



FACULTAD DE DERECHO
SECCIÓN DE POSGRADO

**DIVERSIDAD CULTURAL, DERECHO QUE IRRADIA EN LA
NORMATIVA CONSTITUCIONAL Y LEGAL EN EL SIGLO
XXI: PLURICULTURALIDAD EN LA REGULACIÓN DE LA
PROPIEDAD Y TRANSFERENCIA DE LAS TIERRAS DE LAS
COMUNIDADES CAMPESINAS E INDÍGENAS EN EL PERÚ**

PRESENTADA POR

SILVIA CONSUELO RUEDA FERNÁNDEZ

ASESOR

EDUARDO EMILIO HERNANDO NIETO

TESIS

PARA OPTAR EL GRADO ACADÉMICO DE DOCTORA EN DERECHO

LIMA – PERÚ

2021



CC BY-NC-SA

Reconocimiento – No comercial – Compartir igual

El autor permite transformar (traducir, adaptar o compilar) a partir de esta obra con fines no comerciales, siempre y cuando se reconozca la autoría y las nuevas creaciones estén bajo una licencia con los mismos términos.

<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/>



POSGRADO DE LA FACULTAD DE DERECHO

**DIVERSIDAD CULTURAL, DERECHO QUE IRRADIA EN LA
NORMATIVA CONSTITUCIONAL Y LEGAL EN EL SIGLO XXI:**
*Pluriculturalidad en la regulación de la propiedad y transferencia de las
tierras de las comunidades campesinas e indígenas en el Perú.*

TESIS PARA OPTAR EL GRADO ACADÉMICO DE DOCTORA EN DERECHO

PRESENTADA POR:

SILVIA CONSUELO RUEDA FERNÁNDEZ

ASESOR:

DR. EDUARDO EMILIO HERNANDO NIETO

LIMA, PERÚ

2021

DEDICATORIA

Miles de años de historia dan cuenta de avances y retrocesos en el derecho, y de que el espíritu humano no cesa en el afán de mejorar las cosas, por lo que dedico este trabajo a aquellos que aportan por un mundo de paz y con respeto de los derechos fundamentales.

AGRADECIMIENTO

A mi esposo y a mis hijos, que con mucho amor siempre me acompañan y me fortalecen en cada paso.

ÍNDICE

	Páginas
Portada	I
Dedicatoria	II
Agradecimiento	III
ÍNDICE	IV
RESUMEN	VII
ABSTRACT	IX
INTRODUCCIÓN	XI
CAPÍTULO I: MARCO TEÓRICO	1
1.1. Diversidad cultural	1
1.1.1. Precisiones conceptuales de cultura	3
1.1.2. Precisiones Conceptuales de Identidad cultural	22
1.1.3. Precisiones Conceptuales de Diversidad cultural	35
1.1.4. Precisiones Conceptuales de Pluriculturalidad	40
1.1.5. Diversidad Cultural en el Perú, Antecedentes Históricos y Regulación en Relación a los Pueblos Indígenas	45
1.1.6. Identidad Cultural Indígena en el Perú	59
1.1.7. Identificación de los Pueblos Indígenas en el Perú	68
1.1.8. Conceptos de Monismo, Pluralismo Jurídico, y el Sistema Jurídico	

CAPÍTULO II: PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL DEL DERECHO DE PROPIEDAD Y TRANSFERENCIA DE TIERRAS DE COMUNIDADES CAMPESINAS E INDÍGENAS		138
	La Propiedad Inmueble derecho constitucional	138
2.2	Derechos de los Indígenas a la Propiedad en las Constituciones de la República Peruana	146
2.3	Tratamiento Constitucional y Legal Actual de la Propiedad y Transferencia de las Tierras de los Pueblos Indígenas en el Perú	165
2.4.	Conexión del Derecho a la Identidad Étnica y Cultural con las Tierras Comunales	206
2.5.1	Pluralismo Jurídico y el Derecho de Propiedad de las Tierras de los	
2.5.2	Pueblos Indígenas en el Perú	215
CAPÍTULO III: ESTÁNDARES INTERNACIONALES DE LA CORTE IDH SOBRE LA PROPIEDAD DE LAS TIERRAS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS		231
3.1	Tratados de Derechos Fundamentales que Protegen los Derechos de los Pueblos Indígenas a sus Tierras	231
	3.1.1 Declaración, Convención y Pacto sobre Derechos Fundamentales	235
	3.1.2. Convenio 107 de la Organización Internacional del Trabajo	242

3.1.3. Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo	243
3.1.4. Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas	258
3.2. Carácter Vinculante de las Interpretaciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos	261
3.3. Estándares Internacionales de la Corte IDH sobre la Propiedad de las Tierras de los Pueblos Indígenas	282
IV. CONCLUSIONES	305
V. RECOMENDACIONES	312
VI. FUENTES DE INFORMACIÓN	316
Referencias Bibliográficas	316
Referencias Hemerográficas	320
Referencias Electrónicas	324
Bibliografía	333

RESUMEN

La presencia e influencia de la diversidad cultural en la normativa constitucional y legal en el siglo XXI en relación al tratamiento jurídico de la propiedad y transferencia de las tierras de las comunidades campesinas e indígenas en el Perú.

En el Perú como en muchos países latinoamericanos se vive en un contexto de diversidad cultural compartiendo en un mismo territorio varias culturas con poblaciones indígenas y tribales, incluso pueblos no contactados; las consecuencias y la mayor amplitud del impacto de los reiterativos conflictos sociales de multiculturalidad relacionados con la propiedad, posesión y transferencia de las tierras comunales que detentan para los campesinos e indígenas un valor esencial y peculiar, enfoca la atención en el siglo XXI a elementos culturales, de identidad cultural, y diversidad cultural; trascendiendo en el derecho normativo, en su interpretación, contenido, sentido y aplicación, evolucionando en compatibilidad con las exigencias y nivel del reconocimiento y protección de los derechos fundamentales previstos en los tratados y en la jurisprudencia convencional a la cual nos encontramos vinculados.

