



EL DERECHO A LA TIERRA Y TERRITORIO DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS EN EL PERÚ

THE RIGHT TO LAND AND TERRITORY OF INDIGENOUS PEOPLES IN PERU

LUIS ALBERTO HALLAZI MÉNDEZ*

Universidad Ricardo Palma

luis.hallazi@urp.edu.pe

Recibido: 10/07/2019

Aceptado: 15/07/2019

Resumen

Tomando en cuenta las decisiones relacionadas a tierras y territorios de pueblos indígenas el artículo hace un análisis socio- jurídico de la situación de los pueblos indígenas, organizados en comunidades campesinas y nativas. En una primera parte se pone en discusión la falta de precisión en la normativa nacional sobre el concepto de pueblos indígenas en relación a comunidades, para después hacer un recuento sobre diversas normas jurídicas que constituyen un retroceso en la protección de derechos de pueblos indígenas. También se hace un análisis sucinto sobre las políticas en materia de titulación colectiva, poniendo de manifiesto la tensión con actividades extractivas como minería e hidrocarburos. Finalmente, se estudia un caso concreto de la región de San Martín.

Palabras clave

Pueblos indígenas - comunidades campesinas y nativas - derecho de propiedad - territorio - constitución

Abstract

Taking into account decisions related to lands and territories of indigenous peoples, the article makes a socio-legal analysis of the situation of indigenous peoples, organized in rural and native communities. The first part discusses the lack of precision in national regulations on the concept of indigenous peoples in relation to communities, and then recounts various legal norms that constitute a setback in the protection of indigenous peoples' rights. A succinct analysis is also made on collective titling policies, highlighting the tension with extractive activities such as mining and hydrocarbons. Finally, a specific case of the San Martín region is studied.

Keywords

Indigenous peoples - rural and native communities - property rights - territorial - constitution

* Abogado por la Universidad Católica de Santa María, con maestría en Derechos Fundamentales en la Universidad Carlos III de Madrid, maestría en Democracia y Buen Gobierno, Universidad Autónoma de Madrid. Actualmente es profesor de Antropología Jurídica de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Ricardo Palma y coordinador del Área Legal del Instituto del Bien Común-IBC.

1. Introducción

Estamos cerca al bicentenario republicano y el Estado peruano aún no tiene suficiente información oficial sobre pueblos indígenas que le permita generar políticas públicas definidas y diferenciadas para la población indígena, saber por ejemplo cuántas comunidades campesinas y nativas existen en el Perú, dónde está su territorio, cuáles son sus límites o cómo se puede promover el respeto y desarrollo que prioricen dichos pueblos.

Pero partamos por las definiciones jurídicas. El actual Estado no reconoce de manera específica la personería jurídica de “pueblos indígenas”, por lo que se ha tenido que acudir a interpretaciones desde los derechos humanos, bajo principios *pro homine* o *pro indígena* de acuerdo al marco del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), para que se pueda garantizar los derechos de los pueblos indígenas, como parte de un mismo bloque constitucional.

Recordemos que el artículo 89 de la Constitución Política reconoce la personería jurídica de las comunidades campesinas y nativas, más no menciona nada sobre el estatus jurídico de “pueblo”, el cual es interpretado a partir del Convenio. Actualmente hay un proceso de Amparo por resolver ante el Tribunal Constitucional, interpuesto por el pueblo Achuar en relación al Decreto Legislativo N° 1360 del 2018 que le otorga al Viceministerio de Interculturalidad funciones exclusivas para identificar y reconocer a los denominados pueblos indígenas.

En ese sentido, hay un tratamiento jurídico nacional, es como “comunidades”, sin embargo, existen algunas pocas normas nacionales como la Ley 29785, Ley de Consulta Previa, Libre e Informada o instrumentos administrativos como la Base de Datos de Pueblos Indígenas (BDPI) que utilizan la expresión de

“pueblos indígenas u originarios”, a eso ahora le incorporamos un proceso judicial que está en trámite donde esperamos se pueda zanjar esta discusión.

Lo cierto es que, ese panorama sigue generando confusión en los sujetos de derechos y en muchos casos se presta a la vulneración de su derecho a la identidad colectiva, reconocida en el artículo 2 inciso 19 y el artículo 89 de la Constitución y con ello también a su derecho a la tierra y territorio, puesto que, al no reconocer la personería jurídica de pueblo indígena, el Estado no garantiza el proceso administrativo para la titulación de tierras como pueblos.

En ese sentido, para analizar la situación de los derechos territoriales de los pueblos indígenas tenemos que hacer una interpretación jurídica de acuerdo a los derechos humanos de los pueblos indígenas que apelen a los principios antes mencionados para que nos ayuden a equiparar ambos términos. Bajo esa interpretación, podemos decir que los pueblos indígenas en el Perú están organizados en comunidades campesinas y nativas reconocidas por la Constitución Política, cuyos antecedentes históricos, culturales y políticos están relacionados con un sistema de organización colectiva, un sistema de autoridades y espacios de identificación colectiva para su sustento de vida.

En esa línea, recordemos que es a partir de la Constitución de 1920 cuando, por primera vez, se reconoce el derecho constitucional a la propiedad de las comunidades indígenas. Desde ese momento el Estado asume la responsabilidad de brindar protección, bienestar y desarrollo a las comunidades, es probable que antes lo haya hecho de manera marginal, pero en estricto sentido, como Estado republicano, es después de cien años, en 1920, que el Estado garantiza la propiedad comunal para comunidades indígenas, como se les conocía en ese momento.

Por esa razón, unos años después, en 1926 se empiezan a reconocer administrativamente las primeras comunidades campesinas, cuyos títulos en algunos casos fueron entregados por la Corona Española y validados posteriormente en la época republicana, lo cierto es que para fines estatales se empiezan a emitir resoluciones de reconocimiento a partir de esos años, resultando que las comunidades de la provincia de Cusco son las más antiguas bajo ese reconocimiento estatal, un ejemplo es la Comunidad Campesina de Ccoyharpuquio del distrito de Santiago, Cusco, cuya resolución es del 29 de enero de 1926¹; entonces, podemos decir que una vez reconocida la propiedad comunal, seis años después el Estado empieza a implementar una incipiente política de reconocimientos de derechos a dichas comunidades.

