una historia y cultura particulares, esto es con identidad propia. Luego, reconocer la legítima pretensión de permanecer, desarrollarse y evolucionar como pueblo. Finalmente, la aceptación y valoración de la diversidad, mediante el reconocimiento de todos los factores anteriores y con ellos poder resolver los conflictos que se presentan; expresados mediante el reconocimiento de la administración de justicia comunal, que se dio en la Constitución de 1993 (artículo 149), que representa una importante modificación que trae consigo. (CUBAS, 2000).

Dados los conflictos presentados, los mecanismos que implementó el Estado para filtrar y procesar las demandas de la población rural e indígenas, afectadas por las industrias extractivas, se muestran débiles, lentos, muchas veces burocratizados y casi siempre incapaces de resolver y dar una solución favorable a los afectados. Esto ocasiona no solo problemas, sino que sectores más radicales opten por promover salidas violentas, generándose conflictos sociales con alto costo en vidas humanas, propiedad privada y pública. No obstante, si no dan atención a las demandas de la población afectada por las industrias extractivas, uno puede fácilmente encontrar que muchos de sus reclamos son sobre derechos fundamentales que vulneran preceptos constitucionales. Es decir, muchos de estos requerimientos pueden ser derechos reconocidos en normas constitucionales de la mayor jerarquía, y a pesar de ello viene siendo sistemáticamente incumplido por el Estado por una diversidad de factores o situaciones que se presentan. El problema es que la población afectada, exige sus derechos para que sean reconocidos y no sean vulnerados ante sus autoridades políticas, y no ante el sistema de justicia que es el órgano del Estado encargado de velar por el cumplimiento de las normas legales y de los derechos constituciones, cuando el poder político no lo quiere hacer.

Teniendo en cuenta que la justicia constitucional, constituye una rama del sistema de justicia especialmente diseñada para proteger de forma idónea los derechos fundamentales, en atención a la jerarquía constitucional y a la importancia que ellos tiene en el ordenamiento jurídico, y que los derechos fundamentales son obligaciones del Estado cuyo cumplimiento puede y debe ser exigido política y luego judicialmente, consideramos importante que el litigio constitucional de casos emblemáticos que sean representativos de patrones de violaciones a los derechos humanos, sean ventilados ante la justicia constitucional, con la finalidad de lograr la protección de los derechos de los pueblos indígenas; asimismo, se considera importante una jurisprudencia vinculante, no solo para los casos controvertidos, sino para los casos similares, de manera que los conflictos sean resueltos de manera uniforme. El fundamento de ello es la mayor jerarquía y preeminencia que tienen las normas que reconocen derechos constitucionales, en relación con las normas que regulan y promueven las actividades extractivas.

#### 2.1.3.4.12 La Consulta previa y la OIT

La denodada lucha de los pueblos indígenas amazónicos y andinos por el respeto de sus derechos ha llevado a una mayor atención a sus reclamos históricos por parte de la ciudadanía, el gobierno y los otros poderes del Estado. Esto ha ocasionado que el Congreso discutiera y aprobara la Ley N° 29785 que, a pesar de inconstitucionalidades, recoge y desarrolla un derecho que forma parte del ordenamiento nacional desde 1995, pero cuya efectividad ha sido limitada.

El derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas, corresponde ejercerse respecto de cualquier medida administrativa o legislativa que amenace afectar directamente derechos de los pueblos amazónicos y andinos. Este derecho cuenta con desarrollo en el derecho internacional y nacional. Como se sabe, entre sus fuentes internacionales encontramos el Convenio 169 de la OIT y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Por otra parte, en sede nacional tenemos la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, la Ley 29785 y el Decreto Supremo 001-2012-MC47.

La situación descrita cobra especial relevancia si tenemos en cuenta se está produciendo un embalsamiento de proyectos de ley referidos a temas indígenas que no pueden ni deben aprobarse sin consulta previa. A mediados del año 2012 solo en la Comisión de Pueblos se encontraban estancados más de catorce proyectos de ley que se relacionan directamente con el tema. Como fuere, el artículo 6.a. del Convenio 169 de la OIT y el aparato normativo mencionado anteriormente señalan que 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 (...)”**. Si bien es obligatorio que la consulta se realice tanto para actos administrativos como legislativos, gran parte de los esfuerzos se han centrado en el debate sobre la consulta previa de los actos de la Administración y se ha dejado en un segundo plano la consulta previa de actos Legislativos.

Ante esta situación es necesario volver la mirada hacia otros espacios de regulación del derecho a la consulta previa, en los que también se deben proteger derechos de los pueblos indígenas, puesto que mediante leyes también pueden afectarse estos derechos.

Ahora bien, resulta importante reseñar lo importante que contiene la Ley N° 29785:

- a) **Objeto de la Ley:** *Es desarrollar el contenido, los principios y el procedimiento del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios respecto a las medidas legislativas o administrativas que les afecten directamente; el cual se interpreta de conformidad con las obligaciones establecidas en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), ratificado por el Estado peruano mediante la Resolución Legislativa N° 26253.*
- b) **Concepto:** *Es el derecho de los pueblos indígenas u originarios a ser consultados de forma previa sobre las medidas legislativas o administrativas que afecten directamente sus derechos colectivos, sobre su existencia física, identidad cultural, calidad de vida o desarrollo. También a ser consultados respecto a los planes, programas y proyectos de desarrollo nacional y regional que afecten directamente estos derechos. La consulta es implementada de forma obligatoria solo por el Estado.*
- c) **Finalidad de la consulta:** *Es alcanzar un acuerdo o consentimiento entre el Estado y los pueblos indígenas u originarios respecto a la medida legislativa o administrativa que les afecten directamente, a través de un diálogo intercultural que garantice su inclusión en los procesos de toma de decisión del Estado y la adopción de medidas respetuosas de sus derechos colectivos.*
- d) **Principios:** El proceso de consulta:

- **Oportunidad:** Se realiza de forma previa a la medida legislativa o administrativa a ser adoptada por las entidades estatales.
  - **Interculturalidad:** Se desarrolla reconociendo, respetando y adaptándose a las diferencias existentes entre las culturas y contribuyendo al reconocimiento y valor de cada una de ellas.
  - **Buena fe:** El proceso de consulta, se realiza en un clima de confianza, colaboración y respeto mutuo. El Estado y los representantes de las instituciones y organizaciones de los pueblos indígenas u originarios tienen el deber de actuar de buena fe.
  - **Flexibilidad:** Debe desarrollarse mediante procedimientos apropiados al tipo de medida legislativa o administrativa que se busca adoptar y tomando en cuenta las circunstancias y características especiales de los pueblos indígenas u originarios involucrados.
  - **Plazo razonable:** Se lleva a cabo considerando plazos razonables que permitan a las instituciones u organizaciones representativas de los pueblos indígenas u originarios conocer, reflexionar y realizar propuestas concretas sobre la medida legislativa o administrativa objeto de consulta.
  - **Ausencia de coacción o condicionamiento:** La participación de los pueblos indígenas u originarios debe ser realizada sin coacción o condicionamiento alguno.
  - **Información oportuna:** Los pueblos indígenas u originarios tienen derecho a recibir por parte de las entidades estatales toda la información que sea necesaria para que puedan manifestar su punto de vista, debidamente informados, sobre la medida legislativa o administrativa a ser consultada; desde el inicio y con la debida anticipación.
- e) **Sujetos del derecho:** Son los pueblos indígenas u originarios cuyos derechos colectivos pueden verse afectados de forma directa por una medida legislativa o administrativa.
- f) **Forma de participación:** Los pueblos indígenas u originarios participan en los procesos de consulta a través de sus instituciones y

*organizaciones representativas, elegidas conforme a sus usos y costumbres tradicionales.*

**g) Identificación de los pueblos indígenas u originarios:** *Para identificarlos como sujetos colectivos, se toman en cuenta criterios objetivos y subjetivos. Los criterios objetivos son:*

- *Descendencia directa de las poblaciones originarias del territorio nacional.*
- *Estilos de vida y vínculos espirituales e históricos con el territorio que tradicionalmente usan u ocupan.*
- *Instituciones sociales y costumbres propias.*
- *Patrones culturales y modo de vida distintos a los de otros sectores de la población nacional.*
- *El criterio subjetivo: conciencia del grupo colectivo de poseer una identidad indígena u originaria.*
- *La Ley específica que las comunidades campesinas o andinas y las comunidades nativas o pueblos amazónicos pueden ser identificados también como pueblos indígenas u originarios.*

**h) Etapas del proceso de consulta:** *Las entidades estatales promotoras de la medida legislativa o administrativa cumplirán las siguientes etapas mínimas:*

- *Identificación de la medida legislativa o administrativa que debe ser objeto de consulta.*
- *Identificación de los pueblos indígenas u originarios a ser consultados.*
- *Publicidad de la medida legislativa o administrativa.*
- *Información sobre la medida legislativa o administrativa.*
- *Evaluación interna en las instituciones y organizaciones de los pueblos indígenas u originarios sobre la medida legislativa o administrativa que les afecten directamente.*
- *Proceso de diálogo entre representantes del Estado y representantes de los pueblos indígenas u originarios.*
- *Decisión.*

- i) Identificación de medidas objeto de consulta:** *Depende del sujeto estatal y de la comunidad. Así tenemos, de un lado, las entidades estatales deben identificar las propuestas de medidas legislativas o administrativas que tienen una relación directa con los derechos colectivos de los pueblos indígenas u originarios, de modo que, si existiría una afectación directa a sus derechos colectivos, se proceda a una consulta previa respecto de tales medidas.*

*De otro lado, las instituciones u organizaciones representativas de los pueblos indígenas u originarios pueden solicitar la aplicación del proceso de consulta respecto a determinada medida que consideren que les afecta directamente, para lo cual remitirán el petitorio a la entidad estatal promotora de la medida legislativa o administrativa y responsable de ejecutar la consulta, la cual evaluará la procedencia del petitorio.*

*Si la entidad estatal pertenece al Poder Ejecutivo y desestime el pedido, puede ser impugnado ante el órgano técnico especializado en materia indígena del Poder Ejecutivo. Agotada la vía administrativa ante este órgano, cabe acudir ante los órganos jurisdiccionales competentes.*

*Este procedimiento resulta cuestionable, ya que si el Estado es el promotor de las medidas administrativas o legislativas que puedan afectar a las comunidades, la Ley establece que sean las mismas las que evalúen si existe tal afectación. Por razones obvias, seguramente ocurrirá que denegará el pedido, ante lo cual la Comunidad debe acudir al Poder Judicial para impugnar la denegatoria, lo cual implica transitar por un largo período de tiempo durante el cual se debatirá la posible afectación, pudiendo ser más simple e incluso administrativamente encargarse a un órgano independientes y no al mismo posible infractor.*

- j) Evaluación interna de los pueblos indígenas u originarios:** *Las instituciones y organizaciones de los pueblos indígenas u originarios deben contar con un plazo razonable para realizar un análisis sobre los*



*alcances e incidencias de la medida legislativa o administrativa y la relación directa entre su contenido y la afectación de sus derechos colectivos.*

- k) Decisión:** *La decisión final sobre la aprobación de la medida legislativa o administrativa corresponde a la entidad estatal competente, debe estar debidamente motivada e implica una evaluación de la posición de los pueblos indígenas u originarios durante el proceso de diálogo, así como el análisis de las consecuencias que la adopción de una determinada medida tendría respecto a sus derechos colectivos reconocidos constitucionalmente en los tratados ratificados por el Estado peruano.*

*En principio la decisión debe ser la manifestación del acuerdo entre el Estado y los pueblos indígenas u originarios, la cual es de carácter obligatorio para ambas partes. En caso de alcanzar acuerdo, la entidad estatal podrá adoptar la medida, tendiente a garantizar los derechos colectivos de los pueblos indígenas u originarios y los derechos a la vida, integridad y pleno desarrollo.*

*En otros términos, si bien la Ley aspira a un acuerdo, direcciona la regulación a otorgar la facultad de decidir al ente estatal la decisión final, ya que de no haber acuerdo él decidirá. Lo que en la práctica puede significar que los entes estatales simulen buscar acuerdos y no se realicen, ya que en el fondo tienen la capacidad de decidir.*

*Finalmente, la Ley señala que los acuerdos del resultado del proceso de consulta son exigibles en sede administrativa y judicial, de manera que puede ventilarse en ambas sedes.*

- l) Idioma:** *Se toma en cuenta la lengua de los pueblos indígenas u originarios, para lo cual deben contar con el apoyo de intérpretes registrados ante un órgano técnico especializado en materia indígena del Poder Ejecutivo.*

- m) Entidad competente:** *Son competentes para realizar el proceso de consulta previa, las entidades del Estado que van a emitir medidas legislativas o administrativas relacionadas de forma directa con los derechos de los pueblos indígenas u originarios.*
- n) Precisiones sobre el derecho de consulta y de participación:** En el análisis de la sentencia AP. N° 2232-2012-LIMA, emitida por la corte superior de justicia del Perú y con ello se lleva a un análisis también de las normas impugnadas se debe tener presente que no es lo mismo el derecho a la consulta, el derecho de participación de los pueblos indígenas, y el derecho de participación ciudadana; precisiones que ayudaran a detectar las infracciones denunciadas en nuestro país.

El derecho de consulta reconocido en el inciso 1.a y 2 del artículo 6 del convenio 169 de la organización Internacional del Trabajo- OIT, tiene como titulares a los pueblos tribales cuya condición sociales, culturales y económicas les distinguen de otros sectores de la colectividad, que se rigen por sus propias costumbres, tradiciones, legislación especial; a los pueblos indígenas que descenden de poblaciones ancestrales de la época de la conquista, de la colonización o del establecimiento de las actuaciones fronteras del estado, que conservan todas o parte de sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas.

El convenio ha establecido criterios objetivos y subjetivos para identificar a los beneficiarios, entre los primeros se encuentra el criterio de “preexistencia” al Estado, y a la vigencia de instituciones propias; entre los segundos se encuentra la “autoidentificación”; la conciencia de descender de los pueblos originarios y de la “identidad o tribal”. cabe anotar que para identificar a los pueblos indígenas y tribales no es requisito previo que se encuentren registrados y/o reconocidos mediante procedimientos formales aplicados por el estado, sino que cumplan con los criterios señalados en el trabajo.

Estos pueblos son titulares (entre otros derechos), del derecho a la consulta reconocido en el inciso 1.a inciso 2, y del derecho a la participación libre reconocidos en el inciso 1.b todos del artículo 6 del convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo –OIT, cuyo texto completo es el siguiente:

- 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.
- 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 responsable de políticas y programas que les conciernan.
- Establecer los medios para el pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas de esos pueblos, y en los casos apropiados proporcionar los recursos necesarios para este fin.

La consulta llevada a cabo en aplicación de este convenio, deberán realizarse 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.

Como se señala la Declaración Universal de los Pueblos Indígenas, existe la necesidad de reconocer que los pueblos indígenas son iguales a los otros pueblos, que tienen el derecho de todos los pueblos a ser diferentes a considerarse, asimismo diferentes y a ser respetados como tales; estos pueblos han sufrido injusticias históricas como resultado, entre otras cosas, de la colonización y enajenación de sus tierras, territorios y recursos; se les han impedido ejercer su derecho al desarrollo de conformidad de sus propias necesidades e intereses.

El inciso 1.b del artículo 6 del convenio, adicionalmente de derecho a la consulta previsto en el inciso 1.a reconoce el derecho a la participación de los pueblos indígenas y tribales, para que puedan participar libremente “por los menos en la misma medida que los otros sectores de la población” y de todos los niveles en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organizaciones administrativas y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernen.

Asimismo la Comisión Expertos en Aplicación de Convenios Reconocimientos (CEACR) de la organización internacional de trabajo para hacer efectivos los convenios ratificados y evaluar la conformidad de la legislación de las practicas del país con sus obligaciones ha señalado al convenio 169 que: *“debido a los grandes retos a los que actualmente tienen que hacer frente los pueblos indígenas y tribales, incluso la regulación de la propiedad de la tierra, salud la educación y el aumento de la explotación de los recursos naturales la participación de los pueblos indígenas y tribales en estos y otros ámbitos que les afectan directamente, es un elemento fundamental para que garantizar la equidad y la paz social a través de la inclusión y el dialogo... las consultas pueden ser un instrumento de dialogo autentico de cohesión social y desempeñar un papel decisivo en la prevención y resolución de los conflictos.”* el derecho de participación libre y en igual condiciones guarda relación con el derecho de participación ciudadana que se señala a continuación.

El derecho de participación ciudadana tiene por sustento el artículo 31 de la Constitución Política del Estado, que reconoce el derecho de todos los ciudadanos en general del estado Peruano, de participar en los asuntos públicos; más aun derivando de la democracia participativa confiere a los ciudadanos de intervenir activamente en asuntos políticos, económicos y sociales, mediante mecanismos previamente establecidos por ley; en términos generales la participación ciudadana se relaciona con la integración de los ciudadanos, las participación colectivo, en aras de una mejor calidad de vida, contribuir en el progreso y desarrollo del

país, que puede comprender la participación en la administración pública, en la rendición de cuentas, en la formulación de sugerencias, aportes, etc.

La participación ciudadana es esencialmente diferente al derecho de consulta de los pueblos tribales e indígenas, y más bien se relaciona con el derecho de participación contemplada en el inciso 1.b del artículo 6 y del segundo párrafo del artículo 7 del convenio, señalando este último que *“Además, dichos pueblos deberán participar en la formulación aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente”*

A diferencia del derecho de la consulta, el derecho de participación ciudadana no se dirige a la obtención de un acuerdo, consentimiento de los ciudadanos, sino que estos, en forma genérica puedan participar activamente en los asuntos que le competen; señalando el tribunal Constitucional: “La participación ciudadana hace posible la libre intervención de las personas en el ámbito político, económico, social y cultural de la nación”, por otro aspecto la consulta previa no es una simple intervención de los pueblos sino que es acudir a ellos para consultarles sobre las medidas que prevé adoptar el estado y que les puedan afectar, y se orienta a obtener un acuerdo de los pueblos protegidos, y su consentimiento libre e informado cuando corresponda.

El respeto de los derechos fundamentales de los pueblos indígenas y tribales, exige asumir la trascendencia de la protección de estos pueblos que descendiendo de las poblaciones que preexisten al Estado Peruano, fueron sometidos por grupos dominantes, expoliados y maltratados fomentando la discriminación, marginación y exclusión como si fueran un problema indígena con afectación de sus derechos humanos ahora en el siglo XXI que se reconoce el Estado Pluricultural dentro de políticas de intercultural se orienta a superar la tolerancia encaminado al reconocimiento y respecto de personas humanas iguales, y titulares de derechos fundamentales (Sentencia AP. N° 2232-2012-LIMA).

La “magia” que hacen los decretos supremos que regulaban la participación ciudadana en materia de minería y de hidrocarburos (Decretos Supremos 028-2008-MEM y 012-2008-MEM) es increíble. Primero, reconocen el derecho a la consulta previa (artículo II del Título Preliminar del Decreto Supremo 012-2008-EM y artículo 4 del Decreto Supremo 028-2008-EM), y luego, dicen que este derecho se ejercerá a través de los mecanismos de participación ciudadana contenidos en esas mismas normas.

Cuando uno revisa los diferentes mecanismos de participación ciudadana de estas normas (art. 6 del DS N° 028-2008-EM), no encuentra nada que se parezca a la consulta previa, que como sabemos, de conformidad con el artículo 8 de la Ley de consulta previa y el fundamento 41 de la sentencia del Tribunal Constitucional N° 00022-2009-PI/TC, tiene varias etapas. Entre ellas, destaca la obligación del Estado de dar información sobre las medidas consultadas, antes del proceso de diálogo entre el Estado y los pueblos indígenas.

#### **2.1.3.4.12.1 Punto de vista del Estado**

El Estado peruano es uno de los países pioneros en entablar mecanismos legales e institucionales para llevar a cabo los procesos de la consulta previa.

La legislación no es perfecta y tiene muchas oposiciones y/o críticas, entre ellas las reseñadas por las organizaciones de los pueblos indígenas.

Así, tenemos la opinión del politólogo Manuel Bernal, quien considera que la Ley de Consulta Previa peruana es repetitiva del Convenio 169 de la OIT y que, muchas veces, esta repetición contiene errores. (VILA.2012).

Además, comenta que esta ley no era necesaria jurídicamente,

pero sí políticamente, porque es una gran oportunidad para que los pueblos indígenas tengan un espacio de diálogo para llegar a consensos.

A pesar de las críticas que se formulan a la legislación nacional de consulta previa en el Perú, el sector del Estado considera que el avance de regular estos procedimientos da pie a que se mejoren los procesos con la práctica y que se abran nuevas posibilidades de entablar más mecanismos, leyes y políticas públicas a favor de los pueblos indígenas.

### **A. La consulta previa para el Estado**

Para el Estado, la consulta previa es entendida como un procedimiento que, a la vez, trae consigo el acceso a otros derechos a los cuales los pueblos indígenas no podían acceder antes. Asimismo, se entiende que este derecho supone que la toma de decisiones tenga en cuenta las prioridades de desarrollo de los pueblos a consultar. Cabe resaltar que este proceso tiene carácter de obligatoriedad para el Estado.

“La consulta tiene doble contenido. Uno que es procesal: el Estado y los pueblos indígenas a través del diálogo buscan lograr un acuerdo o consentimiento de medidas que puedan afectarlos. Sustantiva, que origina el derecho de que los pueblos indígenas puedan decidir sus prioridades de desarrollo”.

Asimismo, lo que busca es llegar a un acuerdo sobre medidas que los puedan afectar, mediante un diálogo intercultural, que verdaderamente tome en cuenta la cultura de las comunidades, sus formas de hacer sus procesos sociales y cuál es el rol de sus organizaciones.

En ese sentido, entiende que la consulta previa puede servir como una herramienta de prevención de conflictos sociales en el país, si es que se ejecuta tomando en cuenta las consideraciones que los pueblos indígenas expresen. Asimismo, no considera que esta herramienta genere prevención permanente y que, para hacerlo, se deben implementar otros mecanismos de participación.

Una de las utilidades más resaltantes que nos señala el Dr. Hernán Coronado, funcionario del Viceministerio de Interculturalidad, es que este procedimiento en términos políticos va a generar una nueva relación del Estado con los pueblos indígenas, basada en el diálogo intercultural.

En este contexto, se reafirma la idea de que los principales protagonistas de la consulta previa deben ser los pueblos indígenas, a través de sus organizaciones y con sus modos de representación. En este punto, Gianina Luque, Comisionada del Programa de Pueblos Indígenas de la Defensoría del Pueblo, nos comenta que lo que hay que observar es cómo el Estado va a organizar su sistema y su organización, a la vez de promover y vigilar que el procedimiento de la consulta previa haga que los principales protagonistas sean los pueblos indígenas.

Por ello, la consulta también tiene como objetivo fortalecer a las propias organizaciones indígenas y sus liderazgos tanto en el nivel de organizaciones nacionales como locales. Es así como se considera que la consulta previa tiene un doble reto: uno para el Estado y otro para las organizaciones indígenas.

## **B. Rol del Estado en la consulta previa**

El Estado tiene un rol principal respecto a la consulta previa, ya que es el único que debe promover y llevar a cabo el procedimiento. Ello se desprende desde el mismo Convenio 169 de la OIT.

Cabe resaltar que desde hace años la Defensoría del Pueblo ha venido trabajando el tema de la consulta previa y de otros derechos de los pueblos indígenas por iniciativa, haciendo trabajos de campo con las mismas comunidades y ofreciendo proyectos y programas de capacitación de derechos.

Sin embargo, en palabras de Gianina Luque, falta que se indique con claridad las responsabilidades que cada institución del Estado va a asumir respecto al procedimiento de consulta previa.



Finalmente, se vuelve a hacer hincapié en que la consulta previa y su implementación son un proceso largo, al que se está haciendo seguimiento con las respectivas capacitaciones a sus instituciones para que hagan la mejor labor posible.

### **C. Oportunidades de la consulta previa**

La consulta previa puede ser vista como una herramienta, primero, de prevención de conflictos sociales. Ello debido a que se plantea llevar a cabo un proceso de diálogo intercultural en el cual se van a poder aproximar y reconocer mutuamente el Estado y las comunidades indígenas, además de promover el acceso a derechos a los pueblos indígenas tanto de manera colectiva como individual.(Coronado.2012).

Sin embargo, hay que recordar, como señala el Dr. Coronado, que lo que está en juego son intereses contrapuestos, que son los que generan conflictos, y muchas veces los conflictos devienen en violencia.

En ese sentido, señala que no se puede esperar que los primeros procesos de consulta sean perfectos y sin errores, que pueden existir conflictos, pero no necesariamente serán por el proceso de consulta en sí, sino porque no se resolvieron los temas de fondo. Ahora, el Estado debe lograr que esos conflictos se puedan gestionar o transformar en soluciones beneficiosas para todas las partes.

La gran oportunidad que brinda la consulta previa para el Estado es el cambio de relación que venía teniendo con las comunidades indígenas. Y esta gran oportunidad también la tienen las empresas que a lo largo de la historia han tenido mala relación con las mismas por acciones que han realizado antes o que han encontrado de otras empresas.

De ahí que una solución para conciliar estos tres puntos de vista es teniendo espacios adecuados de interrelación cotidiana entre los actores (empresas, comunidades y Estado). Se debe brindar permanentemente

información adecuada y transparente, haciendo partícipes a los pueblos indígenas de la toma de decisiones que les afecten, asumiendo compromisos claros y que se puedan cumplir, entre otros.

Finalmente, nos señala el politólogo Manuel Bernales que hay que cambiar las bases de la relación que se tiene con los pueblos indígenas, para lo cual se podría cambiar el tipo de concesiones que tienen el régimen peruano, que los pueblos indígenas se vuelvan socios de los proyectos de inversión, que se maneje y brinde la información adecuada y permanente y que el Estado tenga controles efectivos y permanentes de todas estas actividades.

#### **2.1.3.4.12.2 Punto de vista de las empresas**

Si bien ha quedado claro que el rol de promover el procedimiento y el derecho a la consulta previa es del Estado y que la empresa tiene un rol menos activo con base en nuestras legislaciones de esta materia, se considera de vital importancia que las empresas puedan usar de igual forma ciertos mecanismos de participación ciudadana más directos para poder entablar una relación más eficiente y duradera con los pueblos indígenas de las zonas en donde van a realizar sus labores.

Así tenemos que la mayoría de los representantes de las empresas que han salido en prensa entienden por la consulta previa lo que el Convenio 169 establece de manera literal. Por lo tanto, es un derecho que tienen los pueblos indígenas a ser consultados cuando una medida administrativa o legislativa pueda afectarlos directamente.

Es claro que para el sector empresarial este derecho no dista mucho del derecho a la participación ciudadana, debido a que tienen clara la base de que no existe ningún derecho a veto por parte de los pueblos indígenas y que la decisión final sobre los proyectos de inversión la tiene el Estado.

Por ello, algunos consideran, como el Presidente de la Sociedad Nacional de Minería y Petróleo (SNMPE), Pedro Martínez, que dicho derecho debe ser

regulado de manera transparente de modo que no se preste a ninguna interpretación que pueda ser errónea y les genere perjuicios.(Luque.2012).

Por otra parte, algunos consideran que la aplicación de la consulta previa puede ser beneficiosa para prevenir conflictos y de ese modo poder tener una buena relación de diálogo con las comunidades en donde ejecutarán sus proyectos de inversión.

En el mismo sentido, también se considera que la implementación de la consulta es de utilidad para fortalecer el Estado y el reconocimiento de su pluralidad como nación, además de propiciar una mejor manera de entablar las relaciones con los pueblos indígenas a través de espacios de diálogo.

“En la sociedad de minería hay una línea maestra de cómo hacemos para fortalecer la cultura de diálogo. Para nosotros, esta ley es una herramienta para fortalecer eso. Hoy es un espacio adicional para cerrar brechas y poder tener una mejor relación con las comunidades”.(SNMPE.2012).

Sin embargo, también hay algunas empresas que consideran que la sola aplicación de la consulta previa está generando y va a generar más conflictos; por lo tanto, no sería beneficiosa.

“Como se viene presentando, creo que va a incentivar los conflictos; la sola puesta en agenda de lo que por entonces era un proyecto de ley de consulta previa ya generó muchas tensiones en el Estado nacional. El mecanismo teórico de aproximación socio intercultural, a la fecha, es más un elemento de disociación que de unidad. Esto es un hecho verificable, más allá de la opinión personal que formulo”.

#### **2.1.3.4.12.3 Jurisprudencia del Tribunal Constitucional del Perú**

El Tribunal Constitucional en su jurisprudencia llamó la atención sobre la necesidad de distinguir cuando menos 3 modos en los que las medidas

legislativas afectan directamente a los pueblos indígenas: (a) medidas dirigidas a regular aspectos que conciernen en forma exclusiva a los pueblos indígenas; (b) normas de alcance general que podrían implicar una afectación “indirecta” a los pueblos indígenas; y, (c) medidas específicas relacionadas con pueblos indígenas dentro de normas de alcance general.

Sin perjuicio de lo anterior, este informe presenta las siguientes sumillas de las sentencias del Tribunal Constitucional, las mismas que han sido un aporte del Dr. Álvaro Córdova Flores, quien se desempeña como Asesor del Tribunal Constitucional. Para efectos de complementar lo señalado por el Dr. Córdova, se han revisado las mismas sentencias y se ha utilizado como documento de consulta el libro elaborado por el IDL denominado “Guía de interpretación de la Ley de Consulta Previa de los Pueblos Indígenas (Ley 29785)”. (SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL/ EXP. N.º 00024-2009-PI).

**a) STC. 0033-2005-PI/TC (Caso PROVINCIA DE LAURICOCHA)**

La demanda de inconstitucionalidad cuestiona el art. 3 de la Ley N° 26458 mediante la cual se crea la Provincia de Lauricocha, Departamento de Huánuco. Entre otros argumentos se alega que la norma cuestionada fue emitida sin que se les consulte a las comunidades campesinas de San Juan de Paucar y San Juan de Yacán del departamento de Pasco, ya que la norma divide sus territorios tradicionales entre este departamento y el de Huánuco. Se argumenta que con la norma se vulnera el derecho a la identidad cultural de las Comunidades Campesinas de Pasco de la provincia de Pasco, que no fueron consultados de conformidad al Convenio N° 169 de la OIT.

El Tribunal declaró infundada por unanimidad la demanda. No obstante omitió toda referencia al derecho de consulta en la sentencia. Por lo que los demandantes solicitaron una aclaración. En dicha resolución

aclaratoria el Tribunal afirmó que "las normas contenidas en el Convenio 169 de la OIT, no operan como marco delimitador de las competencias establecidas expresamente respecto del Congreso de la República" por no haber sido aprobado el Convenio 169 mediante el procedimiento agravado (art. 57) de la Constitución de 1993.

**b) STC. 00022-2009-PI/TC (Caso TUANAMA 1).** Sobre el Derecho a la Consulta Previa de los Pueblos Indígenas. Desarrolla las reglas necesarias para realizar la consulta previa. (Sentencia interpretativa; infundada, con los fundamentos de votos por separado de los magistrados Landa Arroyo y Vergara Gotelli).

La Sentencia 00022-2009-PI/TC señala, entre otras cosas, las etapas que debe contener todo proceso de consulta y además reconoce una serie de principios rectores.

La referida sentencia es producto de la demanda de inconstitucionalidad interpuesta contra el Decreto Legislativo N° 1089 que regula el Régimen Temporal Extraordinario de Formalización y Titulación de Predios Rurales. Los demandantes refieren, "sin entrar al fondo del contenido de la norma" que ésta fue promulgada sin efectuar ninguna consulta previa e informada a los pueblos indígenas, tal como lo ordena el Convenio N° 169 de la OIT. Afirman además que la norma afecta directamente a los derechos al territorio de los pueblos indígenas.

Es importante resaltar dos de los argumentos presentados por el Ejecutivo al contestar la demanda. El Ejecutivo argumentó que el Convenio N° 169 era inaplicable en el Perú puesto que gran parte de las comunidades indígenas son mestizas debido al desarrollo de la "civilización". También expuso que debido a una ausencia de regulación nacional del Convenio N° 169, este tratado no podía ser aplicado.

En esta sentencia el Tribunal desarrolla consideraciones sobre la dimensión multicultural de la Constitución de 1993. Reconoció la fuerza moral de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos indígenas y su carácter de soft law en nuestro ordenamiento jurídico. Respecto al Convenio N° 169, ratifica lo desarrollado en el Caso Cordillera Escalera, añadiendo que la omisión sobre la regulación interna no afecta la vigencia o aplicabilidad de las obligaciones contenidas en el convenio.

Con respecto a los acuerdos arribados mediante el proceso de consulta, el Tribunal Constitucional señala que hay que proteger a las partes de la consulta, tutelando los mismos. Se indica adicionalmente que aun cuando el acuerdo no implica otorgar un derecho de veto a los pueblos indígenas, una vez alcanzado el acuerdo, si posteriormente este es desvirtuado, los afectados podrán interponer los recursos pertinentes para que se cumpla con el producto de la consulta, puesto que considera que estos casos, se habría afectado el principio de buena fe. En tal sentido, se deja claramente establecido que si bien los pueblos indígenas no pueden vetar la ejecución de las medidas consultadas, los consensos arribados en la negociación son vinculantes. Lo opuesto sería desvirtuar la esencia del proceso de consulta.

Se indica además que la consulta es una expectativa de poder de influencia en la elaboración de medidas que van a tener un impacto directo en la situación jurídica de los pueblos indígenas. El Tribunal resalta por primera vez que el derecho de consulta no implica un veto de los pueblos indígenas a la voluntad del legislador (funds. 24-25).

Una de las consideraciones contenidas en la sentencia es el desarrollo de los elementos del derecho de consulta, a saber: a) la buena fe, b) la flexibilidad, c) el objetivo de alcanzar un acuerdo, d) transparencia, y e) implementación previa del proceso de consulta.

En el caso objeto de la demanda, el Tribunal emitió una sentencia interpretativa y la declaró infundada. No obstante, determinó que la constitucionalidad de la norma estaba condicionada a que ésta sea interpretada

de forma que se excluya de su aplicación a los pueblos indígenas, puesto que no habían sido consultados (fund. 57 y punto 2 del fallo).

El Tribunal Constitucional reconoce una serie de principios que orientan la realización de la Consulta Previa tales como: i) Principio de inclusión de los pueblos indígenas versus la asimilación de éstos a la cultura dominante, ii) Principio de la protección de los derechos para garantizar la subsistencia de los pueblos indígenas, iii) Principio del dialogo intercultural, iv) Principio constitucional de buena fe, v) Principio constitucional de la flexibilidad, vi) Principio constitucional de la finalidad de alcanzar un acuerdo, vii) Principio constitucional de transparencia, viii) Principio constitucional de implementación previa del proceso de consulta, ix) Principio de la obligación jurídica del Estado de delimitar los territorios indígenas, y x) Principio de la interpretación constitucional intercultural de las normas civiles de propiedad.

La sentencia hace referencia a aquellas normas que deberán ser consultadas. Al respecto señala que existen tres tipos: i) Aquellas dirigidas exclusivamente a regular aspectos relevantes de los pueblos indígenas, en donde la consulta será obligatoria, por afectarles directamente, ii) Normas de alcance general, que podrían implicar una afectación indirecta a los pueblos indígenas, iii) aquellas en la que determinados temas que involucren una legislación de alcance general, requiera establecer, en algunos puntos referencias específicas a los pueblos indígenas. En este último caso, si es que con dichas referencias normativas se modifica directamente la situación jurídica de los miembros de los pueblos indígenas, sobre temas relevantes y de una manera sustancial, es claro que tales puntos tendrán que ser materia de una consulta.

Finalmente, un tema importante de resaltar en la presente sentencia es el referido a la determinación de reglas sobre las etapas del proceso de consulta. Así se señalan 5 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 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. El Colegiado estimo 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 la medida, atendiendo en lo posible a las peticiones del pueblo indígena. (fund. 41)

**c) STC. 06316-2008-PA/TC2 (Caso AIDEPSEP 1)**

Mediante la demanda de amparo interpuesta contra el Ministerio de Energía y Minas, PetroPerú, Barret Resource Perú Corporation y Repsol YPF, se solicitó la suspensión y/o anulación de todos los actos de exploración y/o explotación en los lotes 67 y 39 ubicados en el Departamento de Loreto. Se argumentó en la demanda que con tales actividades se amenazaba y vulneraba la salud y el territorio de los pueblos indígenas en situación de aislamiento voluntario que viven en dicha área. Alega además que se habría violado el derecho de consulta de tales pueblos indígenas.



La sentencia establece que la organización accionante está legitimada para proteger los derechos de los pueblos indígenas en estado de aislamiento. No obstante, declara improcedente la demanda porque no se determinó la existencia de los pueblos indígenas en aislamiento en el área de los lotes dados en concesión. De otro lado se afirma que si bien no se llevó a cabo ningún proceso de consulta, las empresas involucradas que actúan en el marco de contratos-ley han actuado de buena fe. Concluye que el derecho de consulta debe ser en tal caso puesto en práctica de "forma gradual" sin que suspenda la actividad de las empresas.

La referida sentencia replica lo señalado en otras sentencias del Tribunal Constitucional mediante las cuales reconoce el contenido constitucional del Convenio N° 169 y señala que en consecuencia, se convierte en un parámetro normativo y de interpretación para el control de los actos o decisiones de los poderes públicos que interfieran en los derechos de dichos pueblos. (fund. 19)

Cabe destacar que el Tribunal Constitucional estima pertinente puntualizar que cuando el Convenio N° 169 se refiere a los "pueblos interesados", se quiere indicar que tal categoría comprende no sólo a las comunidades directamente afectadas o establecidas en los territorios objeto de explotación y/o exploración, sino que involucra igualmente a las comunidades colindantes, a sus organizaciones, y a sus autoridades más representativas. (fund. 17). En el caso concreto, dado que se estaba discutiendo sobre afectación a comunidades indígenas en situación de aislamiento voluntario, se determinó que ningún precio ni utilidad puede compensar la alteración de la armonía y la paz en las comunidades, por lo que el derecho a la consulta es el instrumento sine qua non para preservar el derecho de las comunidades; sólo así el progreso y el desarrollo serán compatibles con los mandatos constitucionales. (fund. 15)

Con respecto al derecho a la autodeterminación, el Tribunal Constitucional ha en varias de sus sentencias - STC 03343-2007-PA/TC y STC 022-2009-PI/TC,- esto sumado a la concepción que los pueblos tienen sobre la

tierra, sirven de base para la configuración y sustento del derecho a la consulta previa. La autodeterminación se encuentra dentro de un marco constitucional que la delimita y no debe entenderse como un derecho que autoriza la creación de zonas en las cuales no exista regulación legal por parte del Estado, ni puede ser confundida con ideas autárquicas, separatistas o anti sistémicas.

Es importante también indicar, que la sentencia expresa con claridad, que el Convenio N° 169 de la OIT impone la exigencia de llevar a cabo consultas previas, públicas, neutrales y transparentes; cuya convocatoria debe hacerse en el propio idioma de las comunidades, con la supervisión de las entidades estatales que garanticen la calidad de la información brindada, y debe darse con niveles razonables de participación de los integrantes de la comunidad y sus representantes. En tal sentido se deja establecida la diferencia entre talleres informativos y consulta propiamente dicha, señalándose que la consulta no puede reducirse a que la comunidad se convierta en simple receptora de información, sino que se fomente su participación apelando a sus puntos de vista sobre las cuestiones materia de la consulta.

Finalmente, el Tribunal declara improcedente la aclaración, con voto en discordia del Magistrado Landa Arroyo y Resolución de Aclaración, estableciendo además la obligatoriedad de la consulta desde la ratificación del Convenio N° 169 de la OIT (fund. 23), y que los actos administrativos inconsultos expedidos luego de la ratificación del Convenio son inconstitucionales (fund. 27).

**d) STC. 03343-2007-PA/TC, (Caso CORDILLERA). Sobre la fuerza vinculante del Convenio N° 169 de la OIT.**

Mediante la demanda de amparo interpuesta contra las Empresas Occidental Petrolera del Perú y Petrobras Energía Perú S.A. se solicitó la suspensión y la eventual explotación de hidrocarburos en el Área de Conservación Regional "Cordillera Escalera" ubicada en la Región de San Martín. Se alegaba que la exploración y explotación de hidrocarburos afectaría el ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de la vida.

A pesar que en la demanda no se hace referencia a los derechos de los pueblos indígenas, el Tribunal Constitucional desarrolló fundamentos relativos al derecho a la identidad étnica y cultural de estos pueblos (funds. 26-30), resaltando la naturaleza multicultural de la Constitución de 1993. En este marco, el Tribunal afirmó (fund. 30-40) que el Convenio N° 169 de la OIT formaba parte del ordenamiento nacional (art. 55 de la Constitución), reconociéndole rango constitucional por ser considerado un tratado de derechos fundamentales. Con ello, se revoca el criterio anterior que negaba la vigencia del Convenio en el ordenamiento jurídico nacional.

Recoge jurisprudencia relevante de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en relación con el derecho al territorio y el derecho de consulta de los pueblos indígenas. Resalta que en virtud del Decreto Supremo N° 012-2008-EM, el Estado habría cumplido con realizar una serie de talleres en donde se transmitió a las comunidades nativas información sobre el proyecto a desarrollar.

En este caso, el Tribunal declaró fundada por unanimidad la demanda y ordenó la suspensión del proyecto de hidrocarburos hasta la emisión del Plan Maestro de la Área de Conservación Regional Cordillera Escalera. No hubo pronunciamiento en el fallo sobre el derecho de consulta.

**e) STC. 05427-2009-PC/TC (Caso AIDEPSEP 2).**

Caso que fue presentado contra la falta de reglamentación del derecho a la consulta previa. Analiza la inadecuación del sistema jurídico al Convenio N° 169 de la OIT. La sentencia ordena al Congreso y al Ministerio de Energía y Minas reglamentar la consulta previa.