En la doctrina se acepta indiscutiblemente que el derecho de propiedad es un derecho real cuyo estudio y regulación normativa tradicionalmente corresponde al área privada del Derecho Civil, sin embargo se está obviando la existencia y trascendencia de una normatividad especial de las comunidades campesinas e indígenas, así como una

forma de propiedad colectiva muy peculiar y diferente a la individual, que suscitan nuevos planteamientos en el derecho y en determinadas instituciones, como sucede con el derecho de propiedad y transferencia de tierras comunales; que si bien presentes en las constituciones de la República del Perú, acompañan un elemento cultural que incide en un tratamiento jurídico diferente, con nueva significación en contexto del Estado Constitucional de Derecho del siglo XXI, en el cual no se puede soslayar la especial vinculación de la identidad étnica y cultural con las tierras comunales, y los cambios a nuevas interpretaciones a nivel constitucional y legal compatibles con estándares internacionales sobre la propiedad colectiva de territorios y tierras indígenas.

Palabras claves: Diversidad e identidad cultural, propiedad colectiva indígena, poblaciones indígenas del Perú, identidad cultural y tierras, estándares sobre tierras indígenas.

ABSTRACT

The presence and influence of cultural diversity in constitutional regulations and legal in the XXI century in relation to the legal treatment of property and transfer of the lands of the peasant and indigenous communities in the Peru.

In Peru, as in many Latin American countries, we live in a context of cultural diversity sharing in the same territory several cultures with indigenous and tribal populations, including uncontacted peoples, the consequences and the greater extent of the impact of the reiterative multicultural social conflicts related to property, possession and transfer of communal lands they hold to peasants and indigenous n essential and peculiar value, focuses attention in the 21st century to cultural elements, cultural identity, and cultural diversity, transcending normative law, in the interpretation, content, meaning and application, evolving in compatibility with the demands and level of recognition and protection of the fundamental rights provided in the treaties and in the conventional jurisprudence to which are bound.

In the doctrine it is indisputably accepted that the right to property is a real law whose study and normative regulation traditionally corresponds to the private area of civil law, however the existence and significance of a special regulation of peasant communities and indigenous peoples, as well as very peculiar and different from of collective property to the individual, which give rise to new approaches in law and in certain

institutions, such as the right to property and transfer of communal lands, which although present in the constitutions of the Republic of Peru, accompany a cultural element that affects a different legal treatment, with a new meaning in the context of the State Constitutional Law of the 21st century, in which the special linking the ethnic and cultural identity with the communal lands, and the changes to new interpretations at the constitutional and legal level compatible with international standards on the property collectives of territories and lands indigos.

Keywords: Diversity and cultural identity, indigenous collective property, indigenous populations of Peru, cultural identity and lands, standards on indigenous lands.

INTRODUCCIÓN

La presente es una **tesis de investigación sobre la diversidad cultural y su incidencia en el Derecho**, desde la constitución multicultural que reconoce la existencia de varias culturas y se encamina a una relación de interculturalidad con la protección de la diversidad cultural, sus prácticas, sus reglas, autoridades y organizaciones culturalmente distintas; incluido el desarrollo normativo que requiere identificar un ordenamiento jurídico especial en contexto de diversidad cultural, que asuma sentido en compatibilidad convencional y constitucional.

Descripción de la realidad problemática: El hecho de ser un Estado multiétnico y pluricultural, conlleva no solo la presencia de diversidad cultural sino además interrogantes en relación a la suficiencia del ordenamiento jurídico en contexto de multiculturalidad, el analizar si estamos en el supuesto de la Teoría del Monismo Jurídico o de la Teoría del Pluralismo Jurídico; además de advertir la diversidad de tratamiento jurídico respecto de instituciones jurídicas como el derecho a la propiedad y posesión de bienes inmuebles, cuando los bienes van enlazados con derechos a la cultura, identidad cultural de pueblos originarios; siendo que en el caso concreto de la propiedad inmueble se ha suscitado una suerte de coexistencia de sistemas, teorías en el reconocimiento de la propiedad, sobre la transmisión de la propiedad, con una doble y diferente regulación cuando se tratan de tierras comunales, ocasionando dificultades y conflictos sociales de larga data, sobre la propiedad, posesión, uso de la

tierra ante reclamos de poblaciones indígenas, especialmente cuando confrontan con actividades mineras, extracción maderera, acceso y circulación en sus territorios, generando incertidumbre sobre la validez de los actos jurídicos, transferencias, inseguridad jurídica con repercusión negativa en el tráfico jurídico de los bienes inmuebles en el siglo XXI, incidencia negativa en el tratamiento jurídico de bienes y derechos de poblaciones indígenas, en la economía nacional en tanto la propiedad inmueble constituye un referente que impulsa el desarrollo económico y la inversión privada; incidencia en la producción minera que significativamente aporta a la economía nacional; en la actividad agropecuaria de nuestro país calificado como país agricultor con grandes inversiones en el agro, y en relación a la creciente expansión urbana que va sumando extensos territorios rústicos y eriazos, incluidos aquellos que fueron o son de propiedad de comunidades campesinas e indígenas, de la costa, selva y sierra de nuestro país.