Si bien es a partir de 1920 que el Estado asume una responsabilidad con las denominadas comunidades indígenas, han tenido que pasar otros cien años para constatar que la deuda histórica de reconocimiento y titulación de las tierras y territorios de pueblos indígenas² sigue vigente. Hoy las cerca de diez mil comunidades campesinas y nativas (el Estado aún no tiene una cifra exacta) siguen siendo discriminadas y excluidas en la construcción del Estado republicano.

Además, para efectos de nuestro análisis podemos advertir que en su afán de promover la inversión nacional y extranjera, los gobiernos sucesivos de los últimos 30 años, han debilitado el marco de protección de derechos del régimen de propiedad comunal, hasta el

punto de poner en riesgo la existencia de las comunidades campesinas y nativas, llámense pueblos indígenas u originarios del Perú.

2. Continuidad en las políticas de despojo territorial

El Convenio 169 de la OIT, a partir del artículo 13 al 19, se encargan de establecer un marco de protección al derecho a la tierra y territorio de los pueblos indígenas sin precedentes en el derecho internacional, precisando además en su artículo 13.2, que el término “tierras” deberá incluir “el concepto de territorios, lo que cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna otra manera”.

Esto ha sido reforzado por las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) que menciona que el término “territorio” se refiere a la totalidad de la tierra y recursos naturales que los pueblos indígenas han utilizado tradicionalmente³, la Corte IDH va a reiterar en diversas sentencias motivadas el concepto amplio de tierra y territorios indígenas comprendiendo no solo los espacios físicos ocupados sino aquellos que son utilizados para sus actividades culturales e incluso espirituales.

Es necesario recordar que el Convenio 169 de la OIT es un tratado internacional y la Constitución Política a través de su interpretación sistemática le otorga fuerza normativa directa e inmediata al mismo, de conformidad con el principio de unidad de la Constitución y el principio de concordancia práctica, todo ello de acuerdo a sentencias del Tribunal Constitucional. En sentido lato, podemos señalar que el Convenio 169 de la OIT es una

- 1 Directorio de Comunidades Campesinas de 1976, Sistema Nacional de Apoyo a la Movilización Social.
- 2 A partir de aquí y hecha la fundamentación jurídica respectiva vamos a utilizar el término pueblos indígenas y comunidades campesinas y nativas de manera indistinta, salvo precisemos una diferenciación de contexto.

- 3 Corte IDH. Caso del Pueblo de Saramaka Vs. Surinam, Sentencia del 28 de noviembre de 2007, Serie C N° 172.



suerte de segunda unidad de la Constitución, así como otros tratados internacionales ratificados por el Estado peruano. Bajo esos términos, para asegurar el derecho a la tierra y territorio amparado en el Convenio, el cual forma parte del bloque constitucional, revisemos las decisiones de los últimos gobiernos en materia de protección de derechos territoriales de pueblos indígenas.

En el caso del gobierno del expresidente Pedro Pablo Kuczynski, al igual que el gobierno de expresidente Ollanta Humala, ambos aprobaron una serie de normas jurídicas a través de leyes y decretos legislativos que afectaron los derechos de la propiedad comunal, debilitaron los estándares ambientales y los derechos de los pueblos indígenas⁴, bajo la justificación de reactivar la economía e impulsar las inversiones privadas y públicas. De la misma manera el actual gobierno de Martín Vizcarra no ha planteado cambios sobre dichas políticas y en cierta medida hay una continuidad de las mismas.

Como se puede recordar al inicio del gobierno del expresidente Kuczynski, el Congreso delegó en el Poder Ejecutivo facultades para legislar que llevó en los primeros seis meses a dictarse 112 decretos legislativos que versaban sobre diversos temas entre ellos, normas que vulneraban la protección de derechos territoriales de las comunidades. Todas estas reformas al ordenamiento jurídico nacional tienen un patrón en común, se desarrollaron en un contexto de fin de los altos precios de las materias primas y en el afán de retornar a esas condiciones de crecimiento económico, se decidió flexibilizar, reducir y debilitar el marco de protección de derechos fundamentales.

4 A este grupo de normas se le denominó “paquetazos ambientales y antiindígenas”, en una campaña de diversas organizaciones de la sociedad civil que analizan de manera crítica diversas normas aprobadas a partir del 2014.

Los Decretos Legislativos aprobados a partir de las facultades legislativas siguieron el mismo camino, siendo la continuidad de la misma política de reactivación económica en detrimento de derechos fundamentales y en específico en derecho territoriales de los pueblos indígenas. A continuación, detallamos las principales normas aprobadas desde inicio de 2017:

Decreto Legislativo N.º 1330. Modifica y flexibiliza plazos, procedimientos, requerimientos y exigencias del Decreto Legislativo N.º 1192, Ley Marco de Adquisiciones y Expropiaciones para Proyectos de Infraestructura, considerada parte del paquete de normas del Gobierno de Humala que menguaron los estándares de protección de los derechos de la propiedad comunal. El objetivo de la norma es generar procesos expeditos a la hora de expropiar propiedades, principalmente para proyectos de infraestructura, donde no se hace ninguna diferenciación entre la propiedad comunal y la individual, quedando abierta la amenaza inminente de expropiación con criterios únicamente de promover las inversiones en infraestructura.