La presente sentencia se pronuncia sobre la inconstitucionalidad por omisión de la norma planteada y desarrolla una argumentación en la que hace referencia a que existe una obligación de cumplir los mandatos constitucionales, y específicamente aquellas referidas a desarrollar normativamente las disposiciones constitucionales que así lo demandan. Adicionalmente se pronuncia sobre la posibilidad de control constitucional de las omisiones normativas inconstitucionales por parte del juez constitucional. En tal sentido, mediante la demanda de cumplimiento se exige al Ministerio de Energía y Minas que cumpla con lo establecido por el Convenio N° 169 de la OIT, aun cuando dicho proceso de cumplimiento no estaba pensado para demandar el cumplimiento de las cláusulas de rango constitucional (funds. 10-12).

El Tribunal declara fundada la demanda, con los votos discordantes de los magistrados Álvarez Miranda y Vergara Gotelli. Los 5 magistrados coincidieron en el punto relativo a que el Ministerio de Energía y Minas no había regulado un genuino derecho de consulta (incumplimiento parcial). Se ordenó por lo tanto que dicho Ministerio proceda a regular tal derecho. Cuatro de los magistrados coincidieron también en que se debía exhortar al Congreso a fin de que "culmine con el trámite de promulgación de la Ley del derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas"

**f) STC. 00023-2009-PI/TC (Caso TUANAMA 2). Se solicita la nulidad de leyes no consultadas a los pueblos indígenas.**

Demanda de inconstitucionalidad contra el Decreto Legislativo N° 1079 que establece medidas que garantizan el patrimonio de las áreas naturales protegidas. Alega que tal norma no ha sido consultada a los pueblos indígenas. La contestación de la demanda repite los argumentos expuestos en la sentencias del Caso TUANAMA 1.

En la sentencia se establece que la normativa contenida en el decreto legislativo bajo cuestionamiento regula cuestiones relativas a la competencia de una entidad estatal y de otro lado se recogen una serie de principios que pretenden la tutela de las áreas protegidas. En tal sentido, no se afectan de manera directa o inmediata la situación jurídica de los pueblos indígenas. Por lo tanto, se declara infundada la demanda.

**g) STC. 0024-2009-PI/TC (caso TUANAMA 3)**

Demanda de inconstitucionalidad contra el Decreto Legislativo N° 994, que promueve la inversión en proyectos de irrigación para la ampliación de la frontera agrícola. Alegan los demandantes que dicha normativa, a pesar de afectar directamente a los pueblos indígenas, no se les ha sido consultada. La contestación de la demanda repite los argumentos expuestos en la sentencias del Caso TUANAMA.

En esta sentencia el Tribunal declara improcedente la demanda con fundamento de voto en conjunto por los Magistrados Vergara Gotelli y Calle Hayen, indicando que la norma cuestionada no afectaba directamente a los pueblos indígenas ya que las tierras de los pueblos indígenas no se encuentran comprendidas dentro de los alcances del decreto legislativo cuestionado. Cabe precisar que el Tribunal agregó consideraciones sobre la protección del territorio indígena de conformidad con la jurisprudencia de la Corte IDH.

#### **h) STC. 00025-2009-PI/TC (Caso TUANAMA 4).**

Se solicita la nulidad de leyes no consultadas a los pueblos indígenas. Demanda de inconstitucionalidad interpuesta contra la Ley de Recursos Hídricos (Ley N° 29338) cuestiona que la norma no haya sido aprobada por Ley orgánica y que no se haya consultado a los pueblos indígenas previamente a su publicación. El Congreso contestó la demanda solicitando que sea declarada infundada.

En la sentencia el Tribunal reafirmó que el Convenio N° 169 de la OIT es de obligatorio cumplimiento desde el 02 de febrero de 1995. Y que en la aclaración del caso AIDSESEP, solo se indicó que desde la sentencia del caso TUANAMA 1 existen criterios para resolver conflictos jurídicos que involucren al derecho de consulta. Alegó de otro lado, que la Ley de Recursos Hídricos no tiene como únicos destinatarios a los pueblos indígenas y que no regula sus derechos colectivos. Además, que si bien se hace referencia a los pueblos nativos en varios artículos de la norma, estos no ocasionan "menoscabo, detrimento o perjuicio directo en los derechos e intereses colectivos de los pueblos indígenas." Por el contrario, afirma el Tribunal que lo que está haciendo la norma es asumir la obligación de protección de los pueblos indígenas, impuesta por el artículo 15.1 del Convenio N° 169 de la OIT.

Agrega que con tales fundamentos no se "inmuniza los actos de aplicación de la Ley [...], ya que en la aplicación concreta de la norma pueden desencadenarse afectaciones directas lo que no impide que la aplicación de la Ley, antes de ser ejecutada, deba ser obligatoriamente consultada a los pueblos indígenas. Por tales consideraciones declara infundada la demanda por unanimidad".

#### **Comentario:**

Nuestra apreciación sobre esta ley es que si bien la Ley de Consulta no es perfecta y quizás no tiene la redacción más apropiada desde la óptica indígena, consideramos que aun así debió ser aprobada, tal como lo hizo

finalmente el gobierno. En nuestra opinión dada la coyuntura y la correlación política actual, difícilmente se pudo lograr más. Creo que la aprobación de la ley por el Congreso es histórica y es un gran paso que debemos de celebrar.

En coherencia con lo antes señalado, luego de la promulgación de la ley debemos de concentrarnos en la reglamentación de la ley de consulta. Es ahí donde deben corregirse las disposiciones de la ley que consideramos que no se ajustan al Convenio 169 de la OIT y a las normas del derecho internacional de los derechos humanos que han desarrollado los derechos de los pueblos indígenas. Ciertamente, aquellas disposiciones de la ley de consulta que no puedan ser armonizadas con el Convenio 169 de la OIT y su desarrollo jurisprudencial por el Tribunal Constitucional (en adelante TC) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) en vía de interpretación, deberán ser declaradas inconstitucionales a través de un proceso de inconstitucionalidad ante el TC.

Asimismo, consideramos que es necesario y oportuno hacer un balance de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de derecho a la consulta, con la finalidad para introducir algunos desarrollos jurisprudenciales importantes en la reglamentación de esta ley de consulta. Obviamente, también este balance resulta oportuno y pertinente para llamar la atención y corregir algunas interpretaciones del TC que en nuestra opinión restringen o desdibujan lo establecido en el Convenio 169 de la OIT.

#### **2.1.3.4.12.4 Conclusión sobre la variable independiente**

Hace unas décadas se podía expropiar tierras para el desarrollo de proyectos mineros. Lo podía hacer no sólo el Congreso sino también el Ejecutivo. Hoy en día esto ha cambiado pues para los proyectos mineros se requiere contar con un acuerdo previo con el propietario –individual o comunal– del terreno superficial o, en su defecto y en casos muy particulares, una servidumbre impuesta por el Ministerio de Energía y Minas.

Por su parte, sobre la propiedad comunal, el artículo 89º de la Constitución señala que las Comunidades Campesinas y Nativas son autónomas en el uso y la libre disposición de sus tierras, dentro de lo que la ley establece.

Además, en atención a la distinción legal que existe entre el derecho a la propiedad -comúnmente llamado terreno superficial- y los recursos naturales, que se otorgan a los particulares, conforme al artículo 66 de la Constitución, a través de sistemas de concesión, el artículo 7º de la Ley N° 26505 (modificada por la Ley N° 26570), señala que: “la utilización de tierras para el ejercicio de actividades mineras o de hidrocarburos requiere acuerdo previo con el propietario o la culminación del procedimiento de servidumbre que se precisará en el Reglamento de la presente Ley”.

Este mandato legal ha sido reglamentado mediante Decreto Supremo N° 017-96-AG, el cual en su artículo 2º establece que “el acuerdo entre las partes deberá constar en documento extendido ante Notario Público o Juez de Paz, el que deberá ser puesto en conocimiento del órgano competente del Ministerio de Energía y Minas.”

Sumado a ello, el artículo 11º de la Ley N° 26505 exige que “para disponer, gravar, arrendar o ejercer cualquier otro acto sobre las tierras comunales de la Sierra o Selva, se requerirá del Acuerdo de la Asamblea General con el voto conforme de no menos de los dos tercios de todos los miembros de la Comunidad”.

Asimismo, la obligación de contar con un acuerdo previo con el propietario del terreno superficial se encuentra expresamente regulada en el literal c) del numeral 7.1 del artículo 7 del Decreto Supremo N° 020-2008-EM que aprueba el Reglamento Ambiental para las actividades de exploración minera, en los siguientes términos: Artículo 7.- Obligaciones del titular 7.1 El titular está obligado a contar con los siguientes instrumentos, antes de iniciar sus actividades de exploración minera:



(...) c) El derecho de usar el terreno superficial correspondiente al área en donde va a ejecutar sus actividades de exploración minera, de acuerdo a la legislación vigente.

Por esta razón, contar con “el derecho a usar el terreno superficial” es un requisito que el Ministerio de Energía y Minas requiere y debe verificar para la emisión de una Autorización de Inicio de Operaciones, medida administrativa que habilita a la empresa a realizar efectivamente las tareas de exploración o de explotación en campo.

La razón de la necesidad de un acuerdo previo con el propietario de la tierra es que el otorgamiento de una concesión minera no implica per se una afectación al derecho de propiedad del titular del predio. Por el contrario, en el marco legal peruano, la empresa tiene un derecho (concesión) y la comunidad otro (propiedad del suelo). En tal sentido, para que el titular de una concesión minera pueda ejercer su derecho a explorar o explotar recursos naturales debe obtener primero los permisos, autorizaciones y licencias correspondientes de las diversas entidades del Estado. Adicionalmente, debe obtener el permiso o acuerdo con del propietario de la tierra (acuerdo previo). El incumplimiento de lo señalado supondría una vulneración al derecho de propiedad.

Los resultados de la investigación concuerdan con USAQUÉN CHÍA, MARTHA INÉS, en la tesis titulada: EXTERNALIDADES: MÁS QUE UN PROBLEMA DE DERECHOS DE PROPIEDAD (2008), quien concluye:

La definición de los derechos de propiedad permite que el titular del derecho, respaldado por la norma, se apropie y explote, transfiera o done un recurso. Quien ejerce esa titularidad es responsable del uso que se dé al mismo, el que no solo debería beneficiarlo, sino también procurar por lo menos no deteriorar el medio ambiente, que es el que recibe todo el impacto del uso que se ejerza sobre dicho recurso.

Asimismo, con los resultados de la investigación de Nancy Milagros Ortega Vásquez, en la tesis titulada: EL DERECHO DE PROPIEDAD COMUNAL

INDÍGENA EN LA AMAZONÍA Y SU REGULACIÓN EN LA LEGISLACIÓN PERUANA (2014), quien concluye:

La propiedad comunal ha sido una institución que ha sido inteligentemente aprovechada por los pueblos indígenas para mantener su vigencia en condiciones bastante hostiles y poco favorables; en este sentido podemos afirmar que la propiedad comunal cumple una función social importante, en tanto que va a permitir la continuidad cultural de los pueblos indígenas y la conservación de los bosques amazónicos.

Por lo que la Constitución Política del Perú de manera expresa garantiza el derecho de propiedad en el artículo 70° siendo inviolable y se ejerce en armonía con el bien común, el mismo que es concordante con el artículo 89° siendo las comunidades campesinas autónomas y ejercen la libre disponibilidad de sus tierras.

**SUB CAPÍTULO II:**  
**DE LA VARIABLE DEPENDIENTE**  
**LA AFECTACION DE LA PROPIEDAD COMUNAL POR LA ACTIVIDAD**  
**MINERA**

**2.2.1 La empresa minera**

Como ya se indicó, el sector minero es actualmente uno de los más importantes de la economía peruana: desde la década de 1990 hasta el año 2013, la inversión y producción mineras han mantenido un crecimiento sostenido (Barrantes, 2013). Al abundamiento de los yacimientos mineros se suma que las empresas del sector han accedido a facilidades legales y económicas para realizar su inversión. Así, se ha producido una fuerte expansión territorial bajo distintos niveles de producción y fuentes de capital (Damonte, 2006).

La gran minería, la mediana, la pequeña y la artesanal se diferencian en el Perú por la inversión de capital, el volumen de producción y el número de trabajadores que ocupan (OSINERGMIN, 2010). La gran minería agrupa operaciones con un tamaño de concesión mayor de 2,000 hectáreas y capacidad productiva superior a las 5,000 TMD (toneladas métricas diarias). A su vez, la mediana minería objeto del presente estudio integra operaciones con un tamaño de concesión también mayor de 2,000 hectáreas y un volumen de producción entre 350 TMD y 2,000 TMD. La pequeña minería tiene un tamaño de concesión entre 1,000 hectáreas y 2,000 hectáreas y un volumen de producción entre 25 TMD y 350 TMD. Finalmente, la minería artesanal reúne operaciones con tecnología más rudimentaria, cuyo tamaño de concesión tiene como máximo 1,000 hectáreas y cuya capacidad productiva no pasa de 25 TMD.<sup>4</sup>

La mayoría de empresas mineras en el Perú, al margen de su capacidad productiva, se orientan a la exportación de materia prima. Gracias al crecimiento de esta actividad, los impuestos por exportaciones mineras se han incrementado de \$3,008 millones en 1999 a \$18,656 millones en el 2008 (Luna, 2010). A pesar de este impacto macroeconómico, los niveles de encadenamiento productivo y el

escaso uso de mano de obra local hacen que la actividad minera tenga muy poco impacto en el producto bruto interno nacional (Barrantes.2005).

Asimismo, esta orientación económica genera que el sector minero dependa directamente del precio internacional de los metales. Esto explica que haya sido severamente afectado por la crisis financiera mundial ocurrida entre la segunda mitad del año 2008 y la segunda mitad del año 2009. Desde entonces, el precio de los metales ha experimentado una lenta recuperación hasta su restablecimiento actual (Baca, 2010).

En cuanto a la relación con el entorno, casi todas las medianas y grandes empresas mineras han suscrito desde el año 2003 un Código de Conducta Social. Allí se estipula, principalmente, que las operaciones deben realizarse cumpliendo las normas del país; que los intereses empresariales y productivos han de contribuir al desarrollo sostenible de la sociedad; que están obligadas a actuar con transparencia y equidad; que la salud y la seguridad ocupacional constituyen un fin esencial de la gestión; y que deben promover el empleo de tecnología eficaz que contribuya a proteger y conservar el medio ambiente.

Sin embargo, en la práctica, como cualquier empresa privada, su principal objetivo es desarrollar su proyecto u operación minera al menor costo posible, entendiendo por costo no solo la inversión económica sino también la social. Por ello, además de buscar un contexto favorable en materia de impuestos, servidumbre y regalías, la empresa minera necesita contar con una “licencia social para operar”, con el fin de evitar problemas con el entorno que pudieran interrumpir o dificultar sus actividades (Alayza, 2007).

Esta necesidad, sumada al crecimiento de las brechas sociales durante los últimos 13 años del boom minero y al auge internacional de la responsabilidad social empresarial, ha generado en las empresas mineras la necesidad de mantener buenas relaciones con las comunidades aledañas al lugar de donde extraen sus productos (De Echave, 2009). La construcción de estas relaciones, enmarcada en el mejor de los casos en lógicas de responsabilidad social, se desarrolla de acuerdo con criterios de buena vecindad

que no son en absoluto obligatorios ni regulados (Tanaka et al., 2007).

Tales acciones sociales pueden eventualmente orientarse al desarrollo local, pero pocas veces se incluyen en las discusiones sobre planificación y presupuesto. En realidad, suelen apuntar a minimizar el descontento de la población local, a la que buscan convencer de los beneficios que trae la actividad minera para, así, asegurar la eficiencia económica, ambiental y social de la minería corporativa actual según los estándares internacionales vigentes, sin competir por los recursos de la zona.

Esta imagen “oficial” de la minería actual en el Perú es asumida por el aparato estatal y reforzada por los medios de comunicación masiva. El discurso apela a principios contenidos en una cultura corporativa global, actualmente hegemónica, que premia el buen desempeño en el mercado. A diferencia de la antigua minería estatal ineficiente y sucia, la “nueva minería” propone un cambio tecnológico y un manejo empresarial eficiente: elevada rentabilidad, nula contaminación por sus operaciones, estándares de seguridad y cuidado ambiental y compromiso con la responsabilidad social (Damonte, 2006).

En este sentido, desde la perspectiva de la empresa minera, los conflictos se deben principalmente a una deficiente comunicación con la población afectada, que no se encuentra debidamente informada sobre los peligros reales (o la ausencia de ellos) de la “nueva minería”. De ahí entonces que, en relación con los conflictos socio ambientales, las publicaciones que provienen del sector minero identifiquen a la comunicación y la información como los elementos clave para mejorar el relacionamiento con las comunidades locales, bajo el supuesto de que una población adecuadamente informada estaría a favor de la minería (De Echave, 2009).

Por ello, parte de sus acciones de responsabilidad social y relaciones públicas está orientada a disminuir las tensiones existentes y a reducir la eventualidad de una protesta.

Cuando, aun así, ella ocurre, la empresa se ve en la necesidad de

aquietarla con acciones que oscilan entre el control de la situación, la participación en mesas de diálogo y la implementación de campañas para generar una opinión pública favorable a su posición (DeEchave, 2009). Entonces, si bien la responsabilidad social y relaciones públicas como disciplinas, promueven que la empresa mantenga un óptimo relacionamiento con sus grupos de interés; en la práctica, son utilizadas por buena parte de las empresas mineras como estrategia para amainar los conflictos con la comunidad local, en lugar de atacar el fondo de éstos o contribuir al desarrollo local.

Además, este interés de la empresa minera por mantener una relación de sana convivencia con las comunidades aledañas a la zona donde trabaja se ve resquebrajado por las dificultades que atraviesa el diálogo con sus propios empleados, además de expresar la ausencia de un enfoque de la responsabilidad social como modelo de gestión. Esta situación se relaciona con la estructura vertical que suele caracterizar la organización de las empresas mineras y el trato jerárquico entre jefes y empleados. A su vez, esta incoherencia entre la gestión de la comunicación externa y la interna afecta la imagen de la empresa y, por ende, sus programas o proyectos de inversión social en las comunidades (Bedós, 2008).

La situación se tornó crítica durante el año 2008 y la primera mitad del 2009, cuando la crisis financiera internacional alcanzó su nivel más grave: muchas empresas decidieron reducir su personal e incrementar la exigencia de trabajo; en situaciones más extremas se llegó incluso a interrumpir proyectos y operaciones (Pinilla, 2008). Como era de esperar, esto se tradujo asimismo en la reducción y hasta la interrupción del presupuesto destinado por las empresas mineras a acciones sociales en las comunidades aledañas, lo que motivó el descontento de la población (Mucho, 2008).

Son también comunes los problemas de comunicación y coordinación entre las áreas gerenciales de la empresa, principalmente entre las de operaciones y las de relaciones comunitarias. Como resultado, suele ocurrir que la empresa incumple compromisos adquiridos con la comunidad, lo que acrecienta aún más la desconfianza de ésta hacia aquélla.

En vista, entonces, de que las iniciativas sociales puestas en práctica por las empresas mineras no han sido suficientes para mantener una buena relación con el entorno, como se verá más adelante, el número de casos de conflicto se ha incrementado significativamente en los últimos años. Abundan los ejemplos de empresas mineras que insisten en tratar de controlar la situación local durante una crisis sin entender la verdadera dimensión de los conflictos, otorgando mayor importancia al relacionamiento con los actores externos y descuidando la situación interna, a pesar de buena parte de la mano de obra local provenga de las comunidades del entorno. Esto expresa la diferencia entre la práctica cotidiana y los códigos de conducta, también llamados “mecanismos voluntarios de responsabilidad social” y que son libremente determinados con un mínimo de marcos legales regulatorios.

#### **2.2.1.1 La comunidad local y la empresa minera**

Las comunidades locales son los actores más afectados a lo largo del proceso de convivencia con la empresa minera, debido a la inevitable alteración de sus modos tradicionales de vida a causa de la explotación minera del territorio donde habitan. Se trata por lo general de poblaciones rurales dedicadas a actividades agropecuarias, que se organizan en diversas asociaciones de pobladores y productores (De Echave, 2009).

La forma más frecuente es la comunidad campesina, instancia de organización, regulación y solución de conflictos entre sus miembros, de interrelación con los agentes externos y de defensa de su integridad territorial frente a terceros (Diez, 1999b: 141). Por ello, en relación con la empresa minera, es la organización de la sociedad civil que representa a la comunidad local no solo en el plano de la interacción social, sino también en el marco de la negociación legal por el uso y control del territorio superficial que administra.

La comunidad campesina se caracteriza por un manejo parcialmente colectivo de un conjunto de recursos naturales dentro de su territorio (tierras, agua, bosques, etcétera), y por elegir internamente sus propios órganos de regulación y a las autoridades que se relacionan con el exterior (Castillo, P.,

2007). Como se ve, no se trata solo de una institución que organiza parte del proceso productivo de las unidades familiares que la componen, sino también de una instancia de administración de poder cuyos ejes son la familia, los intereses colectivos y la propia organización comunal (De la CADENA, 1989).

Los órganos de gobierno de esta institución son la Asamblea General, la Directiva Comunal y los Comités Especializados (artículos 16.º de la Ley General de Comunidades y 37.º del Reglamento). La Asamblea General, integrada por todos los comuneros calificados, se mantiene como órgano supremo de la comunidad (artículo 17.º de la Ley y 38.º del Reglamento), y es gobernada y administrada por la Directiva Comunal. De ésta dependen, a su vez, los Comités Especializados, que tienen la tarea de asesorar, ejecutar o apoyar el desarrollo de actividades de interés comunal.

A pesar de que constituye la forma de organización más antigua en el espacio rural peruano, y de que han transcurrido casi 90 años desde su reconocimiento legal, la situación de vulnerabilidad jurídica y social de las comunidades campesinas no ha cambiado lo suficiente (Castillo, P., 2007). Prueba de ello es la existencia de más de 6 mil comunidades campesinas legalmente reconocidas en las que se encuentran los más altos índices de pobreza y de pobreza extrema del Perú (Grupo ALLPA, 2010: 3).

En el panorama actual, este indicador pone en evidencia la necesidad de priorizar a las comunidades campesinas en las políticas públicas no solo por el legado histórico y cultural que representan, sino también por la cantidad de tierras de cultivo y pastos que poseen aproximadamente el 40% de la superficie agropecuaria (Eguren, 2004), su aporte a la producción de alimentos, la numerosa población que congregan casi el 40% de la población rural del país (Eguren, 2004) y el papel que desempeñan en la afirmación de la democracia y la institucionalización (Castillo. 2007).

Nada de esto basta, sin embargo, para que las comunidades campesinas sean priorizadas por las políticas públicas y resulten visibles para la ciudadanía. La falta de interés oficial obedece al modelo de desarrollo adoptado por los



últimos gobiernos, basado en la promoción de la inversión minera en el sector rural y en la exclusión de la población campesina. Así se postergan los procesos que permitirían superar las condiciones de atraso, exclusión y pobreza que afectan a las comunidades (Grupo ALLPA, 2010).

Desde el lado académico, el conocimiento producido sobre la comunidad campesina en los últimos 50 años ha permitido sentar las bases para comprender su funcionamiento. En este sentido, además de rescatar la importancia de las dinámicas de organización colectiva para que la comunidad campesina perdure en el tiempo (Eguren, 2004), los últimos estudios destacan la necesidad de priorizar a las comunidades campesinas en las políticas públicas, no solo para desarrollar el potencial exportador del país sino también para elevar la calidad de la democracia y la ciudadanía que se construya en las zonas rurales (Castillo, 2007).

En cuanto a la calidad de la democracia, a pesar de los cambios ocurridos desde la década de 1950, varios estudios han hallado que la participación rural está segmentada y no se encuentra al alcance de todos. Son los individuos varones adultos con experiencia, apoyo de los pobladores locales y contactos externos quienes tienen la mayor gama de participación posible; mientras que del otro lado del espectro se ubican las mujeres pobres y analfabetas de las comunidades, con prácticamente cero grado de participación (Diez, 2007b). En ese sentido, si bien personajes como la mujer y los jóvenes tienen mayor influencia que antes, su participación en los espacios formales de poder y gobierno aún es limitada (Urrutia, 1995).

Por ejemplo, solo los comuneros calificados tienen derecho a elegir y ser elegidos para los cargos de la comunidad, y a participar con voz y voto en la Asamblea General (artículo 6.º de la Ley). Según la Ley General de Comunidades, los requisitos para ser comunero calificado son: estar inscrito en el padrón comunal ser mayor de edad o tener capacidad civil, tener residencia estable no menor de 5 años en la comunidad y no pertenecer a otra comunidad (artículo 5.º de la Ley); sin embargo, el estatuto de la mayoría de las comunidades añade que para ser comunero es necesario ser jefe de familia, lo

que restringe la participación de la mayoría de mujeres y jóvenes de la comunidad (Castillo. 2007).

Asimismo, frente a la teoría sobre la forma de organización tradicional andina, el espacio rural contemporáneo no está necesariamente articulado y sus miembros difícilmente cuentan con intereses claros y armónicos (Diez, 2007b). Más aún: su visión de desarrollo es ambigua, e integra el modelo basado en el mercado y las características de la racionalidad andina (Sánchez.1982).

La comunidad local no aparece entonces como un todo inmóvil y monolítico, sino como un tejido cambiante de relaciones que, al mismo tiempo que la producen, la dividen (Diez, 2007b).

En este sentido, en una comunidad afectada por la actividad minera se puede encontrar población adversa, favorable o ambivalente ante tal actividad. La oposición que crea la empresa minera al interior de la comunidad entre los que están a favor o en contra de ella se inserta muchas veces en disputas locales previas entre grupos de pobladores. Asimismo, debido a los problemas internos de representatividad, muchos activistas anti - y pro mineros aparecen como outsiders en las contiendas electorales, pero en muchos casos ya formaban parte de la política local, como ha sucedido en Cajamarca, en Áncash y en Piura (Diez, 2007a).

Con esta debilidad en su organización, las comunidades locales se ven involucradas en situaciones de conflicto con proyectos mineros llegados “de afuera”, que terminan alterando sus vidas y comprometiendo su futuro hacia vías que por lo general no habían considerado ni evaluado anteriormente (De Echave, 2009). Por lo común, las colectividades locales se enfrentan a la problemática desde una posición estructural de debilidad económica, técnica-legal e incluso cultural. De ahí que requieran conseguir un soporte Con esta debilidad en su organización, las comunidades locales se ven involucradas en situaciones de conflicto con proyectos mineros llegados “de afuera”, que terminan alterando sus vidas y comprometiendo su futuro hacia vías que por lo general no habían considerado ni evaluado anteriormente (De Echave, 2009).

Por lo común, las colectividades locales se enfrentan a la problemática desde una posición estructural de debilidad económica, técnica-legal e incluso cultural. De ahí que requieran conseguir un soporte externo tanto para la mediación y la interlocución como para la formulación de alternativas y el desarrollo de éstas. Y por eso mismo los actores extralocales se convierten en algunos casos en el complemento de las comunidades locales en el marco de los conflictos mineros, como se verá más adelante.

### **2.2.1.2 El Rol del Estado y la actividad minera**

El Estado puede definirse como un conjunto de instituciones y de relaciones sociales respaldadas por un sistema legal que controla el territorio y a los habitantes que en él viven (O'Donnell, 2008). De acuerdo con la Constitución Política del Perú, de 1993, su deber primordial es garantizar la plena vigencia de los derechos humanos y promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo equilibrado de la Nación (artículo 44°).

Con el fin de desempeñar esta función, a lo largo de la historia el Estado peruano ha emprendido iniciativas tendientes a conseguir un crecimiento económico que eleve la calidad de vida de la población. Sin embargo, el aún alto índice de pobreza que se registra en el país ha puesto en evidencia que el tan ansiado crecimiento económico no basta, por sí solo, para alcanzar el desarrollo (Schuldt, 2005).

Debido al fracaso del modelo de industrialización por sustitución de importaciones, desde 1990 los sucesivos gobiernos han optado por realizar una serie de reformas legales, como la privatización del sistema de propiedad de la tierra, y económicas, como los incentivos tributarios, destinadas a facilitar las inversiones orientadas a la explotación de los recursos mineros (De Echave, 2009).

Estas reformas se iniciaron con la promulgación, en 1992, de la Ley General de Minería, que generó las condiciones necesarias para desarrollar nuevos proyectos mineros capaces de atraer capitales extranjeros y transfirió al

sector privado operaciones mineras administradas hasta entonces por el Estado. De esta forma, el poder económico minero, siempre relevante en el Perú, pasó a manos de corporaciones multinacionales privadas (BARRANTES, 2005).

Esta paulatina privatización y transnacionalización del sector minero en el Perú coincide con el reemplazo de un proyecto inconcluso de capitalismo de Estado y de tímida integración cultural por un proyecto de inserción global por el que el Estado se subordina a las leyes del mercado mundial. En esa línea, el Estado asume el papel de facilitador de iniciativas multinacionales corporativas con el apoyo de agencias internacionales, y redefine la función social de la minería y su imagen pública (Damonte, 2006).

Así mejoró el desempeño de la economía nacional, que había decaído severamente entre la segunda mitad de la década de 1970 e inicios de la de 1990, y este impacto positivo marcó el inicio del discurso minero como solución a la pobreza (Damonte, 2006).

Sin embargo, la mayor recaudación del Estado gracias a los tributos pagados por las empresas mineras no ha sido gestionada eficientemente. Y eso explica que el crecimiento macroeconómico no se haya traducido en una reducción de la pobreza en las comunidades afectadas por la minería.

El principal mecanismo de redistribución local de la riqueza minera es el canon, que consiste en la repartición a los gobiernos regionales y los gobiernos locales de las jurisdicciones donde se encuentran los yacimientos mineros del total de ingresos y rentas obtenidos por el Estado por la explotación económica de esos recursos naturales. Estos impuestos representan aproximadamente el 50% del total de ingresos y rentas obtenidos por el Estado en la actividad minera por el aprovechamiento de los recursos minerales, metálicos y no metálicos (Ley de Canon 27506, artículo 8.º).

Los recursos así obtenidos se reparten entre los gobiernos regionales y los gobiernos locales a partir de dos criterios establecidos por el Ministerio de Economía y Finanzas: población y necesidades básicas insatisfechas. El canon

se distribuye entre las diversas instancias de gobierno del lugar donde se explota el recurso: 10% para la(s)municipalidad(es) del distrito donde se explota el recurso natural, 25% para los municipios distritales de la provincia (o provincias) donde éste (o éstos) está(n) ubicado(s), 40% para las provincias de la región donde se explota el recurso natural, 20% para el(los) gobierno(s) regional(es) y 5% para las universidades de la zona (Ley 27506, artículo 5.º).

En cada una de estas instancias, el ingreso por canon minero debería invertirse en bienes de capital que sirvan para generar el desarrollo de la población local (Francke.2002). Esto demanda, fundamentalmente, una efectiva administración y distribución de los recursos, que depende, a su vez, de las capacidades de las instituciones locales. Ocurre, sin embargo, que en muchos casos ellas no están preparadas para una gestión eficiente, o que están atravesadas por la corrupción, lo que trae como consecuencia que no inviertan de manera adecuada los recursos que reciben.

Ésta es una de las principales razones por las cuales las provincias donde se desarrolla actividad minera figuran entre las más pobres del país, por debajo del promedio nacional (Barrantes.2005). El divorcio entre la situación local y el crecimiento macroeconómico nacional ha generado la pérdida de credibilidad del Estado Central ante la población local en la gestión de los conflictos socioambientales (Aste, 2004b).

Por otro lado, en cuanto a la propiedad de la tierra, las reformas mineras han adoptado un sistema dominalista que atribuye propiedad y soberanía de los recursos mineros al Estado para decidir a quién autoriza su explotación (Castillo, P., 2007). Así, la propiedad de la tierra en el Perú no incluye el derecho sobre los minerales e hidrocarburos que se encuentren bajo la superficie, derecho que es otorgado por el Estado en la forma de concesión minera.

Asimismo, la ley peruana declara que el uso de la tierra para el ejercicio de actividades mineras requiere un acuerdo previo con el propietario de la superficie, es decir, la comunidad campesina. No obstante ello, en el caso de una disputa entre las partes, el Estado tiene la potestad de otorgar propiedad

para fines mineros, previa compensación por parte del titular de la concesión, de acuerdo con la tasación que realicen los ministerios de Agricultura y Energía y Minas. Esta provisión legal, llamada servidumbre minera, otorga prioridad a la actividad minera sobre la agrícola en pro, se argumenta, del interés nacional (Castillo. 2007).

Esta forma de resolver disputas es una fuente potencial de conflictos entre compañías mineras y comunidades campesinas, y ha creado una de las más visibles contradicciones en el uso de la tierra desencadenadas por las reformas neoliberales en el Perú. En la práctica en relación con las medidas de promoción minera, el Estado no actúa siempre de la misma manera. Lo que sí es común es que su participación se oriente más a resolver los problemas generados por los estallidos de los conflictos que a identificar y atacar las causas que los generan.

Lejos, entonces, de actuar con firmeza, autonomía y credibilidad, y de preocuparse por los problemas sociales y ambientales imponiéndose a las partes en conflicto (Barrantes.2005), el Estado se limita a mantener el orden público para evitar que las protestas desalienten la inversión minera. Cuando se trata de lograr el consentimiento de la población, muestra una práctica favorable para mediar y proporcionar información, pero poca disposición a un diálogo que incluya la posibilidad de que un proyecto minero no llegue a ejecutarse (De Echave.2009).

En este contexto, se han identificado tres niveles importantes de ausencia del Estado para la gestión del conflicto (Guzmán-Barrón, 2007). El primero se relaciona con el acceso a servicios básicos que le corresponde garantizar a todos los ciudadanos. Como resultado se distorsiona el rol de la empresa minera que, para mejorar su imagen ante las comunidades locales, asume una serie de responsabilidades que deben correr por cuenta del Estado.

El segundo nivel de ausencia concierne al rol del Estado como garante de seguridad y orden, ya que las normas y disposiciones legales sobre la problemática ambiental y la social han perdido legitimidad. Por eso se han

generado situaciones de movilización y desborde social en las que el Estado aparece como represor antes que como garante del orden social.

El tercer nivel de ausencia del Estado atañe a su actuación como estructura orgánica: en la práctica, las diferentes instancias Central, Regional y Local tienen distintos discursos y se comunican muy poco entre sí. Además, las autoridades locales refieren la incapacidad del Ministerio de Energía y Minas (MEM) para supervisar y fiscalizar a cabalidad la actividad minera, pues su prioridad consiste en promover la actividad económica del sector (Revesz y Diez, 2006).

Estos niveles de ausencia adquieren mayor significado si se toma en cuenta la posición del Gobierno actual frente a la relación entre las empresas mineras y las comunidades locales. Como se recordará, el Presidente de la República ha publicado diversos artículos de opinión acerca de la importancia de la promoción de la inversión minera para el aprovechamiento de los recursos naturales del país. En ellos ha sostenido que los ciudadanos peruanos padecen del síndrome del “perro del hortelano”, que impediría la generación y creación de trabajo gracias a la explotación de estos recursos (García, 2007a y 2007b). Para atacar esta situación, se propone como “receta” seguir el modelo económico que propicie la creación de nuevos procedimientos que fomenten la inversión, en especial para la operación minero-metalúrgica (García, 2008).

Esta forma de pensar expresa la subordinación del Estado al mercado y, por ende, a la iniciativa privada corporativa. El viejo discurso de ampliar los servicios estatales como salud y educación en los yacimientos mineros ha sido reemplazado por el concepto de desarrollo sostenible que propone el uso responsable de los recursos y el apoyo de iniciativas en el marco de las leyes del mercado (Damonte, 2006).

Muestra de ello es la reducción de la capacidad de maniobra estatal en el ámbito nacional peruano, luego de casi dos décadas de implementación de reformas estructurales neoliberales a favor del dominio del capital corporativo global. Estos cambios han influido en los nuevos mensajes dominantes en la

esfera pública dirigidos a la necesidad del control de las corporaciones con respaldo del aparato estatal, y han permitido que la empresa minera reemplace al Estado como motor del desarrollo local (Damonte, 2006).

### **2.2.1.3 Ordenamiento Territorial**

Un territorio supone un activo que considera tanto ventajas comparativas como competitivas, supone una oportunidad en la cual las dinámicas sociales, ambientales y económicas influyen en su conformación a lo largo del tiempo. Por ello, la importancia de tomar decisiones en función a la generación de consensos, conciliando diversos intereses y necesidades que contribuyan al aprovechamiento sostenible del territorio y sus recursos naturales.

En nuestro país, la ocupación del territorio se ha dado de manera inadecuada, generado diversos problemas como la desarticulación territorial, la exclusión de territorios de procesos de desarrollo, la desigualdad en el acceso a servicios y equipamiento, falta de competitividad, el incremento de la ocupación de zonas de alto riesgo de desastres incluyendo inversión pública y privada, en algunos casos con efectos negativos en los ecosistemas que proveen servicios, muchos de los cuales están vinculados a seguir disponiendo de recursos naturales que se constituyen en la base productiva del país.(MINAM.2016).

Si bien los Proyectos de Inversión Pública (PIP) en materia de ordenamiento territorial deben seguir los procedimientos del Sistema Nacional de Inversión Pública (SNIP), estos requieren de un conocimiento y orientación técnica específica dada su tipología y la temática que aborda, aspecto en el que era evidente la necesidad de fortalecer la presencia y participación del MINAM para su adecuada formulación.

En el año 2005, el Reglamento de Ley N.º 28245 - Ley Marco del Sistema Nacional de Gestión Ambiental, establece que el OT y la ZEE constituyen un referente obligatorio de las políticas públicas en todos los niveles de gobierno.



El mismo año, la Ley n.º 28611 - Ley General del Ambiente, estableció que la planificación y el OT tienen por finalidad complementar planificación económica, social y ambiental con la dimensión territorial, así como racionalizar las intervenciones en el territorio y orientar su conservación y aprovechamiento sostenible.

En el año 2008, el Decreto Legislativo n.º 1013 crea el Ministerio del Ambiente - MINAM y define como una de sus funciones específicas establecer la política, los criterios, las herramientas y los procedimientos de carácter general para el OT nacional, en coordinación con las entidades correspondientes, además de conducir todo el proceso.

Se precisa también que el MINAM asume todas las funciones del Consejo Nacional del Ambiente (CONAM), entre ellas las que venía ejerciendo sobre OT. Para ello recoge como antecedente el conjunto de instrumentos aprobados en el marco del Ordenamiento Territorial (OT), como el Reglamento de la ZEE aprobada con D. S. n.º 087- 2004-PCM, y la Directiva Guía Metodológica de la ZEE aprobada con D. C. D n.º 010-2006-CONAM-CD que definen de manera general y específica, respectivamente, el proceso metodológico a seguir para la elaboración de este instrumento, y los Lineamientos de Política para el Ordenamiento Territorial (OT) R. M. n.º 026-2010-MINAM que define el OT y determina los objetivos estratégicos en su implementación; a partir de lo cual Gobiernos Regionales y locales van recogiendo las orientaciones para los esfuerzos iniciales antes indicados.

Actualmente el OT está definido como un proceso político y técnico-administrativo destinado a orientar la ocupación ordenada y uso sostenible del territorio, sobre la base de la identificación de potencialidades y limitaciones, considerando criterios económicos, socioculturales, ambientales e institucionales. Ni la ZEE, ni el OT asignan usos ni exclusiones de uso. (MINAM.2016).

La mencionada definición se encuentra en concordancia con el literal c) del Decreto Legislativo n.º 1013, Ley de Creación, Organización y Funciones del

Ministerio del Ambiente; así como con el concepto de Ordenamiento Territorial (OT) establecido en Lineamientos de Política para el Ordenamiento Territorial (OT), aprobados por Resolución Ministerial n° 026-2010-MINAM.

Otro ejemplo es la Región Tacna cuyos resultados de la ZEE permitieron dimensionar el potencial del recurso energético solar, estableciendo que este recurso es uno de los ORDENAMIENTO TERRITORIAL (OT) EN EL PERÚ 193 más importantes de Sudamérica, con lo cual pone a la región Tacna en un lugar estratégico para la generación de energía eléctrica a grandes escalas con sistemas fotovoltaicos y sistemas de concentración solar. Asimismo, el potencial de energía geotérmica identificado permitiría la generación de calor para diferentes usos, como para climatización de ambientes y mitigar el friaje, y cultivo bajo invernaderos, etc. Por último, el potencial eólico, es una condición favorable para la generación de electricidad eólica.

En ese sentido el MINAM cuenta con un estudio elaborado en el marco del Apoyo Presupuestario EuroEcotrader, denominado “Utilidad de la información generada mediante la zonificación ecológica y económica como parte del proceso de ordenamiento territorial y su aporte a procesos de desarrollo” (2015), en el que se registra la utilidad concreta de la información de la ZEE para iniciativas de apoyo al desarrollo económico, como indicador de selección para el fomento, apoyo técnico y financiero de cadenas productivas, proporcionando una visión concreta de los espacios adecuados para el desarrollo de aprovechamientos productivos. .(MINAM.2016).

Así también, este estudio recoge evidencias de la contribución de la ZEE al proyecto territorial en el mediano y largo plazo ya sea desde la información de línea base, cartográfica, de enfoque de cuencas o como eje estratégico propositivo, además de ser un insumo para la identificación de áreas naturales para la conservación, la gestión de los recursos hídricos, forestales o de la zona marino costera, la gestión ambiental, la precisión y focalización para la gestión en riesgo de desastres incluyendo contextos como los actuales vinculados a fenómenos climáticos, y la reducción de tiempos e insumos económicos en la elaboración de los proyectos de inversión pública. (MINAM.2016).

También la contribución alcanza al ámbito académico de las universidades con aportes al enfoque de territorio y de sostenibilidad, así como con información bibliográfica actualizada que cubre información regional escasa para el desarrollo de la currícula educativa.