La situación problemática impacta en mayor medida en el Derecho, en un contexto de pluralidad cultural a la par de coexistencia de una variedad de normas pertenecientes a diversos ordenamientos jurídicos en un solo Estado sobre la propiedad y posesión comunal, demandando determinar qué tipo de constitución se cuenta; adelantamos en dicho contexto, aspectos de una constitución multicultural que en el artículo 2 inciso 19 establece como derechos fundamentales de toda persona, el derecho a la identidad étnica y cultural, que, el Estado reconoce y protege la pluralidad étnica y cultural; añadiendo en el último párrafo del artículo 89 el respeto a “la identidad cultural de las

comunidades campesinas y nativas”. Constitución multicultural que resulta en el tratamiento que se brinda a la propiedad, previendo una norma general, y normas que contemplan un trato especial en contexto de multiculturalidad, así en el artículo 70 se prevé la protección constitucional al derecho de propiedad, su inviolabilidad, y se establece que su ejercicio debe llevarse en armoniosamente con el bien común y atendiendo las limitaciones previstas en la ley; a la vez que recoge en el artículo 89, el reconocimiento constitucional de la autonomía de las comunidades campesinas y nativas para usar y libertad en la disposición de sus tierras, conforme al marco establecido en la ley. Multiculturalidad que se reafirma en el artículo 149 que reconoce el ejercicio de la función jurisdiccional por las poblaciones indígenas del Perú, incorporando en contexto de interculturalidad el reconocimiento constitucional a las autoridades de comunidades campesinas y nativas de ejercer funciones jurisdiccionales, además de, atribuir y reconocer que las rondas campesinas, constituyen órganos de apoyo a las funciones jurisdiccionales; contemplando ciertas condiciones en razón que se realicen dentro de su ámbito territorial y conforme con el derecho consuetudinario, con la limitación que tiene toda actuación de las autoridades y personas, de no incurrir en violación de los derechos fundamentales; añadiendo en relación de interculturalidad, la previsión de que por ley se establecerán formas de coordinación de la jurisdicción estatal con dicha jurisdicción especial. Por cierto, aún no se ha promulgado la ley de coordinación, sin embargo, se cuenta con un Protocolo de Coordinación entre Sistemas de Justicia de la Oficina Nacional de Justicia de Paz y Justicia Indígena del Poder Judicial, asimismo se han planteado conceptos, interpretaciones y precedentes por el pleno y jurisprudencia de la Corte Suprema, que

si bien contribuyen en el desarrollo del tema, es necesario que se establezcan pautas claras, como lo viene haciendo

Reviste mayor complejidad superar los conflictos normativos así como las discrepancias que se presentan en las regulaciones de diversos ordenamientos jurídicos en relación al derecho de propiedad de las tierras comunales, como sucede en la regulación legal del Código Civil que en el artículo 136 contiene una norma que prevé la “inalienabilidad de las tierras de las comunidades”, además de su carácter imprescriptible e, inembargable, sin embargo, las leyes especiales de las comunidades de la Costa, Sierra y Selva, prevén formas, modos, de adopción de acuerdos de asamblea de enajenación de tierras comunales; de lo cual se advierten algunas contradicciones legislativas; también se encuentran discrepancias de las normas de derechos reales del derecho civil que tienen un carácter económico, frente a la propiedad y posesión de tierras colectivas que se vinculan en esencia con derechos, valores culturales e identidad cultural; ocurriendo resultados de amplio espectro de lesividad cuando en los procesos judiciales se resuelven aplicando normas del Código Civil a casos de tierras comunales, como explicamos en el capítulo segundo. Sumando que en la propiedad y posesión de tierras comunales existe un elemento de colectividad que no se encuentra contemplado en las normas civiles y por su esencia y características no podrían ser regulados por dicho ordenamiento; pudiendo entender la propiedad colectiva y posesión colectiva en su verdadera esencia, acudiendo a

normas y jurisprudencia del derecho internacional de derechos fundamentales, y normatividad de derecho consuetudinario.

En cuanto a la identificación de las comunidades, poblaciones indígenas, así como en el registro de los bienes inmuebles de su propiedad, encontramos tratamientos jurídicos distintos en las fuentes de derecho que puede acudir el operador jurídico, con gran diversidad desde el ordenamiento interno del Código Civil, en el ordenamiento del derecho internacional de derechos humanos y en el derecho consuetudinario, pues el primero si bien recoge la teoría consensualista en la transferencia de propiedad, en la oposición a terceros es formalista y brinda efectos jurídicos a la inscripción registral; los otros dos en la transferencia respetan la autonomía de la voluntad comunal y acogen la formalidad en la celebración y adopción de acuerdos de la Asamblea representativa, sin embargo en la identificación de los bienes el tratamiento jurídico es menos formal, admitiendo la aplicación de criterios objetivos y subjetivos para la identificación de bienes, no requieren título, documento ni registro para los reclamos de las tierras, privilegiando acudir a la realidad, a la historia, a los orígenes ancestrales de la posesión y propiedad de tierras comunales.

El presente trabajo es una tesis con investigación descriptiva – correlacional en base a la exploración científica, comprendiendo la descripción, registro, análisis e interpretación de la existencia y presencia histórica de la multiculturalidad en el Perú y la relación de los indígenas con las tierras (sin que signifique una evocación histórica, sino la necesaria identificación de su surgimiento y permanencia como realidad

presente y tangible), su captación y regulación en el derecho a través de la evolución normativa desde las antiguas leyes de Indias, las primeras constituciones de la República, a las constituciones del siglo XX; la identificación de los pueblos indígenas conforme a los criterios subjetivos y objetivos en las normas del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, su registro en datos estadísticos que dan cuenta de la existencia del considerable número de descendientes de pueblos ancestrales agrupados en comunidades campesinas, comunidades nativas e indígenas, incluso pueblos no contactados de nuestra Amazonía, que mantienen y practican su tradicionales costumbres, con su propia visión en la tenencia de las cosas, y en el ejercicio colectivo de la posesión y propiedad colectiva de tierras comunales.