Decreto Legislativo N.º 1251. Introduce doce modificaciones a la ley que regula las Asociaciones Público Privadas (APP), añadiendo a la Agencia de Promoción de la Inversión Privada (PROINVERSIÓN), la función de saneamiento de tierras y expropiación de predios para proyectos de inversión a través de la creación del Proyecto Especial de Acceso a Predios para Proyectos de Inversión Priorizados (APIP). Genera, además de inseguridad jurídica, un conflicto de competencias con otros niveles de gobierno y órganos del Estado, cuyo mandato es el de sanear las tierras, ya sean de comunidades, agricultores, pequeños propietarios o predios públicos, una vez más con fines de promoción de las inversiones.

Decreto Legislativo N.º 1333. Establece disposiciones para facilitar la ejecución de proyectos de inversión priorizada, creando el APIP, a cargo de PROINVERSIÓN, órgano adscrito al Ministerio de Economía y Finanzas (MEF). Su objetivo es posibilitar la entrega y el saneamiento físico-legal de cualquier predio rural requerido por estos proyectos; además, asume las competencias de la Ley N.º 30230, norma muy criticada en el Gobierno de Humala. Pone en riesgo los territorios de las comunidades campesinas y nativas, tituladas, en proceso o sin título de propiedad. El pleno del Congreso aprobó su derogatoria; sin embargo, el Ejecutivo observó dicho acuerdo. El decreto en la actualidad sigue vigente.

Proyecto de Ley N.º 1718/2017-PE. En su discurso a la nación del 2017, el expresidente Kuczynski presentó este proyecto de ley, que trató de sustituir al cuestionado Decreto Legislativo N.º 1333. La finalidad era la de dar vía rápida a la inversión priorizada, especialmente a las obras de infraestructura, facilitando la transferencia de los predios, ya sea con o sin título de propiedad, o este en uso o no de dicho predio.

Las tierras tenían que ser requeridas por los proyectos de inversión; implementando si fuese necesario, procesos de expropiación de acuerdo al cuestionado Decreto Legislativo N.º 1192. Este proyecto que aún sigue en discusión contempla una exclusión respecto de la propiedad y posesión de tierras y territorios de los pueblos indígenas; pero no comprende a la mayoría de las tierras de comunidades campesinas, por no haber sido incluidas en la denominada Base de Datos del Ministerio de Cultura (MINCU) como “Pueblos Indígenas”.

Decreto Legislativo N.º 1320. Modifica la Ley General de Minería en relación con la caducidad y el pago o penalidad que deben cumplir los concesionarios mineros por falta

de producción. La nueva norma extiende la vigencia de las concesiones, por 30 años, en lugar de 15. Permite mantener una concesión aun sin utilizarla. Esta prolongación plantea una mayor amenaza a los territorios de las comunidades campesinas, teniendo en cuenta que sobre el 35% del total sus tierras se superponen concesiones mineras.

Ley N.º 30723. Ley que declara de prioridad e interés nacional la construcción de carreteras en zonas de frontera y el mantenimiento de trochas carrozables en el departamento de Ucayali. Permite la activación de procesos administrativos específicos, destinados a la habilitación de infraestructura vial por medio de procedimientos de expropiación, el traslado de comunidades nativas, la desprotección de las Áreas Naturales Protegidas (ANP), que ponen principalmente en peligro a los Pueblos Indígenas en Aislamiento y Contacto Inicial (PIACI) en esa región amazónica.

Proyecto de Ley 2145-2017-PE. El Ejecutivo presentó un proyecto de ley que promueve la industria de hidrocarburos modificando la Ley Orgánica de Hidrocarburos e introduciendo una serie de modificaciones a los contratos, la fiscalización en el seguimiento del cumplimiento de las normas ambientales y sociales, así como la reducción de trámites administrativos, eliminación de permisos, beneficios tributarios, ampliación del derecho de concesión hasta por 80 años, la introducción de técnicas de extracción de hidrocarburos riesgosas para el medio ambiente denominadas *fracking*, además de cambios normativos que afectan las tierras y territorios de las comunidades nativas.

Las normas antes descritas, luego de ser analizadas, nos permiten afirmar que fueron diseñadas para favorecer a los proyectos de inversión públicos y privados, a fin de agilizar la transferencia de la propiedad de las tierras

rurales, sean de comunidades campesinas y nativas; flexibilizando para ello los procedimientos de acceso a las tierras o creando procedimientos *ad hoc* para lograr su objetivo. Los principales perjudicados en cuanto a la vulneración de sus derechos son las tierras y territorios de comunidades campesinas y nativas, que albergan recursos naturales y son pretendidos por proyectos de inversión que en la mayoría de casos no respetan los derechos de las comunidades. No olvidemos que las tierras y territorios de pueblos indígenas ocupan más del 40% del territorio nacional⁵.

Es necesario hacer notar, a partir de los indicadores macroeconómicos, que los sucesivos paquetes normativos aprobados desde 2014 (Ley N.º 30230, Ley N.º 30327, Decreto Legislativo N.º 1192, Ley N.º 30723), y los que datan del gobierno de Kuczynski, no han tenido un impacto positivo visible sobre la su-puesta reactivación de la economía.

Tampoco la flexibilización normativa ha impulsado las inversiones. Igualmente, la mayoría de estas normas fueron judicializadas con acciones de amparo, populares, de cumplimiento o demandas de inconstitucionalidad, sin que a la fecha aún se cuente con sentencias que permitan generar precedentes importantes para que la inversión respete los derechos colectivos y el Estado cumpla su rol de garantizar sus derechos.

3. Ausencia de una política pública en titulación colectiva de tierras

El Convenio 169 de la OIT es claro al referir, mediante el artículo 14, que los gobiernos deberán tomar las medidas que sea necesarias para determinar las tierras que los pueblos

indígenas ocupan, así como garantizar la protección efectiva de su derecho de propiedad y posesión. En esa misma línea, la Corte IDH ha avanzado mucho al respecto, generando a través de su jurisprudencia incluso procedimiento de cómo los gobiernos deberían reconocer y titular las tierras de los pueblos indígenas.