La ZEE aprobada genera ventajas comparativas en las regiones, no solo por estar avanzando en el propio proceso de OT, sino también por la disponibilidad de una herramienta actualizada de conocimiento y aproximación al territorio que supera las tradicionales informaciones sectoriales; siendo un primer paso en una gestión pública y privada más articulada.

La elaboración de la ZEE ha permitido fortalecer capacidades de los técnicos, funcionarios y autoridades de los Gobiernos Regionales y locales, para la gestión de sus ámbitos jurisdiccionales, vienen dando origen a una “transformación” de la “gestión pública tradicional” a una gestión pública moderna con enfoque territorial. Este proceso de fortalecimiento de capacidades viene facilitando visiones compartidas para avanzar en sinergias de la gestión pública, que serán base para consolidar procesos de OT, y promoviendo la generación de aptitudes necesarias para definir y alcanzar sus propios objetivos de desarrollo, tomando en consideración el proceso de ordenamiento territorial en su totalidad, y las políticas sectoriales nacionales.

La ZEE se constituye en una herramienta de información territorial, desde la base de datos que se maneja en cada ámbito y el equipamiento del que dispone para ello (SIG, imágenes satelitales, GPS, entre otros), desde donde se puede alimentar un sistema de información territorial, permanente y actualizado, al que accedan tanto las instituciones públicas como privadas y la ciudadanía en general; y que inicialmente se viene ofreciendo desde el GEOSERVIDOR.

La ZEE genera expectativas que convocan entorno a su uso a diferentes actores con motivaciones variadas sobre el territorio y que son parte de la amplia base sobre la que avanzar el proceso de OT, y en ese sentido es también una herramienta de monitoreo territorial: desde la retroalimentación con las

instituciones y ciudadanía con las que colabora, pero también desde el soporte social sobre el que se trabajaron las diferentes fases de la ZEE. (MINAM.2016).

Es importante también considerar que, el uso de la ZEE, evita la utilización inoportuna del territorio, que puede generar conflictos sociales y daños considerables en los recursos naturales, ayuda a entender los objetivos, prioridades y requerimientos de los diferentes usufructuarios del territorio, facilitando la generación de consensos y la posibilidad de aproximar (re-conciliar) los intereses de privados con los intereses de la comunidades, permite articular los esfuerzos de los diferentes sectores del Estado, y ORDENAMIENTO TERRITORIAL (OT) EN EL PERÚ 195 niveles de gobierno para la implementación de políticas públicas con enfoque territorial. (MINAM.2016).

### **Utilidad de los EE**

Así como se ha avanzado en la elaboración de la ZEE, existe también un avance significativo en relación a la elaboración de EE, en algunas regiones. Estos estudios les permite a las regiones y Gobiernos Locales: Identificar sectores del territorio que tienen, según nivel, especialización y ritmo de crecimiento, posibilidades de desarrollo de acuerdo a potencialidades.

Establecer estrategias de competitividad territorial fortalecimiento corredores y flujos económicos.

- Identificar territorios consolidados, así como territorios dispersos y las posibilidades de articulación fomentando su desarrollo integral.
- Identificar servicios ecosistémicos principales que definen rol y función del área de análisis.
- Identificar zonas de tratamiento especial definido por el procesos de ocupación del territorio, considerando impactos ambientales, tanto negativos como positivos.
- Ubicar sectores críticos que presentan nivel de riesgo muy alto y alto, para gestionar el riesgo de desastres como parte del uso y ocupación del territorio.
- Conocer y reducir la brecha de capacidad institucional existente,

considerando el nivel óptimo y necesario para implementar el proceso de OT con el estado actual en la capacidad institucional y de gestión.

- Disponer de información sobre el nivel de cumplimiento de funciones y competencias asignadas según marco normativo vigente en OT, para articularlas y establecer sinergias en su implementación.

Así por ejemplo, el Gobierno Regional de Tacna cuenta un análisis de la dinámica económica y la dinámica del sistema y organización territorial, que ha sido un insumo para la elaboración del Plan Regional de Competitividad Territorial y el Plan Regional de Desarrollo Concertado. (MINAM.2016).

De igual manera, como parte del proceso de elaboración del EE de servicios ecosistémicos, se está actualizando información sobre pasivos ambientales constituyendo insumo e información estratégica para la intervención del programa regional de monitoreo a la calidad ambiental.

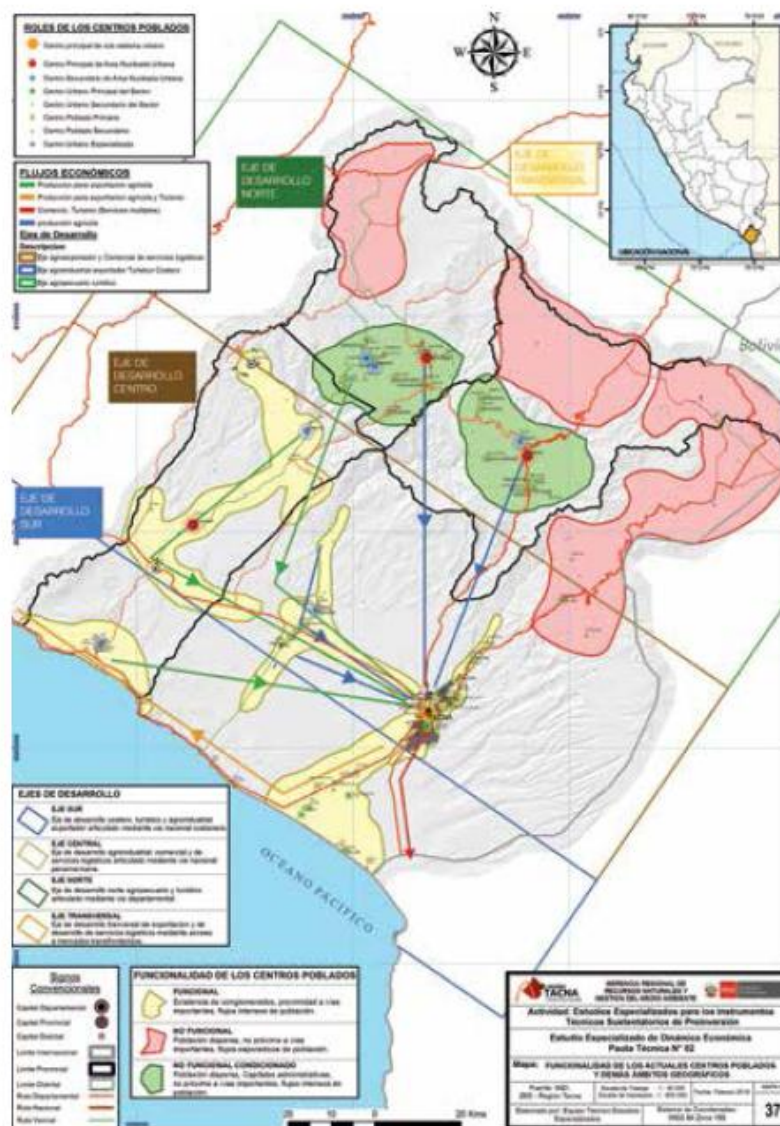
Un enfoque claro sobre las características del OT en el país La promoción equitativa, sostenible y racional de la inversión privada y pública no se puede generar si no se tienen identificadas claramente las potencialidades y las carencias de nuestro territorio.

Las condiciones del territorio deben evaluarse tomando en consideración las propias particularidades de cada ámbito en evaluación. Dado lo complejo y variado de nuestro país, esa es la labor que tiene a cargo el Ministerio del Ambiente, a través del OT, entendido como un proceso técnico y político que toma en cuenta las condiciones sociales, ambientales y económicas para la ocupación del territorio, el ordenamiento de Informes sectoriales ambiente las actividades del hombre en el territorio, y el uso y el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales.

En este sentido, es importante reconocer que la información generada como parte del proceso de ordenamiento se constituye un insumo fundamental para impulsar el desarrollo territorial regional, tal como lo vienen considerando ya los Gobiernos Regionales. En ese sentido, además debe tomarse en cuenta, que

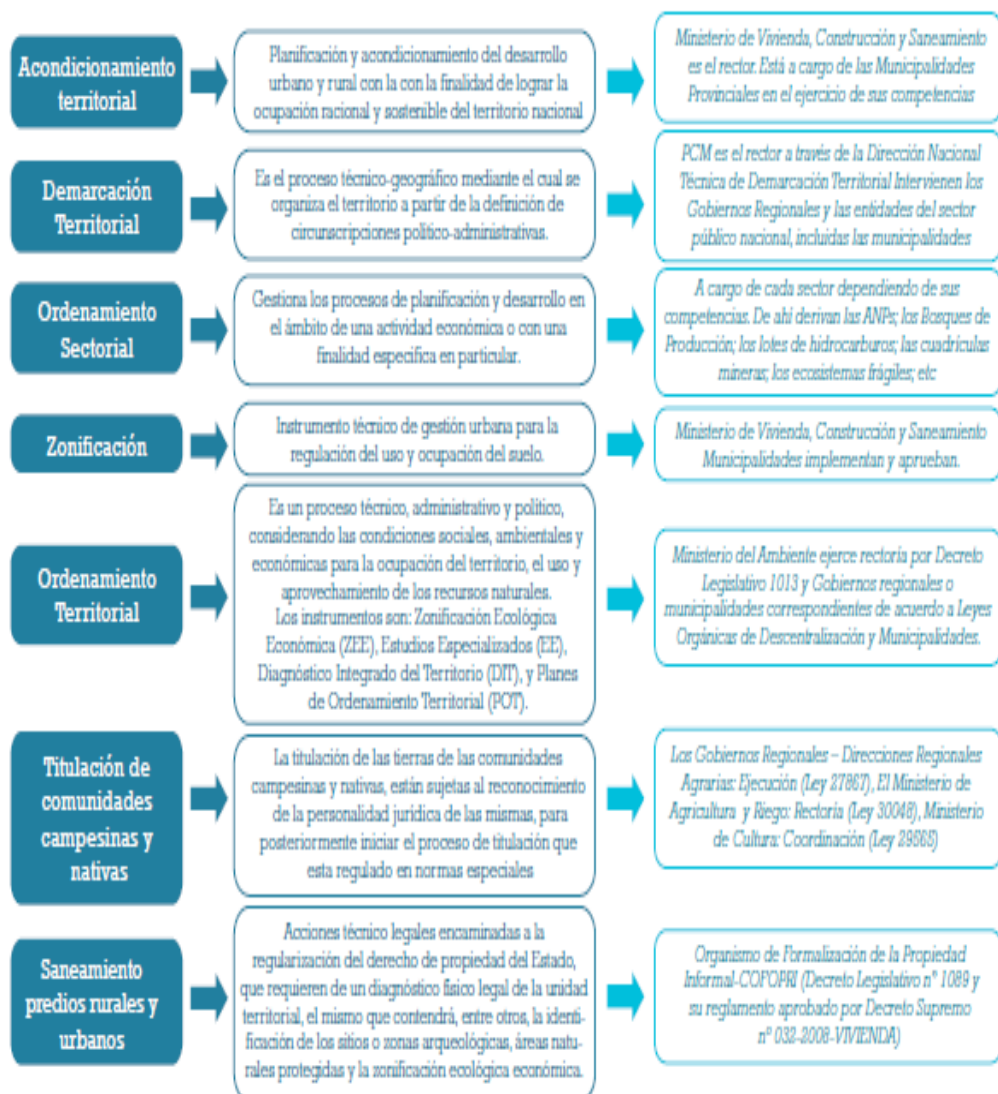
el conjunto de esfuerzos e instrumentos que impulsa el sector ambiente se dan en una lógica de favorecer el desarrollo en condiciones de sostenibilidad, tomando en cuenta que la base del desarrollo productivo del país se sustenta en el aprovechamiento de sus recursos naturales y en un contexto de creciente demanda de articulación entre los diferentes niveles de gobierno y de participación de la población. (MINAM.2016).

**Figura 1: Funcionalidad de los actuales centros poblados: caracterización de roles y funciones**



Fuente: MINAM.2016

**Figura 2: Competencias en la gestión del territorio**



Fuente: MINAM.2016

#### **2.2.1.4 Zonificación Ecológica y Económica**

La Zonificación Ecológica y Económica (ZEE) es un instrumento técnico de caracterización del territorio, principalmente de aspectos físicos y biológicos. Si bien es un instrumento importante, se requiere conocer las dinámicas del territorio y las posibilidades que tenemos como sociedad. En ese sentido, el Ordenamiento Territorial considera otros instrumentos como los Estudios Especializados (EE), que permiten la identificación y análisis de dinámicas sociales, económicas, cambios del uso del territorio, población, entre otros aspectos.(MINAM.2016).

La integración de la ZEE con los EE constituye un Diagnóstico Integrado del Territorio (DIT). Esta cadena de instrumentos técnicos se ha planificado con la finalidad de elaborar un producto final de alta calidad, denominado Plan de Ordenamiento Territorial (POT).

La aprobación de la ZEE o cualquier otro instrumento sustentatorio del Ordenamiento Territorial depende del nivel de gobierno correspondiente (región o municipalidad). En el caso de la municipalidad, es necesaria la opinión previa favorable del Gobierno Regional y del MINAM.

La ZEE no define ni establece usos, sino que propone diferentes alternativas para gestionar el impacto que puedan generar algunas actividades, haciéndolas más rentables; y aportando a la disminución de conflictos. No establece derechos de propiedad. Tampoco restringe ni excluye las inversiones.

Los niveles de calificación de las categorías de uso que la ZEE brinda, se basan en los aspectos técnicos de las características físicas, biológicas y socioeconómicas. Son de tres tipos:

Uso recomendable, donde los usos propuestos en las zonas identificadas en las categorías de uso presentan aptitudes para su desarrollo.

Uso recomendable con restricciones, donde es posible desarrollar usos



en las zonas identificadas en tanto puedan ser superadas las restricciones, mediante la aplicación de medidas y acciones correspondientes que minimicen los impactos en términos sociales, económicos y ambientales.

Uso no recomendable, que presenta escasas aptitudes para su desarrollo, donde la implementación del uso en la zona identificada generaría impactos negativos mayores a los beneficios esperados. (Ministerio del Ambiente). (MINAM.2016).

Asimismo, en la Constitución Política del Perú en sus artículos, señala lo siguiente:

#### Artículo 67.- Política Ambiental

El Estado determina la política nacional del ambiente. Promueve el uso sostenible de sus recursos naturales.

Artículo 68.- Conservación de la diversidad biológica y áreas naturales protegidas

El Estado está obligado a promover la conservación de la diversidad biológica y de áreas naturales protegidas.

Así también en sus artículos 191 y 192 manifiesta:

#### Artículo 191.- Los Gobiernos Regionales

Los gobiernos regionales tienen autonomía política, económica y administrativa en los asuntos de su competencia. Coordinan con las municipalidades sin interferir sus funciones y atribuciones.

La estructura orgánica básica de estos gobiernos la conforman el Consejo Regional como órgano normativo y fiscalizador, el Presidente como órgano ejecutivo, y el Consejo de Coordinación Regional integrado por los alcaldes provinciales y por representantes de la sociedad civil, como órgano consultivo y de coordinación con las municipalidades, con

las funciones y atribuciones que les señala la ley. El Consejo Regional tendrá un mínimo de siete (7) miembros y un máximo de veinticinco (25), debiendo haber un mínimo de uno (1) por provincia y el resto, de acuerdo a ley, siguiendo un criterio de población electoral.

#### Artículo 192.- Atribuciones y competencias de los gobiernos regionales

Los gobiernos regionales promueven el desarrollo y la economía regional, fomentan las inversiones, actividades y servicios públicos de su responsabilidad, en armonía con las políticas y planes nacionales y locales de desarrollo.

Son competentes para:

- Aprobar su organización interna y su presupuesto.
- Formular y aprobar el plan de desarrollo regional concertado con las municipalidades y la sociedad civil.
- Administrar sus bienes y rentas.
- Regular y otorgar las autorizaciones, licencias y derechos sobre los servicios de su responsabilidad.
- Promover el desarrollo socioeconómico regional y ejecutar los planes y programas correspondientes.
- Dictar las normas inherentes a la gestión regional.
- Promover y regular actividades y/o servicios en materia de agricultura, pesquería, industria, agroindustria, comercio, turismo, energía, minería, vialidad, comunicaciones, educación, salud y medio ambiente, conforme a ley.
- Fomentar la competitividad, las inversiones y el financiamiento para la ejecución de proyectos y obras de infraestructura de alcance e impacto regional.
- Presentar iniciativas legislativas en materias y asuntos de su competencia.
- Ejercer las demás atribuciones inherentes a su función, conforme a ley.

En función de estos artículos considerados en la Constitución Política del Perú, la Ley N°27867, Ley Orgánica de Gobiernos Regionales en su artículo 9, literal g) señala como una de la competencias constitucionales de los Gobiernos Regionales: "Promover y regular actividades y/o servicios en materia de agricultura, pesquería, industria, agroindustria, comercio, turismo, energía, minería, viabilidad, comunicaciones, educación, salud y medio ambiente, conforme a la Ley." Asimismo el artículo 53 de la misma ley establece como Funciones de los Gobiernos Regionales en materia ambiental y de Ordenamiento Territorial: a) formular, aprobar, ejecutar, evaluar, dirigir, controlar y administrar los planes y políticas en materia ambiental y de ordenamiento territorial, por lo que mediante Decreto Supremo N° 087-2004-PCM, se aprueba el Reglamento de Zonificación Ecológica y Económica, el cual en su artículo 1 establece: "La Zonificación Ecológica y Económica-ZEE, es un proceso dinámico y flexible para la identificación de diferentes alternativas de uso sostenible de un territorio determinado. .(MINAM.2016).

### **2.2.1.5 Actores extralocales y la minería**

Si bien los actores centrales en el presente estudio son las empresas mineras, las comunidades locales y el Estado, se reconoce que la presencia de actores extralocales es en algunos casos determinante para el desenvolvimiento de los conflictos en el ámbito local. Estos actores desempeñan básicamente cuatro papeles (DE ECHAVE, 2009).

En primer lugar, pueden actuar como intermediarios en situaciones de conflicto local o regional entre la empresa, la comunidad y el Estado. La participación de estos actores modifica el desarrollo de los conflictos aun cuando su presencia en el plano local no sea permanente. Estos mediadores suelen ser organismos de concertación, instituciones dedicadas a la investigación de conflictos sociales, las ONG, etcétera, y sus acciones tienen una postura, una estrategia y una agenda delimitadas. Sin embargo, también puede tratarse de una categoría que está más motivada para mediar el conflicto por sus propios intereses económicos.

Como se verá en la presentación de resultados, alrededor de las empresas mineras se han venido formando redes de proveedores de mano de obra, por lo general funcionando a nivel provincial o distrital (dependiendo de la zona).

Esta es una categoría de actores extralocales cuyo nivel de intermediación en un conflicto dependerá del caso particular; no obstante, suele constituirse una interface en el relacionamiento entre la empresa y la comunidad debido a su lógica de intereses.

#### **2.2.1.6 Contexto de la relación entre empresas mineras y comunidades locales**

Los conflictos entre empresas mineras y comunidades locales pueden entenderse como una serie de acontecimientos organizados alrededor de las diferencias entre ambas, generados por las posiciones y acciones sostenidas por cada una a lo largo de la relación.

Estas diferencias de posiciones y objetivos generan continuas tensiones que eventualmente desembocan en enfrentamientos físicos que pueden demandar la intervención del Estado para la recuperación del orden público, de agencias especializadas para la resolución de conflictos y de otros actores externos que actúan a favor de alguna de las partes (DEECHAVE, 2009).

Las referidas situaciones de crisis son resultado de un proceso de acumulación de fricciones entre la empresa y la comunidad que van incrementando la hostilidad hasta que sus posiciones y exigencias resultan irreconciliables. Según esta lógica, el conflicto de intereses entre una empresa minera y una comunidad local puede ser permanente; sin embargo, su duración e intensidad dependerán del tratamiento de la relación, así como de las actitudes y comportamientos de los actores.

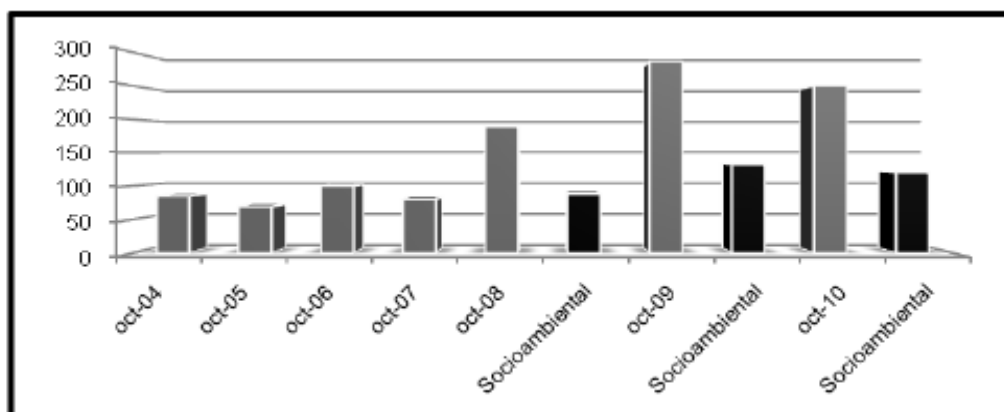
Según el Reporte número 80 de la Unidad de Conflictos Sociales de la Defensoría del Pueblo (en adelante UCS-DP), al 31 de octubre del 2010 se

registraban en el Perú 250 de estos conflictos; de ellos, el 64% se encontraba activo y el 36% permanecía en estado latente. Además, los conflictos socioambientales.

Por otro lado, es preciso señalar que las situaciones de crisis motivadas por conflictos de esta naturaleza no son recientes y se han incrementado incesantemente en los últimos años, al punto que se han tornado visibles para la opinión pública en general.

Como se puede ver en el gráfico 1, los reportes de la UCS-DP indican que los conflictos sociales en el Perú se han incrementado de forma significativa entre el 2004 y el 2010.

**Gráfico 1: Conflictos sociales en el Perú, 2004-2010**



*Elaboración propia con datos de la UCS-DP.*

Como se puede ver en el gráfico 1, desde el 2008 se ha registrado un fuerte incremento de los conflictos sociales, en especial aquéllos relacionados con problemas socioambientales, lo que llevó a la Defensoría del Pueblo a consignarlos por separado en sus reportes.<sup>2</sup> Así, en octubre de ese año los conflictos de esa naturaleza ya superaban al total de conflictos registrado en octubre de 2007.

Tres condiciones han enmarcado las situaciones conflictivas entre empresas mineras y comunidades locales. En primer lugar, las empresas (y el

Gobierno Central) identificaron como el origen de la problemática la existencia de una comunicación deficiente con la población local. Por ello, el MEM y la SNMPE emprendieron en todo el país ambiciosas campañas de comunicación sobre las ventajas de la minería.

El escaso impacto de estas campañas demostró que, en realidad, el conflicto de intereses por el uso y control de los recursos no se expresa (o no solo) en una deficiencia de comunicación e información, sino que obedece al desencuentro de valores y modos de vida (De Echave, 2009).

Para las comunidades rurales, por ejemplo, el tema ambiental implica el derecho de acceso a la tierra y al agua, sustento principal de su economía familiar.

De ahí que, independientemente de que las campañas de comunicación promovidas por las empresas mineras dijeran lo contrario, ellas compiten directamente con las comunidades locales por los mismos recursos que pueden generar ingresos a uno o a otro, pero no a ambos (Tanaka, 2007).

En segundo lugar, es importante considerar la ausencia de una política consistente para el tratamiento de conflictos, en vista de que las medidas del Gobierno Central se limitan por lo general a reducir los problemas causados por éstos. Esta situación, sumada a la ausencia de un marco legal, deja muy pocas posibilidades para abordar los conflictos entre comunidades locales y empresas mineras. Al respecto, uno de los principales obstáculos es la generación de mecanismos de participación ciudadana de “baja intensidad”, muy poco útiles para influir en la toma de decisiones, razón por la cual no gozan de mayor credibilidad en las poblaciones locales (Alayza, 2007).

En teoría, el proceso de participación de las comunidades locales no abarca solo la etapa de consulta previa a la concesión minera, sino que les asigna también un rol importante durante la exploración, explotación y cierre de minas (Reglamento de Participación Ciudadana en el Subsector Minero, DS 028-2008-EM, título II). Sin embargo, para que ese proceso se realicen las

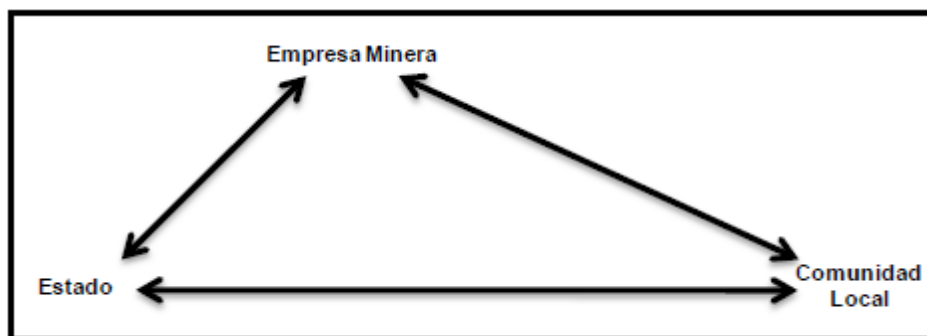
comunidades deberían contar con estructuras organizativas representativas y comprometidas. Esto demanda que los pobladores y sus organizaciones articulen y consoliden una representación legítima, capaz de constituir una participación informada, oportuna e influyente en el desarrollo de la actividad minera (Ley del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas y Originarios reconocido en el Convenio 169 de la OIT, título II).

De tal modo, para que esta ley se cumpla es fundamental que el Estado garantice que las comunidades tengan una influencia efectiva en la decisión sobre la viabilidad de los proyectos mineros. Y esto, a su vez, implica su obligación de poner al alcance de las comunidades información relevante, y que lo haga de una forma eficaz y culturalmente adecuada. Asimismo, es necesario definir mecanismos transparentes y criterios compartidos para fijar el momento y los plazos de la fase de consulta (De Echave, 2009).

En tercer y último lugar, también la distribución de los recursos económicos generados por la minería está causando malestar en la población local afectada, testigo de un crecimiento que no se traduce en cambios sustanciales de su calidad de vida. En las zonas más remotas del país, esto ha inducido a las comunidades a exigir a las empresas mineras que provean servicios que en realidad corresponden al Estado, como la construcción de carreteras, de hospitales o de escuelas. Otros reclamos se refieren a la generación de algún ingreso familiar adicional, sea a través de un puesto de trabajo en la mina o de la compra de productos locales por la empresa (De Echave.2009).

El gráfico 2 ha sido elaborado considerando todos los factores relacionados con el incremento de los conflictos socioambientales entre la empresa minera, la comunidad local y el Estado, actores que aparecen en los vértices de un triángulo. El vértice superior es ocupado por la empresa, pues el Estado claudica de su función reguladora y prioriza su rol de promoción de la inversión privada. Y esto, como ya se indicó, se sustenta en el poder y la influencia adquiridos por el sector minero en el marco de un Estado que apoya la inversión privada y descuida la institucionalidad local (Aste.2004B).

Gráfico 2: Triángulo de relacionamiento identificado



*Elaboración propia.*

Sin embargo, más que representar poderes, el gráfico 2 incorpora la distancia entre la empresa minera, la comunidad local y el Estado como un aspecto que condicionará la comunicación entre ellos. En esta relación la empresa minera tiene mayor cercanía al Estado, con el que comparte intereses y, por ello, establece una relación de alianza (Aste,2004b). Con la comunidad local, en cambio, a pesar de compartir el mismo espacio, la empresa mantiene una distancia mayor, debido a la desconfianza desarrollada por ambos desde el inicio de la relación y a la poca disposición de cada una por encontrar un punto común no obstante sus distintos intereses (De Echave, 2008).

La distancia que la comunidad local mantiene con el Estado es incluso mayor que la que la separa de la empresa, pues éste es percibido por aquélla como una institución abstracta y lejana. Esto explica otro factor también ya señalado, es decir, la distorsión de las obligaciones de cada uno, que lleva a la empresa a asumir funciones que corresponden al Estado. Y así se genera entre la empresa y la comunidad una relación política que correspondería más bien a la relación entre el Estado y la comunidad.

En este escenario, se debe reconocer que la relación entre la comunidad local, las empresas mineras y el Estado está marcada por las mutuas desconfianzas y la escasa credibilidad en las acciones y promesas del otro (De Echave, 2009). Detrás de esta actitud hay herencias históricas y constataciones más recientes, pero también problemas de comunicación motivados porque no todas las partes cuentan con la misma información y por los diferentes códigos

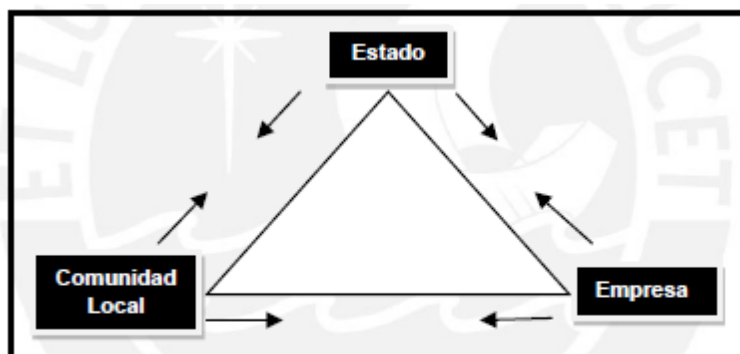


culturales que manejan. Esto incluye desde los recursos humanos, económicos y técnicos hasta el idioma y los procesos de toma de decisiones.

El diálogo y, en general, los procesos de gestión de conflictos, se ven afectados por este desequilibrio y se entranpan o, en el peor de los casos, se rompen (Guzmán-Barrón, 2007).

Con base en la situación recién descrita, algunos autores coinciden en proponer un escenario “ideal” o teórico acerca del relacionamiento entre los actores, ubicándolos en los extremos de un triángulo más equidistante. Como se puede ver en el gráfico 3, este triángulo tiene en los vértices inferiores a la empresa y a la comunidad local, y en el vértice superior al Estado (Revesz Y Diez. 2006).

**Gráfico 3: Triángulo de relacionamiento ideal**



*Adaptado de Revesz y Diez (2006: 66).*

La propuesta de este escenario ideal de relacionamiento no pretende resolver o eliminar los conflictos, pues éstos responden a intereses contradictorios, disputas de poder y visiones contrapuestas de modos de vida, estilos de desarrollo, etcétera.

Adonde apunta, más bien, es a que los conflictos se encaucen institucional y pacíficamente, a que la negociación y hasta las disputas políticas puedan darse de manera más abierta y democrática, lo que exige por lo menos

reducir la inequidad.

Si bien pareciera haber una relación directa entre mantener un frágil régimen democrático y tener una economía que dependa básicamente de recursos primarios, hay países que han logrado utilizar mejor este tipo de recursos para construir economías prósperas y regímenes democráticos más estables el referente más cercano es Chile

La propuesta de este escenario ideal de relacionamiento no pretende resolver o eliminar los conflictos, pues éstos responden a intereses contradictorios, disputas de poder y visiones contrapuestas de modos de vida, estilos de desarrollo, etcétera.

Adonde apunta, más bien es a que los conflictos se encaucen institucional y pacíficamente, a que la negociación y hasta las disputas políticas puedan darse de manera más abierta y democrática, lo que exige por lo menos reducir la inequidad.

Si bien pareciera haber una relación directa entre mantener un frágil régimen democrático y tener una economía que dependa básicamente de recursos primarios, hay países que han logrado utilizar mejor este tipo de recursos para construir economías prósperas y regímenes democráticos más estables el referente más cercano es Chile.

(Tanaka et al., 2005). Esto quiere decir que los recursos naturales, por sí mismos, no son una maldición ni una bendición, sino que es tarea de las políticas estatales la respuesta a cómo crear una relación armoniosa entre minería, desarrollo, combate a la pobreza y gobernabilidad democrática (TANAKA ET AL., 2005: 15).

De ahí que uno de los principales puntos de desencuentro entre el triángulo real y el ideal esté en el rápido crecimiento no solo económico sino también político experimentado por el sector minero, que no ha ido de la mano con el aumento de las capacidades de control y regulación del Estado (De

Echave y Torres, 2005). Más aún: el Estado delega en el sector minero cuestiones relativas al desarrollo, que son asumidas por éste bajo sus términos y de acuerdo con sus intereses.

En el triángulo ideal, las diferentes instancias del Estado actúan de forma coherente, éste tiene más injerencia en la regulación ambiental y social y realiza un mayor monitoreo del relacionamiento entre la empresa minera y la comunidad local.

Esto supone la descentralización del poder con el que cuenta actualmente el MEM, que lo convierte en juez y parte en la aprobación de los estudios de impacto ambiental que deben presentar las exploraciones y operaciones mineras (REVESZ Y DIEZ, 2006).

Otra diferencia entre ambos triángulos es el grado de inequidad entre la empresa y la comunidad, marcada por un fuerte componente económico y político. Para apuntar al triángulo ideal, entonces, se debería reforzar las capacidades de gestión y afinar los criterios de asignación del gasto público, con el fin de enfrentar el desafío de la pobreza y el desarrollo en las regiones por medio del perfeccionamiento de los mecanismos de distribución del canon minero (DE ECHAVE, 2009).

Asimismo, en el triángulo ideal la comunidad local es fortalecida y además accede a mecanismos de participación más efectivos, sobre la base de la constitución de organizaciones representativas. Como se ha mencionado, una efectiva participación ciudadana debería cumplir con las siguientes condiciones: ser informada, oportuna, influyente y culturalmente adecuada (Alayza, 2007). Por ello, los mecanismos que la garanticen deben estar precedidos de un trabajo de fortalecimiento de organizaciones paralelas a las existentes, ya que los problemas internos en la comunidad acentúan la fragmentación y la conflictividad local.

### **2.2.1.7 Teorías de los sistemas de dominio de los yacimientos mineros**

#### **A) Sistemas de dominio de los yacimientos:**

##### **a. Teorías de Sistemas: Originario y Derivado**

El Dominio Originario es todo aquel que pertenece, desde su origen, a una persona (Estado o particulares) y no reconoce titular anterior, a diferencia del Dominio Derivado que reconoce la preexistencia de otro titular.

¿A quién pertenecen originariamente los yacimientos minerales? Con respecto al Dominio Originario, tenemos tres soluciones:

a.- Atribuye el Dominio Originario al propietario del terreno superficial.

b.- Declara que los yacimientos, originariamente, no pertenecen a nadie ni al Estado.

c.- Atribuye el Dominio Originario a la colectividad representada por el Estado.

#### **B) Sistemas de dominio originario:**

A.- Sistema de la Accesoión o Fundiario:

El propietario del suelo lo es también del subsuelo, sin limitación alguna, siendo, en consecuencia, propietario de las minas o yacimientos minerales subyacentes a la superficie. Se basa en la concepción romanista de la extensión del dominio privado que diera Cino de Pistola y en la figura de la accesoión mediante la cual el subsuelo, lo accesorio, sigue lo principal, "Accesorium sequitur principale". De esta manera se proclama la unidad real del suelo y subsuelo como fundamento de su unidad legal.

Muchas han sido las objeciones que a esta teoría se han formulado, si bien creemos que la más acertada es aquella que mantiene lo erróneo de atribuir al subsuelo y su posible riqueza, el carácter de accesorio respecto del suelo, máxime si se tiene en cuenta que el valor de lo que se halla en el subsuelo es superior en innumerables ocasiones al valor del suelo. De otra parte, los yacimientos minerales no son fruto del suelo bajo el que se yacen, de acuerdo con la más pura interpretación del propio Código Civil en su Art. 890°, al decir que son frutos los provechos renovables que produce un bien, sin que se altere ni disminuya su sustancia; asimismo el Art. 891° dice que son frutos naturales los que provienen del bien.

Este sistema sostiene que la mina es accesorio del dominio del suelo superficial, por cuanto jurídicamente, lo accesorio corre la suerte de lo principal, esto es, que el propietario de un inmueble tiene derecho de todo lo que se une accesoriamente por obra de la naturaleza o por la mano del hombre o por ambas causas.

Conforme a este sistema, el propietario de un terreno superficial en virtud de su título de propiedad y en aplicación del principio de accesión, se convierte automáticamente en propietario del yacimiento o yacimientos que se encuentran dentro de los límites de su propiedad.

Los elementos superficie y propiedad constituyen una unidad.

B.- Sistemas de Ocupación o Res Nullius:

Las características comunes a estos sistemas son:

- Separan como elementos diferentes, con regímenes legales propios, el yacimiento de la superficie.
- Declaran que los yacimientos, originariamente, no pertenecen a nadie, ni al Estado.

Estos sistemas varían en cuanto a la forma de adquirir el derecho sobre los yacimientos. Puede ser el primer ocupante, el descubridor, el primer solicitante o aquel que ofrezca mejores condiciones para su explotación.

Los yacimientos son considerados Res Nullius y, por tanto, del dominio del primero que los descubra y ocupe. Se parte del principio de la ocupación, que fue el originario y primer modo de adquirir la propiedad y, consecuentemente, el único título legítimo de adquirir los recursos minerales. Su finalidad se centraba en estimular los trabajos de descubrimiento de nuevos yacimientos.

Se basa en dos principios fundamentales: la separación del suelo y el yacimiento, como elementos distintos que pueden pertenecer a dos personas diferentes y que los yacimientos no pertenecen a nadie, ni al Estado.

De acuerdo a este sistema de ocupación, quien ocupa o descubre un yacimiento e inicia su explotación se convertirá en su titular o propietario. Es decir, que es opuesto al sistema Res Nullius y se basa en el principio de que el que posee el dominio de la mina es quien la descubre y la trabaja.

De acuerdo con el sistema de Res Nullius las minas se consideran como:

### **C.- Sistemas Socialista y Dominalista Regalista:**

Las características comunes a estos sistemas son:

- 1.- Separan como elementos diferentes, con regímenes legales propios, el yacimiento de la superficie.
- 2.- Declaran que los yacimientos originariamente pertenecen al Estado.

Estos sistemas varían en cuanto el ejercicio de la actividad minera por

parte del Estado y/o los particulares.

#### C.1.- Sistema Socialista:

Por este Sistema, el Dominio Originario de los yacimientos pertenece al Estado y se separa la superficie del recurso mineral, son bienes distintos con régimen legal propio para cada uno.

En este sistema, el Estado ejerce un dominio eminente de los yacimientos y es el único que podrá ejercer actividad minera.

#### C.2.- Sistema Dominalista Regalista:

Por este sistema, los yacimientos originariamente no pertenecen a nadie, pero el Estado tiene sobre todas las cosas ubicadas en el territorio, una especie de dominio eminente o radical que debe distinguirse de su dominio patrimonial.

Por este dominio, el Estado se reserva el derecho de regular el destino de la riqueza minera, la que, si bien no le pertenece, cae bajo su control en virtud de la soberanía y, en mérito de ella, la administra, la distribuye o la concede.

La Legislación Peruana adopta el Sistema Dominalista - Regalista.

El Art. 66° de la Constitución Política del Perú declara que los recursos naturales renovables y no renovables son patrimonio de la Nación.

El Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería reitera la declaración constitucional: (Art. II T.P del TUO) todos los recursos minerales pertenecen al Estado, cuya propiedad es inalienable e imprescriptible.

## **2.2.1.8 La Concesión Minera**

### **2.2.1.8.1 Naturaleza jurídica de la concesión minera**

Es un acto jurídico administrativo emanado de la autoridad competente, entendiendo al acto administrativo desde el punto de vista material y formal.

Considerado el acto desde el punto de vista material, habrá que referirse a su contenido y, por ello, sería un acto administrativo en sentido material, toda manifestación de voluntad de un órgano del Estado, sea éste administrativo, legislativo o judicial, con tal que la substancia, el contenido sea de carácter administrativo. Por ello, puede considerarse acto administrativo en sentido material, el emanado de un órgano legislativo, como sería la aprobación de un presupuesto; por otra parte, también la ley en sentido formal, o medidas de carácter interno de las cámaras: así el nombramiento, ascenso y licencia del personal.

En el mismo sentido, pueden producir actos administrativos desde el punto de vista material, las autoridades judiciales. En el sentido formal se caracteriza el acto administrativo teniendo en cuenta la naturaleza del órgano del que emana y, por lo tanto, serán actos administrativos los que emanen de un órgano administrativo en el cumplimiento de sus funciones.

En conclusión, a la noción conceptual del acto administrativo puro, que lo será desde el punto de vista material y formal, podemos decir que el acto administrativo puro es una declaración concreta de voluntad de un órgano de la administración activa en el ejercicio de su potestad administrativa.

Dentro de los actos administrativos encontramos dos clases:

**Actos Administrativos Internos:** Se consideran actos internos, porque no pueden producir efectos respecto a los particulares, como las órdenes de un superior, la sanción disciplinaria a un servidor público, etc.



Actos Administrativos Externos: Son aquellos actos que trascienden la esfera de la administración, pues van dirigidos a los particulares, como puede ser una licencia, una multa, una concesión, etc.

En conclusión, cuando decimos que la concesión minera es un acto administrativo, estamos refiriéndonos a los actos administrativos externos.

La concesión minera es un acto administrativo necesitado de Coadyuvante:

Requiere forzosamente de la petición del interesado formulada con arreglo a los requisitos que establece la Ley.

La concesión minera tampoco se identifica con la propiedad por cuanto el titular de la misma no es propietario del yacimiento, el dominio siempre reside en el Estado.

La concesión minera es un Inmueble (Art. 885 Inc. 3 del C.C. y Art. 9 del TUO de la Ley General de Minería)

La unidad de medida de la concesión minera es la hectárea y de conformidad con el Art. 11°, del TUO de la Ley General de Minería, la extensión mínima a conceder es de 100 has. y la máxima es de 1000 has.