El problema general que se desarrolla en la presente tesis está referido a determinar: ¿Cuál es el tratamiento jurídico en el Perú en el siglo XXI para la identificación, determinación y regulación de derechos sobre la propiedad y posesión colectiva de las tierras de las comunidades campesinas e indígenas?, ¿Es constitucional aplicar el ordenamiento jurídico, principios, reglas, normas de la generalidad de casos de propiedad privada y posesión de bienes inmuebles regulados por el Código Civil, en forma directa, como parámetros de interpretación o por aplicación supletoria, a la propiedad y posesión colectiva de las tierras de las comunidades campesinas e indígenas en el Perú?, ¿La diversidad cultural es un componente cultural dinámico que incide en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas, con relación a una forma diferente de propiedad y posesión en esencia colectivas sobre las tierras de las comunidades campesinas e indígenas en el Perú?. **Los problemas específicos:** ¿Cuáles son las reglas y pautas normativas

validas en el ordenamiento jurídico del Perú, para la identificación y regulación de las tierras protegidas de las comunidades campesinas e indígenas?, ¿Los principios y normas sobre propiedad privada y derechos reales del Código Civil, son compatibles en contexto de constitucionalidad y convencionalidad para regular los derechos de propiedad y posesión colectiva de tierras comunales?, ¿La regulación legal sobre actos de disposición, de uso y de explotación de tierras de comunidades campesinas e indígenas, constituye un obstáculo para las exigencias de seguridad jurídica y circulación de la propiedad en el siglo XXI en el Perú?, ¿Cuál es la relación que existe entre la diversidad cultural y el desarrollo normativo y tratamiento jurídico de la propiedad de las tierras comunales, respeto y protección a los pueblos indígenas y sus tierras?, ¿Los estándares internacionales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, constituyen normas de jerarquía, pautas interpretativas vinculantes para el Estado Peruano?.

Las hipótesis que guardan conexión con el problema general y los problemas específicos son: **Hipótesis principal:** Aspectos sociológicos como la diversidad e identidad cultural pueden afectar en forma directa y relevante en el derecho, en la regulación jurídica de instituciones de derechos reales como la propiedad y posesión de tierras de pueblos indígenas, determinando el tratamiento jurídico válido en contexto de constitucionalidad y convencionalidad en el siglo XXI. **Hipótesis derivadas:** 1) La propiedad y posesión de tierras de pueblos indígenas están relacionados con la diversidad e identidad cultural constituyendo derechos y valores

culturales. 2) Al gozar de protección jurídica la diversidad cultural sustenta la protección jurídica de derechos y valores culturales como la propiedad y posesión de tierras de los pueblos indígenas. 3) Existe una relación entre la diversidad cultural, el desarrollo normativo y tratamiento jurídico, respeto y protección a los pueblos indígenas y sus tierras, en el sentido de que su reconocimiento o negación se traduce en la protección o desprotección respectivamente, en la regulación legal de las tierras comunales. 4) La protección especial que brinda la diversidad cultural a las tierras de los pueblos indígenas, produce un ordenamiento jurídico especial a la propiedad y posesión de las referidas tierras, no siendo aplicables normas del Código Civil que resulten incompatibles con este ordenamiento y tratamiento especial. 5) Las reglas y pautas normativas del ordenamiento internacional, para la identificación y regulación de las tierras protegidas de las comunidades campesinas e indígenas, son las convencionalmente y constitucionalmente válidas y guardan compatibilidad con el derecho consuetudinario sobre uso y tenencia de las tierras de los pueblos indígenas. 6) La regulación legal vigente sobre actos de disposición, de uso y de explotación de tierras de comunidades campesinas e indígenas, contiene vacíos y contradicciones que se pueden superar con interpretaciones en compatibilidad y armonía con las normas constitucionalidad, convencionales, y derecho consuetudinario, brindando seguridad jurídica y circulación válida de la propiedad en el Perú del siglo XXI. 7) Los estándares internacionales de la Corte IDH, constituyen normas de jerarquía, pautas interpretativas vinculantes para el Estado Peruano, en razón de la ratificación de la Convención Americana de Derechos Humanos, y el sometimiento a la jurisdicción y competencias de la citada Corte.

La correlación entre la diversidad cultural y el desarrollo normativo y tratamiento jurídico de la propiedad de las tierras comunales, produce variaciones en la medida de una menor o mayor aceptación, respeto y protección a los pueblos indígenas y sus tierras, que se traduce en el tipo de legislación que predomina en cada momento.

El método utilizado es el de investigación dogmática en base al estudio del ordenamiento constitucional, sus cambios y modificaciones, de la legislación relacionada a las tierras de los pueblos indígenas y de las normas convencionales e interpretaciones vinculantes para el ordenamiento interno, con el objetivo de profundizar en el tema y aportar criterios interpretativos conforme a estándares internacionales que mejoren la identificación de normas que regulan la titularidad, registro y ejercicio de las tierras comunales.

Anotando dos funciones en esta investigación: 1) Descripción del objeto de investigación en la determinación de la correlación entre el mayor o menor reconocimiento y protección del derecho fundamental a la diversidad cultural y, la regulación normativa del derecho a la propiedad y posesión colectiva de las tierras de las poblaciones indígenas. 2) Identificación de los principios y normas jurídicas sobre la propiedad y posesión colectivas de los pueblos indígenas, conforme a los estándares internacionales que resultan obligatorios y vinculantes para el Estado Peruano, en control de convencionalidad.

La presente investigación está muy vinculada con la sociología por los temas de cultura, identidad cultural, diversidad cultural, multiculturalidad, pluriculturalidad e interculturalidad que se relacionan esencialmente a los pueblos indígenas y a éstos con sus tierras que constituyen valores culturales, fuente y elemento de existencia y subsistencia; la investigación se justifica principalmente en el Derecho como ciencia social, de normas y reglas destinadas a regular la conducta humana en aspiración de convivencia pacífica y en compatibilidad con la primacía de la defensa de toda persona humana y de su dignidad, sin soslayar que el tema afecta a un número considerable personas y grupos sociales de diversas culturas cuando confrontan sus derechos e intereses traduciéndose en conflictos relativos a la propiedad, posesión y uso de las tierras; se vincula a grandes extensiones de tierras que constituyen factores de producción, explotación, desarrollo económico y social; justamente por ello, el inadecuado tratamiento jurídico en la regulación de tierras indígenas en un contexto de multiculturalidad, acarrea el surgimiento de una gran cantidad de conflictos sociales de envergadura que afectan la paz social y la economía nacional, conforme a los varios reportes e informes de Defensoría del Pueblo y de los Grupos de Trabajo de la OIT; por lo tanto es necesario un cambio de concepciones y recoger criterios y principios de derecho convencional que aportan una mejora en el tratamiento jurídico de las tierras, con enfoques igualitarios, brindando seguridad jurídica, y confianza en la solución de conflictos en contexto de diversidad cultural.