Lo podemos constatar en una sentencia histórica al ser la primera en materia de derechos de pueblos indígenas. La Corte “[...] estima que los miembros de la Comunidad Awas Tigni tienen derecho a que el Estado, 1. delimite, demarque y tittle el territorio de propiedad de la Comunidad; y 2. se abstenga de realizar, hasta tanto no se realice esa delimitación, demarcación y titulación, actos que puedan llevar a que los agentes del propio Estado, o terceros que actúen con su aquiescencia o su tolerancia, afecten la existencia, el valor, el uso o el goce de los bienes ubicados en la zona geográfica donde habitan y realizan sus actividades los miembros de la Comunidad [...]”⁶.

En otras sentencias, como Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay, Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek. Vs. Paraguay y Caso del Pueblo Saramaka. Vs. Surinam, se desarrolla en detalle el derecho de los pueblos indígenas a tener procedimientos adecuados para la titulación de las tierras, en plazos razonables y dirigidos a garantizar el derecho de propiedad colectiva.

Sin embargo, en el caso peruano, los procedimientos de titulación colectiva solo se realizan, en primer lugar, dentro del marco de reconocimiento de la personería jurídica, sea de comunidad campesina o nativa. En segundo término, sus procedimientos administrati-

5 Esta información no es oficial, ha sido generada por el Instituto del Bien Común a través de la contabilización de tierras tituladas y por titular a comunidades campesinas y nativas de todo el Perú.

6 Corte IDH, Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tigni Vs. Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001.

vos siguen vulnerando diversas normativas y jurisprudencia internacional. Al respecto, la Defensoría del Pueblo en el año 2014 emitió un informe donde se da constancia de al menos siete obstáculos que limitan la titulación⁷, tanto de las comunidades campesinas como nativas y que aún al 2019 persisten, los problemas son:

1. La normatividad que regula el asunto es compleja, dispersa y contradictoria.
2. El Ministerio de Agricultura y Riego no ejerce adecuadamente su rol de rectoría en materia de saneamiento y formalización de la propiedad agraria.
3. No existe un único registro oficial que permita conocer el número de comunidades reconocidas y tituladas.
4. Las Direcciones Regionales de Agricultura no cuentan con personal especializado.
5. No existen herramientas para difundir entre las comunidades los derechos y procedimientos para reconocer y titular sus tierras.
6. Faltan recursos presupuestales para implementar el reconocimiento y titulación.
7. No existen lineamientos claros para resolver las controversias de derechos e intereses por superposición de concesiones, áreas naturales protegidas, etc., sobre tierras indígenas.

A pesar de la identificación de dichos problemas, solo uno de los puntos, el referido a recursos presupuestales cambió, puesto que a

partir de ese año empieza a haber mayor presupuesto. En los demás puntos poco o nada se avanzó en los subsiguientes años, ante ello la misma Defensoría del Pueblo presentó un nuevo informe⁸ para analizar los avances, donde persisten prácticamente los mismos problemas, entre ellos: normativa engorrosa, ausencia de un registro unificado, diferencias con información registral, insuficiente avance de catastro y georreferenciación de comunidades, falta de lineamientos para la solución de controversias y superposiciones de derechos, falta de coordinación intersectorial y con organizaciones indígenas, además de otros problemas a nivel regional y local.

Paradójicamente estos últimos cinco años ha habido mayor presupuesto para saldar esta brecha en materia de titulación colectiva. En su momento, el Instituto del Bien Común identificó que existen hasta diez proyectos con componente de titulación colectiva que se empezaron a desarrollar en el Perú. Sin embargo, al 2019 no hay resultados importantes que mostrar, por causas diversas, entre ellas: el conjunto de proyectos se encuentran desarticulados y no responden a una política nacional que garantice la seguridad jurídica de las tierras y territorios de los pueblos indígenas puesto que su lógica se basa en metas y objetivos de proyectos sectoriales, mostrando muy poca coordinación entre sí, pese a los esfuerzos de la sociedad civil y las organizaciones indígenas por dotarlos de mayor coordinación.

Por otro lado, de acuerdo a la normatividad vigente, el ente rector en materia de titulación es la Dirección General de Saneamiento de la Propiedad Agraria y Catastro Rural (DIGESPACR), perteneciente al Ministerio de Agricultura y Riego (MINAGRI), recién

7 Defensoría del Pueblo, Informe de Adjuntía N° 001-2014-DP/AMASPPI/PPI. Análisis de la Política Pública sobre Reconocimiento y Titulación de Comunidades Campesinas y Nativas.

8 Defensoría del Pueblo, Informe de Adjuntía N° 002-2018-DP/AMASPPI/PPI. El largo camino hacia la titulación de las comunidades campesinas y nativas.



temente elevada a dirección general; por lo tanto, es una institución débil, a la que es necesario fortalecer para estar en capacidad de exigir a los diferentes proyectos articulación e institucionalidad.

Los órganos operadores de los procesos administrativos de saneamiento físico-legal y titulación de las comunidades campesinas y nativas son las Direcciones Agrarias Regionales, que demuestran debilidades porque sus procedimientos no están uniformizados, ya que el ente rector y promotor de normas no cumple sus obligaciones a cabalidad. A esta situación le sumamos que el MINCU, a través del Viceministerio de Interculturalidad, no garantiza la protección del derecho a la tierra y territorio de las comunidades campesinas y nativas, reconocidas como pueblos indígenas, aunque su Reglamento de Organización y Funciones (ROF) lo contempla; sin embargo, no parece estar muy claro qué función cumplir en los procesos de titulación.

Si revisamos los proyectos más importantes que cuentan con mayores recursos encontramos al Proyecto de Catastro, Titulación y Registro de Tierras Rurales en el Perú (PTRT-3), a cargo de la Unidad Ejecutora Gestión de Proyectos Sectoriales y la Declaración Conjunta de Intenciones a cargo del Ministerio de Ambiente (MINAM), a través de la Dirección General de Cambio Climático, recientemente designada como responsable. Ambos proyectos, al día de hoy, no muestran logros importantes en el objetivo de lograr titular a comunidades campesinas y nativas.