Asimismo, la concesión minera es indivisible, acumulable y transferible. La indivisión de la concesión es un principio jurídico del Derecho de Minería, en razón de que la división o fraccionamiento de la mina daría lugar al surgimiento de varias propiedades mineras independientes dentro de la concesión, lo que daría lugar a la imposibilidad de la actividad minera, esto es de acuerdo con el Art. 186 del T.U.O. de la Ley General de Minería, el cual señala que cuando resulten dos o más personas titulares de una concesión, por razón de petitorio, sucesión, transferencia o cualquier otro título, se constituirá de modo obligatorio una sociedad minera de responsabilidad limitada, salvo que las partes decidan constituir una sociedad contractual.

La concesión minera es un Derecho Real Sui Generis que otorga a su titular el derecho exclusivo a explorar y explotar el yacimiento, condicionado al cumplimiento de las obligaciones que la ley establece.

#### **2.2.1.8.2 Derechos del titular de concesiones mineras**

El concesionario de exploración y explotación no tiene un derecho de propiedad sobre el yacimiento, el subsuelo y la superficie (conforme a que lo hemos visto en puntos anteriores). Por lo tanto, quien obtiene una concesión posee un derecho a explorar y explotar minerales de su concesión minera para convertirse en propietario de los minerales extraídos.

El Art. 9° del TUO de la Ley General de Minería establece que la concesión minera es de exploración y explotación, simultáneamente, a plazo indefinido, siempre y cuando el concesionario cumpla con las obligaciones que exige la ley.

##### **1.- Sólido de profundidad indefinido**

La concesión minera es calificada físicamente como un sólido de profundidad indefinido, un cuerpo u objeto tridimensional (largo, ancho y profundidad).

La cara superior de la concesión minera está constituida por la superficie que tomará la forma de un:

- a) Cuadrado,
- b) Rectángulo, o
- c) Poligonal cerrada (cuadrícula o conjunto de cuadrículas).

Desde el punto de vista jurídico y físico, la concesión minera penetra indefinidamente en el interior de la tierra hasta donde sea técnicamente y económicamente viable llevar a cabo una actividad de exploración y explotación de minerales.

## 2.- El sistema de cuadrículas: la cuadrícula como unidad de medida

El sistema de cuadrículas divide el territorio nacional en una red de cuadrículas de un kilómetro por lado equivalente a 100 hectáreas. Este sistema fue aprobado por R.M. N° 320-91-EM/DGM, del 28 de diciembre de 1991.

El sistema de cuadrículas tiene como objeto “tener un catastro minero ordenado”.

Las concesiones se otorgan en cuadrículas o conjunto de cuadrículas, colindantes por un lado.

La concesión minera no puede tener una extensión menor de 100 hectáreas (una cuadrícula), ni mayor a 1000 hectáreas (10 cuadrículas) salvo las siguientes excepciones:

- Las que son solicitadas en zonas de frontera.
- Las que formen parte de una acumulación de concesiones mineras.
- Las que son solicitadas sobre derechos mineros o aprobados antes del 15 de diciembre de 1991.
  
- Las que son solicitadas en zonas urbanas o de expansión urbana - Ley 27015.

## 3.- Formas de adquirir las concesiones

Las concesiones mineras pueden adquirirse de diversas maneras:

Bajo la forma de un petitorio minero (Procedimiento Ordinario Minero).

Bajo alguna modalidad contractual (transferencia, cesión, opción, donación, aporte etc.).

Por herencia.

Por remate, como consecuencia de una deuda hipotecaria o de un

embargo. Por remate, producto de la formulación de dos o más petitorios mineros a la misma hora (día, hora y minutos) sobre una misma área.

4.- Características y notas distintivas de las concesiones mineras, de beneficio, de labor general y de transporte minero

a. Características de la concesión por exploración y explotación:

La concesión minera origina una ficción, ya que eleva el depósito o yacimiento minero escondido en la tierra o subsuelo a la categoría jurídica de inmueble, distinto y separado de la superficie.

**La concesión minera es un bien jurídico registrable.**

El otorgamiento de la concesión minera se constituye en un acto obligatorio para el Estado, no existe diferenciación de solicitantes.

El Estado también puede ser concesionario minero, a través de la actividad empresarial del Estado.

Faculta a su titular a oponerse frente a terceros (oposiciones, impugnaciones, internamientos, apropiaciones ilícitas, etc.).

Obliga a su titular a acreditar una producción mínima (amparo por el Trabajo).

Obliga a su titular al pago del Derecho de Vigencia Anual y, de ser el caso, al pago de la penalidad.

La concesión minera puede ser otorgada por su titular como un Derecho Real de Protección.

Faculta al titular de dos o más concesiones mineras a agruparlas en Unidades

La concesión minera es divisible.

La concesión minera es renunciable.

La concesión minera es otorgada a perpetuidad, en tanto se cumplan con las obligaciones establecidas en la Ley General de Minería.

La concesión minera se puede extinguir por las causales de: caducidad, abandono, nulidad, renuncia, cancelación.

b. Notas Distintivas de las Concesiones de Beneficio, Labor General y Transporte Minero:

Concesión de Beneficio, Art. 17°45 del TUO de la Ley General de Minería.

Concesión de Labor General, Art. 19°46 del TUO de la Ley General de Minería.

Concesión de Transporte Minero, Art. 23°47 del TUO de la Ley General de Minería.

Hay que tener en cuenta lo siguiente:

- Proviene de un acto administrativo.
- Proviene de un acto que necesita de coadyuvante.
- Son bienes inmuebles.
- Dan lugar a un Derecho Real Sui Generis.

#### **2.2.1.9 La relación entre empresas mineras y comunidades locales**

En el Perú, la relación entre empresas mineras y comunidades locales ha estado marcada en los últimos años por una situación tensa que en no pocos casos ha derivado en enfrentamientos violentos que han dificultado las posibilidades de diálogo. Si se toman en cuenta las características de los actores involucrados y el contexto en el que se relacionan, ¿es realmente esperable que

exista diálogo?, ¿hasta qué punto se puede intervenir desde la comunicación y qué aporte puede ofrecer esta perspectiva?

Partiendo del contexto en el que se relacionan las empresas mineras y las comunidades locales, este capítulo pretende desarrollar un análisis teórico desde la perspectiva de la comunicación integral. Este enfoque define la comunicación como un proceso social cuyo objetivo es el entendimiento mutuo de los interlocutores, quienes a su vez son sujetos de intenciones, motivaciones y habilidades (West, 2005). En este caso, si bien los interlocutores son formalmente pares, en la práctica uno tiene una serie de ventajas sobre el otro, debido a la inequidad económica, política y social que favorece una relación de poder entre ellos.

No solo en el Perú, sino en todo el mundo, el sector privado ha adquirido poder en la sociedad, como resultado del modelo de desarrollo hegemónico basado en el mercado.

Desde mediados de la década de 1990, y luego de la implementación de las reformas de ajuste estructural y de las políticas de atracción de capitales extranjeros, el país ha experimentado un explosivo crecimiento de la actividad minera (De Echave, 2009).

Estas medidas generaron algunos cambios en el rol del Estado en la economía nacional, entre los que destaca la transferencia de empresas y proyectos mineros al sector privado. Si bien cruciales, las reformas legales no fueron los únicos elementos en el proceso de atraer inversionistas extranjeros. Después de una década perdida por el colapso económico y la violencia social (1980-1990), fue también necesario crear una imagen del Perú como “un lugar donde hacer negocios” (Damonte, 2006).

Estos esfuerzos hicieron posible un enorme crecimiento de la inversión minera, que superó los 10 mil millones de dólares entre los años 1992 y 2007, y le otorgaron al Perú una imagen internacional de distrito minero, particularmente de oro y cobre. En la actualidad el país es considerado el mayor productor de

plata del mundo y uno de los principales productores de oro, cobre y zinc (Consejo Internacional de Minería y Metales, 2008). Esto significó, además, un rápido avance territorial, ya que en 16 años se concedieron 13 millones de hectáreas (más del 10% del área total del Perú) a la actividad minera, que comprometieron las tierras de aproximadamente 3,200 comunidades campesinas y nativas (Isasi, 2008).

Sin embargo, la mayoría de comunidades afectadas por la minería ha sido muy poco beneficiada por el crecimiento económico y la expansión del sector. La ausencia de oportunidades para el desarrollo, en el marco de un modelo económico orientado básicamente a la exportación de materia prima ha permitido la formación de enclaves de pobreza en las comunidades locales afectadas por la minería, lo que ha incrementado progresivamente el descontento social de la población. Así, las tensiones acumuladas en la historia de la relación han facilitado las situaciones de conflicto entre empresas mineras y comunidades locales.

Es cierto, entonces, que las situaciones de crisis que marcan el conflicto suelen ser reforzadas por la poca disposición de los actores para comunicarse entre sí (Cedrón, 2007), pero esto no oculta que el origen del problema se encuentra en la confluencia de intereses opuestos y la ausencia de condiciones para el diálogo. De lo que se desprende que, si bien la comunicación no se encuentra en la base del problema, puede aportar significativamente en la construcción de las condiciones para el diálogo y en la reducción de la inequidad entre los actores a través del fortalecimiento del actor social comunidad local (Gálvez.2006).

Para argumentar esta propuesta se desarrollan a continuación tres segmentos: la caracterización de los actores involucrados en el conflicto, el contexto actual en el que se relacionan y la aplicación del enfoque integral de la comunicación al relacionamiento entre empresas mineras y comunidades locales.

#### **2.2.1.10 Caracterización de los actores involucrados en la minería**

En este estudio, los actores involucrados en las situaciones de conflicto entre empresas mineras y comunidades locales han sido clasificados en cuatro grandes categorías: 3 las empresas mineras como generadoras de impacto socio ambiental; las comunidades locales afectadas por este impacto; el Estado, que participa en la relación a través de diferentes instancias; y los actores “extralocales”, que no están directamente involucrados en el problema pero influyen en su desenlace.

Cada una de estas categorías es múltiple y reúne diversos tipos de instituciones, organizaciones y personas que actúan en ámbitos locales, regionales y globales. Asimismo, poseen distintas racionalidades, intereses y canales de comunicación (De Echave, 2009).

#### **2.2.1.11 Afectación ambiental, social y económica de la minería en el Perú**

Si bien la contribución del sector minero en los indicadores macroeconómicos es innegable y constituye más del 50 por ciento de los ingresos del país por exportaciones, el impacto que genera en el medio ambiente y en las comunidades en donde se asientan las minas, es motivo de constante preocupación, pues la población espera algún beneficio u obtener mayor empleo en la explotación minera, pero estos no se concretan y por lo común reciben daños y perjuicios.

Las comunidades donde se asientan las minas esperan el empleo de una parte de la población, pero se ven frustradas por la tecnificación de las operaciones y la falta de capacitación de la población local, lo que lleva a la contratación de personal de fuera de la zona. Por otro lado, en su necesidad de reducir los costos operativos, las empresas aplican sistemas de jornada larga, a cambio de mayores períodos libres para los trabajadores. Los tres turnos de ocho horas han sido sustituidos por dos turnos de doce horas, lo cual reduce el personal de la empresa.



En cada estrato minero, la evolución del empleo ha sido diferente. En la gran minería el empleo se ha reducido pasando de 29 mil a 23 mil trabajadores; mientras tanto, las minas medianas han casi duplicado el empleo de 15 mil a 30 mil trabajadores, según estadísticas de hace dos años. Esto convierte a la mediana minería en principal empleador del sector con más de 50 por ciento de personal ocupado. Hay que destacar, sin embargo, que las empresas medianas que sustentan este aumento son las más grandes en términos de producción.

Fuera de las estadísticas oficiales está el empleo de la minería artesanal y/o informal. El Ministerio de Energía y Minas estima que hay unos 22 mil mineros informales. Sin embargo, para muchos estudiosos del tema, la cifra se elevaría a más del doble, pues existe un número importante de mujeres y niños que laboran en el sector.

### **Sector dinámico**

Desde inicios de la república, la minería ha sido uno de los sectores más dinámicos de la economía peruana. El oro y la plata y, posteriormente los metales básicos han sido los pilares de la minería peruana.

En la actualidad, Perú es el octavo productor de oro en el mundo, el segundo de plata, el sétimo de cobre y el cuarto de zinc y de plomo.

La explotación minera se realiza muchas veces en zonas alejadas en donde no se realizan otras actividades productivas, convirtiéndose así en un importante impulso económico al proveer de infraestructura física y de servicios sociales básicos. No obstante, el impulso económico de esta actividad resulta insuficiente para generar un desarrollo sostenido sin la participación del Estado y la promoción de otras actividades productivas.

Esto se puede apreciar en la limitada generación de empleo directo, por ser una industria sumamente intensiva en capital, que requiere de mano de obra especializada. Un puesto de trabajo en este sector genera cuatro puestos

adicionales, cifra semejante a otros países de América Latina, pero bastante modesta comparada con los 15 puestos adicionales que genera la minería en Estados Unidos.

### **Impacto ambiental**

La minería, es una actividad extractiva que por su propia naturaleza implica procesos de fuerte impacto en el ambiente porque es necesario perforar la corteza terrestre y separar los minerales entre sí. El Estado peruano solicita a los inversionistas estudios de impacto ambiental (EIA) antes de iniciar las operaciones, pero el mismo no cuenta con los recursos para regular el cumplimiento de la ley. Los EIA, son estudios requeridos a los proyectos nuevos o ampliaciones mayores al 50% y deben evaluar el impacto resultante de la realización del proyecto en las condiciones físicas, biológicas, sociales, económicas y culturales del medio. Asimismo, deben incluir un plan de cierre de operaciones, para evitar posteriores efectos adversos en el medio ambiente.

Tacna aparece como otra de las regiones que se ha visto afectada por la minería a gran escala. La problemática en Tacna surge por una licencia que tiene la minera Southern Cooper para utilizar 1,950 litros de agua por segundo de la región tacneña, teniendo esta una capacidad hídrica de solo 400 litros de agua por segundo. Esto evidentemente ha generado en los últimos años un problema de escasez de agua. Asimismo en zonas aledañas se pueden apreciar verdaderas lagunas de desechos tóxicos donde no hay vida alguna. Los ruidos, producto de las explosiones ahuyentan la fauna del lugar y al final de sus operaciones los suelos ya no pueden ser utilizados para la agricultura. La contaminación afecta también la salud de los pobladores de la región.

### **Consecuencias sociales**

Las consecuencias sociales no son menos alarmantes. Los proyectos de inversión minera ofrecen fomentar el desarrollo para las ciudades cercanas; sin embargo, muchos de los empleos ofrecidos son absorbidos por personal foráneo

a la región. Por su naturaleza la actividad minera emplea un pequeño número de trabajadores, los mismos que deben tener un elevado nivel de capacitación.

Las ciudades no tienen un desarrollo que guarde relación con el éxito del negocio minero. En Cajamarca, donde la minera Yanacocha explota los yacimientos de oro, los índices de desarrollo humano han disminuido, pues muchos de los trabajadores no permanecen durante sus días libres en los pueblos cercanos a la mina, sino que van a gastar sus ingresos en las ciudades grandes, los pobladores de Huaraz van a Lima y de Pasco viajan a Huancayo.

¿Dónde está el desarrollo que dicen traer las mineras a las comunidades? se preguntó el alcalde del distrito piurano de Tambo Grande, Francisco Ojeda Riofrio, para responderse inmediatamente que los mineros viven engañando a la gente “regalándoles polos, ollas y ofreciéndoles trabajo, lo cual es falso, pues ni siquiera compran nuestros panes. No compran nada al interior de la comunidad porque hasta la comida la traen de sus países de origen. Ni para guardianes nos contratan, porque traen gente que sepan hablar su idioma, porque ni siquiera hablan castellano”.

### **Dependencia económica**

El sector minero, es un ejemplo que ilustra la dependencia del Perú al capital extranjero. En el período 1992-2001 la inversión más importante 2,265 millones de dólares correspondió a la puesta en marcha de los proyectos de Antamina y La Granja, ubicados en la sierra norte del país y desarrollados por empresas canadienses, cuya presencia en la minería peruana ha sobrepasado a la inversión de los Estados Unidos. Actualmente, existe un mercado de productos de alta tecnología que demanda todos los minerales que tiene el país: cobre, para las telecomunicaciones, oro y plata para la industria fotográfica, eléctrica, dental y joyería, zinc para las aleaciones de metales resistentes, plomo para la industria de pinturas y soldaduras. Pese a que los compradores son los países industrializados como Estados Unidos, Suiza, Reino Unido, entre otros, el Perú no puede aprovechar esta oportunidad porque no tiene el capital suficiente

para invertir y generar excedentes, por lo tanto se ve forzado a solicitar préstamos y reproducir la cadena de la deuda externa y la dependencia.

#### **2.2.1.12 La actividad minera y su afectación a la propiedad comunal**

En la segunda mitad del siglo XX se constata en el Perú el incremento de inversionistas, sobre todo extranjeros, interesados en desarrollar actividades mineras, aunque obviamente ésta fue constante a lo largo del siglo pasado, como fue también constante el aprovechamiento de las tierras comunales sin compensar por los perjuicios que dichas actividades generan.

Aunque en los últimos años el Estado peruano ha regulado con cuidado los efectos dañinos de la minería sobre el ambiente, no ha mostrado mayor diligencia o eficacia en su cumplimiento. Tampoco se observa una actitud vigilante respecto de los derechos de los propietarios de las tierras, quizá por considerar tan solo el aporte de la minería a la economía y al ingreso de divisas.

Los cambios recientes en la legislación agraria han otorgado al tema de la servidumbre minera una importancia que no se había previsto. La fuerte presencia de empresas mineras, sobre todo de inversionistas extranjeros atraídos por el atractivo marco legal que el país les ofrecía gracias a los incentivos establecidos por el gobierno de Alberto Fujimori, se ha visto enfrentada a una ley que las obliga a entrar en negociaciones con los propietarios de las tierras o, alternativamente, a iniciar un trámite de servidumbre minera para poder iniciar sus actividades extractivas.

A pesar del impulso oficial que les otorga el Sector Energía y Minas, las empresas mineras están encontrando la oposición de los pobladores que se sienten afectados en sus derechos, en especial las comunidades campesinas, organizaciones que antaño fueron expulsadas hacia las tierras más altas por los antiguos hacendados y cuyo territorio es hoy apreciado por el potencial minero contenido en el subsuelo.

En todos los lugares donde se desarrolla la minería existe un fuerte impacto ambiental, pero si bien es cierto que en estos índices varían de unos países a otros. Siendo el Perú un país donde el nivel de contaminación minera y el impacto ambiental de la minería alcanza niveles altísimos.

En el proceso de la extracción del mineral, las mineras no son conscientes del impacto ambiental que causan en el medio ambiente, a ellos lo único que les importa es el lucro y no les importa que en el proceso destruya completamente el ecosistema de la zona donde se encuentra. Además en todos o en casi todos procesos de extracción minera se utiliza el agua, la cual al no ser sometida a procesos de purificación en plantas de procesamiento de aguas servidas se vuelven elementos contaminantes, altamente dañinos para las personas.

Pero también los problemas que se observan hoy se deben a la falta de información de los propietarios de las tierras sobre sus derechos y sobre las obligaciones de las empresas mineras. Esta insuficiente o inadecuada información dificulta las posibilidades de negociación justa y contribuye a generar un clima que no es el más adecuado para el establecimiento de acuerdos beneficiosos para ambas partes ni para el país.

#### **2.2.1.13 Conclusiones sobre la variable dependiente**

La actividad minera, como la mayor parte de las actividades que el hombre realiza para su subsistencia, crea alteraciones en el medio natural, desde las más imperceptibles hasta las que representan claros impactos sobre el medio en que se desarrollan.

Esto nos lleva a definir el concepto de impacto ambiental de una actividad: la diferencia existente en el medio natural entre el momento en que la actividad comienza, el momento en que la actividad se desarrolla, y, sobre todo, el momento en que cesa.

Estas cuestiones, que hace algunos años no se percibían como un factor de riesgo para el futuro de la humanidad, hoy se contemplan con gran preocupación, que no siempre está justificada, pues el hombre viene alterando el medio desde que ha sido capaz de ello, pero ciertamente los abusos cometidos en este campo han hecho que crezca la conciencia de la necesidad de regular estos impactos. De cualquier manera, también debe quedar claro que el hombre necesita los recursos mineros hoy, y los necesitará en el futuro. Otro punto a destacar es que la actividad minera es infinitamente menos impactante que otras actividades industriales, como el desarrollo de obras civiles (impacto visual, modificación del medio original) y la agricultura (uso masivo de productos químicos: pesticidas, fertilizantes).

Los resultados de la investigación están en congruencia con los estudios de: CARRILLO HOYOS, SANDRA VERÓNICA. En la tesis titulada: Comunidades y Minería: La Comunicación en el Conflicto (2011), quien concluye lo siguiente:

La relación entre las empresas mineras y las comunidades locales está marcada por el conflicto de intereses que da lugar a una serie de acontecimientos organizados por ambas partes y que generan tensiones en este vínculo. Es esta acumulación de tensiones la que eventualmente produce situaciones de crisis entre las partes y torna muy remotas las posibilidades de diálogo.

De acuerdo a los estudios realizados por OSINERGMIN la inversión privada en el sector minero se incrementó considerablemente desde el año 2006 en adelante, por lo que se manifiesta la afectación de la propiedad comunal en el ámbito social, ambiental y económico. En lo social se afecta enfrentando a los comuneros con el Gobierno, tomando carreteras, no se cuenta con licencia social. En el medio ambiente, se depreda su suelo, contamina el agua, el aire y para ello el Ministerio del Ambiente cumple el rol de efectuar el seguimiento de la conflictividad socio – ambiental y evitar situaciones como el caso de Tía María, Conga, entre otros y por ende perjudica su economía. Por lo que la inversión minera debe otorgar mejores condiciones de vida a los comuneros, en armonía

con la participación del Estado, el empresario y los habitantes de la comunidad, para el cual tiene un rol importante la consulta previa.

## **CAPÍTULO III**

### **METODOLOGÍA**

#### **3.1 Formulación de la Hipótesis general**

La Protección constitucional de la propiedad comunal estaría siendo afectada en manera perjudicial por las actividades mineras.

##### **3.1.1 Formulación Hipótesis específicas**

- a) La inversión privada incumpliría significativamente el respeto de la Protección constitucional de la propiedad comunal.
- b) Las actividades mineras afectarían significativamente social, ambiental y económicamente a la propiedad comunal.

#### **3.3 Variables e Indicadores**

##### **3.3.1 Identificación de la variable Independiente del problema principal**

- Protección constitucional de la propiedad comunal

##### **3.3.1.1 Indicadores de la variable independiente del problema principal**

- X1. Nivel de inviolabilidad del derecho de propiedad.
- X2. Nivel de ejercicio de soberanía del bien común.
- X3. Nivel de ejercer dentro de los límites de la ley.
- X4. Nivel de privación de la propiedad a excepción de seguridad nacional o necesidad pública.
- X5. Nivel de libre disposición de las tierras.
- X6. Nivel de imprescriptibilidad de las tierras.



X7. Nivel de restricciones establecida por seguridad nacional

X8. Nivel de Protección el derecho de propiedad sobre la tierra, en forma privada o comunal o en cualquiera otra forma asociativa.

X9. Nivel de apoyo al desarrollo agrario

### **3.3.1.2 Escala para la medición de variable independiente del problema principal**

Nominal

### **3.3.2 Identificación de la variable Dependiente del problema principal**

Afectación de las actividades mineras

#### **3.3.2.1 Indicadores del problema principal**

Y1. Nivel de afectación social.

Y2. Nivel de afectación económica

Y3. Nivel de afectación ambiental

#### **3.3.2.2.- Escala para la medición de variables del problema principal**

Nominal

### **3.3.2.3 Variables e indicadores de los problemas secundarios**

#### **3.3.2.3.1 Identificación de la variable Independiente del primer problema secundario**

- La inversión privada

##### **3.3.2.3.1.1- Indicadores de la variable independiente del primer problema secundario**

X1 Nivel de respeto de la propiedad comunal.

X2 Nivel de actividades realizadas.

X3 Nivel de medidas de protección adoptadas

##### **3.3.2.3.1.2.- Escala para la medición de variable independiente del primer problema secundario**

Nominal

#### **3.3.2.3.2.- Identificación de la variable Dependiente del primer problema secundario**

- Respeto a la Protección constitucional de la propiedad comunal

##### **3.3.2.3.2.1.- Indicadores de la variable dependiente del primer problema secundario**

Y1. Nivel de inviolabilidad del derecho de propiedad.

Y2. Nivel de respeto de la Protección del derecho de propiedad comunal

Y3. Nivel de ejercer dentro de los límites de la ley.

### **3.3.2.3.2.2 - Escala para la medición de variables**

Nominal

### **3.3.2.3.3 Identificación de la variable Independiente del segundo problema secundario**

- Actividades mineras

#### **3.3.2.3.3.1 Indicadores de la variable independiente del segundo problema secundario**

X1 Tipos de actividades

X2 Cumplimiento de normas jurídicas

X3.estrategias y lineamientos para la protección del medio ambiente.

#### **3.3.2.3.3.2 Escala para la medición de variable independiente del segundo problema secundario**

Nominal

### **3.3.2.3.4- Identificación de la variable Dependiente del segundo problema secundario**

- Afectación de la propiedad comunal

#### **3.3.2.3.4.1 Indicadores de la variable dependiente del segundo problema secundario**

Y1. Nivel de afectación social.

Y2. Nivel de afectación económica

Y3. Nivel de afectación ambiental

#### **3.3.2.3.4.2 Escala para la medición de variables**

Nominal

### **3.4 Tipo de Investigación**

El presente estudio reúne las condiciones necesarias para ser calificada como “investigación aplicada”, por cuanto se orienta a la aplicación de conocimientos teóricos que se derivan en la solución de un problema, teniendo como propósito principal, resultados pragmáticos o aplicativos con una meta utilitaria, pues se pretende determinar la Protección constitucional de la propiedad comunal que estaría siendo afectada por las actividades mineras.

Conforme a los propósitos del estudio, la investigación se centra principalmente en el nivel observacional, descriptivo, explicativo y analítico.

Una tesis descriptiva y explicativa establece el estudio de la realidad, descomponiendo sus elementos integrantes, precisando los diversos aspectos, características, causas, factores, etc. del hecho.

La investigación es descriptiva porque busca describir de modo sistemático las características, doctrinas, teorías o hechos de los contextos del derecho de propiedad comunal y la Protección constitucional que el estado peruano le otorga.

La investigación es analítica porque logra caracterizar el objeto de estudio a una situación concreta, señalando sus características, excepciones, sus cambios en el tiempo, principios aplicables, etc.

La investigación es explicativa porque va a dar cuenta de la doctrina y se analizarán los casos nacionales y las decisiones adoptadas por los tribunales nacionales e internacionales.

### 3.5 Diseño de la Investigación

El diseño que se utilizó en la investigación es un diseño no experimental, observativo, descriptivo y explicativo, analítico y sintético que es el siguiente:

M= OXr OY

Donde:

M = Nuestra muestra estará conformada por Magistrados de la Corte Superior de Justicia de Tacna, Fiscales del Ministerio Público, Congresistas de la República, Funcionarios del Gobierno Regional – Dirección Regional de Agricultura, Energía y Minas, COFOPRI, Pobladores de Comunidades Campesinas, Abogados independientes, Público en general.

O = Observación

X = Protección Constitucional de la propiedad comunal.

Y = Afectación en manera perjudicial por las actividades mineras

R = Relación entre variables

### 3.6 Ámbito y Tiempo Social de la Investigación

#### 3.6.1 Ámbito de la Investigación

El tema de investigación se realizó en el ámbito de la Región Tacna.

#### 3.6.2 Tiempo de la Investigación

El presente trabajo de investigación abarcó el periodo comprendido en el año 2014.

### 3.7 Unidades de Estudio

Escuela de Post – Grado de la Universidad Privada de Tacna  
 Doctorado en Derecho.

### 3.8 Población y Muestra

#### 3.8.1 Población

La población estuvo conformada por 125 personas (Magistrados de la Corte Superior de Justicia de Tacna, Fiscales del Ministerio Público, Congresistas de la República, Funcionarios del Gobierno Regional – Dirección Regional de Agricultura, COFOPRI, Pobladores de Comunidades Campesinas, Abogados independientes), haciendo uso de la siguiente fórmula:

#### 3.8.2 Muestra

La muestra que se utilizó en la investigación es estratificada con escala nominal, es representativa y presenta las mismas características de la población.

En la determinación del tamaño óptimo de la muestra se utilizó la fórmula del muestreo aleatorio simple para estimar proporciones simples cuando se desconoce una población; la que se detalla a continuación:

**Fórmula:**

$$n = \frac{NZ^2}{4(n-1)e^2 + Z^2}$$

**Donde:**

N= Población

n= Muestra provisional

Z=Nivel de confianza

E= 0.05 (precisión o margen de error)

**Procedimiento:**

$$n = \frac{125 * 1.96^2}{4 (125 - 1) 0.05^2 + 1.96^2}$$

$$n = \frac{480.2}{5.0816}$$

$$n = 94.49$$

n= 95 personas

Por lo tanto:

95 personas serán las entrevistadas y estratificadas en:

<b><u>Entidad</u></b>	<b><u>Muestra</u></b>
Jueces	10
Fiscales	10
Congresistas	02
Funcionarios del Gobierno Regional Tacna	10
Funcionarios de COFOPRI	05
Personal de los Gobiernos Locales	05
Pobladores de las Comunidades Campesinas	20
Abogados litigantes	33
	95
<b>3.9 Recolección de datos</b>	<b>Total</b>

**3.9.1 Procedimientos**

**3.9.1.1.- Métodos de la Investigación**

En la investigación se empleó principalmente los siguientes métodos:

**a) Método de la Observación**

Se dirigió a la obtención de información sobre la realidad del derecho de propiedad en las comunidades campesinas, con la finalidad de detectar la causa más común en el uso y disfrute de sus tierras.

**b) Método Descriptivo**

A través de este método se describió y conoció los diversos aspectos, características, causas, factores, consecuencias del abordar el problema presentado y plantear respuestas encaminadas a garantizar adecuadamente el derecho a la propiedad comunal y más específicamente la facultad de las comunidades de decidir el ingreso a sus territorios enmarcado en la realidad social.

**c) Método Explicativo**

La aplicación de este método permitió explicar objetivamente las relaciones, descripciones, observaciones, mediciones, etc. respecto del derecho de propiedad dentro del marco jurídico peruano y la realidad social.

**d) Método Sintético**

Conforme a este proceder el investigador busca integrar las diversas partes en que se divide el objeto de estudio, para lograr su comprensión global.

**e) Método Analítico**

Conforme a este procedimiento el investigador divide intelectualmente el objeto de su estudio para examinar y entender cada una de sus partes.

**3.9.2.- Técnicas de Recolección de los datos**

Las principales técnicas que utilizamos en este estudio fueron la observación, encuesta, entrevista y escala.



### **3.9.3.- Instrumentos para la recolección de datos**

Los principales instrumentos que utilizamos en este estudio fueron la Guía de observación, cuestionario, cédula de entrevista.

### **3.10.- Procesamiento, presentación, análisis e interpretación de datos**

- Aplicación de técnicas de la estadística descriptiva.
- Aplicación de pruebas estadísticas para determinar las relaciones entre las variables
- Para la interpretación de los resultados se realizará las técnicas de descripción, explicación, predicción y acción.

## **CAPÍTULO IV**

### **RESULTADOS Y DISCUSIÓN**

#### **4.1 DESCRIPCIÓN DEL TRABAJO DE CAMPO**

En la ejecución de la Investigación se realizaron las siguientes acciones:

- a) Para alcanzar los resultados y la discusión de los mismos, se aplicó la ficha de observación y la encuesta, la escala y la entrevista como instrumentos de recolección de datos; los que fueron aplicados los días 01 al 11 de diciembre, a la muestra determinada (profesionales del derecho en materia civil y constitucional). Luego de obtener la información correspondiente se procedió a la tabulación, procesamiento y representación estadística de los datos, cuyos resultados se analizaron e interpretaron tanto descriptiva como estadísticamente.
- b) La verificación de hipótesis fue el aspecto culminante del trabajo de Investigación. Para ello, se procedió a comprobar las hipótesis específicas siendo debidamente comprobadas y aceptadas, por lo que la Hipótesis General, en consecuencia, quedó comprobada y aceptada.
- c) Finalmente, se plantearon las conclusiones y recomendaciones como, asimismo se presentaron los instrumentos de medición en los anexos que permitieron la realización del presente capítulo.

## 4.2 DISEÑO DE LA PRESENTACIÓN DE LOS RESULTADOS

Los resultados del Cuestionario aplicado a los profesionales del derecho (abogados, docentes, jueces y fiscales) son presentados a continuación en las tablas y figuras del 1 al 10; cuyos resultados son presentados a continuación en las tablas y barras respectivas, con el análisis estadístico descriptivo respectivamente.

## 4.3 PRESENTACIÓN DE LOS RESULTADOS

### 4.3.1 RESULTADOS DEL CUESTIONARIO APLICADO

Tabla N°01:

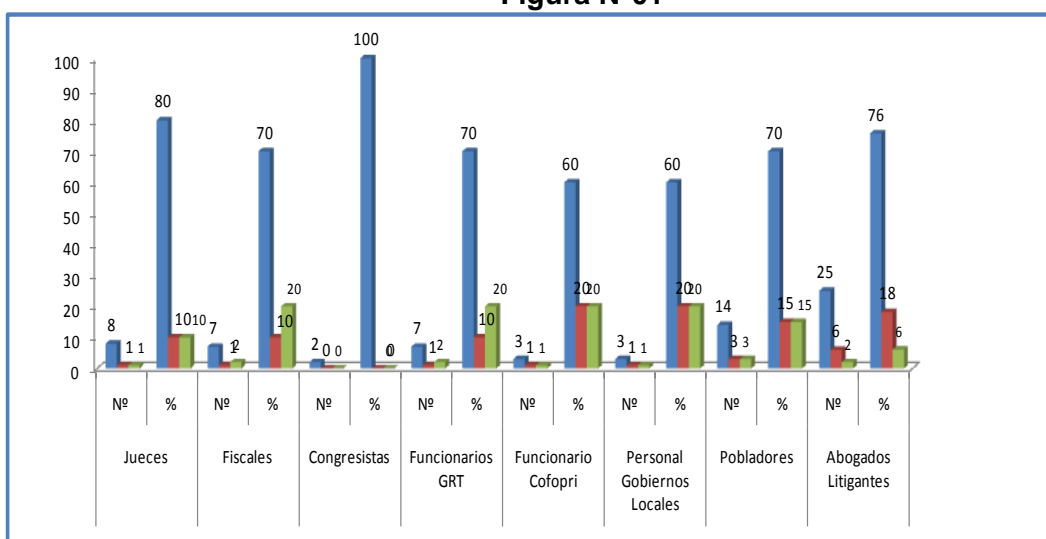
La Protección Constitucional de la inviolabilidad del derecho de propiedad estaría siendo afectada de manera perjudicial por las actividades mineras

Respuesta	Muestra															
	Jueces		Fiscales		Congresistas		Funcionarios GRT		Funcionario Cofopri		Personal Gobiernos Locales		Pobladores		Abogados Litigantes	
	Nº	%	Nº	%	Nº	%	Nº	%	Nº	%	Nº	%	Nº	%	Nº	%
Si	8	80	7	70	2	100	7	70	3	60	3	60	14	70	25	76
No	1	10	1	10	0	0	1	10	1	20	1	20	3	15	6	18
No sabe/No opina	1	10	2	20	0	0	2	20	1	20	1	20	3	15	2	6
TOTAL	10	100	10	100	2	100	10	100	5	100	5	100	20	100	33	100

Fuente: Cuestionario

Elaboración: Propia

Figura N°01



Fuente: Tabla 1

Elaboración: Propia

**Interpretación:**

En la tabla y figura 1, se observa que:

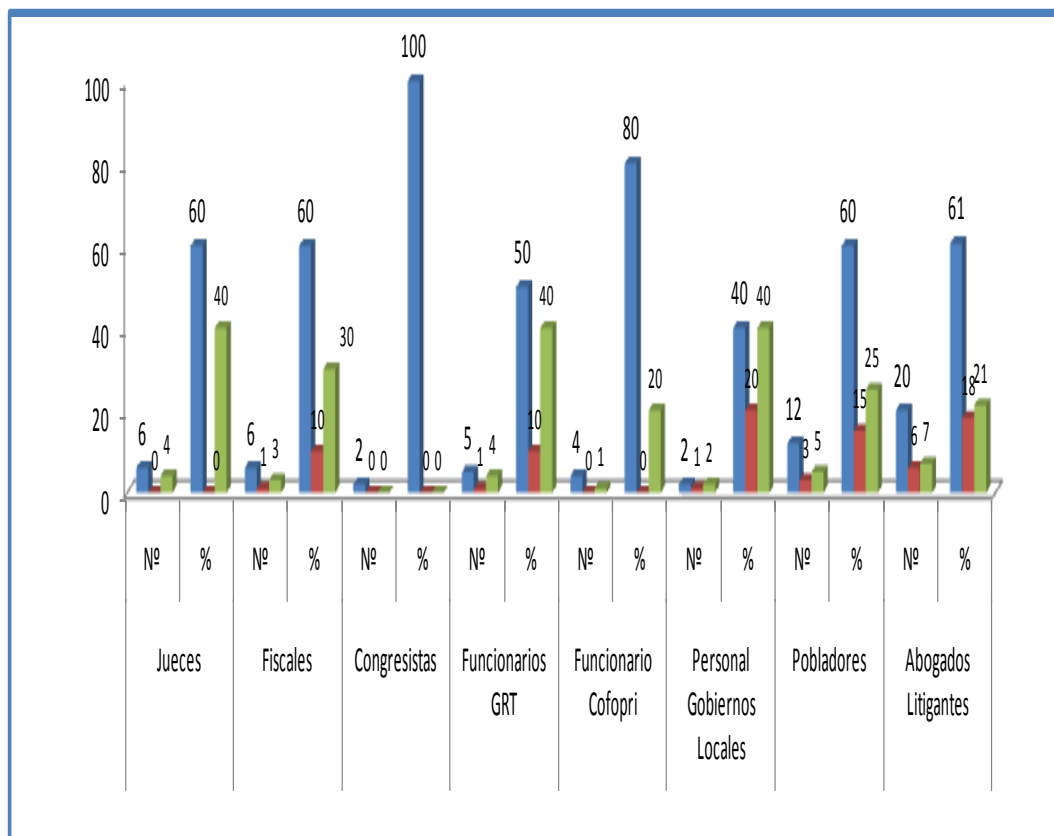
- El 80% de los jueces señalan que la Protección Constitucional de la inviolabilidad del derecho de propiedad estaría siendo afectada de manera perjudicial por las actividades mineras; el 10% señala lo contrario; y, el 10% no sabe ni opina sobre el respecto.
- El 70% de los fiscales señalan que la Protección Constitucional de la inviolabilidad del derecho de propiedad estaría siendo afectada de manera perjudicial por las actividades mineras; el 10% señala lo contrario; y, el 20% no sabe ni opina sobre el respecto.
- El 100% de los Congresistas señalan que la Protección Constitucional de la inviolabilidad del derecho de propiedad estaría siendo afectada de manera perjudicial por las actividades mineras.
- El 70% de los funcionarios del Gobierno Regional de Tacna señalan que la Protección Constitucional de la inviolabilidad del derecho de propiedad estaría siendo afectada de manera perjudicial por las actividades mineras; el 10% señala lo contrario; y, el 20% no sabe ni opina sobre el respecto.
- El 60% de los funcionarios del COFOPRI señalan que la Protección Constitucional de la inviolabilidad del derecho de propiedad estaría siendo afectada de manera perjudicial por las actividades mineras; el 20% señala lo contrario; y, el 20% no sabe ni opina sobre el respecto.
- El 60% de los funcionarios del personal de los Gobiernos Locales señalan que la Protección Constitucional de la inviolabilidad del derecho de propiedad estaría siendo afectada de manera perjudicial por las actividades mineras; el 20% señala lo contrario; y, el 20% no sabe ni opina sobre el respecto.
- El 70% de los pobladores señalan que la Protección Constitucional de la inviolabilidad del derecho de propiedad estaría siendo afectada de manera perjudicial por las actividades mineras; el 15% señala lo contrario; y, el 15% no sabe ni opina sobre el respecto.
- El 76% de los abogados litigantes señalan que la Protección Constitucional de la inviolabilidad del derecho de propiedad estaría siendo afectada de manera perjudicial por las actividades mineras; el 18% señala lo contrario; y, el 06% no sabe ni opina sobre el respecto.