El presente es un trabajo de tipo cualitativo, por lo que no se presenta dimensión, indicadores ni escala de medición; respecto a los problemas y las variables se consideran y serán contrastadas en el desarrollo de jurisprudencia convencional de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, jurisprudencia constitucional del Tribunal Constitucional, jurisprudencia de la Sala Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema del Poder Judicial, y casuística relacionadas al tema de investigación.

La estructura de la tesis inicia con el Capítulo I: Marco Teórico, en el que se desarrolla los antecedentes de la investigación, bases teóricas en relación a aspectos generales del tema, definiciones conceptuales vinculadas, de cultura, diversidad cultural, pluriculturalidad, identidad cultural, monismo y pluralismo jurídico; al respecto, se acude a teorías de diversos y calificados autores de especialidades en antropología, sociología y derecho, permitiendo la ubicación con un enfoque teórico específico y conceptos que sirven para sustentar la investigación; se precisan y tratan los criterios objetivos y subjetivos de identificación de los pueblos indígenas conforme a las normas y jurisprudencia sobre derechos fundamentales de las referidas poblaciones.

Este capítulo nos sirve para anotar la situación problemática en las divergencias que se suscitan desde el reconocimiento de ser un país con marcada presencia multicultural, existiendo tendencias que penetran en el derecho orientadas a uniformizar, asimilar, unificar a una cultura que consideran la más adecuada; que trascendiendo al derecho y su evolución se encuentran una diversidad de normas que en temas específicos que se denotan en el capítulo segundo de esta investigación,

presentan vacíos y contradicciones que lejos de aportar a una solución pacífica, ocasiona la inseguridad jurídica y fomenta la ocurrencia de fuertes conflictos sociales relacionados con las tierras comunales y su explotación, agraria, comercial, minera, involucrando varios sectores sociales y culturales, afectando la economía del país; sumado que en la regulación legislativa se viene soslayando la significancia y trascendencia en el siglo XXI de derechos fundamentales que nos vinculan como Estado Constitucional al respeto y protección, entre otros, al derecho a la cultura, a la diversidad cultural, identidad cultural, que irradian en la formulación, producción normativa, estudio, interpretación y aplicación de disposiciones constitucionales y legales, como sucede en particular con el derecho a la propiedad, posesión y transferencia de las tierras de las comunidades campesinas e indígenas del Perú.

Los antecedentes históricos tratados también en el capítulo primero, dan cuenta de la significancia de ser culturalmente diferente y su incidencia en el tratamiento jurídico, que incluso en los tiempos actuales, alcanzan al operador jurídico que asume conceptos subjetivos y objetivos que influyen en el contexto de descubrimiento de la argumentación jurídica, y con mayor gravedad cuando se extiende al contexto de justificación interna en lógica jurídica y externa en corrección material de las premisas normativas y fácticas que encaminan a una determinada decisión en casos vinculados a tierras de comunidades campesinas e indígenas.

En la evolución de concepciones teóricas, superando la errada identificación de cultura con civilización, se descartan planteamientos de que habrían mejores culturas que

otras, transitando hasta lograr el reconocimiento de la cultura y diversidad cultural como derechos fundamentales esenciales de toda persona, grupo o comunidad; es concretada la cultura como bien humano digno de protección, que se define por la Unesco (1982) en: “conjunto de rasgos distintivos, espirituales, materiales, intelectuales y afectivos que caracterizan a una sociedad o un grupo social”, anotando la citada institución que, engloba las artes, lengua, los modos de vida, derechos fundamentales del ser humano, sistemas de valores, tradiciones, creencias. Como señalan los autores citados en este trabajo, la cultura es realización de toda persona, es la cultura universal pero no única, involucra la capacidad de la persona humana de reflexionar sobre sí misma, y se expresa en cada comunidad humana a través de la infinita diversidad de los actos y los intercambios mediante los cuales el hombre da un sentido a su vida y deja su marca en la historia. En este trabajo se logra determinar un dinámico componente cultural que incide en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas, que se fortalece al relacionarse con derechos fundamentales a la diversidad cultural e identidad cultural que gozan de protección en normas convencionales vinculantes para el Estado Peruano.

En un análisis de la teoría de monismo jurídico de un solo ordenamiento jurídico con la centralización del poder en el Estado sustentado en la coerción; en el pluralismo jurídico frente a la existencia de más de un ordenamiento jurídico de diferentes fuentes productivas, como el Derecho Internacional, el Derecho Interno, y el Derecho Consuetudinario, se encuentran coincidencias de esta teoría con la realidad objetiva

del Estado Peruano, la coexistencia de ordenamientos jurídicos y sus formas de relacionarse; sustentando en el caso del Derecho Internacional en principios de *pacta sunt servanda* y buena fe, en las normas constitucionales que disponen su incorporación como normas del bloque de constitucionalidad (tratados de derechos humanos), y en normas legales (tratados comerciales, entre otros); en relación del derecho consuetudinario, sustentamos un pluralismo jurídico fuerte en la coexistencia de dos sistemas jurídicos que en ocasiones entran en colisión, ordenamientos que coexisten en un Estado y no se pueden unir ni fundirse; contando el derecho consuetudinario con normas que subsisten, se aplican, gozan de legitimidad y siguen vigentes, pertenecientes a grupos culturales en territorios determinables, con sus propias autoridades que administran justicia y cuenta con un sistema de coerción en las rondas campesinas; con un elemento común en los dos sistemas jurídicos, el respeto a los derechos fundamentales, su vinculación a los tratados sobre derechos fundamentales y jurisdicción internacional, la posibilidad de acudir a la Corte Interamericana y someterse a sus decisiones.