En ambos casos, la implementación sigue teniendo problemas debido al cambio constante de funcionarios, resultado de la misma estructura gubernamental que se agravó con la inestabilidad política que atravesó el país en el último trimestre de 2017; prácticamente todo el 2018. El mismo Poder Legislativo tuvo

algún interés, al conformar por ejemplo una Mesa de Trabajo sobre Titulación de Comunidades como iniciativa de la Comisión de Pueblos Andinos, Amazónicos y Afroperuanos, Ambiente y Ecología, presentando un diagnóstico de la situación actual de la titulación colectiva, que finalmente no ha podido fiscalizar, al no tener herramientas claras para ello.

Asimismo, en el caso de la Defensoría del Pueblo y organizaciones de la sociedad civil e indígenas, estas han presentado informes sobre reconocimiento y titulación de comunidades campesinas y nativas, las cuales coinciden en los diagnósticos y, en muchos casos, en las propuestas de solución; pero quizás una de las principales trabas sea la ausencia de voluntad política y claridad a nivel institucional en la coordinación intersectorial y multinivel para que exista una verdadera política pública con presupuesto aprobado para que el avance sea medible en su implementación.

El enfoque cortoplacista del proyecto, en el caso del PTRT-3 es el mejor ejemplo, es evidente pues incluso se estableció un Comité Consultivo Nacional integrado por instituciones externas al Estado para monitorear el avance e informar sobre los progresos de la implementación, pero no ha funcionado. Predomina un debilitado proyecto, manifiesto en la falta de estabilidad de sus funcionarios que repercute en la falta de claridad y celeridad en la implementación del proyecto, el cual tiene la complejidad de ejecutarse por empresas privadas que ganaron licitaciones convocadas por el MINAGRI. La situación se agrava cuando la información y transparencia es escasa.

Finalmente, todos los procesos de saneamiento y titulación colectiva en marcha se ven amenazados por la problemática de debilitamiento normativo del Estado para acceder y expropiar tierras y territorios de comunidades de los pueblos indígenas, a través de las nor-

mas que analizamos anteriormente, lo que dificulta aún más la implementación de dichos proyectos.

4. Territorio, recursos naturales y actividades extractivas

De acuerdo con el artículo 15 del Convenio 169 de la OIT se menciona que los recursos naturales existentes en tierras de pueblos indígenas deben tener una protección especial y, por tanto, se debe tener el derecho a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos. En ese sentido, es ampliamente documentada la vulneración de derechos que suele darse en territorios donde operan actividades extractivas y los impactos que estas actividades de explotación tienen en los pueblos indígenas. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha reportado numerosos casos de pueblos y comunidades indígenas que han dado a conocer la afectación de sus derechos a causa de la implementación de proyectos de esta naturaleza, ya sea a través de casos contenciosos, medidas cautelares, audiencias públicas o en visitas realizadas por la CIDH, seguidas de informes de país o comunicados de prensa⁹.

Ante ello podemos referir que hoy en día en el caso peruano las tierras y territorios de los pueblos indígenas, organizados en comunidades campesinas y nativas, se encuentran en un estado de indefensión permanente debido a la política de inversión privada y pública que vulnera el uso y disfrute de su propiedad colectiva o amenaza la posesión de sus tierras.

9 Para mayor profundidad revisar: Pueblos indígenas, comunidades afrodescendientes y recursos naturales: Protección de derechos humanos en el contexto de actividades de extracción, explotación y desarrollo. Informe preparado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2015.

Una de las amenazas más frecuentes para el caso de las comunidades campesinas proviene de las actividades extractivas mineras, por la enorme superposición de derechos de concesiones mineras sobre sus territorios.

El Instituto Geológico Minero y Metalúrgico (INGEMMET), que forma parte del Ministerio de Energía y Minas (MINEM), es la institución estatal que otorga el derecho de concesión minera que, según la Ley General de Minería, es un derecho que se da al titular para la exploración y explotación de recursos minerales que están en el subsuelo de un territorio y que, de acuerdo con el artículo 66 de la Constitución Política, constituyen parte del patrimonio de la nación¹⁰.

Si ese territorio es de posesión de una comunidad campesina, es decir que no tiene título de propiedad, en la práctica prevalece el derecho de concesión, exploración y explotación otorgado a la empresa titular de dicha concesión. Si el territorio tiene un título de propiedad, el concesionario conserva el derecho de explotar y extraer el recurso del subsuelo, aunque previamente tendrá que negociar una autorización con los propietarios de la superficie que, en el caso de comunidades, estas realizan una negociación en condiciones asimétricas.

No debe confundirse este procedimiento de autorización con el proceso de consulta previa vigente desde la ratificación del Convenio 169 de la OIT. Aunque la entrega de una concesión minera no significa necesariamente que se va a extraer un mineral, lo cierto es que, al haber posibilidades de explotar un recurso, se restringe el derecho de uso, disfrute, disposición y reivindicación de la propiedad.

10 Podemos identificar dos problemas normativos que no serán sujetos de análisis pero que son importante destacar. El régimen de concesión en la Ley General de Minería y el régimen de propiedad de los recursos renovables y no renovables dispuestos en el artículo 66.

Por otro lado, el procedimiento de concesión es relativamente sencillo, lo que lleva a que, a diciembre del 2017, según INGEMMET, el 14% del territorio nacional, es decir, 17 934 000 hectáreas se encuentren concesionadas.

Para poder cruzar la información obtenida por INGEMMET, y saber de qué forma estas concesiones pueden afectar a una comunidad campesina, se deberá contar con un catastro rural para identificar las tierras de las comunidades; catastro que acaba de crearse de manera oficial pero que aún es muy deficiente. Sin embargo, organizaciones de la sociedad civil han avanzado en aproximaciones a esa base de datos¹¹. El cruce de información, con el moderno catastro minero, arroja resultados del 35% de superposición de concesiones mineras en tierras de comunidades campesinas. Ello significa que son o serán afectadas en su derecho a la propiedad colectiva, y con ello a sus demás derechos territoriales.