**Tabla N°02**  
**La Protección Constitucional del ejercicio de soberanía del bien común**  
**estaría siendo afectada de manera perjudicial por las actividades mineras**

Respuesta	Muestra															
	Jueces		Fiscales		Congresistas		Funcionarios GRT		Funcionario Cofopri		Personal Gobiernos Locales		Pobladores		Abogados Litigantes	
	Nº	%	Nº	%	Nº	%	Nº	%	Nº	%	Nº	%	Nº	%	Nº	%
Si	6	60	6	60	2	100	5	50	4	80	2	40	12	60	20	61
No	0	0	1	10	0	0	1	10	0	0	1	20	3	15	6	18
No sabe/No opina	4	40	3	30	0	0	4	40	1	20	2	40	5	25	7	21
TOTAL	10	100	10	100	2	100	10	100	5	100	5	100	20	100	33	100

Fuente: Cuestionario  
 Elaboración: Propia

**Figura N°02**



Fuente: Tabla 2  
 Elaboración: Propia

**Interpretación:**

En la tabla y figura 2, se observa que:

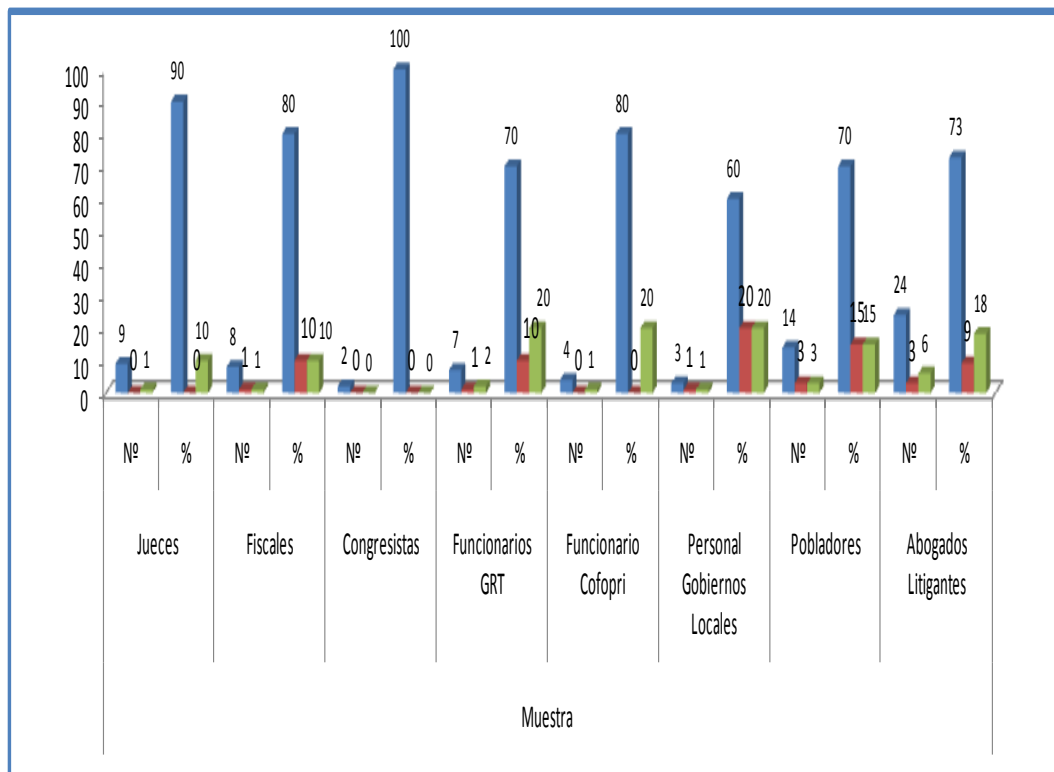
- El 60% de los jueces señalan que la Protección Constitucional del ejercicio de soberanía del bien común estaría siendo afectada de manera perjudicial por las actividades mineras; y, el 40% no sabe ni opina sobre el respecto.
- El 60% de los fiscales señalan que la Protección Constitucional del ejercicio de soberanía del bien común estaría siendo afectada de manera perjudicial por las actividades mineras; el 10% señala lo contrario; y, el 30% no sabe ni opina sobre el respecto.
- El 100% de los Congresistas señalan que la Protección Constitucional del ejercicio de soberanía del bien común estaría siendo afectada de manera perjudicial por las actividades mineras.
- El 50% de los funcionarios del Gobierno Regional de Tacna señalan que la Protección Constitucional del ejercicio de soberanía del bien común estaría siendo afectada de manera perjudicial por las actividades mineras; el 10% señala lo contrario; y, el 40% no sabe ni opina sobre el respecto.
- El 80% de los funcionarios del COFOPRI señalan que la Protección Constitucional del ejercicio de soberanía del bien común estaría siendo afectada de manera perjudicial por las actividades mineras; y, el 20% no sabe ni opina sobre el respecto.
- El 40% de los funcionarios del personal de los Gobiernos Locales señalan que la Protección Constitucional del ejercicio de soberanía del bien común estaría siendo afectada de manera perjudicial por las actividades mineras; el 20% señala lo contrario; y, el 40% no sabe ni opina sobre el respecto.
- El 60% de los pobladores señalan que la Protección Constitucional del ejercicio de soberanía del bien común estaría siendo afectada de manera perjudicial por las actividades mineras; el 15% señala lo contrario; y, el 25% no sabe ni opina sobre el respecto.
- El 61% de los abogados litigantes señalan que la Protección Constitucional del ejercicio de soberanía del bien común estaría siendo afectada de manera perjudicial por las actividades mineras; el 18% señala lo contrario; y, el 21% no sabe ni opina sobre el respecto.

**Tabla N°03**  
**La Protección Constitucional de ejercer dentro de los límites de la ley**  
**estaría siendo afectada de manera perjudicial por las actividades mineras**

Respuesta	Muestra															
	Jueces		Fiscales		Congresistas		Funcionarios GRT		Funcionario Cofopri		Personal Gobiernos Locales		Pobladores		Abogados Litigantes	
	Nº	%	Nº	%	Nº	%	Nº	%	Nº	%	Nº	%	Nº	%	Nº	%
Si	9	90	8	80	2	100	7	70	4	80	3	60	14	70	24	73
No	0	0	1	10	0	0	1	10	0	0	1	20	3	15	3	9
No sabe/No opina	1	10	1	10	0	0	2	20	1	20	1	20	3	15	6	18
<b>TOTAL</b>	<b>10</b>	<b>100</b>	<b>10</b>	<b>100</b>	<b>2</b>	<b>100</b>	<b>10</b>	<b>100</b>	<b>5</b>	<b>100</b>	<b>5</b>	<b>100</b>	<b>20</b>	<b>100</b>	<b>33</b>	<b>100</b>

Fuente: Cuestionario  
 Elaboración: Propia

**Figura N°03**



Fuente: Tabla 2  
 Elaboración: Propia

**Interpretación:**

En la tabla y figura 3, se observa que:

- El 90% de los jueces señalan que la Protección Constitucional del ejercicio de soberanía del bien común estaría siendo afectada de manera perjudicial por las actividades mineras; y, el 10% no sabe ni opina sobre el respecto.
- El 80% de los fiscales señalan que la Protección Constitucional del ejercicio de soberanía del bien común estaría siendo afectada de manera perjudicial por las actividades mineras; el 10% señala lo contrario; y, el 10% no sabe ni opina sobre el respecto.
- El 100% de los Congresistas señalan que la Protección Constitucional del ejercicio de soberanía del bien común estaría siendo afectada de manera perjudicial por las actividades mineras.
- El 70% de los funcionarios del Gobierno Regional de Tacna señalan que la Protección Constitucional del ejercicio de soberanía del bien común estaría siendo afectada de manera perjudicial por las actividades mineras; el 10% señala lo contrario; y, el 20% no sabe ni opina sobre el respecto.
- El 80% de los funcionarios del COFOPRI señalan que la Protección Constitucional del ejercicio de soberanía del bien común estaría siendo afectada de manera perjudicial por las actividades mineras; y, el 20% no sabe ni opina sobre el respecto.
- El 60% de los funcionarios del personal de los Gobiernos Locales señalan que la Protección Constitucional del ejercicio de soberanía del bien común estaría siendo afectada de manera perjudicial por las actividades mineras; el 20% señala lo contrario; y, el 20% no sabe ni opina sobre el respecto.
- El 70% de los pobladores señalan que la Protección Constitucional del ejercicio de soberanía del bien común estaría siendo afectada de manera perjudicial por las actividades mineras; el 15% señala lo contrario; y, el 15% no sabe ni opina sobre el respecto.
- El 73% de los abogados litigantes señalan que la Protección Constitucional del ejercicio de soberanía del bien común estaría siendo afectada de manera perjudicial por las actividades mineras; el 09% señala lo contrario; y, el 18% no sabe ni opina sobre el respecto.



Tabla N°04

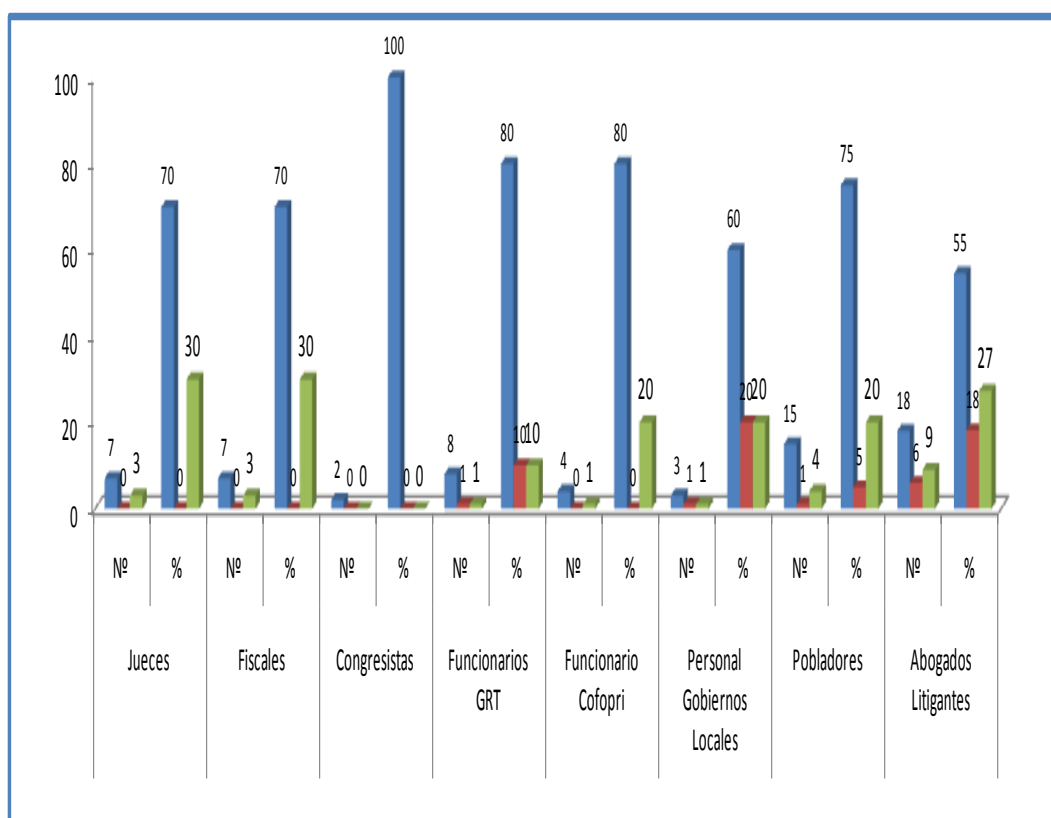
**La Protección Constitucional de privación de la propiedad a excepción de seguridad nacional o necesidad pública estaría siendo afectada de manera perjudicial por las actividades mineras.**

Respuesta	Muestra															
	Jueces		Fiscales		Congresistas		Funcionarios GRT		Funcionario Cofopri		Personal Gobiernos Locales		Pobladores		Abogados Litigantes	
	Nº	%	Nº	%	Nº	%	Nº	%	Nº	%	Nº	%	Nº	%	Nº	%
Si	7	70	7	70	2	100	8	80	4	80	3	60	15	75	18	55
No	0	0	0	0	0	0	1	10	0	0	1	20	1	5	6	18
No sabe/No opina	3	30	3	30	0	0	1	10	1	20	1	20	4	20	9	27
TOTAL	10	100	10	100	2	100	10	100	5	100	5	100	20	100	33	100

Fuente: Cuestionario

Elaboración: Propia

Figura N°04



Fuente: Tabla 4

Elaboración: Propia

**Interpretación:**

En la tabla y figura 4, se observa que:

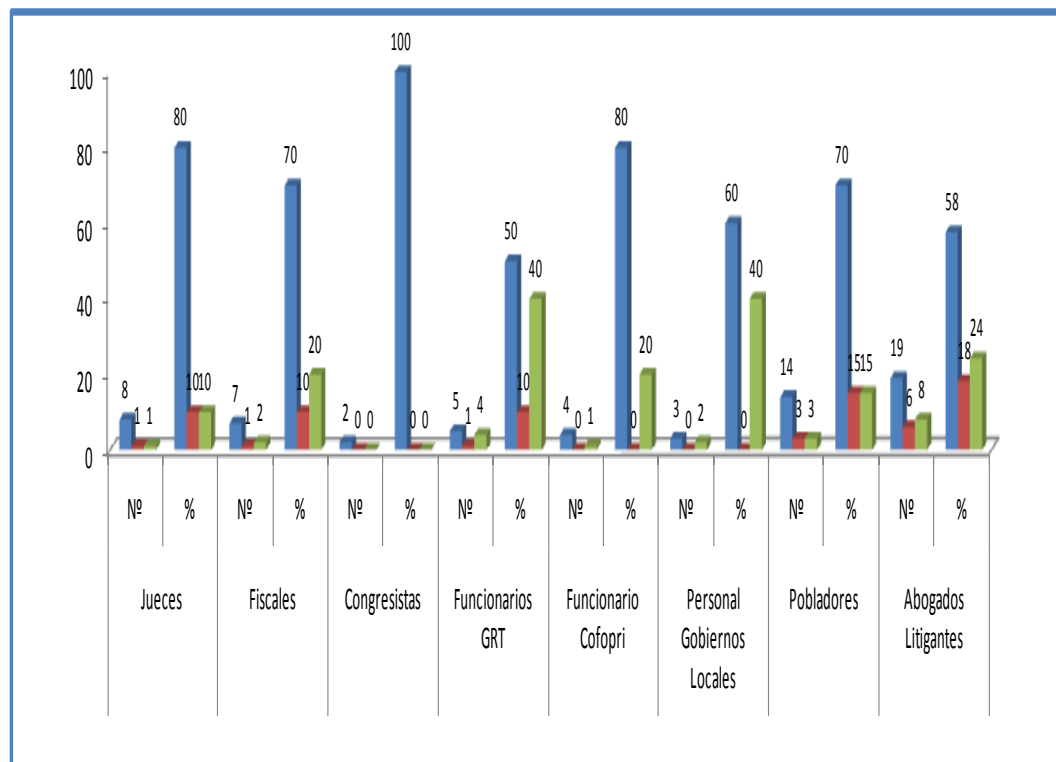
- El 70% de los jueces señalan que la Protección Constitucional de privación de la propiedad estaría siendo afectada de manera perjudicial por las actividades mineras; y, el 30% no sabe ni opina sobre el respecto.
- El 70% de los fiscales señalan que la Protección Constitucional de privación de la propiedad estaría siendo afectada de manera perjudicial por las actividades mineras; y, el 30% no sabe ni opina sobre el respecto.
- El 100% de los Congresistas señalan que la Protección Constitucional de privación de la propiedad estaría siendo afectada de manera perjudicial por las actividades mineras.
- El 80% de los funcionarios del Gobierno Regional de Tacna señalan que la Protección Constitucional de privación de la propiedad estaría siendo afectada de manera perjudicial por las actividades mineras; el 10% señala lo contrario; y, el 10% no sabe ni opina sobre el respecto.
- El 80% de los funcionarios del COFOPRI señalan que la Protección Constitucional de privación de la propiedad estaría siendo afectada de manera perjudicial por las actividades mineras; y, el 20% no sabe ni opina sobre el respecto.
- El 60% de los funcionarios del personal de los Gobiernos Locales señalan que la Protección Constitucional de privación de la propiedad estaría siendo afectada de manera perjudicial por las actividades mineras; el 20% señala lo contrario; y, el 20% no sabe ni opina sobre el respecto.
- El 75% de los pobladores señalan que la Protección Constitucional de privación de la propiedad estaría siendo afectada de manera perjudicial por las actividades mineras; el 05% señala lo contrario; y, el 20% no sabe ni opina sobre el respecto.
- El 55% de los abogados litigantes señalan que la Protección Constitucional de privación de la propiedad a excepción de seguridad nacional o necesidad pública estaría siendo afectada de manera perjudicial por las actividades mineras; el 18% señala lo contrario; y, el 27% no sabe ni opina.

**Tabla N°05**  
**La Protección Constitucional de libre disposición de las tierras**  
**estaría siendo afectada de manera perjudicial por las actividades**  
**mineras**

Respuesta	Muestra															
	Jueces		Fiscales		Congresistas		Funcionarios GRT		Funcionario Cofopri		Personal Gobiernos Locales		Pobladores		Abogados Litigantes	
	Nº	%	Nº	%	Nº	%	Nº	%	Nº	%	Nº	%	Nº	%	Nº	%
Si	8	80	7	70	2	100	5	50	4	80	3	60	14	70	19	58
No	1	10	1	10	0	0	1	10	0	0	0	0	3	15	6	18
No sabe/No opina	1	10	2	20	0	0	4	40	1	20	2	40	3	15	8	24
TOTAL	10	100	10	100	2	100	10	100	5	100	5	100	20	100	33	100

Fuente: Cuestionario  
 Elaboración: Propia

**Figura N°05**



Fuente: Tabla 5  
 Elaboración: Propia

**Interpretación:**

En la tabla y figura 5, se observa que:

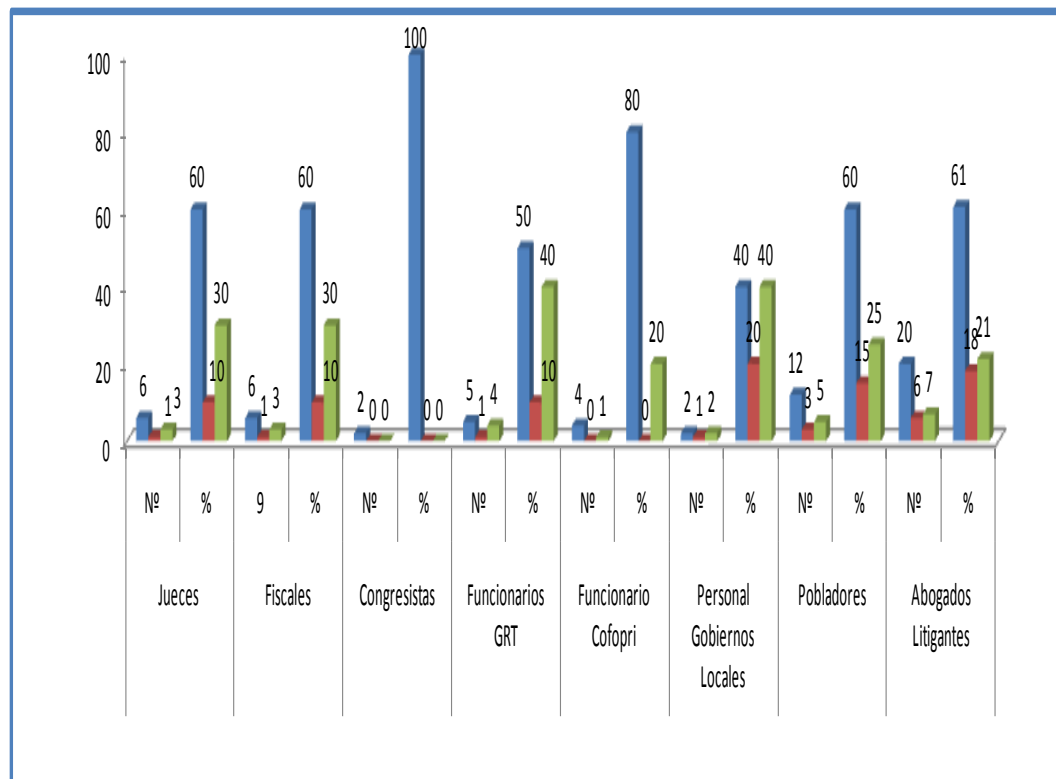
- El 80% de los jueces señalan que la Protección Constitucional de libre disposición de las tierras estaría siendo afectada de manera perjudicial por las actividades mineras; el 10% opina lo contrario; y, el 10% no sabe ni opina sobre el respecto.
- El 70% de los fiscales señalan que la Protección Constitucional de libre disposición de las tierras estaría siendo afectada de manera perjudicial por las actividades mineras; el 10% señala lo contrario; y, el 20% no sabe ni opina sobre el respecto.
- El 100% de los Congresistas señalan que la Protección Constitucional de libre disposición de las tierras estaría siendo afectada de manera perjudicial por las actividades mineras.
- El 50% de los funcionarios del Gobierno Regional de Tacna que la Protección Constitucional de libre disposición de las tierras estaría siendo afectada de manera perjudicial por las actividades mineras; el 10% señala lo contrario; y, el 40% no sabe ni opina sobre el respecto.
- El 80% de los funcionarios del COFOPRI señalan que la Protección Constitucional de libre disposición de las tierras estaría siendo afectada por las actividades mineras; y, el 20% no sabe ni opina sobre el respecto.
- El 60% de los funcionarios del personal de los Gobiernos Locales señalan que la Protección Constitucional de libre disposición de las tierras estaría siendo afectada por las actividades mineras; y, el 40% no sabe ni opina sobre el respecto.
- El 70% de los pobladores señalan que la Protección Constitucional de libre disposición de las tierras estaría siendo afectada por las actividades mineras; el 15% señala lo contrario; y, el 15% no sabe ni opina sobre el respecto.
- El 58% de los abogados litigantes señalan que la Protección Constitucional de libre disposición de las tierras estaría siendo afectada de manera perjudicial por las actividades mineras; el 18% señala lo contrario; y, el 24% no sabe ni opina sobre el respecto.

**Tabla N°06**  
**La Protección Constitucional de imprescriptibilidad de las tierras estaría siendo afectada de manera perjudicial por las actividades mineras**

Respuesta	Muestra															
	Jueces		Fiscales		Congresistas		Funcionarios GRT		Funcionario Cofopri		Personal Gobiernos Locales		Pobladores		Abogados Litigantes	
	Nº	%	Nº	%	Nº	%	Nº	%	Nº	%	Nº	%	Nº	%	Nº	%
Si	6	60	6	60	2	100	5	50	4	80	2	40	12	60	20	61
No	1	10	1	10	0	0	1	10	0	0	1	20	3	15	6	18
No sabe/No opina	3	30	3	30	0	0	4	40	1	20	2	40	5	25	7	21
<b>TOTAL</b>	<b>10</b>	<b>100</b>	<b>10</b>	<b>100</b>	<b>2</b>	<b>100</b>	<b>10</b>	<b>100</b>	<b>5</b>	<b>100</b>	<b>5</b>	<b>100</b>	<b>20</b>	<b>100</b>	<b>33</b>	<b>100</b>

Fuente: Cuestionario  
 Elaboración: Propia

**Figura N°06**



Fuente: Tabla N° 06  
 Elaboración: Propia

**Interpretación:**

En la tabla y figura 6, se observa que:

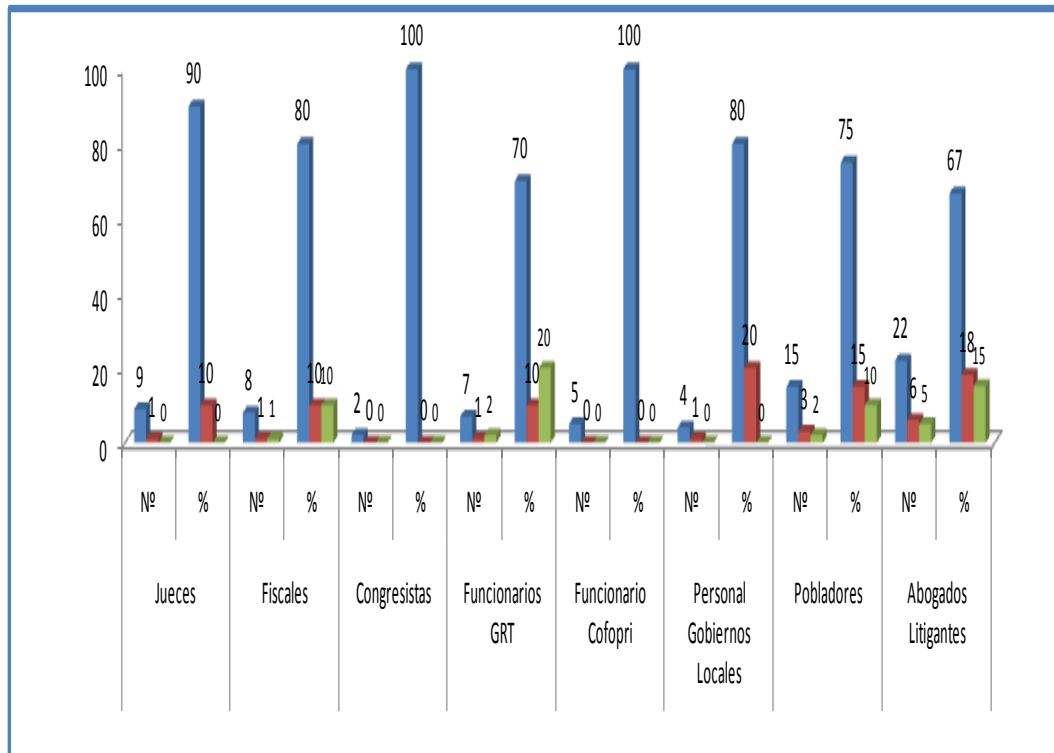
- El 60% de los jueces señalan que la Protección Constitucional de imprescriptibilidad de las tierras estaría siendo afectada por las actividades mineras; el 10% opina lo contrario; y, el 30% no sabe ni opina sobre el respecto.
- El 60% de los fiscales señalan que la Protección Constitucional de imprescriptibilidad de las tierras estaría siendo afectada por las actividades mineras; el 10% señala lo contrario; y, el 30% no sabe ni opina sobre el respecto.
- El 100% de los Congresistas señalan que la Protección Constitucional de imprescriptibilidad de las tierras estaría siendo afectada de manera perjudicial por las actividades mineras.
- El 50% de los funcionarios del Gobierno Regional de Tacna que la Protección Constitucional de imprescriptibilidad de las tierras estaría siendo afectada por las actividades mineras; el 10% señala lo contrario; y, el 40% no sabe ni opina sobre el respecto.
- El 80% de los funcionarios del COFOPRI señalan que la Protección Constitucional de imprescriptibilidad de las tierras estaría siendo afectada por las actividades mineras; y, el 20% no sabe ni opina sobre el respecto.
- El 40% de los funcionarios del personal de los Gobiernos Locales señalan que la Protección Constitucional de imprescriptibilidad de las tierras estaría siendo afectada de manera perjudicial por las actividades mineras; el 20% señala lo contrario; y, el 40% no sabe ni opina sobre el respecto.
- El 60% de los pobladores señalan la Protección Constitucional de imprescriptibilidad de las tierras estaría siendo afectada por las actividades mineras; el 15% señala lo contrario; y, el 25% no sabe ni opina sobre el respecto.
- El 61% de los abogados litigantes señalan la Protección Constitucional de imprescriptibilidad de las tierras estaría siendo afectada por las actividades mineras; el 18% señala lo contrario; y, el 21% no sabe ni opina sobre el respecto.

**Tabla N° 07**  
**La Protección Constitucional de restricciones establecidas por seguridad nacional estaría siendo afectada de manera perjudicial por las actividades mineras**

Respuesta	Muestra															
	Jueces		Fiscales		Congresistas		Funcionarios GRT		Funcionario Cofopri		Personal Gobiernos Locales		Pobladores		Abogados Litigantes	
	Nº	%	Nº	%	Nº	%	Nº	%	Nº	%	Nº	%	Nº	%	Nº	%
Si	9	90	8	80	2	100	7	70	5	100	4	80	15	75	22	67
No	1	10	1	10	0	0	1	10	0	0	1	20	3	15	6	18
No sabe/No opina	0	0	1	10	0	0	2	20	0	0	0	0	2	10	5	15
<b>TOTAL</b>	<b>10</b>	<b>100</b>	<b>10</b>	<b>100</b>	<b>2</b>	<b>100</b>	<b>10</b>	<b>100</b>	<b>5</b>	<b>100</b>	<b>5</b>	<b>100</b>	<b>20</b>	<b>100</b>	<b>33</b>	<b>100</b>

Fuente: Cuestionario  
 Elaboración: Propia

**Figura N° 07**



Fuente: Tabla N° 07  
 Elaboración: Propia

**Interpretación:**

En la tabla y figura 7, se observa que:

- El 90% de los jueces señalan que la Protección Constitucional de restricciones establecidas por seguridad nacional estaría siendo afectada por las actividades mineras; el 10% opina lo contrario; y, el 0% no sabe ni opina sobre el respecto.
- El 80% de los fiscales señalan que la Protección Constitucional de restricciones establecidas por seguridad nacional estaría siendo afectada por las actividades mineras; el 10% señala lo contrario; y, el 10% no sabe ni opina sobre el respecto.
- El 100% de los Congresistas señalan que la Protección Constitucional de restricciones establecidas por seguridad nacional estaría siendo afectada por las actividades mineras.
- El 70% de los funcionarios del Gobierno Regional de Tacna que la Protección Constitucional de restricciones establecidas por seguridad nacional estaría siendo afectada por las actividades mineras; el 10% señala lo contrario; y, el 20% no sabe ni opina sobre el respecto.
- El 100% de los funcionarios del COFOPRI señalan que la Protección Constitucional de restricciones establecidas por seguridad nacional estaría siendo afectada por las actividades mineras.
- 
- El 80% de los funcionarios del personal de los Gobiernos Locales señalan que la Protección Constitucional de restricciones establecidas por seguridad nacional estaría siendo afectada por las actividades mineras; el 20% señala lo contrario.
- El 75% de los pobladores señalan que la Protección Constitucional de restricciones establecidas por seguridad nacional estaría siendo afectada por las actividades mineras; el 15% señala lo contrario; y, el 10% no sabe ni opina sobre el respecto.
- El 67% de los abogados litigantes señalan que la Protección Constitucional de restricciones establecidas por seguridad nacional estaría siendo afectada por las actividades mineras; el 18% señala lo contrario; y, el 15% no sabe ni opina sobre el respecto.

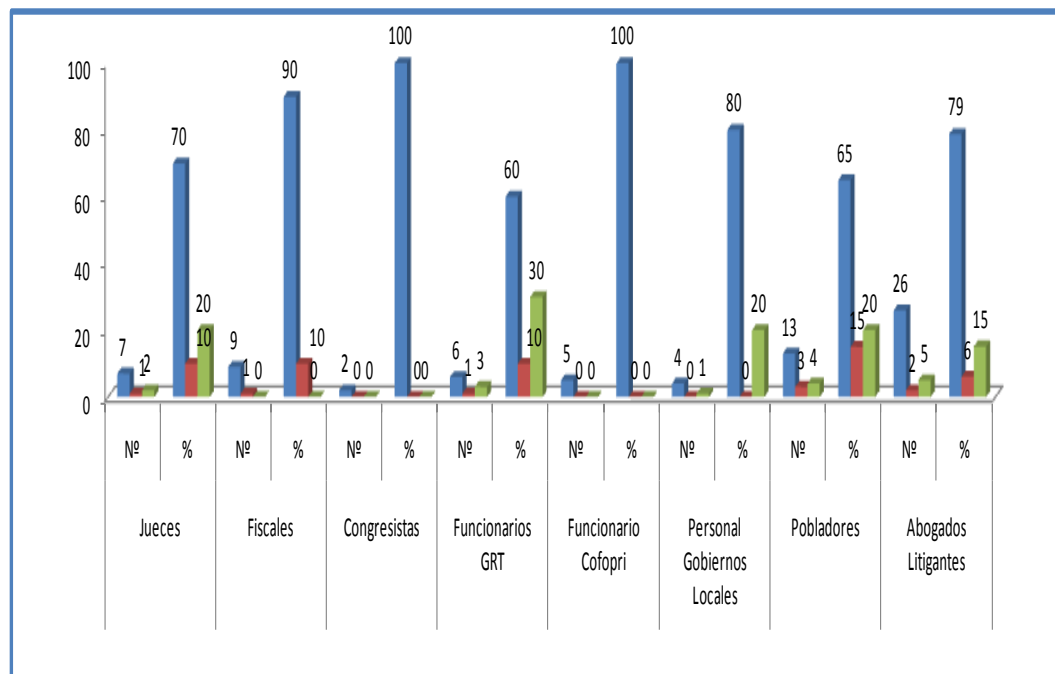


**Tabla N° 08**  
**La Protección Constitucional al derecho de propiedad sobre la tierra, en forma privada o comunal o en cualquiera otra forma asociativa estaría siendo afectada de manera perjudicial por las actividades mineras**

Respuesta	Muestra															
	Jueces		Fiscales		Congresistas		Funcionarios GRT		Funcionario Cofopri		Personal Gobiernos Locales		Pobladores		Abogados Litigantes	
	Nº	%	Nº	%	Nº	%	Nº	%	Nº	%	Nº	%	Nº	%	Nº	%
Si	7	70	9	90	2	100	6	60	5	100	4	80	13	65	26	79
No	1	10	1	10	0	0	1	10	0	0	0	0	3	15	2	6
No sabe/No opina	2	20	0	0	0	0	3	30	0	0	1	20	4	20	5	15
<b>TOTAL</b>	<b>10</b>	<b>100</b>	<b>10</b>	<b>100</b>	<b>2</b>	<b>100</b>	<b>10</b>	<b>100</b>	<b>5</b>	<b>100</b>	<b>5</b>	<b>100</b>	<b>20</b>	<b>100</b>	<b>33</b>	<b>100</b>

Fuente: Cuestionario  
 Elaboración: Propia

**Figura N° 08**



Fuente: Tabla N° 08  
 Elaboración: Propia

**Interpretación:**

En la tabla y figura 8, se observa que:

- El 70% de los jueces señalan que la Protección Constitucional al derecho de propiedad sobre la tierra, en forma privada o comunal estaría siendo afectada por las actividades mineras; el 10% opina lo contrario ;y, el 20% no sabe ni opina.
- El 90% de los fiscales señalan que la Protección Constitucional al derecho de propiedad sobre la tierra, en forma privada o comunal estaría siendo afectada por las actividades mineras; el 10% señala lo contrario; y, el 0% no sabe ni opina sobre el respecto.
- El 100% de los Congresistas señalan que la Protección Constitucional al derecho de propiedad sobre la tierra, en forma privada o comunal o en cualquiera otra forma asociativa estaría siendo afectada de manera perjudicial por las actividades mineras.
- El 60% de los funcionarios del Gobierno Regional de Tacna señalan que la Protección Constitucional al derecho de propiedad sobre la tierra, en forma privada o comunal estaría siendo afectada por las actividades mineras; el 10% señala lo contrario; y, el 30% no sabe ni opina sobre el respecto.
- El 100% de los funcionarios del COFOPRI señalan que la Protección Constitucional al derecho de propiedad sobre la tierra, en forma privada o comunal estaría siendo afectada por las actividades mineras.
- El 80% de los funcionarios del personal de los Gobiernos Locales señalan que la Protección Constitucional al derecho de propiedad sobre la tierra, en forma privada o comunal estaría siendo afectada por las actividades mineras; y, el 20% no sabe ni opina sobre el respecto.
- El 65% de los pobladores señalan que la Protección Constitucional al derecho de propiedad sobre la tierra, en forma privada o comunal estaría siendo afectada por las actividades mineras; el 15% señala lo contrario; y, el 20% no sabe ni opina sobre el respecto.
- El 79% de los abogados señalan que la Protección Constitucional al derecho de propiedad sobre la tierra, en forma privada o comunal estaría siendo afectada por las actividades mineras, el 6% señala lo contrario; y , el 15% no sabe ni opina.

Tabla N° 09

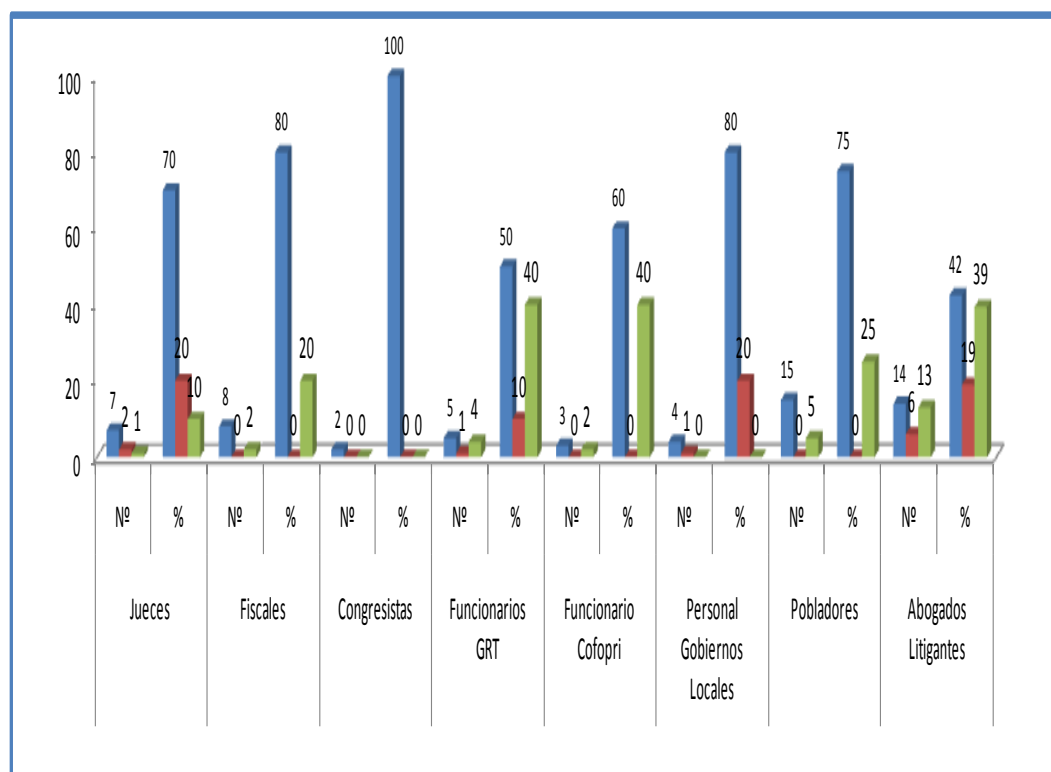
**La Protección Constitucional de apoyo al desarrollo agrario estaría siendo afectada de manera perjudicial por las actividades mineras**

Respuesta	Muestra															
	Jueces		Fiscales		Congresistas		Funcionarios GRT		Funcionario Cofopri		Personal Gobiernos Locales		Pobladores		Abogados Litigantes	
	Nº	%	Nº	%	Nº	%	Nº	%	Nº	%	Nº	%	Nº	%	Nº	%
Si	7	70	8	80	2	100	5	50	3	60	4	80	15	75	14	42
No	2	20	0	0	0	0	1	10	0	0	1	20	0	0	6	19
No sabe/No opina	1	10	2	20	0	0	4	40	2	40	0	0	5	25	13	39
TOTAL	10	100	10	100	2	100	10	100	5	100	5	100	20	100	33	100

Fuente: Cuestionario

Elaboración: Propia

Figura N° 09



Fuente: Tabla N° 09

Elaboración: Propia

**Interpretación:**

En la tabla y figura 9, se observa que:

- El 70% de los jueces señalan que la Protección Constitucional de apoyo al desarrollo agrario estaría siendo afectada por las actividades mineras; el 20% opina lo contrario; y, el 10% no sabe ni opina sobre el respecto.
- El 80% de los fiscales señalan que la Protección Constitucional de apoyo al desarrollo agrario estaría siendo afectada por las actividades mineras; el 0% señala lo contrario; y, el 20% no sabe ni opina sobre el respecto.
- El 100% de los Congresistas señalan que la Protección Constitucional de apoyo al desarrollo agrario estaría siendo afectada por las actividades mineras.
- El 50% de los funcionarios del Gobierno Regional de Tacna que la Protección Constitucional de apoyo al desarrollo agrario estaría siendo afectada por las actividades mineras; el 10% señala lo contrario; y, el 40% no sabe ni opina sobre el respecto.
- El 60% de los funcionarios del COFOPRI señalan que la Protección Constitucional de apoyo al desarrollo agrario estaría siendo afectada de manera perjudicial por las actividades mineras; y, el 40% no sabe ni opina sobre el respecto.
- El 80% de los funcionarios del personal de los Gobiernos Locales señalan que la Protección Constitucional de apoyo al desarrollo agrario estaría siendo afectada por las actividades mineras; el 20% señala lo contrario; y, el 0% no sabe ni opina sobre el respecto.
- El 75% de los pobladores señalan que la Protección Constitucional de apoyo al desarrollo agrario estaría siendo afectada por las actividades mineras; el 0% señala lo contrario; y, el 25% no sabe ni opina sobre el respecto.
- El 42% de los abogados litigantes señalan que la Protección Constitucional de apoyo al desarrollo agrario estaría siendo afectada de manera perjudicial por las actividades mineras; el 19% señala lo contrario; y, el 39% no sabe ni opina sobre el respecto.