En el Capítulo II: Protección Constitucional del Derecho de Propiedad y Transferencia de Tierras de Comunidades Campesinas e Indígenas, se desarrolla la institución jurídica del derecho de propiedad que forma parte del derecho civil en la especialidad de derechos reales, basado en concepciones tradicionales de la propiedad como un bien material y derecho que goza de protección constitucional y legal; pasando a analizar el caso específico del derecho de los pueblos indígenas a la propiedad, al

tratamiento jurídico otorgado en el tránsito de las diversas constituciones que ha tenido la República del Perú, hasta arribar a la constitución vigente de 1993 que protege el derecho de propiedad y establece asimismo una protección constitucional a las tierras de las comunidades campesinas e indígenas.

Con relación al punto 2.4 del capítulo segundo sobre la vinculación del derecho a la identidad étnica y cultural con las tierras comunales, se determina que los territorios y las tierras son elementos que forman parte de la cultura y la identidad cultural de un pueblo, con presencia en sus relaciones sociales, ritos, ceremonias, compartimientos colectivos, sistemas de valores y creencias, con un carácter inmaterial y anónimo; la identidad cultural se vincula también con un territorio, reconociendo que hay manifestaciones culturales que expresan con mayor intensidad que otras el sentido de pertenencia, el sentido de identidad cultural; no solo los rituales, las danzas, la música, reconocidas como patrimonio cultural inmaterial, sino también los territorios y las tierras, más aún, formas colectivas de propiedad, de posesión, de trabajar, sembrar, cultivar, cosechar, entender, relacionarse y rendir culto a los terrenos como la madre tierra “mamapacha”; bienes considerados en los sistemas de derecho tradicional en forma objetiva, vienen a formar parte de valores culturales esenciales e indesligables de algunos individuos y grupos, hasta el punto de relacionarse íntimamente con su supervivencia, subsistencia, razón de ser y realización personal.

Este trabajo identifica la existencia y presencia de poblaciones indígenas y tribales con territorios reconocidos; plantea que las diferencias culturales no deberían afectar el tratamiento igualitario, precisando que no se trata de tajar las especiales y valiosas características culturales, sino de diferenciación, acogiendo un tratamiento horizontal de igualdad en derechos y en respeto, superando situaciones discriminatorias, patriarcales, paternalistas, o de indiferencia o más aún de sometimiento. Centrando nuestro tema de investigación en el ordenamiento jurídico de las tierras de los pueblos indígenas en enfoque de derecho constitucional y convencional.

En el Capítulo III: Estándares Internacionales de la Corte IDH sobre la Propiedad de las Tierras de los Pueblos Indígenas, se trabaja sobre aspectos de convencionalidad, el carácter vinculante para el Estado Peruano de los tratados sobre derechos humanos, su incorporación y reconocimiento como normas del bloque de constitucionalidad, el sometimiento de nuestro Estado a la competencia y jurisprudencia de la Corte IDH, las normas convencionales concrecionadas sobre el reconocimiento de la diversidad cultural y de la propiedad inmueble como derechos fundamentales, de protección a las tierras indígenas, así como el ingente material jurisprudencial y estándares internacionales vinculantes de la Corte IDH, que a través de una interpretación evolutiva y pro homine del derecho internacional interamericano, sustenta la reformulación de instituciones con un contenido especial y vinculado a la identidad cultural como sucede con la propiedad y la posesión colectiva, plantean un

contexto normativo especial a nivel convencional y constitucional, que irradia sobre todo nuestro sistema jurídico y que resulta importante considerar.

Los estándares internacionales que constituyen normas con pautas, criterios, reglas, desarrollados en su mayor parte en la jurisprudencia de la Corte, atienden la fuerte relación que los pueblos indígenas tienen con sus tierras, advirtiendo que no solo se trata de posesión y producción, esencialmente hay un elemento material y espiritual que sirve y consiste en preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras; identifica una concepción del derecho a la propiedad de las tierras indígenas con elementos incorporales, propiedad con identidad cultural que también está protegida por las normas convencionales, pues no existe una sola forma de usar y disponer de los bienes, la citada Corte en reiterada jurisprudencia advierte una institución diferente a la propiedad privada, social u otros modos de ejercerla, se trata de una forma ancestral de propiedad colectiva de la tierra, que gravita más que en el individuo, en el sentido de pertenencia del grupo y su comunidad, no es una copropiedad ni propiedad en condominio, es una propiedad colectiva con elementos culturales, características de dominio y de la posesión sobre las tierras que difieren de la concepción tradicionalmente aceptada de propiedad, con igual protección del artículo 21 de la Convención Americana; establece que los Estados tienen entre sus obligaciones, el reconocer el derecho a la propiedad colectiva de los pueblos indígenas, incorporar vías, medios para la realización y efectivización del derecho convencionalmente protegido.

Los territorios y tierras ancestrales de los pueblos indígenas vienen a ser elementos culturales, configurando una forma de propiedad colectiva muy particular; aspectos que inciden en la evolución y desarrollo de un nuevo ordenamiento convencional acogido por la jurisprudencia internacional de carácter vinculante para el Estado Peruano en razón de la suscripción, ratificación de los pactos, y del sometimiento sin restricciones ni limitaciones temporales a la jurisdicción y decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En este trabajo no se plantean específicas modificaciones legislativas, pues si bien es cierto que por los compromisos asumidos en los tratados se debe adaptar la legislación interna a los parámetros convencionales, también lo es, que es relevante el cambio de conceptos en la doctrina, jurisprudencia y principalmente en el operador jurídico, que más que cambios legislativos se trata de respetar el derecho consuetudinario, el derecho convencional, como acoge la constitución, e interpretar las leyes a la luz de las normas convencionales y constitucionales, permitiendo en base a un control de convencionalidad en símil de un control de constitucionalidad, la interpretación y concreción de normas en armonía con las normas constituidas y adscritas de los tratados y con los estándares del ordenamiento convencional, arribando a un ordenamiento normativo efectivo y eficiente en la protección de los derechos fundamentales y de la propiedad colectiva con respeto a la identidad cultural.