Igualmente, muchas comunidades permanecen total o parcialmente superpuestas por las concesiones mineras, tal es el caso de la comunidad campesina de Chila Chila (Arequipa), cuyo territorio comunal se superpone en un 95%, aproximadamente. Si hacemos una valoración jurídica respecto a esta comunidad de acuerdo con los artículos 13 al 18 del Convenio 169 de la OIT, sin duda que existiría una vulneración evidente a sus derechos no solo territoriales sino demás derechos colectivos.

Pero, además, se debe precisar que de acuerdo con los estándares desarrollados por la Corte IDH¹², se puede concluir que las con-

cesiones mineras afectan el derecho al uso goce, disfrute, disposición y reivindicación del territorio o al menos restringen el ejercicio de la propiedad, sobre todo cuando la comunidad no autoriza la exploración, explotación o no se aplica el proceso de consulta previa o se hace de manera deficiente. Esto último ha sido corroborado en la sentencia de primera instancia de Puno, en el caso de las 11 comunidades de Atuncolla¹³, cuando ordena que INGEMMET, la institución que otorga las concesiones mineras debe realizar una consulta previa a las comunidades campesinas que podrían afectar sus derechos.

Revisando el procedimiento de concesión minera también se puede evidenciar que vulnera, además, otros derechos como el derecho a la información, puesto que en muchos casos las comunidades son las últimas en enterarse que su territorio ha sido concesionado para un proyecto minero. Otro derecho que es vulnerado es a la notificación culturalmente adecuada, puesto que las notificaciones se hacen en una lengua distinta al de las comunidades y por medios de comunicación ajenos a su realidad cultural, esto genera a su vez que se vulnere el derecho de oposición, que las comunidades pueden interponer ante una concesión impuesta.

Como se observa, solo en la etapa de inicio de un proyecto extractivo-minero hay cuestionamientos que son una amenaza inminente a los derechos territoriales de los pueblos indígenas, sin contar con la problemática de proyectos mineros en desarrollo que generan impactos a la salud de los comuneros y comuneras o a los derechos medio ambientales de las comunidades.

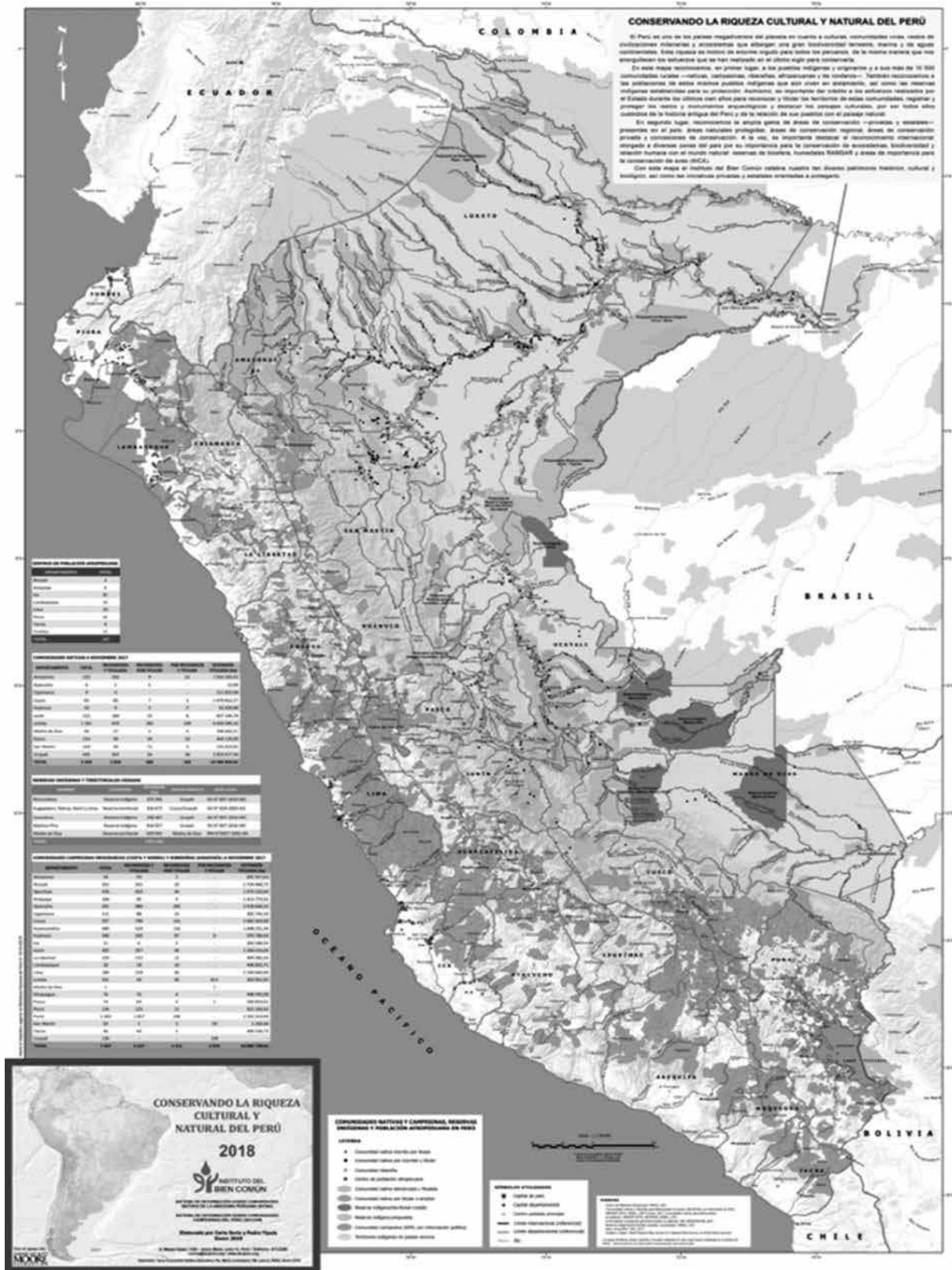
11 Información basada en la Cartilla N.º-5 Comunidades Campesinas y Minería, superposición de concesiones mineras en territorios comunales, elaborado por el Colectivo Territorios Seguros para las Comunidades del Perú, abril de 2018.