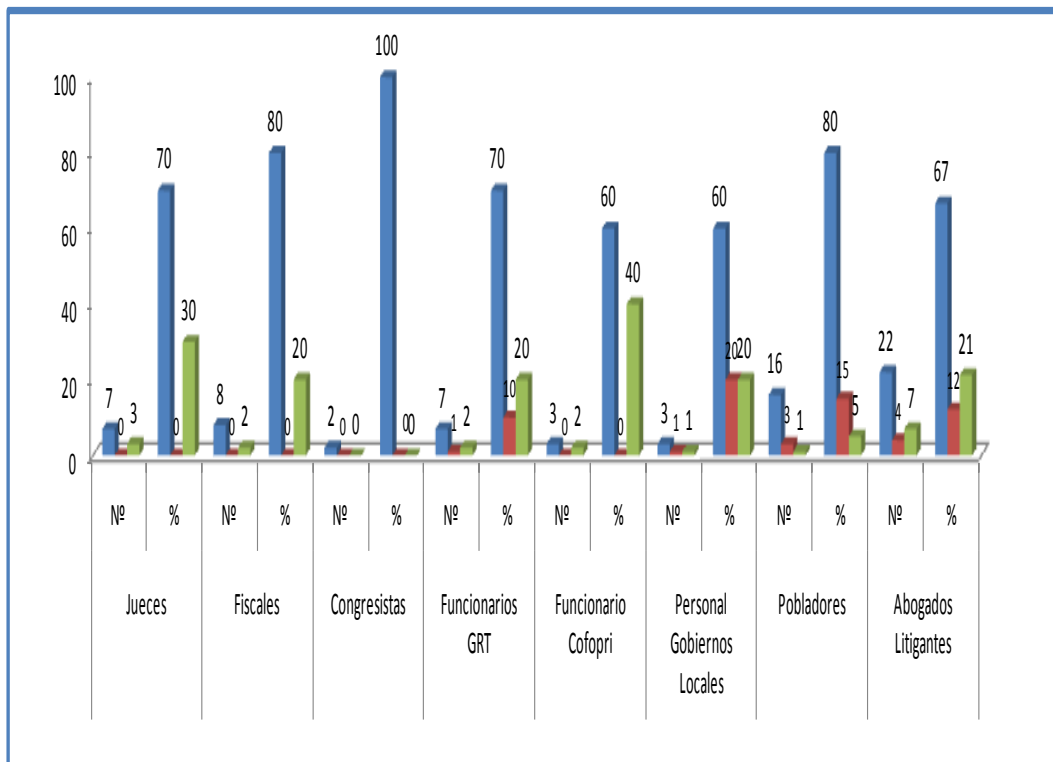
**Tabla N° 10**  
**Las actividades mineras afectan el medio ambiente al contaminar el aire, agua y tierra de la propiedad comunal**

Respuesta	Muestra															
	Jueces		Fiscales		Congresistas		Funcionarios GRT		Funcionario Cofopri		Personal Gobiernos Locales		Pobladores		Abogados Litigantes	
	Nº	%	Nº	%	Nº	%	Nº	%	Nº	%	Nº	%	Nº	%	Nº	%
Si	7	70	8	80	2	100	7	70	3	60	3	60	16	80	22	67
No	0	0	0	0	0	0	1	10	0	0	1	20	3	15	4	12
No sabe/No opina	3	30	2	20	0	0	2	20	2	40	1	20	1	5	7	21
<b>TOTAL</b>	<b>10</b>	<b>100</b>	<b>10</b>	<b>100</b>	<b>2</b>	<b>100</b>	<b>10</b>	<b>100</b>	<b>5</b>	<b>100</b>	<b>5</b>	<b>100</b>	<b>20</b>	<b>100</b>	<b>33</b>	<b>100</b>

Fuente: Cuestionario

Elaboración: Propia

**Figura N° 10**



Fuente: Tabla N° 10

Elaboración: Propia

**Interpretación:**

En la tabla y figura 10, se observa que:

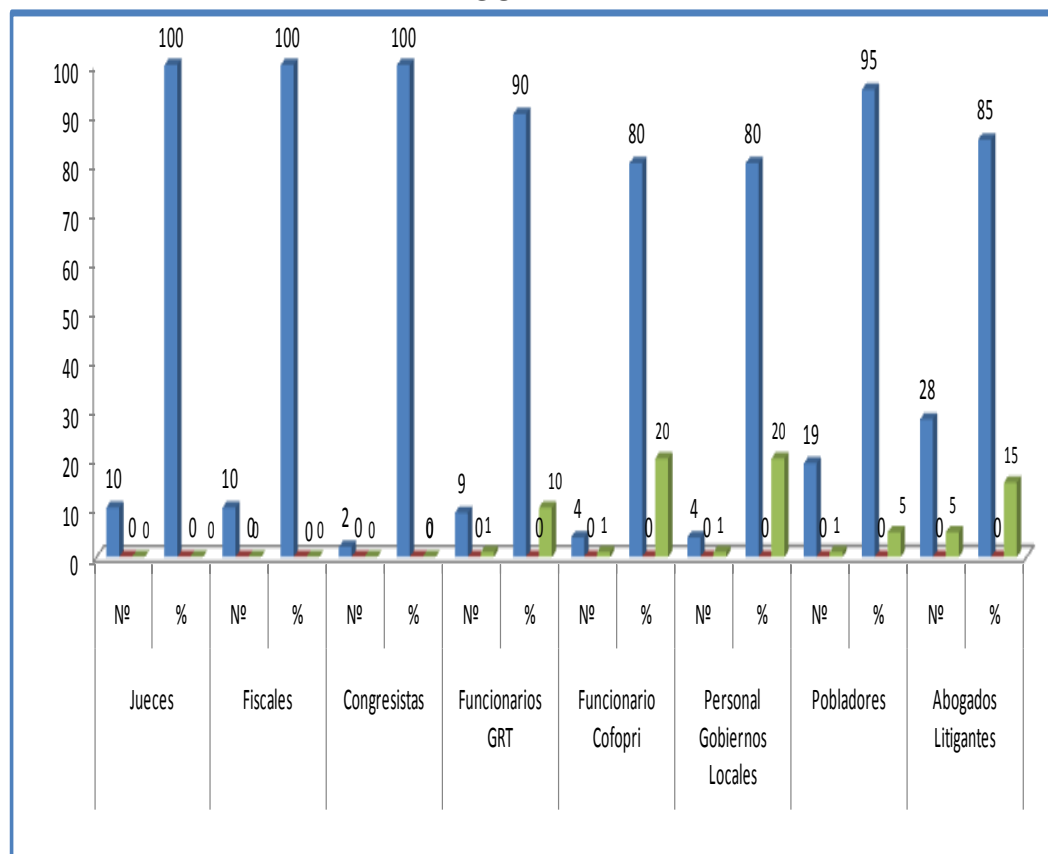
- El 70% de los jueces señalan que las actividades mineras afectan el medio ambiente al contaminar el aire, agua y tierra de la propiedad comunal; el 0% opina lo contrario; y, el 30% no sabe ni opina sobre el respecto.
- El 80% de los fiscales señalan que las actividades mineras afectan el medio ambiente al contaminar el aire, agua y tierra de la propiedad comunal; el 0% señala lo contrario; y, el 20% no sabe ni opina sobre el respecto.
- El 100% de los Congresistas señalan que las actividades mineras afectan el medio ambiente al contaminar el aire, agua y tierra de la propiedad comunal.
- El 70% de los funcionarios del Gobierno Regional de Tacna que las actividades mineras afectan el medio ambiente al contaminar el aire, agua y tierra de la propiedad comunal; el 10% señala lo contrario; y, el 20% no sabe ni opina sobre el respecto.
- El 60% de los funcionarios del COFOPRI señalan que las actividades mineras afectan el medio ambiente al contaminar el aire, agua y tierra de la propiedad comunal; y, el 40% no sabe ni opina sobre el respecto.
- El 60% de los funcionarios del personal de los Gobiernos Locales señalan que las actividades mineras afectan el medio ambiente al contaminar el aire, agua y tierra de la propiedad comunal; el 20% señala lo contrario; y, el 20% no sabe ni opina sobre el respecto.
- El 80% de los pobladores señalan que las actividades mineras afectan el medio ambiente al contaminar el aire, agua y tierra de la propiedad comunal; el 15% señala lo contrario; y, el 5% no sabe ni opina sobre el respecto.
- El 67% de los abogados litigantes señalan que las actividades mineras afectan el medio ambiente al contaminar el aire, agua y tierra de la propiedad comunal; el 12% señala lo contrario; y, el 21% no sabe ni opina sobre el respecto.

**TABLA N°11**  
**Las actividades mineras afectan perjudicialmente la salud de los comuneros**

Respuesta	Muestra															
	Jueces		Fiscales		Congresistas		Funcionarios GRT		Funcionario Cofopri		Personal Gobiernos Locales		Pobladores		Abogados Litigantes	
	Nº	%	Nº	%	Nº	%	Nº	%	Nº	%	Nº	%	Nº	%	Nº	%
Si	10	100	10	100	2	100	9	90	4	80	4	80	19	95	28	85
No	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0
No sabe/No opina	0	0	0	0	0	0	1	10	1	20	1	20	1	5	5	15
<b>TOTAL</b>	<b>10</b>	<b>100</b>	<b>10</b>	<b>100</b>	<b>2</b>	<b>100</b>	<b>10</b>	<b>100</b>	<b>5</b>	<b>100</b>	<b>5</b>	<b>100</b>	<b>20</b>	<b>100</b>	<b>33</b>	<b>100</b>

Fuente: Cuestionario Aplicado  
 Elaboración: Propia

**FIGURA N°11**



Fuente: Tabla N° 11  
 Elaboración: Propia

**Análisis e Interpretación:**

En la tabla y figura 11, se observa que:

- El 100% de los jueces señalan que las actividades mineras afectan perjudicialmente la salud de los comuneros.
- El 100% de los fiscales señalan que las actividades mineras afectan perjudicialmente la salud de los comuneros.
- El 100% de los Congresistas señalan que las actividades mineras afectan perjudicialmente la salud de los comuneros.
- El 90% de los funcionarios del Gobierno Regional de Tacna señalan que las actividades mineras afectan perjudicialmente la salud de los comuneros;; y, el 10% no sabe ni opina sobre el respecto.
- El 80% de los funcionarios del COFOPRI señalan que las actividades mineras afectan perjudicialmente la salud de los comuneros; y, el 20% no sabe ni opina sobre el respecto.
- El 80% de los funcionarios del personal de los Gobiernos Locales señalan que la Protección Constitucional de imprescriptibilidad de las tierras estaría siendo afectada de manera perjudicial por las actividades mineras; el 0% señala lo contrario; y, el 20% no sabe ni opina sobre el respecto.
- El 95% de los pobladores señalan la Protección Constitucional de imprescriptibilidad de las tierras estaría siendo afectada de manera perjudicial por las actividades mineras; el 0% señala lo contrario; y, el 5% no sabe ni opina sobre el respecto.
- El 85% de los abogados litigantes señalan la Protección Constitucional de imprescriptibilidad de las tierras estaría siendo afectada de manera perjudicial por las actividades mineras; el 0% señala lo contrario; y, el 15% no sabe ni opina sobre el respecto.

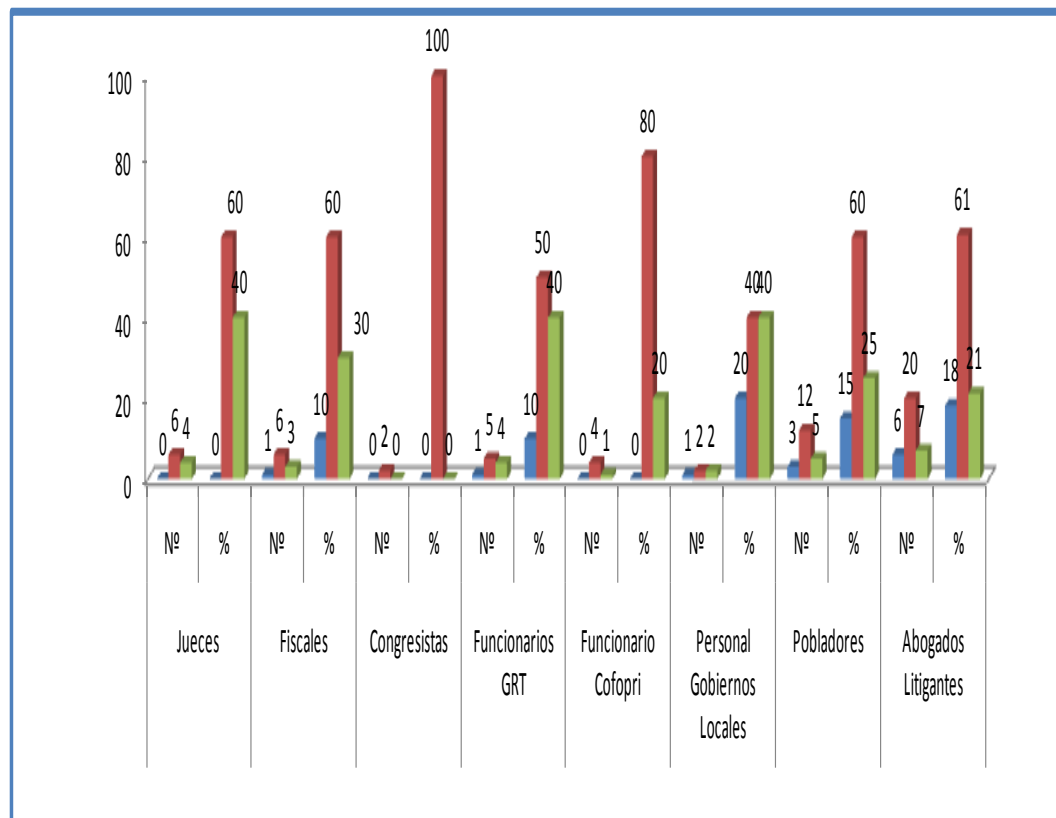


**TABLA N°12**  
**Las actividades mineras han establecido adecuadas medidas para la protección y cuidado del medio ambiente**

Respuesta	Muestra															
	Jueces		Fiscales		Congresistas		Funcionarios GRT		Funcionario Cofopri		Personal Gobiernos Locales		Pobladores		Abogados Litigantes	
	Nº	%	Nº	%	Nº	%	Nº	%	Nº	%	Nº	%	Nº	%	Nº	%
Si	0	0	1	10	0	0	1	10	0	0	1	20	3	15	6	18
No	6	60	6	60	2	100	5	50	4	80	2	40	12	60	20	61
No sabe/No opina	4	40	3	30	0	0	4	40	1	20	2	40	5	25	7	21
<b>TOTAL</b>	<b>10</b>	<b>100</b>	<b>10</b>	<b>100</b>	<b>2</b>	<b>100</b>	<b>10</b>	<b>100</b>	<b>5</b>	<b>100</b>	<b>5</b>	<b>100</b>	<b>20</b>	<b>100</b>	<b>33</b>	<b>100</b>

Fuente: Cuestionario Aplicado  
 Elaboración: Propia

**FIGURA N°12**



Fuente: Tabla N° 12  
 Elaboración: Propia

### **Análisis e Interpretación:**

En la tabla y figura 12, se observa que:

- El 60% de los jueces señalan que las actividades mineras “no” han establecido adecuadas medidas para la protección y cuidado del medio ambiente; y, el 40% no sabe ni opina sobre el respecto.
- El 60% de los fiscales señalan que las actividades mineras “no” han establecido adecuadas medidas para la protección y cuidado del medio ambiente; el 10% opina lo contrario, y, el 30% no sabe ni opina sobre el respecto.
- El 100% de los Congresistas señalan que las actividades mineras “no” han establecido adecuadas medidas para la protección y cuidado del medio ambiente.
- El 50% de los funcionarios del Gobierno Regional de Tacna señalan que las actividades mineras “no” han establecido adecuadas medidas para la protección y cuidado del medio ambiente; el 10% señala lo contrario; y, el 40% no sabe ni opina sobre el respecto.
- El 80% de los funcionarios del COFOPRI señalan que las actividades mineras “no” han establecido adecuadas medidas para la protección y cuidado del medio ambiente; y, el 20% no sabe ni opina sobre el respecto.
- El 40% de los funcionarios del personal de los Gobiernos Locales señalan que las actividades mineras “no” han establecido adecuadas medidas para la protección y cuidado del medio ambiente; el 20% señala lo contrario; y, el 40% no sabe ni opina sobre el respecto.
- El 60% de los pobladores señalan que las actividades mineras “no” han establecido adecuadas medidas para la protección y cuidado del medio ambiente; el 15% señala lo contrario; y, el 25% no sabe ni opina sobre el respecto.
- El 61% de los abogados litigantes señalan que las actividades mineras “no” han establecido adecuadas medidas para la protección y cuidado del medio ambiente; el 18% señala lo contrario; y, el 21% no sabe ni opina sobre el respecto.

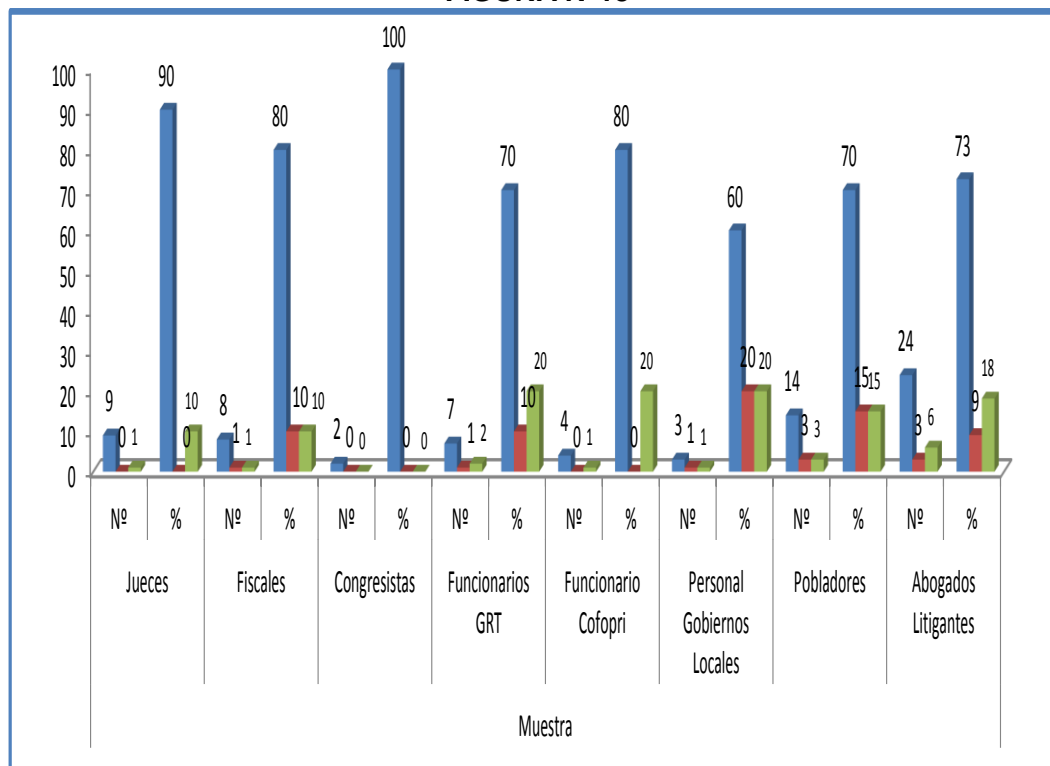
**TABLA N°13**

**Las actividades mineras afectan perjudicialmente la propiedad comunal y fomentan los conflictos sociales al no ofrecer empleo para los pobladores de la zona.**

Respuesta	Muestra															
	Jueces		Fiscales		Congresistas		Funcionarios GRT		Funcionario Cofopri		Personal Gobiernos Locales		Pobladores		Abogados Litigantes	
	Nº	%	Nº	%	Nº	%	Nº	%	Nº	%	Nº	%	Nº	%	Nº	%
Si	9	90	8	80	2	100	7	70	4	80	3	60	14	70	24	73
No	0	0	1	10	0	0	1	10	0	0	1	20	3	15	3	9
No sabe/No opina	1	10	1	10	0	0	2	20	1	20	1	20	3	15	6	18
TOTAL	10	100	10	100	2	100	10	100	5	100	5	100	20	100	33	100

Fuente: Cuestionario Aplicado  
Elaboración: Propia

**FIGURA N°13**



Fuente: Tabla N° 13  
Elaboración: Propia

### **Análisis e Interpretación:**

En la tabla y figura 13, se observa que:

- El 90% de los jueces señalan que las actividades mineras sí afectan perjudicialmente la propiedad comunal y fomentan los conflictos sociales al no ofrecer empleo para los pobladores de la zona; y, el 10% no sabe ni opina sobre el respecto.
- El 80% de los fiscales señalan las actividades mineras sí afectan perjudicialmente la propiedad comunal y fomentan los conflictos sociales al no ofrecer empleo para los pobladores de la zona; el 10% señala lo contrario; y, el 10% no sabe ni opina sobre el respecto.
- El 100% de los Congresistas señalan que las actividades mineras sí afectan perjudicialmente la propiedad comunal y fomentan los conflictos sociales al no ofrecer empleo para los pobladores de la zona.
- El 70% de los funcionarios del Gobierno Regional de Tacna que las actividades mineras sí afectan perjudicialmente la propiedad comunal y fomentan los conflictos sociales al no ofrecer empleo para los pobladores de la zona; y, el 10% señala lo contrario.
- El 80% de los funcionarios del COFOPRI señalan que las actividades mineras afectan perjudicialmente la propiedad comunal y fomentan los conflictos sociales al no ofrecer empleo para los pobladores de la zona.; y, el 20% no sabe ni opina sobre el respecto.
- El 60% de los funcionarios del personal de los Gobiernos Locales señalan que las actividades mineras afectan perjudicialmente la propiedad comunal y fomentan los conflictos sociales al no ofrecer empleo para los pobladores de la zona; y, el 20% señala lo contrario.
- El 70% de los pobladores señalan las actividades mineras afectan perjudicialmente la propiedad comunal y fomentan los conflictos sociales al no ofrecer empleo para los pobladores de la zona; y, el 15% señala lo contrario; y, el 15% no sabe ni opina sobre el respecto.
- El 73% de los abogados señalan que las actividades mineras afectan perjudicialmente la propiedad comunal y fomentan los conflictos sociales al no ofrecer empleo para los pobladores de la zona.; el 9% señala lo contrario.

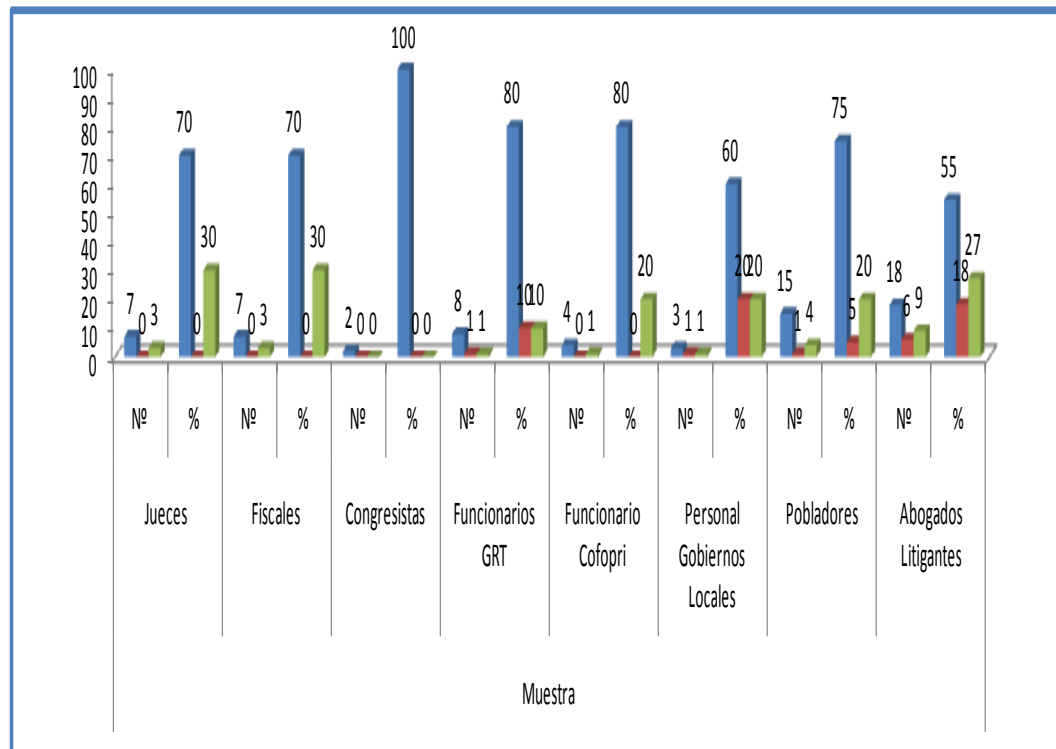
**TABLA N°14**

**Las actividades mineras generan dependencia económica, ya que el Perú no puede aprovechar esta oportunidad porque no tiene el capital suficiente para invertir y generar excedentes, por lo tanto se ve forzado a solicitar préstamos y reproducir la cadena de la deuda externa y la dependencia económica.**

Respuesta	Muestra															
	Jueces		Fiscales		Congresistas		Funcionarios GRT		Funcionario Cofopri		Personal Gobiernos Locales		Pobladores		Abogados Litigantes	
	Nº	%	Nº	%	Nº	%	Nº	%	Nº	%	Nº	%	Nº	%	Nº	%
Si	7	70	7	70	2	100	8	80	4	80	3	60	15	75	18	55
No	0	0	0	0	0	0	1	10	0	0	1	20	1	5	6	18
No sabe/No opina	3	30	3	30	0	0	1	10	1	20	1	20	4	20	9	27
<b>TOTAL</b>	<b>10</b>	<b>100</b>	<b>10</b>	<b>100</b>	<b>2</b>	<b>100</b>	<b>10</b>	<b>100</b>	<b>5</b>	<b>100</b>	<b>5</b>	<b>100</b>	<b>20</b>	<b>100</b>	<b>33</b>	<b>100</b>

Fuente: Cuestionario Aplicado  
Elaboración: Propia

**FIGURA N°14**



Fuente: Tabla N° 14  
Elaboración: Propia

### **Análisis e Interpretación:**

En la tabla y figura 14, se observa que:

- El 70% de los jueces señalan las actividades mineras generan dependencia económica, ya que el Perú no puede aprovechar esta oportunidad porque no tiene el capital suficiente para invertir y generar excedentes, por lo tanto se ve forzado a solicitar préstamos y reproducir la cadena de la deuda externa y la dependencia económica.; y, el 30% no sabe ni opina sobre el respecto.
- El 70% de los fiscales señalan que las actividades mineras generan dependencia económica, ya que el Perú no puede aprovechar esta oportunidad porque no tiene el capital suficiente para invertir y generar excedentes, por lo tanto se ve forzado a solicitar préstamos y reproducir la cadena de la deuda externa y la dependencia económica.; el 30% no sabe ni opina sobre el respecto.
- El 100% de los Congresistas señalan que las actividades mineras generan dependencia económica, ya que el Perú no puede aprovechar esta oportunidad porque no tiene el capital suficiente para invertir y generar excedentes, por lo tanto se ve forzado a solicitar préstamos y reproducir la cadena de la deuda externa y la dependencia económica..
- El 80% de los funcionarios del Gobierno Regional de Tacna que las actividades mineras generan dependencia económica, ya que el Perú no puede aprovechar esta oportunidad porque no tiene el capital suficiente para invertir y generar excedentes, por lo tanto se ve forzado a solicitar préstamos y reproducir la cadena de la deuda externa y la dependencia económica.; el 10% señala lo contrario; y, el 10% no sabe ni opina sobre el respecto.
- El 80% de los funcionarios del COFOPRI señalan las actividades mineras generan dependencia económica, ya que el Perú no puede aprovechar esta oportunidad porque no tiene el capital suficiente para invertir y generar excedentes, por lo tanto se ve forzado a solicitar préstamos y reproducir la cadena de la deuda externa y la dependencia económica.; y, el 20% no sabe ni opina sobre el respecto.
- El 60% de los funcionarios del personal de los Gobiernos Locales señalan que la Las actividades mineras generan dependencia económica, ya que el

Perú no puede aprovechar esta oportunidad porque no tiene el capital suficiente para invertir y generar excedentes, por lo tanto se ve forzado a solicitar préstamos y reproducir la cadena de la deuda externa y la dependencia económica.; el 20% señala lo contrario; y, el 20% no sabe ni opina sobre el respecto.

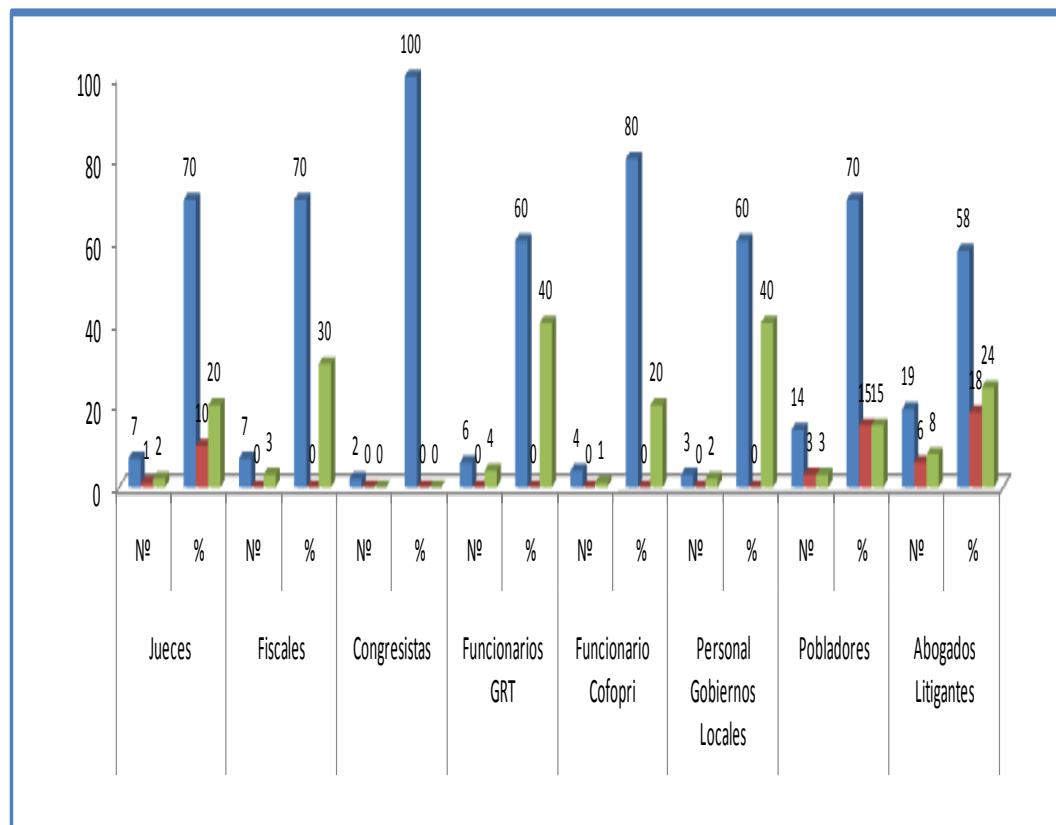
- El 75% de los pobladores señalan Las actividades mineras generan dependencia económica, ya que el Perú no puede aprovechar esta oportunidad porque no tiene el capital suficiente para invertir y generar excedentes, por lo tanto se ve forzado a solicitar préstamos y reproducir la cadena de la deuda externa y la dependencia económica.; el 5% señala lo contrario; y, el 20% no sabe ni opina sobre el respecto.
- El 55% de los abogados litigantes señalan Las actividades mineras generan dependencia económica, ya que el Perú no puede aprovechar esta oportunidad porque no tiene el capital suficiente para invertir y generar excedentes, por lo tanto se ve forzado a solicitar préstamos y reproducir la cadena de la deuda externa y la dependencia económica.; el 18% señala lo contrario; y, el 27% no sabe ni opina sobre el respecto.

**TABLA N°15**  
**Se debe sancionar a las empresas mineras que ocasionen daños a la propiedad comunal**

Respuesta	Muestra															
	Jueces		Fiscales		Congresistas		Funcionarios GRT		Funcionario Cofopri		Personal Gobiernos Locales		Pobladores		Abogados Litigantes	
	Nº	%	Nº	%	Nº	%	Nº	%	Nº	%	Nº	%	Nº	%	Nº	%
Si	7	70	7	70	2	100	6	60	4	80	3	60	14	70	19	58
No	1	10	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	3	15	6	18
No sabe/No opina	2	20	3	30	0	0	4	40	1	20	2	40	3	15	8	24
TOTAL	10	100	10	100	2	100	10	100	5	100	5	100	20	100	33	100

Fuente: Cuestionario Aplicado  
 Elaboración: Propia

**FIGURA N°15**



Fuente: Tabla N° 15  
 Elaboración: Propia



**Análisis e Interpretación:**

En la tabla y figura 15, se observa que:

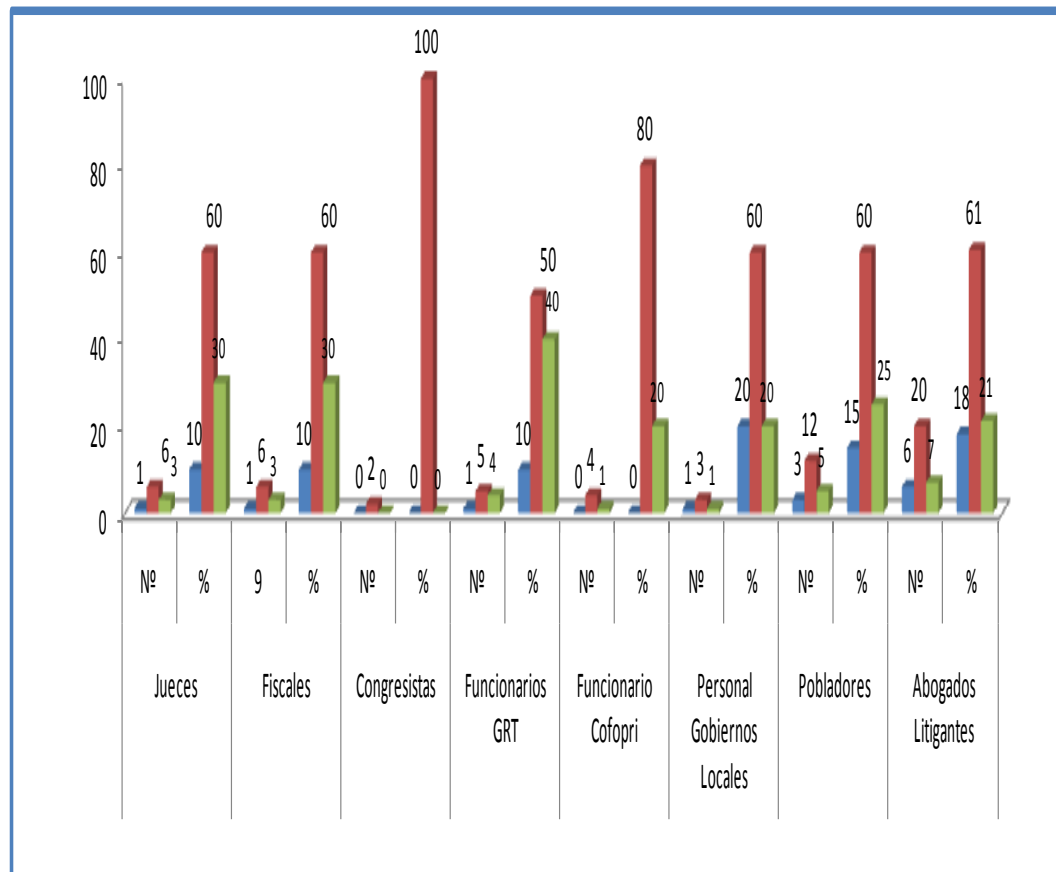
- El 70% de los jueces señalan que se debe sancionar a las empresas mineras que ocasionen daños a la propiedad comunal; el 10% opina lo contrario; y, el 20% no sabe ni opina sobre el respecto.
- El 70% de los fiscales señalan que se debe sancionar a las empresas mineras que ocasionen daños a la propiedad comunal; y, el 30% no sabe ni opina sobre el respecto.
- El 100% de los Congresistas señalan que se debe sancionar a las empresas mineras que ocasionen daños a la propiedad comunal.
- El 60% de los funcionarios del Gobierno Regional de Tacna que se debe sancionar a las empresas mineras que ocasionen daños a la propiedad comunal; y, el 40% no sabe ni opina sobre el respecto.
- El 80% de los funcionarios del COFOPRI señalan que se debe sancionar a las empresas mineras que ocasionen daños a la propiedad comunal; y, el 20% no sabe ni opina sobre el respecto.
- El 60% de los funcionarios del personal de los Gobiernos Locales señalan que se debe sancionar a las empresas mineras que ocasionen daños a la propiedad comunal; el 40% no sabe ni opina sobre el respecto.
- El 70% de los pobladores señalan que se debe sancionar a las empresas mineras que ocasionen daños a la propiedad comunal; el 15% señala lo contrario; y, el 15% no sabe ni opina sobre el respecto.
- El 58% de los abogados litigantes señalan que se debe sancionar a las empresas mineras que ocasionen daños a la propiedad comunal; el 18% señala lo contrario; y, el 24% no sabe ni opina sobre el respecto.

**TABLA N°16**  
**Las empresas mineras cumplen con respetar los derechos de la propiedad comunal**

Respuesta	Muestra															
	Jueces		Fiscales		Congresistas		Funcionarios GRT		Funcionario Cofopri		Personal Gobiernos Locales		Pobladores		Abogados Litigantes	
	Nº	%	Nº	%	Nº	%	Nº	%	Nº	%	Nº	%	Nº	%	Nº	%
Si	1	10	1	10	0	0	1	10	0	0	1	20	3	15	6	18
No	6	60	6	60	2	100	5	50	4	80	3	60	12	60	20	61
No sabe/No opina	3	30	3	30	0	0	4	40	1	20	1	20	5	25	7	21
<b>TOTAL</b>	<b>10</b>	<b>100</b>	<b>10</b>	<b>100</b>	<b>2</b>	<b>100</b>	<b>10</b>	<b>100</b>	<b>5</b>	<b>100</b>	<b>5</b>	<b>100</b>	<b>20</b>	<b>100</b>	<b>33</b>	<b>100</b>

Fuente: Cuestionario Aplicado  
 Elaboración: Propia

**FIGURA N°16**



Fuente: Tabla N° 16  
 Elaboración: Propia

### **Análisis e Interpretación:**

En la tabla y figura 16, se observa que:

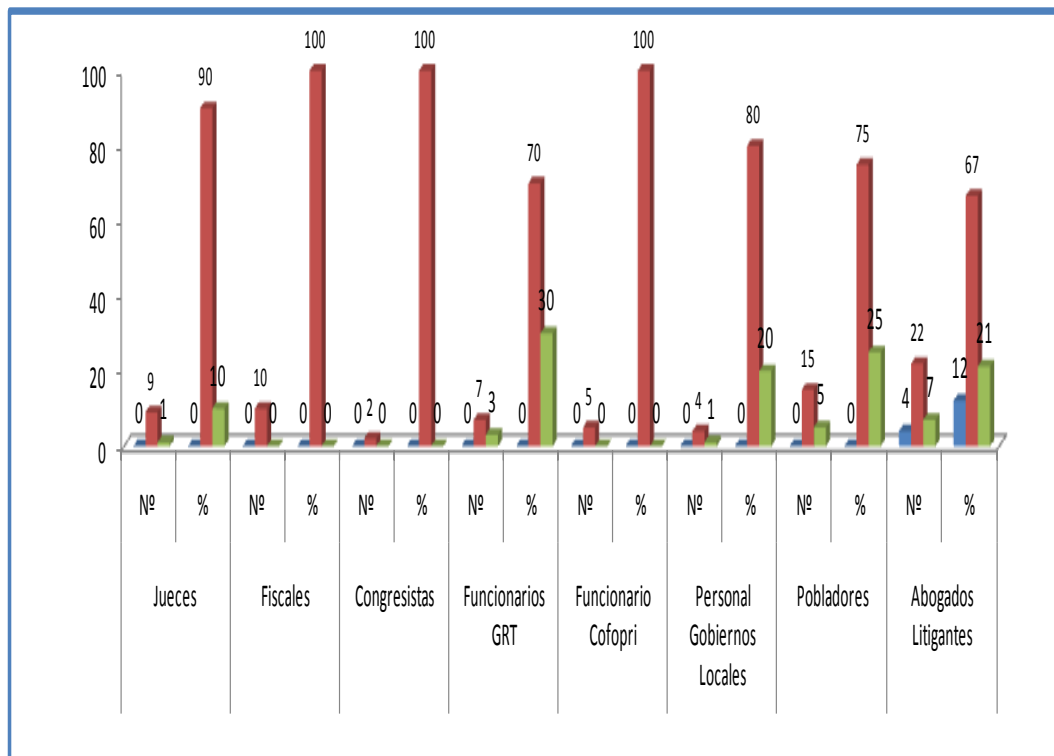
- El 10% de los jueces señalan que las empresas mineras cumplen con respetar los derechos de la propiedad comunal; el 60% opina lo contrario; y, el 30% no sabe ni opina sobre el respecto.
- El 10% de los fiscales señalan que Las empresas mineras cumplen con respetar los derechos de la propiedad comunal; el 60% señala lo contrario; y, el 30% no sabe ni opina sobre el respecto.
- El 100% de los Congresistas señalan que las empresas mineras no cumplen con respetar los derechos de la propiedad comunal
- El 10% de los funcionarios del Gobierno Regional de Tacna que las empresas mineras cumplen con respetar los derechos de la propiedad comunal; el 50% señala lo contrario; y, el 40% no sabe ni opina sobre el respecto.
- El 80% de los funcionarios del COFOPRI señalan que las empresas mineras no cumplen con respetar los derechos de la propiedad comunal; y, el 20% no sabe ni opina sobre el respecto.
- El 20% de los funcionarios del personal de los Gobiernos Locales señalan que las empresas mineras cumplen con respetar los derechos de la propiedad comunal; el 60% señala lo contrario; y, el 20% no sabe ni opina sobre el respecto.
- El 15% de los pobladores señalan que las empresas mineras cumplen con respetar los derechos de la propiedad comunal; el 60% señala lo contrario; y, el 25% no sabe ni opina sobre el respecto.
- El 18% de los abogados litigantes señalan que las empresas mineras cumplen con respetar los derechos de la propiedad comunal; el 61% señala lo contrario; y, el 21% no sabe ni opina sobre el respecto.