Finalmente, el hecho de ser un Estado multiétnico y pluricultural implica un contexto de diversidad cultural, el cual no es posible obviar, absorber en asimilación ni extinguir,

por el contrario en el Perú se aprecia una convivencia de culturas, con minorías que tienen fuerte presencia en tiempos de tranquilidad (en turismo, producción agraria y ganadera), como en tiempos de conflictos (en minería, recursos naturales, reclamos de derechos), manifestándose y constituyendo un elemento dinámico que trasciende hasta el punto de generar en producción así como en interpretación jurídica, concreciones normativas nuevas, e impactar en el ordenamiento jurídico.

Por ello, en las conclusiones se arriba que el orden normativo en el siglo XXI en relación con las tierras comunales, tiene un componente a considerar en la diversidad cultural, su trascendencia y consecuencias en la regulación constitucional y legal, arribando a que la diversidad cultural es un derecho fundamental que en contexto de interculturalidad, impacta y penetra la producción normativa constitucional y legal, el desarrollo, la regulación, aplicación, y el sistema del derecho a la propiedad, posesión, transferencia, de las tierras de comunidades campesinas e indígenas en el Perú; además de sustentar un derecho de propiedad y posesión colectiva de la tierra con un elemento cultural inescindible, muy peculiar que requiere ser protegida y promocionada en su ejercicio, a fin de evitar el desmembramiento de territorios comunales que luego repercuten negativamente en su cultura y economía.

Las connotaciones actuales que descubren elementos y valores culturales en las tierras indígenas, la vinculación de las referidas tierras con otras formas de explotación diferente a la agraria o, a otras escalas; los conflictos sociales que nos hacen recordar que somos un Estado multiétnico y pluricultural, con presencia de diversidad cultural

con diverso tratamiento jurídico en relación a derechos y bienes de los pueblos interesados en relación con el común de la población; la circunstancia de que somos calificados a nivel internacional como un país agricultor con grandes inversiones en el agro, y que nuestro principal ingreso del PBI proviene de la explotación y extracción minera donde se presentan la mayor cantidad de luchas por las tierras y sus recursos; son aspectos cuya importancia se acentúan en estos tiempos de crisis económica y enfrentamientos sociales, requiriendo contar con un ordenamiento con seguridad jurídica, que contribuya a la paz social, que en su interpretación y aplicación se logre compatibilizar las disposiciones legales existentes con las normas convencionales de derechos humanos y los estándares internacionales, orientándose a una adecuada solución de los conflictos particulares y sociales, y permitiendo una convivencia social pacífica en contexto de interculturalidad.

CAPÍTULO I

MARCO TEÓRICO

Muchas de las actuales naciones son el resultado de la imposición a sangre y fuego de un grupo de mercaderes guerreros que agruparon pueblos, culturas y procesos diversos en unidades nacionales bajo la égida de Estados nacionales, y que intentaron homogeneizar a los pueblos que quedaron dentro de sus fronteras compulsiva y sistemáticamente. (Del Val José, 2007).

1.1 Diversidad cultural

Una sola humanidad con diversas razas, grupos humanos y culturas extendidas en la totalidad del planeta sin llegar a conocernos ni comprendernos, resulta ser parte de la historia compartida del hombre y de nuestro país con orígenes de formación indígena que construyeron un imperio que luego fue conquistado, reducido, para dar paso a una especial mixtura de grupos humanos entre conquistadores, conquistados, criollos, indígenas, colonos y colonizadores, arribando todos a la independencia y la república en un nuevo contexto pero con más diversidad.

Somos el resultado de nuestra historia, de eventos compartidos que en esencia nos unen más que desunen; somos varios en un solo territorio en una sola Patria, cuyas diferencias culturales no deberían afectar el tratamiento igualitario, en un sentido de preservar las especiales y valiosas distinciones culturales, de un tratamiento horizontal de igualdad en derechos y en respeto, superando situaciones discriminatorias, patriarcales, paternalistas, o de indiferencia o más aún de sometimiento de una cultura a otra, de un sistema de derecho a otro.

El avance de los tiempos y de los años no es indicador que estemos mejorando a la velocidad deseada en perspectiva del respeto de los derechos fundamentales; han pasado varios siglos desde que remeció el grito de libertad, igualdad y fraternidad en Europa de los siglos XVII y XVIII, y aún somos testigos o informados de situaciones de discriminación racial, cultural, de género, entre otras; e incluso en el tema de la presente investigación vinculado a la multiculturalidad, existen ciertos prejuicios y en algunos casos mínima aceptación del ser culturalmente diferente, lo cual tiene incidencia en el tratamiento jurídico, en la realidad social, incluso en la interpretación de las disposiciones normativas y aplicación del derecho, tanto más si no es posible desvincular al operador jurídico de ciertos aspectos subjetivos que influyen en el contexto de descubrimiento de la argumentación jurídica, y con mayor gravedad cuando se trata de legislar, interpretar, aplicar normas en relación a una cultura que no es en propiedad la nuestra sino de otro, que incluso cuenta con su propio sistema regulativo de conductas y sus propias autoridades.

En ese sentido, cobra especial trascendencia el tema de la diversidad cultural para el operador jurídico, al cual nos avocamos en relación a los pueblos indígenas y el derecho a sus tierras, sin debatir la denominación que las identifique en tanto logre identificarlas y acercarnos a ellas, es que se comprenden en el término de pueblos indígenas a las denominadas en nuestro país como comunidades campesinas, nativas, indígenas y pueblos no contactados; en este trabajo vamos realizar algunas precisiones conceptuales, como es de cultura, identidad cultural, aproximándonos a la diversidad cultural, referirnos a la pluriculturalidad, que nos permiten reconocer la diversidad cultural en el Perú, existencia y presencia de los pueblos indígenas, interculturalidad e identificación cultural, para entender el vital y carácter de valor cultural esencial que revisten sus territorios y tierras para los referidos pueblos.

1.1.1. Precisiones Conceptuales de Cultura

Previamente es necesario delimitar que, en las precisiones conceptuales y conforme a un análisis conceptual del derecho y, el desarrollo de instituciones que sirven de marco teórico en nuestra investigación, vamos a utilizar el término “concepto” que por ser polisémico y su definición poca pacífica, en el sentido de lo que significan las instituciones, de las construcciones que se realizan en torno de los términos, y los significados atribuidos por las ciencias, el derecho y la doctrina.