12 Caso Comunidad indígena Mayagna Sumo Awas

Tingni Vs. Nicaragua. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Caso Pueblo Saramaka Vs. Surinam. Sentencia 28 de noviembre de 2017.

13 Corte Superior de Justicia de Puno. Sala Civil de Puno. 14 de noviembre de 2016. Expediente N.º 01846-2012-0-2101-JM-CI-03.

MAPA DE COMUNIDADES CAMPESINAS Y NATIVAS



5. Región San Martín: titulación de comunidades y cesión de uso

A inicios de 2017, las comunidades nativas pertenecientes a la Federación de Pueblos Indígenas Kechwas del Bajo Huallaga, San Martín (FEPIKBHSAM), y la Federación de Pueblos Indígenas de Chazuta (FEPIKECHA), decidieron no continuar con el componente de Titulación del Proyecto PNUD – DCI en la región San Martín¹⁴. La metodología propuesta pretendía otorgar en cesión de uso la mayor parte de sus territorios.

La queja de las organizaciones indígenas y de organizaciones de la sociedad civil que trabajan en dicha región advierte que la legislación vigente en el Perú para la formalización de la propiedad de comunidades nativas data de 1978 (Decreto Ley N° 22175) y 1979 (D.S. N.º 03-79-AA), cuando el Convenio 169 OIT no se encontraba vigente y la legislación se emitió bajo los alcances de la Constitución de 1933. Por tal motivo, los proyectos de titulación de comunidades nativas ponen en marcha la formalización de la propiedad indígena para los pueblos amazónicos, conforme con el Decreto Ley N° 22175 y la Ley de Comunidades Nativas y de Desarrollo Agrario de la Selva y Ceja de Selva.

De acuerdo a ello, las comunidades nativas del distrito de Chazuta y Papaplaya de la provincia y región San Martín, afirmaron que con la metodología usada para la formalización de la propiedad colectiva de la comunidad, el Estado peruano pretende: “meramente otorgar a los integrantes del pueblo [...] un privilegio de usar la tierra, el cual no le garantiza el derecho de controlar efectivamente y ser propietarios

14 Acta del Componente de Titulación de comunidades nativas PNUD – DCI en la región San Martín. Extraído desde <https://es.scribd.com/document/337332359/Acta-DCIy-Pueblos-de-Chazuta>.

de su territorio sin ningún tipo de interferencia externa”¹⁵. Con ello se trasgreden los contenidos esenciales de la propiedad y los coloca en situación de vulnerabilidad, condenándolos a su extinción.

Es evidente que el otorgamiento de la cesión en uso de los territorios de los pueblos indígenas, en la formalización de su propiedad, respecto de los territorios con aptitud forestal, representa un claro desconocimiento de lo establecido en el Convenio 169 de la OIT, además de la Convención Americana, las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos¹⁶ y las sentencias del Tribunal Constitucional peruano¹⁷. En esa dirección, la regulación de la formalización de la propiedad indígena no se adecúa a los mandatos internacionales.

El presidente de la FEPIKBHSAM, Elías Sinti, afirmó respecto a la Cesión en Uso, en una de las asambleas lo siguiente:

«Las características de exclusivo, indefinido y no transferible es mientras los pueblos indígenas se sujeten al contrato de cesión en uso, en caso que el contrato no pueda ser cumplido por diversos motivos, inclusive los imputables al propio Estado, el pueblo indígena puede perder su territorio. Motivo por el cual, cualquier figura jurídica que no establezca la propie-

15 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Pueblos Kaliña y Lokono Vs. Surinam. Sentencia 25 de noviembre de 2015.

16 Caso Comunidad Indígenas Sawhoyamaya Vs. Paraguay, Sentencia 29 de marzo de 2006. Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay, sentencia 24 de agosto de 2010. Caso Pueblos Kaliña y Lokono Vs. Surinam, sentencia 255 de noviembre de 2015.

17 Sentencia del Tribunal Constitucional Peruano Expediente N.º 0025-2005-PI/TC, Fundamento 33 y Sentencia del Tribunal Constitucional Peruano Expediente N.º 06316-2008-PA/TC, fundamento jurídico 7.

dad sobre nuestros territorios, es una vulneración a nuestro derecho en contravención al Convenio 169 OIT y los mandatos de la CIDH en sus diversas sentencias».

Debemos tomar en cuenta que en la región San Martín las Áreas Naturales Protegidas representan el 21,27%; los Bosques de Protección Permanente el 21,85%; las Zonas de Conservación y Recuperación Ecosistémica (ZOCRES) titulados a favor del Gobierno regional de San Martín el 8,34%; y las Concesiones para la Conservación a favor de Privados el 9,1% del total del área de la región¹⁸, lo que sin duda está generando una superposición de diferentes derechos entre esas mismas figuras de conservación, pero principalmente con derechos de comunidades nativas pertenecientes a cuatro etnias indígenas.

6. Conclusiones

En la primera parte del artículo se hizo un breve análisis sobre la poca claridad que aún subsiste en el Estado peruano, respecto al reconocimiento de la personería jurídica como “pueblo indígena”, en tanto el término jurídico que el Estado ha utilizado el último siglo es el de comunidades. Esta situación trae consecuencias a la hora de reconocer y proteger las tierras y territorios de los pueblos indígenas, que aún no está siendo canalizado por el Estado.