**TABLA N°17**  
**La inversión privada respeta los derechos de la propiedad comunal establecidos en la Constitución**

Respuesta	Muestra															
	Jueces		Fiscales		Congresistas		Funcionarios GRT		Funcionario Cofopri		Personal Gobiernos Locales		Pobladores		Abogados Litigantes	
	Nº	%	Nº	%	Nº	%	Nº	%	Nº	%	Nº	%	Nº	%	Nº	%
Si	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	4	12
No	9	90	10	100	2	100	7	70	5	100	4	80	15	75	22	67
No sabe/No opina	1	10	0	0	0	0	3	30	0	0	1	20	5	25	7	21
TOTAL	10	100	10	100	2	100	10	100	5	100	5	100	20	100	33	100

Fuente: Cuestionario Aplicado  
 Elaboración: Propia

**FIGURA N°17**



Fuente: Tabla N° 17  
 Elaboración: Propia

### **Análisis e Interpretación:**

En la tabla y figura 17, se observa que:

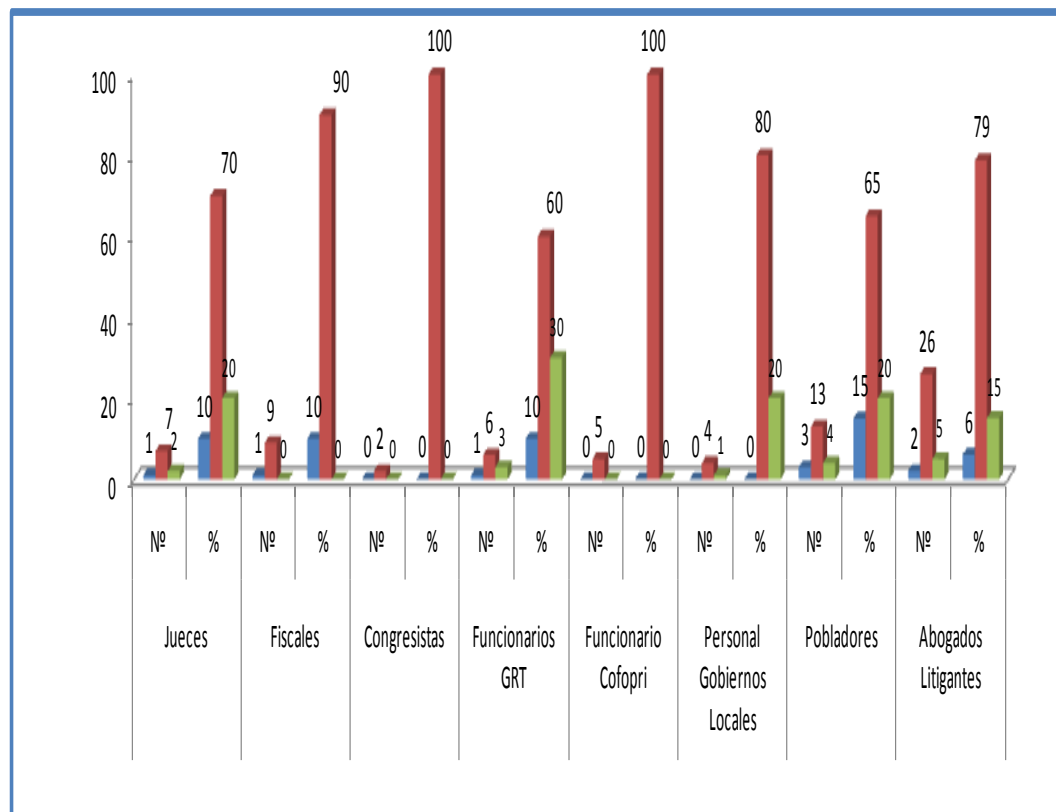
- El 90% de los jueces señalan que la inversión privada “no” respeta los derechos de la propiedad comunal establecidos en la Constitución; y, el 10% no sabe ni opina sobre el respecto.
- El 100% de los fiscales señalan que la inversión privada “no” respeta los derechos de la propiedad comunal establecidos en la Constitución
- El 100% de los Congresistas señalan que la inversión privada “no” respeta los derechos de la propiedad comunal establecidos en la Constitución
- El 70% de los funcionarios del Gobierno Regional de Tacna que la inversión privada “no” respeta los derechos de la propiedad comunal establecidos en la Constitución; y, el 30% no sabe ni opina sobre el respecto.
- El 100% de los funcionarios del COFOPRI que la inversión privada “no” respeta los derechos de la propiedad comunal establecidos en la Constitución.
- El 80% de los funcionarios del personal de los Gobiernos Locales señalan que la inversión privada “no” respeta los derechos de la propiedad comunal establecidos en la Constitución; y, el 20% no sabe ni opina sobre el respecto.
- El 75% de los pobladores señalan la inversión privada “no” respeta los derechos de la propiedad comunal establecidos en la Constitución; y, el 25% no sabe ni opina sobre el respecto.
- El 67% de los abogados litigantes la inversión privada “no” respeta los derechos de la propiedad comunal establecidos en la Constitución; el 12% señala lo contrario; y, el 21% no sabe ni opina sobre el respecto.

**TABLA N°18**  
**Las actividades mineras cumplen las normas dispuestas por el Estado para la protección y cuidado del ambiente**

Respuesta	Muestra															
	Jueces		Fiscales		Congresistas		Funcionarios GRT		Funcionario Cofopri		Personal Gobiernos Locales		Pobladores		Abogados Litigantes	
	Nº	%	Nº	%	Nº	%	Nº	%	Nº	%	Nº	%	Nº	%	Nº	%
Si	1	10	1	10	0	0	1	10	0	0	0	0	3	15	2	6
No	7	70	9	90	2	100	6	60	5	100	4	80	13	65	26	79
No sabe/No opina	2	20	0	0	0	0	3	30	0	0	1	20	4	20	5	15
TOTAL	10	100	10	100	2	100	10	100	5	100	5	100	20	100	33	100

Fuente: Cuestionario Aplicado  
 Elaboración: Propia

**FIGURA N°18**



Fuente: Tabla N° 18  
 Elaboración: Propia

### **Análisis e Interpretación:**

En la tabla y figura 18, se observa que:

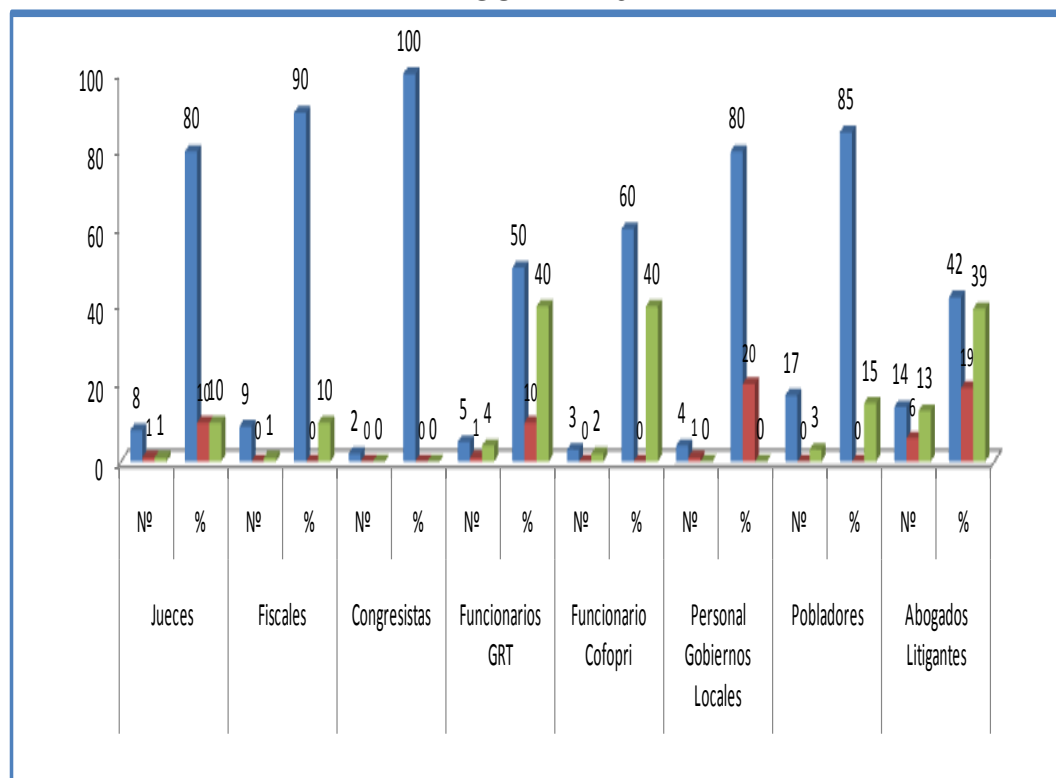
- El 70% de los jueces señalan que las actividades mineras “no” cumplen las normas dispuestas por el Estado para la protección y cuidado del ambiente; el 10% opina lo contrario; y, el 20% no sabe ni opina sobre el respecto.
- El 90% de los fiscales señalan las actividades mineras “no” cumplen las normas dispuestas por el Estado para la protección y cuidado del ambiente; el 10% señala lo contrario.
- El 100% de los Congresistas señalan que las actividades mineras “no” cumplen las normas dispuestas por el Estado para la protección y cuidado del ambiente.
- El 60% de los funcionarios del Gobierno Regional de Tacna que las actividades mineras “no” cumplen las normas dispuestas por el Estado para la protección y cuidado del ambiente; el 10% señala lo contrario; y, el 30% no sabe ni opina sobre el respecto.
- El 100% de los funcionarios del COFOPRI señalan que las actividades mineras “no” cumplen las normas dispuestas por el Estado para la protección y cuidado del ambiente.
- El 80% de los funcionarios del personal de los Gobiernos Locales señalan que las actividades mineras “no” cumplen las normas dispuestas por el Estado para la protección y cuidado del ambiente; el 20% señala lo contrario.
- El 65% de los pobladores las actividades mineras “no” cumplen las normas dispuestas por el Estado para la protección y cuidado del ambiente; el 15% señala lo contrario; y, el 20% no sabe ni opina sobre el respecto.
- El 79% de los abogados litigantes las actividades mineras “no” cumplen las normas dispuestas por el Estado para la protección y cuidado del ambiente; el 6% señala lo contrario; y, el 15% no sabe ni opina sobre el respecto.

**TABLA N°19**  
**El Estado estaría afectando directamente la propiedad comunal al no otorgar medidas efectivas de protección y seguridad**

Respuesta	Muestra															
	Jueces		Fiscales		Congresistas		Funcionarios GRT		Funcionario Cofopri		Personal Gobiernos Locales		Pobladores		Abogados Litigantes	
	Nº	%	Nº	%	Nº	%	Nº	%	Nº	%	Nº	%	Nº	%	Nº	%
Si	8	80	9	90	2	100	5	50	3	60	4	80	17	85	14	42
No	1	10	0	0	0	0	1	10	0	0	1	20	0	0	6	19
No sabe/No opina	1	10	1	10	0	0	4	40	2	40	0	0	3	15	13	39
TOTAL	10	100	10	100	2	100	10	100	5	100	5	100	20	100	33	100

Fuente: Cuestionario Aplicado  
 Elaboración: Propia

**FIGURA N°19**



Fuente: Tabla N° 19  
 Elaboración: Propia



### **Análisis e Interpretación:**

En la tabla y figura 19, se observa que:

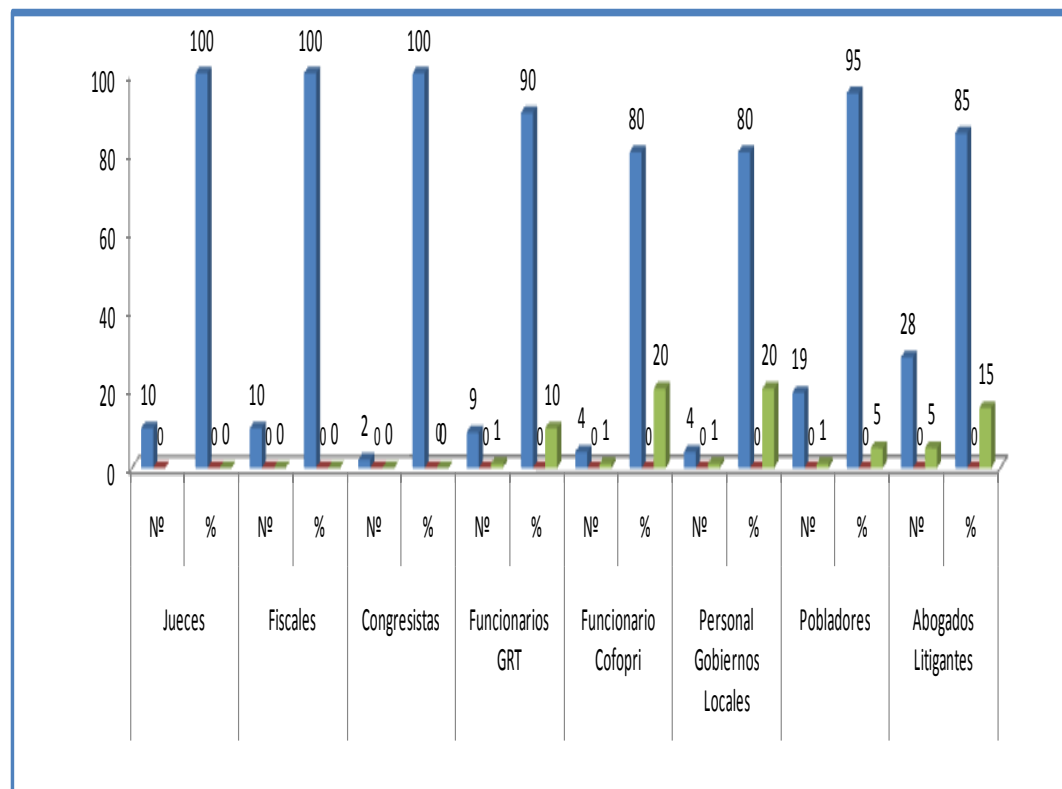
- El 80% de los jueces señalan que el Estado estaría afectando directamente la propiedad comunal al no otorgar medidas efectivas de protección y seguridad; el 10% opina lo contrario; y, el 10% no sabe ni opina sobre el respecto.
- El 90% de los fiscales señalan que El Estado estaría afectando directamente la propiedad comunal al no otorgar medidas efectivas de protección y seguridad; el 0% señala lo contrario; y, el 10% no sabe ni opina sobre el respecto.
- El 100% de los Congresistas señalan que el Estado estaría afectando directamente la propiedad comunal al no otorgar medidas efectivas de protección y seguridad.
- El 50% de los funcionarios del Gobierno Regional de Tacna que El Estado estaría afectando directamente la propiedad comunal al no otorgar medidas efectivas de protección y seguridad; el 10% señala lo contrario; y, el 40% no sabe ni opina sobre el respecto.
- El 60% de los funcionarios del COFOPRI señalan que El Estado estaría afectando directamente la propiedad comunal al no otorgar medidas efectivas de protección y seguridad; y, el 40% no sabe ni opina sobre el respecto.
- El 80% de los funcionarios del personal de los Gobiernos Locales señalan que el estado estaría afectando directamente la propiedad comunal al no otorgar medidas efectivas de protección y seguridad; el 20% señala lo contrario; y, el 0% no sabe ni opina sobre el respecto.
- El 85% de los pobladores señalan que el Estado estaría afectando directamente la propiedad comunal al no otorgar medidas efectivas de protección y seguridad; y, el 15% no sabe ni opina sobre el respecto.
- El 42% de los abogados litigantes señalan la el Estado estaría afectando directamente la propiedad comunal al no otorgar medidas efectivas de protección y seguridad; el 19% señala lo contrario; y, el 39% no sabe ni opina sobre el respecto.

**TABLA N°20**  
**Los pueblos indígenas tienen derecho a la conservación y protección del medio ambiente y de la capacidad productiva de sus tierras o territorios y recursos**

Respuesta	Muestra															
	Jueces		Fiscales		Congresistas		Funcionarios GRT		Funcionario Cofopri		Personal Gobiernos Locales		Pobladores		Abogados Litigantes	
	Nº	%	Nº	%	Nº	%	Nº	%	Nº	%	Nº	%	Nº	%	Nº	%
Si	10	100	10	100	2	100	9	90	4	80	4	80	19	95	28	85
No	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0
No sabe/No opina		0	0	0	0	0	1	10	1	20	1	20	1	5	5	15
TOTAL	10	100	10	100	2	100	10	100	5	100	5	100	20	100	33	100

Fuente: Cuestionario Aplicado  
 Elaboración: Propia

**FIGURA N°20**



Fuente: Tabla N° 20  
 Elaboración: Propia

### **Análisis e Interpretación:**

En la tabla y figura 20, se observa que:

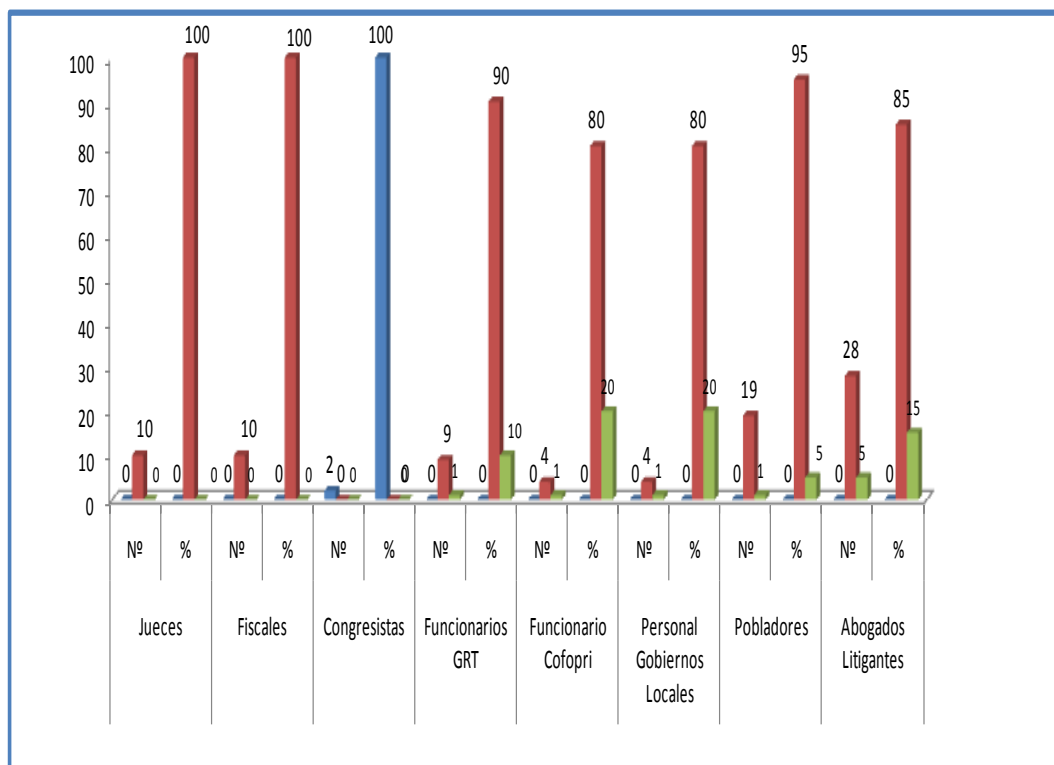
- El 100% de los jueces señalan que. Los pueblos indígenas tienen derecho a la conservación y protección del medio ambiente y de la capacidad productiva de sus tierras o territorios y recursos.
- El 100% de los fiscales señalan que los pueblos indígenas tienen derecho a la conservación y protección del medio ambiente y de la capacidad productiva de sus tierras o territorios y recursos.
- El 100% de los Congresistas señalan que los pueblos indígenas tienen derecho a la conservación y protección del medio ambiente y de la capacidad productiva de sus tierras o territorios y recursos.
- El 90% de los funcionarios del Gobierno Regional de Tacna que la Protección Constitucional de imprescriptibilidad de las tierras estaría siendo afectada de manera perjudicial por las actividades mineras; y, el 10% no sabe ni opina sobre el respecto.
- El 80% de los funcionarios del COFOPRI señalan que Los pueblos indígenas tienen derecho a la conservación y protección del medio ambiente y de la capacidad productiva de sus tierras o territorios y recursos; y, el 20% no sabe ni opina sobre el respecto.
- El 80% de los funcionarios del personal de los Gobiernos Locales señalan que los pueblos indígenas tienen derecho a la conservación y protección del medio ambiente y de la capacidad productiva de sus tierras o territorios y recursos; el 0% señala lo contrario; y, el 20% no sabe ni opina sobre el respecto.
- El 95% de los pobladores señalan que los pueblos indígenas tienen derecho a la conservación y protección del medio ambiente y de la capacidad productiva de sus tierras o territorios y recursos el 0% señala lo contrario; y, el 5% no sabe ni opina sobre el respecto.
- El 85% de los abogados litigantes señalan que los pueblos indígenas tienen derecho a la conservación y protección del medio ambiente y de la capacidad productiva de sus tierras o territorios y recursos; el 0% señala lo contrario; y, el 15% no sabe ni opina sobre el respecto.

**TABLA N°21**  
**El Estado ha previsto la regulación y supervisión adecuada para la protección y respeto de los derechos de la propiedad comunal**

Respuesta	Muestra															
	Jueces		Fiscales		Congresistas		Funcionarios GRT		Funcionario Cofopri		Personal Gobiernos Locales		Pobladores		Abogados Litigantes	
	Nº	%	Nº	%	Nº	%	Nº	%	Nº	%	Nº	%	Nº	%	Nº	%
Si	0	0	0	0	2	100	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0
No	10	100	10	100	0	0	9	90	4	80	4	80	19	95	28	85
No sabe/No opina	0	0	0	0	0	0	1	10	1	20	1	20	1	5	5	15
TOTAL	10	100	10	100	2	100	10	100	5	100	5	100	20	100	33	100

Fuente: Cuestionario Aplicado  
 Elaboración: Propia

**FIGURA N°21**



Fuente: Tabla N° 21  
 Elaboración: Propia

### **Análisis e Interpretación:**

En la tabla y figura 21, se observa que:

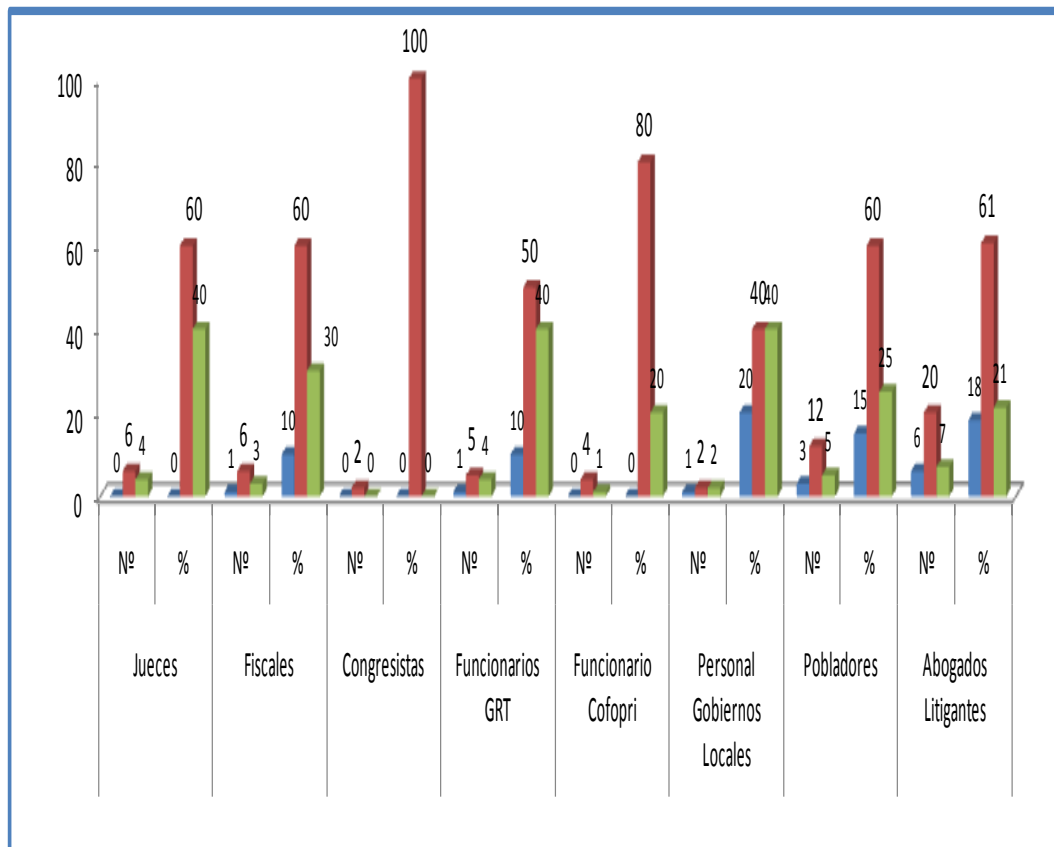
- El 100% de los jueces señalan que el Estado “no” ha previsto la regulación y supervisión adecuada para la protección y respeto de los derechos de la propiedad comunal
- El 100% de los fiscales señalan que El Estado “no” ha previsto la regulación y supervisión adecuada para la protección y respeto de los derechos de la propiedad comunal
- El 100% de los Congresistas señalan que El Estado ha previsto la regulación y supervisión adecuada para la protección y respeto de los derechos de la propiedad comunal.
- El 90% de los funcionarios del Gobierno Regional de Tacna que la Protección Constitucional de imprescriptibilidad de las tierras estaría siendo afectada de manera perjudicial por las actividades mineras; el 0% señala lo contrario; y, el 10% no sabe ni opina sobre el respecto.
- El 80% de los funcionarios del COFOPRI señalan que El Estado “no” ha previsto la regulación y supervisión adecuada para la protección y respeto de los derechos de la propiedad comunal; y, el 20% no sabe ni opina sobre el respecto.
- El 80% de los funcionarios del personal de los Gobiernos Locales señalan que el Estado “no” ha previsto la regulación y supervisión adecuada para la protección y respeto de los derechos de la propiedad comunal; y, el 20% no sabe ni opina sobre el respecto.
- El 95% de los pobladores señalan que el Estado “no” ha previsto la regulación y supervisión adecuada para la protección y respeto de los derechos de la propiedad comunal; y, el 5% no sabe ni opina sobre el respecto.
- El 85% de los abogados litigantes señalan que el Estado ha previsto la regulación y supervisión adecuada para la protección y respeto de los derechos de la propiedad comunal; y, el 15% no sabe ni opina sobre el respecto.

**TABLA N°22**  
**El Estado garantiza la conservación de la propiedad comunal**

Respuesta	Muestra															
	Jueces		Fiscales		Congresistas		Funcionarios GRT		Funcionario Cofopri		Personal Gobiernos Locales		Pobladores		Abogados Litigantes	
	Nº	%	Nº	%	Nº	%	Nº	%	Nº	%	Nº	%	Nº	%	Nº	%
Si	0	0	1	10	0	0	1	10	0	0	1	20	3	15	6	18
No	6	60	6	60	2	100	5	50	4	80	2	40	12	60	20	61
No sabe/No opina	4	40	3	30	0	0	4	40	1	20	2	40	5	25	7	21
TOTAL	10	100	10	100	2	100	10	100	5	100	5	100	20	100	33	100

Fuente: Cuestionario Aplicado  
Elaboración: Propia

**FIGURA N°22**



Fuente: Tabla N° 22  
Elaboración: Propia

**Análisis e Interpretación:**

En la tabla y figura 22, se observa que:

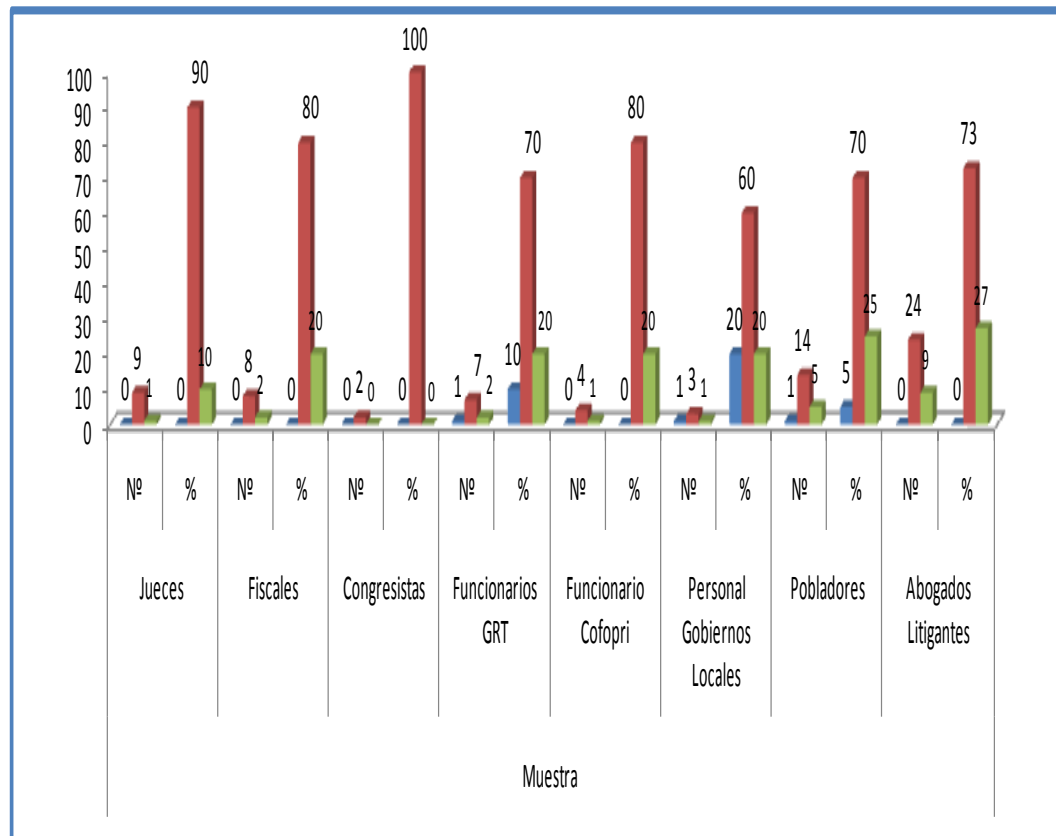
- El 60% de los jueces señalan que el Estado “no” garantiza la conservación de la propiedad comunal; y, el 40% no sabe ni opina sobre el respecto.
- El 60% de los fiscales señalan que el Estado “no” garantiza la conservación de la propiedad comunal; el 10% señala lo contrario; y, el 30% no sabe ni opina sobre el respecto.
- El 100% de los Congresistas señalan que el Estado “no” garantiza la conservación de la propiedad comunal.
- El 50% de los funcionarios del Gobierno Regional de Tacna que la Protección Constitucional de imprescriptibilidad de las tierras estaría siendo afectada de manera perjudicial por las actividades mineras; el 10% señala lo contrario; y, el 40% no sabe ni opina sobre el respecto.
- El 80% de los funcionarios del COFOPRI señalan El Estado garantiza la conservación de la propiedad comunal; y, el 20% no sabe ni opina sobre el respecto.
- El 40% de los funcionarios del personal de los Gobiernos Locales señalan que la El Estado garantiza la conservación de la propiedad comunal; el 20% señala lo contrario; y, el 40% no sabe ni opina sobre el respecto.
- El 60% de los pobladores señalan El Estado garantiza la conservación de la propiedad comunal; el 15% señala lo contrario; y, el 25% no sabe ni opina sobre el respecto.
- El 61% de los abogados litigantes señalan El Estado garantiza la conservación de la propiedad comunal; el 18% señala lo contrario; y, el 21% no sabe ni opina sobre el respecto.

**TABLA N°23**  
**En la actualidad el Estado protege adecuadamente la continuidad cultural de los pueblos indígenas y la conservación de la propiedad comunal**

Respuesta	Muestra															
	Jueces		Fiscales		Congresistas		Funcionarios GRT		Funcionario Cofopri		Personal Gobiernos Locales		Pobladores		Abogados Litigantes	
	Nº	%	Nº	%	Nº	%	Nº	%	Nº	%	Nº	%	Nº	%	Nº	%
Si	0	0	0	0	0	0	1	10	0	0	1	20	1	5	0	0
No	9	90	8	80	2	100	7	70	4	80	3	60	14	70	24	73
No sabe/No opina	1	10	2	20	0	0	2	20	1	20	1	20	5	25	9	27
TOTAL	10	100	10	100	2	100	10	100	5	100	5	100	20	100	33	100

Fuente: Cuestionario Aplicado  
 Elaboración: Propia

**FIGURA N°23**



Fuente: Tabla N° 23  
 Elaboración: Propia



### **Análisis e Interpretación:**

En la tabla y figura 23, se observa que:

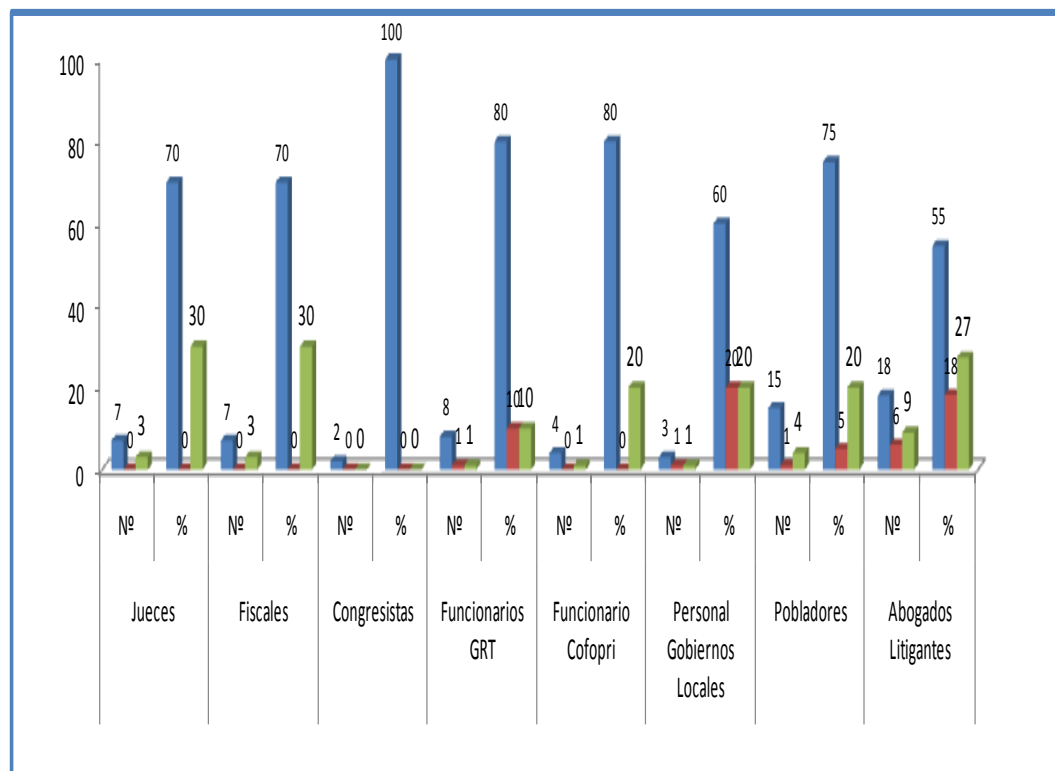
- El 90% de los jueces señalan que en la actualidad el Estado “no” protege adecuadamente la continuidad cultural de los pueblos indígenas y la conservación de la propiedad comunal, el 10% no sabe ni opina sobre el respecto.
- El 80% de los fiscales señalan que en la actualidad el Estado “no” protege adecuadamente la continuidad cultural de los pueblos indígenas y la conservación de la propiedad comunal y, el 20% no sabe ni opina sobre el respecto.
- El 100% de los Congresistas señalan que el Estado “no” protege adecuadamente la continuidad cultural de los pueblos indígenas y la conservación de la propiedad comunal.
- El 70% de los funcionarios del Gobierno Regional de Tacna que el Estado “no” protege adecuadamente la continuidad cultural de los pueblos indígenas y la conservación de la propiedad comunal; y, el 10% señala lo contrario.
- El 80% de los funcionarios del COFOPRI señalan que el Estado “no” protege adecuadamente la continuidad cultural de los pueblos indígenas y la conservación de la propiedad comunal y, el 20% no sabe ni opina sobre el respecto.
- El 60% de los funcionarios del personal de los Gobiernos Locales señalan el Estado “no” protege adecuadamente la continuidad cultural de los pueblos indígenas y la conservación de la propiedad comunal; y, el 20% señala lo contrario; y, el 20% no sabe ni opina sobre el respecto.
- El 70% de los pobladores señalan que el Estado “no” protege adecuadamente la continuidad cultural de los pueblos indígenas y la conservación de la propiedad comunal; y, el 5% señala lo contrario.
- El 73% de los abogados litigantes señalan que en la actualidad el Estado “no” protege adecuadamente la continuidad cultural de los pueblos indígenas y la conservación de la propiedad comunal; el 0% señala lo contrario; y, el 27% no sabe ni opina sobre el respecto.

**TABLA N°24**  
**Se debe indemnizar a las comunidades afectadas por la contaminación en agua, tierras y aire**

Respuesta	Muestra															
	Jueces		Fiscales		Congresistas		Funcionarios GRT		Funcionario Cofopri		Personal Gobiernos Locales		Pobladores		Abogados Litigantes	
	Nº	%	Nº	%	Nº	%	Nº	%	Nº	%	Nº	%	Nº	%	Nº	%
Si	7	70	7	70	2	100	8	80	4	80	3	60	15	75	18	55
No	0	0	0	0	0	0	1	10	0	0	1	20	1	5	6	18
No sabe/No opina	3	30	3	30	0	0	1	10	1	20	1	20	4	20	9	27
<b>TOTAL</b>	<b>10</b>	<b>100</b>	<b>10</b>	<b>100</b>	<b>2</b>	<b>100</b>	<b>10</b>	<b>100</b>	<b>5</b>	<b>100</b>	<b>5</b>	<b>100</b>	<b>20</b>	<b>100</b>	<b>33</b>	<b>100</b>

Fuente: Cuestionario Aplicado  
 Elaboración: Propia

**FIGURA N°24**



Fuente: Tabla N° 24  
 Elaboración: Propia

### **Análisis e Interpretación:**

En la tabla y figura 24, se observa que:

- El 70% de los jueces señalan que se debe indemnizar a las comunidades afectadas por la contaminación en agua, tierras y aire; el 30% no sabe ni opina sobre el respecto.
- El 70% de los fiscales señalan que se debe indemnizar a las comunidades afectadas por la contaminación en agua, tierras y aire; y, el 30% no sabe ni opina sobre el respecto.
- El 100% de los Congresistas señalan que se debe indemnizar a las comunidades afectadas por la contaminación en agua, tierras y aire
- El 80% de los funcionarios del Gobierno Regional de Tacna que se Se debe indemnizar a las comunidades afectadas por la contaminación en agua, tierras y aire; el 10% señala lo contrario; y, el 10% no sabe ni opina sobre el respecto.
- El 80% de los funcionarios del COFOPRI señalan que Se debe indemnizar a las comunidades afectadas por la contaminación en agua, tierras y aire; y, el 20% no sabe ni opina sobre el respecto.
- El 60% de los funcionarios del personal de los Gobiernos Locales señalan que sí se debe indemnizar a las comunidades afectadas por la contaminación en agua, tierras y aire; el 20% señala lo contrario; y, el 20% no sabe ni opina sobre el respecto.
- El 75% de los pobladores señalan se debe indemnizar a las comunidades afectadas por la contaminación en agua, tierras y aire; el 5% señala lo contrario; y, el 20% no sabe ni opina sobre el respecto.
- El 55% de los abogados litigantes señalan que se debe indemnizar a las comunidades afectadas por la contaminación en agua, tierras y aire; el 18% señala lo contrario; y, el 27% no sabe ni opina sobre el respecto.

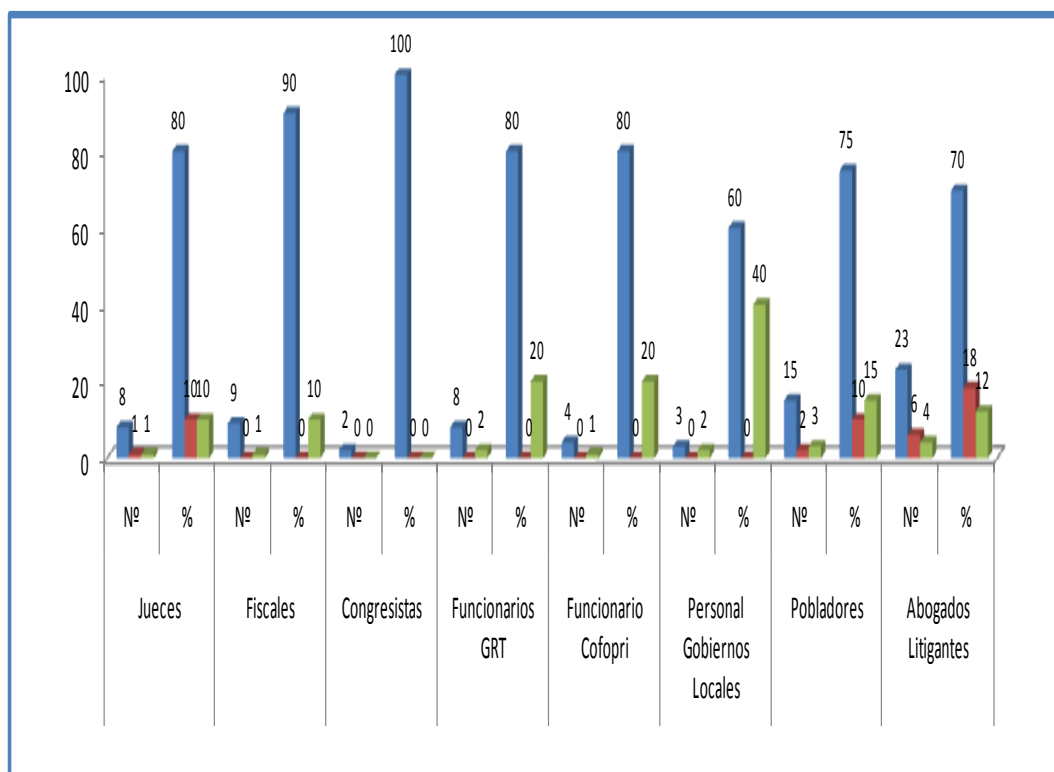
TABLA N°25

**Debe existir concordancia entre el derecho a la propiedad del territorio comunal y la explotación de recursos minerales por las empresas mineras a fin de evitar conflictos sociales.**

Respuesta	Muestra															
	Jueces		Fiscales		Congresistas		Funcionarios GRT		Funcionario Cofopri		Personal Gobiernos Locales		Pobladores		Abogados Litigantes	
	Nº	%	Nº	%	Nº	%	Nº	%	Nº	%	Nº	%	Nº	%	Nº	%
Si	8	80	9	90	2	100	8	80	4	80	3	60	15	75	23	70
No	1	10	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	2	10	6	18
No sabe/No opina	1	10	1	10	0	0	2	20	1	20	2	40	3	15	4	12
TOTAL	10	100	10	100	2	100	10	100	5	100	5	100	20	100	33	100

Fuente: Cuestionario Aplicado  
Elaboración: Propia

FIGURA N°25



Fuente: Tabla N° 25  
Elaboración: Propia

### **Análisis e Interpretación:**

En la tabla y figura 25, se observa que:

- El 80% de los jueces señalan que debe existir concordancia entre el derecho a la propiedad del territorio comunal y la explotación de recursos minerales por las empresas mineras a fin de evitar conflictos sociales; y, el 10% opina lo contrario; y, el 10% no sabe ni opina sobre el respecto.
- El 90% de los fiscales señalan que debe existir concordancia entre el derecho a la propiedad del territorio comunal y la explotación de recursos minerales por las empresas mineras a fin de evitar conflictos sociales; y, el 10% no sabe ni opina sobre el respecto.
- El 100% de los Congresistas señalan que debe existir concordancia entre el derecho a la propiedad del territorio comunal y la explotación de recursos minerales por las empresas mineras a fin de evitar conflictos sociales.
- El 80% de los funcionarios del Gobierno Regional de Tacna señalan que debe existir concordancia entre el derecho a la propiedad del territorio comunal y la explotación de recursos minerales por las empresas mineras a fin de evitar conflictos sociales y, el 20% no sabe ni opina sobre el respecto.
- El 80% de los funcionarios del COFOPRI señalan que debe existir concordancia entre el derecho a la propiedad del territorio comunal y la explotación de recursos minerales por las empresas mineras a fin de evitar conflictos sociales; y, el 20% no sabe ni opina sobre el respecto.
- El 60% de los funcionarios del personal de los Gobiernos Locales señalan que debe existir concordancia entre el derecho a la propiedad del territorio comunal y la explotación de recursos minerales por las empresas mineras a fin de evitar conflictos sociales; y, el 40% no sabe ni opina sobre el respecto.
- El 75% de los pobladores señalan Debe existir concordancia entre el derecho a la propiedad del territorio comunal y la explotación de recursos minerales por las empresas mineras a fin de evitar conflictos sociales.; el 10% señala lo contrario; y, el 15% no sabe ni opina sobre el respecto.
- El 70% de los abogados litigantes señalan que debe existir concordancia entre el derecho a la propiedad del territorio comunal y la explotación de recursos minerales por las empresas mineras a fin de evitar conflictos.