De esa manera, llegamos a plantear la importancia y vigencia del Convenio 169 de la OIT, a treinta años de vigencia, como parte del bloque constitucional al haber ratificado dicho convenio, lo que permite tener un estándar internacional alto para la protección de

18 Ninahuanca, R; Arbocco, J; y Saucedo, R. (2015). Los usos del territorio en el departamento de San Martín, Perú. Contexto, procesos y propuestas para una mejor gobernanza del territorio amazónico.

derechos territoriales de los pueblos indígenas. Sin embargo, en el artículo se desarrolla el afán de los gobiernos sucesivos, los últimos treinta años, en tanto que vienen promoviendo la inversión nacional y extranjera a costa de debilitar el marco de protección de derechos fundamentales, específicamente, olvidando el régimen de propiedad comunal, incluso hasta el punto de poner en riesgo la existencia de las comunidades campesinas y nativas, que finalmente son parte de la identidad histórica del país.

Esta situación es contrastada a través de una política legislativa agresiva, los últimos cinco años, tanto del Poder Ejecutivo como del Poder Legislativo aprobando leyes, decretos legislativos, decretos supremos con el objetivo de flexibilizar los estándares jurídicos de protección de derechos territoriales vigentes para supuestamente promover la inversión privada y pública, sin tener ninguna evidencia que dicho criterio de resultados.

Pero, además, el artículo constató la problemática respecto a los proyectos de titulación colectiva y sus procedimientos de titulación, haciendo ver su problemática y la sistemática vulneración de derechos territoriales. Lo que evidencia la falta de una política pública nacional definida que tenga claro sus objetivos, metas e indicadores y que además sea sostenible a partir de un presupuesto público asignado.

Por otro lado, se evidenció la problemática respecto a la situación de tensión permanente entre las actividades extractivas y los derechos territoriales de los pueblos indígenas, principalmente en lo relacionado a la minería, que sigue siendo la principal fuente de conflictos en el Perú, pero que no se trata ni gestiona como un problema estructural sino como casos *ah hoc* que, en el mejor de los casos, resuelven el conflicto concreto, pero no se dan

soluciones sostenibles, utilizando en concreto el régimen de concesiones. Finalmente se toma el caso de la región de San Martín, una región que suele ser utilizada ejemplarmente

para explicar una buena gestión del territorio pero que aun así presenta serias dificultades respecto a la protección de los derechos territoriales de los pueblos indígenas.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANAYA, J., 2009, Derecho de los pueblos indígenas a la libre determinación tras la adopción de la Declaración, en Claire Charters and Rodolfo Stavenhagen (eds), El desafío de la declaración: Historia y futuro de la declaración de la ONU sobre pueblos indígenas, IWGIA.

CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ del año 1920, aprobada por el Congreso en diciembre de 1919.

CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ, aprobada por el Congreso en diciembre del año 1993.

CONVENIO 169 DE LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO SOBRE PUEBLOS INDÍGENAS Y TRIBALES.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Informe del 2015, Pueblos indígenas, comunidades afrodescendientes y recursos naturales: Protección de derechos humanos en el contexto de actividades de extracción, explotación y desarrollo.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Informe del 2009, Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales: normas y jurisprudencia del sistema interamericano de derechos humanos.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso del Pueblo Saramaka. Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Interpretación

de la Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de febrero de 2006. Serie C No. 142.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) AwasTingni Vs. Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Pueblos Kaliña y Lokono Vs. Surinam, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia 25 de noviembre de 2015.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia 24 de agosto de 2010.

DEFENSORIA DEL PUEBLO. Informe de Adjuntía N°001-2014-DP/AMASPPI/PPI. Análisis de la Política Pública sobre Reconocimiento y Titulación de Comunidades Campesinas y Nativas.

DEFENSORIA DEL PUEBLO. Informe de Adjuntía N° 002-2018-DP/AMASPPI/PPI, El largo camino hacia la titulación de las comunidades campesinas y nativas.

DIRECTORIO DE COMUNIDADES CAMPESINAS DE 1976, Sistema Nacional de Apoyo a la Movilización Social, SINAMOS, 1976.



GARCIA HIERRO, P., 2004, «Territorios indígenas: tocando a las puertas de un derecho», en Surrallés, A., & García Hierro, P., *Tierra Adentro: territorio indígena y percepción del entorno*, Copenhagen, IWGIA.

INSTITUTO DEL BIEN COMÚN. *Tierras Comunales: Más que preservar el pasado es asegurar el futuro. El estado de las comunidades indígenas en el Perú, informe 2016*, Lima: IBC.

INSTITUTO DEL BIEN COMÚN. *Cartilla N.º-5 Comunidades Campesinas y Minería, superposición de concesiones mineras en territorio comunales*, elaborado por Colectivo Territorios Seguros para las Comunidades del Perú, abril de 2018.

KROTZ, E., 2002. *Antropología jurídica: perspectivas socioculturales en el estudio del derecho*. Anthropos / Universidad Autónoma Metropolitana-Iztapalapa.

NINAHUANCA, R; ARBOCCO, J; y SAUCEDO, R., 2015. *Los usos del territorio en el departamento de San Martín, Perú. Contexto, procesos y propuestas para una mejor gobernanza del territorio amazónico*, Paz y Esperanza.

PRIETO SANCHIS, L., 2003, *Justicia Constitucional y derechos Fundamentales*. Madrid: Trotta.

SURRALLÈS, A., 2009. *Antropología de un derecho, libre determinación territorial de los pueblos indígenas como derecho humano*, Copenhagen, IWGIA.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Pleno Jurisdiccional N° 00007-2007- PI/TC. Sentencia: 19 de junio del 2007.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Expediente N° 06316-2008-PA/TC. Fundamento jurídico 7. 2008.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Expediente N° 2730-2006-AA. Sentencia: 21 de julio del 2006.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Sentencia 0030-2005-PI/TC. Sentencia: 02 de febrero de 2006.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Expediente N° 0025-2005-PI/TC. Fundamento jurídico 33. 2005.