#### 4.3.2 RESULTADOS DE LA ENTREVISTA APLICADA

Los resultados de la entrevista aplicada se muestra a continuación:

- **Abog. Jorge Fernando Manzur Capurro -Director de Saneamiento Físico Legal de Tierras Eriazas de la Dirección Regional Agricultura del Gobierno Regional de Tacna, el cual señaló lo siguiente:**

El artículo 89º de la Constitución Política del Perú señala que las Comunidades Campesinas son autónomas en el uso y la libre disposición de sus tierras. Ahora, este acuerdo no implica una afectación al derecho de propiedad del titular del predio. En la práctica se han reportado casos en que las empresas minera irresponsables han utilizado la amenaza de la servidumbre legal para presionar a los comuneros a que vendan sus tierras aprovechando su desconocimiento de las normas legales.

Las empresas mineras cada día necesitan de mayores áreas de explotación y ellas ejercen presión sobre las comunidades lo que genera nuevos contextos y realidades en los que los comuneros tienen que tomar decisiones muy importantes en procesos de negociación que muchas veces no son equitativos.

Las relaciones de las Comunidades con el Estado son mínimas y ello es aprovechado por las empresas mineras para ubicarse en estos lugares para sus inversiones. Sin embargo, algunas Comunidades se niegan a que dichas empresas mineras trabajen en sus zonas porque de ellos depende esa decisión mediante acuerdo de asamblea. Por otro lado, los estatutos de las Comunidades Campesinas distan de muchos años y están desactualizados y que no tienen mecanismos que permitan la toma de decisiones en forma oportuna. Las empresas mineras deberían apoyar los procesos de vigilancia y participación

ciudadanas orientados a la priorización de obras y la rendición de cuentas de los recursos de canon.

Los beneficios del canon minero no son percibidos por la población ya que la repartición de beneficios es a largo plazo. Por otro lado, cuando la Comunidad decide arrendar las tierras deben tener en cuenta que el estado de la tierra será distinto cuando se las devuelvan pues dichas actividades habrán producido un impacto en su estructura y características.

La actividad minera informal y algunos formales tiene poco interés por la salud ambiental por el inadecuado tratamiento de relaves, tala indiscriminada de árboles, la forman que manejan los elementos químicos, la sobre explotación del suelo que perjudica las viviendas de las comunidades, daños a la vegetación y a los animales.

- **Ing. Gladys Natalie Condori Jahuira - Congresista de la República por Tacna, manifiesta que:**

A pesar de haber normas establecidas para efectos de gestionar actividad minera amigable, no se cumple con las mismas, por ejemplo, las partes no construyen adecuadamente el acuerdo previo entre la empresa que tiene el derecho de concesión y la comunidad que tiene la propiedad del suelo.

El Estado no juega el rol de facilitador de la construcción de consensos entre la empresa y la comunidad, además, si el Estado no cumple con su función fiscalizadora.

La incursión arbitraria de la empresa con o sin complicidad del aparato estatal en la propiedad comunal para realizar gestión minera, afecta económicamente al propietario del suelo derivándose luego afectación social y cultural.

Si la empresa minera realiza actividad informal o evade sistemáticamente el cumplimiento de la norma jurídica sobre materia minera, ambiental y derechos reales, tomará la propiedad comunal de hecho, para realizar sus labores de exploración o explotación, luego inmediatamente la afectación económica se hará presente.

Los organismos estatales de fiscalización en materia medioambiental no cumplen con su rol de control y sanción.

Las partes involucradas deben lograr consensos. Existe marco normativo y la Oficina Nacional de Diálogo y Sostenibilidad, la misma que no funciona óptimamente.

- **Abog. Javier Ángel Loayza Lupaca - Director de la Oficina Ejecutiva de Administración de Bienes Inmuebles - OEABI del Gobierno Regional de Tacna, destaca que:**

Existen disposiciones legales que declaran a las tierras comunales como intangibles, inalienables e inembargables, siendo los propios comuneros, como propietarios del terreno, los que deciden en cuanto a la instalación de una empresa minera en su territorio.

En principio debemos tener en cuenta que si una empresa privada invierte en un territorio comunal, es porque ha tenido la autorización de la Comunidad o porque ha adquirido derechos de propiedad sobre el territorio, lo que lo convierte en un territorio privado y ya no comunal.

En nuestro país, se ha demostrado que económicamente, las actividades mineras no afectan, la propiedad comunal, por el contrario, muchas veces es fuente de trabajo e ingresos para sus integrantes.

Muchas veces ha ocurrido que por no respetar las normas en materia



ambiental, las empresas mineras han afectado gravemente el medio ambiente, siendo de responsabilidad del estado cautelar y velar para que esto no ocurra, con un monitoreo y supervisión constante

Ocurre que cuando una empresa minera decide adquirir una parte de territorio comunal, como parte dominante económicamente, establece e impone sus condiciones, en perjuicio de la Comunidad, que en estos casos, no se encuentra bien asesorada por no ser precisamente especialista en una transferencia de dominio, ni puede proyectarse a lo que pueda ocurrir en el futuro

Debe existir concordancia entre el derecho a la propiedad del territorio comunal y la explotación de recursos minerales por las empresas mineras a fin de evitar conflictos sociales.

#### **4.4 DISCUSIÓN DE RESULTADOS**

La presente investigación tuvo como objetivo determinar en qué medida la Protección constitucional de la propiedad comunal estaría siendo afectada por las actividades mineras. La Hipótesis del presente trabajo es La Protección Constitucional de la propiedad comunal estaría siendo afectada en manera perjudicial por las actividades mineras, la cual contiene dos hipótesis específicas que son la inversión privada incumpliría significativamente el respeto de la Protección constitucional de la propiedad comunal; y, las actividades mineras afectarían significativamente social, ambiental y económicamente a la propiedad comunal. Los resultados con el enfoque epistemológico filosófico empírico – inductivo y métodos aplicados sobre la hipótesis son los siguientes:

En las tablas y figuras del 1 al 20 se observan los resultados de los instrumentos aplicados. Los resultados nos permiten inferir que: La Protección constitucional de la propiedad comunal estaría siendo afectada en manera perjudicial por las actividades mineras, al confirmar con los resultados del trabajo de campo lo siguiente:

**a) Las actividades mineras afectarían significativamente social, ambiental y económicamente a la propiedad comunal, al hallarse que:**

En la tabla y figura 10, se observa que: las actividades mineras afectan el medio ambiente al contaminar el aire, agua y tierra de la propiedad comunal

En la tabla y figura 11, se observa que: las actividades mineras afectan perjudicialmente la salud de los comuneros

En la tabla y figura 12, se observa que: las actividades mineras han establecido adecuadas medidas para la protección y cuidado del medio ambiente.

En la tabla y figura 13, se observa que: las actividades mineras afectan perjudicialmente la propiedad comunal y fomentan los conflictos sociales al no ofrecer empleo para los pobladores de la zona.

En la tabla y figura 14, se observa que: las actividades mineras generan dependencia económica, ya que el Perú no puede aprovechar esta oportunidad porque no tiene el capital suficiente para invertir y generar excedentes, por lo tanto se ve forzado a solicitar préstamos y reproducir la cadena de la deuda externa y la dependencia económica.

**b) La inversión privada incumpliría significativamente el respeto de la Protección constitucional de la propiedad comunal.**

En la tabla y figura 01, se observa que: la Protección Constitucional de la inviolabilidad del derecho de propiedad estaría siendo afectada de manera perjudicial por las actividades mineras.

En la tabla y figura 02, se observa que: la Protección Constitucional

del ejercicio de soberanía del bien común estaría siendo afectada de manera perjudicial por las actividades mineras.

En la tabla y figura 03, se observa que: la Protección Constitucional de ejercer dentro de los límites de la ley estaría siendo afectada de manera perjudicial por las actividades mineras.

En la tabla y figura 04, se observa que: la Protección Constitucional de privación de la propiedad a excepción de seguridad nacional o necesidad pública estaría siendo afectada de manera perjudicial por las actividades mineras.

En la tabla y figura 05, se observa que: la Protección Constitucional de libre disposición de las tierras estaría siendo afectada de manera perjudicial por las actividades mineras.

En la tabla y figura 06, se observa que: la Protección Constitucional de imprescriptibilidad de las tierras, estaría siendo afectada de manera perjudicial por las actividades mineras.

En la tabla y figura 07, se observa que: la Protección Constitucional de restricciones establecidas por seguridad nacional estaría siendo afectada de manera perjudicial por las actividades mineras.

En la tabla y figura 08, se observa que: la Protección Constitucional al derecho de propiedad sobre la tierra, en forma privada o comunal o en cualquiera otra forma asociativa estaría siendo afectada de manera perjudicial por las actividades mineras.

En la tabla y figura 09, se observa que: la Protección Constitucional de apoyo al desarrollo agrario estaría siendo afectada de manera perjudicial por las actividades mineras.

En la tabla y figura 16, se observa que: las empresas mineras incumplen con respetar los derechos de la propiedad comunal.

En la tabla y figura 17, se observa que: la inversión privada “no” respeta los derechos de la propiedad comunal establecidos en la Constitución

En la tabla y figura 18, se observa que: las actividades mineras incumplen las normas dispuestas por el Estado para la protección y cuidado del ambiente.

**En congruencia: CARRILLO HOYOS, SANDRA VERÓNICA. En la tesis titulada: Comunidades y Minería: La Comunicación en el Conflicto (2011), concluyó que:** La relación entre las empresas mineras y las comunidades locales está marcada por el conflicto de intereses que da lugar a una serie de acontecimientos organizados por ambas partes y que generan tensiones en este vínculo. Es esta acumulación de tensiones la que eventualmente produce situaciones de crisis entre las partes y torna muy remotas las posibilidades de diálogo.

**Así también, USAQUÉN CHÍA, MARTHA INÉS, en la tesis titulada: EXTERNALIDADES: MÁS QUE UN PROBLEMA DE DERECHOS DE PROPIEDAD (2008), concluye:** La definición de los derechos de propiedad permite que el titular del derecho, respaldado por la norma, se apropie y explote, transfiera o done un recurso. Quien ejerce esa titularidad es responsable del uso que se dé al mismo, el que no solo debería beneficiarlo, sino también procurar por lo menos no deteriorar el medio ambiente, que es el que recibe todo el impacto del uso que se ejerza sobre dicho recurso.

**Finalmente, Nancy Milagros Ortega Vásquez, en la tesis titulada: EL DERECHO DE PROPIEDAD COMUNAL INDÍGENA EN LA AMAZONÍA Y SU REGULACIÓN EN LA LEGISLACIÓN PERUANA (2014), concluyó que:**

La propiedad comunal ha sido una institución que ha sido inteligentemente aprovechada por los pueblos indígenas para mantener su vigencia en condiciones bastante hostiles y poco favorables; en este sentido podemos afirmar que la propiedad comunal cumple una función social importante, en tanto

que va a permitir la continuidad cultural de los pueblos indígenas y la conservación de los bosques amazónicos.

Según los resultados y los estudios analizados se pudo determinar con la presente investigación que: la Protección constitucional de la propiedad comunal estaría siendo afectada por las actividades mineras.

#### **4.5 COMPROBACIÓN DE HIPÓTESIS Y LOGRO DE OBJETIVOS**

La Hipótesis del presente trabajo es: La Protección constitucional de la propiedad comunal estaría siendo afectada en manera perjudicial por las actividades mineras. Asimismo las hipótesis específicas son: a) La inversión privada incumpliría significativamente el respeto de la Protección constitucional de la propiedad comunal; y, b) Las actividades mineras afectarían significativamente social, ambiental y económicamente a la propiedad comunal. Las hipótesis fueron comprobadas mediante la aplicación de los instrumentos de medición (cuestionario y entrevista); y, la aplicación de métodos empíricos, descriptivos e inductivos. Los resultados de su comprobación son detallados a continuación:

##### **4.5.1 COMPROBACIÓN DE LA HIPÓTESIS ESPECÍFICAS “b”**

***“Las actividades mineras afectarían significativamente social, ambiental y económicamente a la propiedad comunal.”***

#### **HIPÓTESIS**

H AMAS  $\geq$  50 (afectación es significativa)

H<sub>0</sub> AMNAS < 50 (afectación no es significativa)

## CONTRASTE DE HIPÓTESIS

Media muestral = 69.27

Desviación estándar muestral = 6.6

Tamaño de muestra = 95

Límite inferior de confianza del 95.0% para la media: 69.27 - 0.839712  
[68.4303]

Hipótesis Nula: media = 0.5

Alternativa: mayor que

Estadístico t calculado = 96.0621

Valor-P = 0.0

Rechazar la hipótesis nula para alfa = 0.05.

### Análisis:

Este análisis muestra los resultados de realizar una prueba de hipótesis relativa a la media ( $\mu$ ) de una distribución normal. Las dos hipótesis a ser evaluadas aquí son:

Hipótesis nula:  $\mu = 0.5$

Hipótesis alterna:  $\mu > 0.5$

Dada una muestra de 95 observaciones con una media de 69.27 y una desviación estándar de 6.6, el estadístico t calculado es igual a 96.0621. Puesto que el valor-P para la prueba es menor que 0.05, puede rechazarse la hipótesis nula con un 95.0% de nivel de confianza. La cota de confianza muestra que los valores de  $\mu$  soportados por los datos son mayores o iguales que 68.4303.

Para poner a prueba la hipótesis específica (b), debemos tomar en consideración la siguiente información:

Para comprobar la hipótesis específica “b” se analizaron los resultados del cuestionario de encuesta con escala nominal; y, entrevista, mostrados en las tablas y gráficos 10,11,12,13 y 14; donde se observa que la mayoría de los profesionales del derecho encuestados manifiestan que: *Las actividades mineras afectan significativamente social, ambiental y económicamente a la propiedad comunal*. Asimismo, estos resultados coinciden con los resultados de las entrevistas a: Abog. Jorge Fernando Manzur Capurro -Director de Saneamiento Físico Legal de Tierras Eriazas de la Dirección Regional Agricultura del Gobierno Regional de Tacna, Ing. Gladys Natalie Condori Jahuirra - Congresista de la República por Tacna; y, el Abog. Javier Angel Loayza Lupaca - Director de la Oficina Ejecutiva de Administración de Bienes Inmuebles - OEABI del Gobierno Regional de Tacna.

Asimismo estos resultados concuerdan con los estudios de USAQUÉN CHÍA, MARTHA INÉS, en la tesis titulada: EXTERNALIDADES: MÁS QUE UN PROBLEMA DE DERECHOS DE PROPIEDAD (2008), señala lo siguiente:

La definición de los derechos de propiedad permite que el titular del derecho, respaldado por la norma, se apropie y explote, transfiera o done un recurso. Quien ejerce esa titularidad es responsable del uso que se dé al mismo, el que no solo debería beneficiarlo, sino también procurar por lo menos no deteriorar el medio ambiente, que es el que recibe todo el impacto del uso que se ejerza sobre dicho recurso.

Por lo tanto en función del objetivo (b), el cual tuvo como fin determinar en qué medida las actividades mineras afectan social, ambiental y económicamente a la propiedad comunal, se pudo comprobar la hipótesis propuesta quedando de esta manera confirmada la hipótesis específica “b”.

#### 4.5.2 COMPROBACIÓN DE LA HIPÓTESIS ESPECÍFICAS “a”

***“La inversión privada incumpliría significativamente el respeto de la Protección constitucional de la propiedad comunal.”***

#### HIPÓTESIS

H IPIS  $\geq$  50 (inversión privada incumple significativamente)

H<sub>0</sub> IPNS > 50 (inversión privada no incumple significativamente)

#### CONTRASTE DE HIPÓTESIS

Media muestral = 69.9

Desviación estándar muestral = 7.7

Tamaño de muestra = 95

**Límite inferior de confianza del 95.0% para la media: 69.9 - 0.979664  
[68.9203]**

Hipótesis Nula: media = 0.5

Alternativa: mayor que

Estadístico t calculado = 83.4026

Valor-P = 0.0

Rechazar la hipótesis nula para alfa = 0.05.

#### Análisis:

Este análisis muestra los resultados de realizar una prueba de hipótesis relativa a la media ( $\mu$ ) de una distribución normal. Las dos hipótesis a ser evaluadas aquí son:

Hipótesis nula:  $\mu = 0.5$

Hipótesis alterna:  $\mu > 0.5$



Dada una muestra de 95 observaciones con una media de 69.9 y una desviación estándar de 7.7, el estadístico t calculado es igual a 83.4026. Puesto que el valor-P para la prueba es menor que 0.05, puede rechazarse la hipótesis nula con un 95.0% de nivel de confianza. La cota de confianza muestra que los valores de  $\mu$  soportados por los datos son mayores o iguales que 68.9203.

Para poner a prueba la hipótesis específica (a), debemos tomar en consideración la siguiente información:

Para comprobar la hipótesis específica "a" se analizaron los resultados del cuestionario de encuesta con escala nominal, y entrevista, mostrados en las tablas y gráficos del 1 al 09, y, 16, 17,18, donde se observa que la mayoría de los encuestados manifiestan que: La inversión privada incumplen significativamente el respeto de la Protección constitucional de la propiedad comunal. Asimismo, la entrevista aplicada a los magistrados sobre procesos laborales nos ha permitido corroborar la hipótesis planteada.

Estos resultados coinciden con los resultados de las entrevistas al Abog. Jorge Fernando Manzur Capurro -Director de Saneamiento Físico Legal de Tierras Eriazas de la Dirección Regional Agricultura del Gobierno Regional de Tacna, Ing. Gladys Natalie Condori Jahuirra - Congresista de la República por Tacna;y, el Abog. Javier Angel Loayza Lupaca - Director de la Oficina Ejecutiva de Administración de Bienes Inmuebles - OEABI del Gobierno Regional de Tacna.

Así también, estos resultados concuerdan con los estudios de: CARRILLO HOYOS, SANDRA VERÓNICA, en la tesis titulada: Comunidades y Minería: La Comunicación en el Conflicto (2011), quien concluye lo siguiente:

La relación entre las empresas mineras y las comunidades locales está marcada por el conflicto de intereses que da lugar a una serie de acontecimientos organizados por ambas partes y que generan tensiones en este vínculo. Es esta acumulación de tensiones la que eventualmente produce

situaciones de crisis entre las partes y torna muy remotas las posibilidades de diálogo.

#### **4.5.3. COMPROBACIÓN DE LA HIPÓTESIS GENERAL**

***“La Protección constitucional de la propiedad comunal estaría siendo afectada en manera perjudicial por las actividades mineras.”***

La hipótesis de estudio planteada, ha sido verificada en función de los objetivos propuestos y las dos hipótesis específicas:

- a) La inversión privada incumple significativamente el respeto de la Protección constitucional de la propiedad comunal
- b) Las actividades mineras afectan significativamente social, ambiental y económicamente a la propiedad comunal.

**Por lo tanto en función del objetivo general:** determinar en qué medida la Protección constitucional de la propiedad comunal está siendo afectada por las actividades mineras; y la hipótesis general propuesta, queda confirmada la hipótesis de estudio.

## **CONCLUSIONES**

### **PRIMERA:**

Las actividades mineras afectan significativamente social, ambiental y económicamente a la propiedad comunal. La contaminación del aire, agua y tierra de la propiedad comunal, afectan perjudicialmente la salud de los comuneros. Asimismo se fomentan los conflictos sociales al no ofrecer empleo para los pobladores de la zona, generando dependencia económica, ya que no se puede aprovechar esta oportunidad porque no tiene el capital suficiente para invertir y generar excedentes.

### **SEGUNDA:**

La inversión privada incumple significativamente el respeto de la Protección constitucional de la propiedad comunal. Se incumplen los principios de la Protección Constitucional de la propiedad comunal al no respetar los derechos de la propiedad comunal establecidos en la Constitución.

### **TERCERA:**

La Protección constitucional de la propiedad comunal está siendo afectada de manera perjudicial por las actividades mineras.

La inviolabilidad del derecho de propiedad, el ejercicio de soberanía del bien común, el ejercicio dentro de los límites de la ley, y, la libre disposición de las tierras está siendo afectada de manera perjudicial por las actividades mineras.

## **SUGERENCIAS**

1. Las empresas extractivas de recursos naturales afectan el derecho de propiedad de las comunidades campesinas; para el cual se sugiere estudiar la posibilidad de contar necesariamente con la autorización o acuerdo para que ingresen a su territorio, enmarcado en la Ley de la consulta previa.
2. El Estado debería considerar la participación de las comunidades en la elaboración de estudios de impacto ambiental. Asimismo las empresas privadas deberían tener supervisión estatal, a fin de garantizar el objetivo de asegurar que las comunidades cuenten con la información necesaria para la toma de decisiones. En el presente trabajo de investigación se ha sentado las bases de la investigación por lo que se recomienda que otros investigadores profundicen el tema.

## BIBLIOGRAFIA

- ARÓSTEGUI RODRÍGUEZ, Maribel (2011). La Problemática sobre el Derecho de Propiedad de las Poblaciones Previstas en el Convenio 169 de la OIT, Indepa, Lima-Perú.
- CÁRDENAS KRENZ, Ronald (2006). “Comentario al Artículo 2º Inciso 19 de la Constitución Política del Perú, en La Constitución Comentada, Gaceta Jurídica S.A., Tomo I, Lima-Perú.
- CHAMBILLA JALIRE, Leandro (2005). “Globalización, Neoliberalismo y Derechos Humanos”, Puno–Perú.
- Comisión internacional de derechos Humanos- derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales – normas y jurisprudencia del sistema Interamericano del Derechos Humanos Introducción punto 2, pág. 20.
- Constitución Política del Perú de 1993.
- Convenio OIT 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en los Países Independientes.
- CUBAS VILLANUEVA, Víctor (2000). “Constitución, Proceso y Poder Político”, Palestra Editores, Lima.
- DIEZ HURTADO, Alejandro (2012). Revista “Inversiones Privadas y Derechos Comunales”, Pontificia Universidad Católica Del Perú, Lima-Perú.
- ETO CRUZ, Gerardo (2011). “Nuevas Decisiones y Cambios en los Procesos de Amparo y Hábeas Corpus”, Gaceta Constitucional, Editorial Gaceta Jurídica, Primera Edición, Lima-Perú.
- ETO CRUZ, Gerardo (2013). “Tratado del Proceso Constitucional de Amparo”, Editorial Gaceta Jurídica, Tomo II, Primera Edición, Lima-Perú.
- Gaceta Jurídica, Guía 3 (2009). “Derechos Constitucionales No Escritos Reconocidos por El Tribunal Constitucional”, Editorial Gaceta Jurídica, Lima.
- Gaceta Jurídica, Guía 6 (2009). “Pautas para Interpretar la Constitución y los Derechos Fundamentales”, Editorial Gaceta Jurídica, Lima-Perú.
- GACETA JURÍDICA S.A, “La Constitución comentada” STC N° 008-2003-AI/TC Editorial Gaceta Jurídica, Lima-Perú 2006.

- GÁLVEZ, Modesto (2006). “La Constitución Comentada”, Gaceta Jurídica S.A. Tomo II, Lima-Perú.
- Guía de la Interpretación de la Ley de Consulta Previa de los Pueblos Indígenas - LEY N° 29785 (2011). Bellido Ediciones E.I.R.L. Edición 2011. Lima
- GUTIERREZ CAMACHO, Walter y SOSA SACIO, Juan Manuel (2006). “Comentario del Artículo 2º inciso 2 de la Constitución Política del Perú, en La Constitución Comentada, Gaceta Jurídica S.A., Lima-Perú, Tomo I.
- Instituto de Defensa Legal, Justicia Viva (2007). “Acceso a la Justicia en el Mundo Rural”, Primera Edición, Lima.
- Instituto de Defensa Legal. Justicia Viva (2012). “Sistema de Justicia y Derechos de Pueblos Indígenas en el Perú – Balance del Año 2012”, Lima-Perú.
- LA ROSA CALLE, Javier, “Comentario Sobre la CIDH y los Derechos de los Pueblos Indígenas” <http://www.justiciaviva.org.pe/notihome/notihome01.php?noti=483>.
- MONTOYA CHÁVEZ, Víctor Hugo Y VILA ORMEÑO, Cynthia (2012). “ La Constitución de 1993 y Precedentes Vinculantes, Editorial Grijley, Lima.
- OIT (1953). “Poblaciones Indígenas”. Ginebra.
- PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio (2010). En “Los Derechos Fundamentales, Estudios de los Derechos Constitucionales desde las diversas Especialidades del Derecho. Editorial Gaceta jurídica, Lima-Perú.
- PLAZA, Orlando y FRANCKE, Marfil (2006). En “La Constitución Comentada”, Gaceta Jurídica S.A., Tomo II, Lima-Perú.
- REBAZA TORRES, Alberto (1994). “Hacia una verdadera protección del derecho de propiedad”, en Autores Varios: “El derecho Civil Peruano, perspectivas y problema actuales”, editorial Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima.
- REMOTTI CARBONELL, José Carlos (2004). “La Corte Interamericana de Derechos Humanos. Estructura, Funcionamiento Y Jurisprudencia”, Editorial Idemsa, Lima-Perú.
- RUBIO CORREA, Marcial (1999). Estudio de la Constitución Política de 1993. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

- RUIZ MOLLEDA, Juan Carlos (2008). "Informe Jurídico: Los Derechos de los Pueblos Indígenas como Límites de la Libertad Contractual", [http://www.justiciaviva.org.pe/webpanel/doc\\_trabajo/doc27092012-141439.pdf](http://www.justiciaviva.org.pe/webpanel/doc_trabajo/doc27092012-141439.pdf).
- Sentencia Del Tribunal Constitucional N° 00022-2009-PI/TC.
- Sentencia del Tribunal Constitucional N° 0005-2006-PI/TC.
- Sentencia del Tribunal Constitucional N° 008-2003-AI/TC.
- Sentencia del Tribunal Constitucional N° 01126-2011-HC/TC
- Sentencia del Tribunal Constitucional N° 01126-2011-HC/TC.
- Sentencia Del Tribunal Constitucional N° 2002-2006-AC/TC.
- Sentencia del Tribunal Constitucional N° 0006-2008-PI/TC.
- Sentencia del Tribunal Constitucional N° 0048-2004-AI/TC.
- Sentencia del Tribunal Constitucional N° 03343-2007-PA/TC.
- Sentencia del Tribunal Constitucional N° 2232-2012-PA/TC
- [HTTP://CIDH.ORG/COUNTRYREP/TIERRASINDIGENAS2009/CAP.VIII.HTM](http://CIDH.ORG/COUNTRYREP/TIERRASINDIGENAS2009/CAP.VIII.HTM), 2009.
- [HTTP://WWW.ALLPA.ORG.PE/NUMERO-DE-COMUNIDADES-CAMPESINAS-POR-DEPARTAMENTO](http://WWW.ALLPA.ORG.PE/NUMERO-DE-COMUNIDADES-CAMPESINAS-POR-DEPARTAMENTO)
- [HTTP://WWW.CORTEIDH.OR.CR/DOCS/CASOS/ARTICULOS/SERIEC\\_79\\_ESP.PDF](http://WWW.CORTEIDH.OR.CR/DOCS/CASOS/ARTICULOS/SERIEC_79_ESP.PDF).

**ANEXOS**

**ANEXO N° 1 MATRIZ**



**ANEXO N° 1**  
**LA PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL DE LA PROPIEDAD COMUNAL Y SU AFECTACIÓN POR**  
**ACTIVIDADES MINERAS, REGION TACNA AÑO 2014**

PROBLEMA PRINCIPAL	OBJETIVO PRINCIPAL	HIPÓTESIS PRINCIPAL	IDENTIFICACIÓN Y CLASIFICACIÓN DE VARIABLES	INDICADORES	N
¿En qué medida la Protección constitucional de la propiedad comunal estaría siendo afectada por las actividades mineras?	Determinar en qué medida la Protección constitucional de la propiedad comunal estaría siendo afectada por las actividades mineras	La Protección constitucional de la propiedad comunal estaría siendo afectada en manera perjudicial por las actividades mineras.	<p>VARIABLE INDEPEND.</p> <p><b>(X)</b>Protección constitucional de la propiedad comunal.</p> <p>VARIABLE DEPENDIENTE</p> <p><b>(Y)</b>Afectación por las actividades mineras.</p>	<p>VARIABLE INDEPEND</p> <p><b>X1.</b>Nivel de inviolabilidad del derecho de propiedad.</p> <p><b>X2.</b>Nivel de ejercicio de soberanía del bien común.</p> <p><b>X3.</b>Nivel de ejercer dentro de los límites de la ley.</p> <p><b>X4.</b>Nivel de privación de la propiedad a excepción de seguridad nacional o necesidad pública.</p> <p><b>X5.</b>Nivel de libre disposición de las tierras.</p> <p><b>X6.</b>Nivel de imprescriptibilidad de las tierras.</p> <p><b>X7.</b>Nivel de restricciones establecidas por seguridad nacional</p> <p><b>X8.</b>Nivel de PROTECCIÓN el derecho de propiedad sobre la tierra, en forma privada o comunal o en cualquiera otra forma asociativa.</p> <p><b>X9.</b>Nivel de apoyo al desarrollo agrario</p> <p>VARIABLE DEPENDIENTE</p> <p><b>Y1.</b> Nivel de afectación social.</p> <p><b>Y2.</b> Nivel de afectación económica</p> <p><b>Y3.</b> Nivel de afectación ambiental</p>	

PRIMER PROBLEMA SECUNDARIO	PRIMER OBJETIVO SECUNDARIO	PRIMERA HIPOTESIS SECUNDARIA	IDENTIFICACION Y CLASIFICACION DE VARIABLES	INDICADORES	
¿En qué medida la inversión privada incumpliría el respeto de la Protección constitucional de la propiedad comunal?	Determinar en qué medida la inversión privada incumpliría el respeto de la Protección constitucional de la propiedad comunal.	La inversión privada incumpliría significativamente el respeto de la Protección constitucional de la propiedad comunal	<p>VARIABLE INDEPENDIENTE (X) Inversión privada</p> <p>VARIABLE DEPENDIENTE (Y)Respeto a la Protección constitucional de la propiedad comunal.</p>	<p>VARIABLE INDEPENDIENTE <b>X1.</b> Nivel de respeto de la propiedad comunal. <b>X2.</b> Nivel de actividades realizadas. <b>X3.</b> Nivel de medidas de protección adoptadas</p> <p>VARIABLE DEPENDIENTE <b>Y1.</b>Nivel de inviolabilidad del derecho de propiedad. <b>Y2.</b>Nivel de respeto de la Protección del derecho de propiedad comunal <b>Y3.</b>Nivel de ejercer dentro de los límites de la ley.</p>	

SEGUNDO PROBLEMA SECUNDARIO	SEGUNDO OBJETIVO SECUNDARIO	SEGUNDA HIPOTESIS SECUNDARIA	VARIABLE INDEPEND	INDICADORES	
¿En qué medida las actividades mineras afectarían social, ambiental y económicamente a la propiedad comunal?	Determinar en qué medida las actividades mineras afectarían social, ambiental y económicamente a la propiedad comunal.	Las actividades mineras afectarían significativamente social, ambiental y económicamente a la propiedad comunal.	<p>(X).Actividades mineras</p> <p>VARIABLE DEPENDIENTE (Y) Afectación de la propiedad comunal</p>	<p>VARIABLE INDEPENDIENTE</p> <p><b>X1.</b> Tipos de actividades  <b>X2.</b> Cumplimiento de normas jurídicas  <b>X3.</b> Estrategias y lineamientos para la protección del medio ambiente.</p> <p>VARIABLE DEPENDIENTE</p> <p><b>Y1.</b> Nivel de afectación social.  <b>Y2.</b> Nivel de afectación económica  <b>Y3.</b> Nivel de afectación ambiental</p>	

**CUESTIONARIO  
PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL DE LA PROPIEDAD COMUNAL Y SU  
AFECTACIÓN POR ACTIVIDADES MINERAS, REGION TACNA.**

**Introducción**

Señor (a), el presente cuestionario es parte del trabajo de investigación que tiene por finalidad la obtención de información acerca de la Protección Constitucional de la propiedad comunal y su afectación por actividades mineras, Región Tacna.

Al responder cada uno de los ítems marque con un aspa la alternativa que considere conveniente, ya que el presente instrumento de medición servirá de apoyo a nuestra investigación de estudio.

- 1. ¿Considera usted que, la Protección Constitucional de la inviolabilidad del derecho de propiedad estaría siendo afectada de manera perjudicial por las actividades mineras?**
  - a. Si.....
  - b. No.....
  - c. No sabe no opina
  
- 2. ¿Considera usted que, la Protección Constitucional del ejercicio de soberanía del bien común estaría siendo afectada de manera perjudicial por las actividades mineras?**
  - a. Si.....
  - b. No.....
  - c. No sabe no opina
  
- 3. ¿Considera usted que, la Protección Constitucional de ejercer dentro de los límites de la ley estaría siendo afectada de manera perjudicial por las actividades mineras?**
  - a. Si.....
  - b. No.....
  - c. No sabe no opina
  
- 4. ¿Considera usted que, la Protección Constitucional de privación de la propiedad a excepción de seguridad nacional o necesidad pública estaría siendo afectada de manera perjudicial por las actividades mineras?**
  - a. Si.....
  - b. No.....
  - c. No sabe no opina
  
- 5. ¿Considera usted que, la Protección Constitucional de libre disposición de las tierras estaría siendo afectada de manera perjudicial por las actividades mineras?**
  - a. Si.....
  - b. No.....
  - c. No sabe no opina

6. **¿Considera usted que, la Protección Constitucional de imprescriptibilidad de las tierras. estaría siendo afectada de manera perjudicial por las actividades mineras?**
  - a. Si.....
  - b. No.....
  - c. No sabe no opina
  
7. **¿Considera usted que, la Protección Constitucional de restricciones establecidas por seguridad nacional estaría siendo afectada de manera perjudicial por las actividades mineras?**
  - a. Si.....
  - b. No.....
  - c. No sabe no opina
  
8. **¿Considera usted que, la Protección Constitucional al derecho de propiedad sobre la tierra, en forma privada o comunal o en cualquiera otra forma asociativa estaría siendo afectada de manera perjudicial por las actividades mineras?**
  - a. Si.....
  - b. No.....
  - c. No sabe no opina
  
9. **¿Considera usted que, la Protección Constitucional de apoyo al desarrollo agrario estaría siendo afectada de manera perjudicial por las actividades mineras?**
  - a. Si.....
  - b. No.....
  - c. No sabe no opina
  
10. **¿Considera usted que, las actividades mineras afectan el medio ambiente al contaminar el aire, agua y tierra de la propiedad comunal?**
  - a. Si.....
  - b. No.....
  - c. No sabe no opina
  
11. **¿Considera usted que las actividades mineras afectan perjudicialmente la salud de los comuneros?**
  - a. Si.....
  - b. No.....
  - c. No sabe no opina
  
12. **¿Considera usted que las actividades mineras han establecido adecuadas medidas para la protección y cuidado del medio ambiente?**
  - a. Si .....
  - b. No .....
  - c. No sabe no opina

13. **¿ Considera usted que las actividades mineras afectan perjudicialmente la propiedad comunal y fomentan los conflictos sociales al no ofrecer empleo para los pobladores de la zona?**
- Si.....
  - No.....
  - No sabe no opina
14. **¿Considera usted que las actividades mineras generan dependencia económica, ya que el Perú no puede aprovechar esta oportunidad porque no tiene el capital suficiente para invertir y generar excedentes, por lo tanto se ve forzado a solicitar préstamos y reproducir la cadena de la deuda externa y la dependencia económica.**
- Si.....
  - No.....
  - No sabe no opina
15. **¿Considera usted que se debe sancionar a las empresas mineras que ocasionen daños a la propiedad comunal?**
- Si.....
  - No.....
  - No sabe no opina
16. **¿Considera usted que, las empresas mineras cumplen con respetar los derechos de la propiedad comunal?**
- Si.....
  - No.....
  - No sabe no opina
17. **¿Considera usted que la inversión privada respeta los derechos de la propiedad comunal establecidos en la Constitución?**
- Si.....
  - No.....
  - No sabe no opina
18. **¿Considera usted que las actividades mineras cumplen las normas dispuestas por el Estado para la protección y cuidado del ambiente?**
- Si.....
  - No.....
  - No sabe no opina
19. **¿Considera usted que el Estado estaría afectando directamente la propiedad comunal al no otorgar medidas efectivas de protección y seguridad ?**
- Si.....
  - No.....
  - No sabe no opina

- 20. ¿Considera usted que los pueblos indígenas tienen derecho a la conservación y protección del medio ambiente y de la capacidad productiva de sus tierras o territorios y recursos?**
- a. Si.....
  - b. No.....
  - c. No sabe no opina
- 21. ¿Considera usted que el Estado ha previsto la regulación y supervisión adecuada para la protección y respeto de los derechos de la propiedad comunal?**
- a. Si.....
  - b. No.....
  - c. No sabe no opina
- 22. ¿Considera usted que el Estado garantiza la conservación de la propiedad comunal?**
- a. Si.....
  - b. No.....
  - c. No sabe no opina
- 23. ¿Considera usted que en la actualidad el Estado protege adecuadamente la continuidad cultural de los pueblos indígenas y la conservación de la propiedad comunal?**
- a. Si.....
  - b. No.....
  - c. No sabe no opina
- 24. Considera usted que se debe indemnizar a las comunidades afectadas por la contaminación en agua, tierras y aire?**
- a. Si.....
  - b. No.....
  - c. No sabe no opina
- 25. ¿Considera usted que debe existir concordancia entre el derecho a la propiedad del territorio comunal y la explotación de recursos minerales por las empresas mineras a fin de evitar conflictos sociales?**
- a. Si.....
  - b. No.....
  - c. No sabe no opina

Gracias por vuestra colaboración

**ENTREVISTA**  
**LA PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL DE LA PROPIEDAD COMUNAL Y SU AFECTACION POR ACTIVIDADES MINERAS**

**A.- Introducción**

Señor Magistrado, la presente entrevista es parte del trabajo de investigación que tiene por finalidad la obtención de información acerca de **LA PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL DE LA PROPIEDAD COMUNAL Y SU AFECTACION POR ACTIVIDADES MINERAS**, por lo que se le sugiere fundamentar según conocimiento y experiencia.

**1. ¿ Considera usted que, la Protección constitucional de la propiedad comunal estaría siendo afectada en manera perjudicial por las actividades mineras? Fundamente.**

.....  
.....  
.....

**2. ¿Considera usted que la inversión privada incumpliría el respeto de la Protección constitucional de la propiedad comunal? Fundamente.**

.....  
.....  
.....

**3. ¿Considera usted que, las actividades mineras afectarían socialmente a la propiedad comunal? Fundamente.**

.....  
.....  
.....

**4. ¿Considera usted que, las actividades mineras afectarían económicamente a la propiedad comunal? Fundamente.**

.....  
.....  
.....



**5. ¿Considera usted que, las actividades mineras afectarían el medio ambiente a la propiedad comunal? Fundamente.**

.....  
.....  
.....

**6. ¿Considera usted que, las empresas mineras cumplen con respetar los derechos de la propiedad comunal? Fundamente.**

.....  
.....  
.....

**7. ¿Considera usted que debe existir concordancia entre el derecho a la propiedad del territorio comunal y la explotación de recursos minerales por las empresas mineras a fin de evitar conflictos sociales? Fundamente.**

.....  
.....  
.....

***Gracias por vuestra gentil colaboración.....***