No es una cuestión previa pero si de orden, el definir en primer lugar y dedicar atención al concepto cultura, en tanto es éste quien bajo una vinculación esencial imprime especial significancia a los conceptos identidad cultural, diversidad cultural y multiculturalidad, máxime que el concepto cultura que acompaña a los anteriores términos anotados, resulta de una delicada complejidad, y sus nociones y conceptualizaciones han variado históricamente en un panorama no pacífico, transitando por una variedad de definiciones a veces empalmada con otros conceptos, e influenciada por las tendencias del tiempo y por las ciencias que prevalecieron en momentos dados; suscitando enfrentamientos y discusiones de intelectuales y científicos franceses, británicos, alemanes y americanos, con divergencias y coincidencias de posturas de reconocidos profesionales antropólogos, etnólogos, psicólogos, historiadores y sociólogos; una larga data de debates desde sus orígenes o más bien reconocimiento de su formación conceptual en el siglo XVIII, continuando hasta a finales del siglo XX en que se advierten algunos consensos en cuanto a conceptos, elementos y características.

En sus inicios se confundía cultura con civilización, los intelectuales de Francia y Gran Bretaña llegaron a identificarla con civilización en el sentido de civismo, cortesía, sabiduría administrativa, en oposición a barbarie y salvajismo, articulando la cultura con la existencia de una sola y superior civilización, lo cual suscitaba mucha controversia, como el aceptar que la cultura era solo de los civilizados y no de todos; con el tiempo fue asociada a progreso material, y luego desligada del concepto

civilización que a decir de Adam Kuper en Alemania se llega a distinguir que civilización era algo externo, racional, universal y progresista, a diferencia, la cultura estaba referida al espíritu, tradiciones locales, al territorio, recogiendo de Cicerón la referencia de "cultura animi" cultivo del alma, y asociando antropológicamente el concepto cultura a las artes, religión y costumbres; a mediados del siglo XX se amplía a una visión más humanista relacionada con el desarrollo intelectual y espiritual del individuo, para incluir todas las actividades, característica e intereses de un pueblo (Molano, 2017, pp. 70-71).

El siglo veinte impactado por significativos y variados eventos que marcaron la historia de la humanidad nos dejó muchas reflexiones sobre la diversidad y la cultura; las dos guerras mundiales se produjeron en ese siglo (destacando la segunda por el exterminio de aproximadamente seis millones de personas por razones de orígenes étnicos –judaísmo, práctica de una religión, identidad, cultura, salud, raza, ideologías políticas); a mediados y fines del mismo siglo XX se empoderaron los derechos fundamentales, los Estados suscribieron y ratificaron una gran cantidad de declaraciones, pactos, tratados, convenios e instrumentos internacionales sobre derechos humanos, se formaron cortes internacionales con competencia en asuntos de derechos fundamentales con jurisdicción contenciosa y vinculantes para los Estados, florece un nuevo constitucionalismo, y se fortalece el control de convencionalidad; en igual forma en el tema de estudio, el iter ha sido cíclico con aspectos negativos y positivos, de una concepción personalista de cultura-civilización,

a cultura en antropología, psicología, historia, para finalmente admitir que no existe una sino muchas culturas sin que haya una mejor que otra.

Como anotamos, a inicios y hasta mediados del siglo XX no fue pacífico ni existió consenso en la definición de cultura, con una gran diversidad de definiciones de los antropólogos americanos, logrando Alfred Louis Kroeber y Clyde Kluckhohn tabular y clasificar 164 definiciones de cultura y civilización (como sinónimo), que agruparon en dos amplias categorías: a) las desaprobadas y pasadas de moda nociones elitistas, etnocéntricas y humanistas, b) las que respondían a la idea de cultura moderna y científica con poder explicativo, en las cuales los científicos estaban convergiendo sistemáticamente en una noción libre de los vagos usos de los humanistas; ubicando en esa línea una primera definición de Edward Burnett Tylor (representante del evolucionismo del siglo XX). en su obra *Cultura o Civilización*, en el sentido de un todo: "tomada en su amplio sentido etnográfico, es el todo complejo que incluye el conocimiento, la creencia, el arte, la moral, la ley, la costumbre y cualquier otra capacidad o hábito adquirido por el hombre en tanto que miembro de una sociedad", agrega, "Cultura es un todo, se aprende e incluye prácticamente cualquier cosa en la que se puede pensar aparte de la biología" (Kuper, 2001, p. 74).

Definición que suscitaron críticas contra Tylor, de haber juntado elementos no coherentes en su afirmación de que cultura formaba un todo, entendiendo por todo, a

un listado de rasgos, que, en ese orden para entender una cultura solo sería cuestión de inventariar lo que consistía ese todo, lo cual no permitía el análisis, además que incluía en ese todo aspectos de organización social; para los investigadores Kroeber y Kluckhohn "ese todo" debía ser entendido como un todo integrado de varios elementos y partes, como una estructura con partes interconectadas, que es parte de la cultura las reacciones motoras, hábitos, técnicas, ideas y valores, elementos de cultura que se aprenden y se transmiten, formando al hombre tan especial y cualidades que lo distinguen de lo demás que hay en el cosmos; señalan que se debía diferenciar cultura de organización social, y atender al nuevo y reciente descubrimiento de que las ideas culturales se expresan y comunican entre símbolos en base a la capacidad de los seres humanos de simbolizar, generalizar, y utilizar la imaginación en la sustitución: "Ciertamente, tal como en 1951, hay entre filósofos, lingüistas, antropólogos, psicólogos y sociólogos un amplio reconocimiento del hecho de que la existencia de la cultura descansa indispensablemente sobre el desarrollo, en los primeros hombres, de las capacidades de simbolizar, de generalizar y de sustituir imaginativamente" (Kuper, 2001, p. 75).

Respetado fundador de la escuela relativista, Franz Boas (1922), cuyo campo de investigación era el estudio de las culturas y evolución desde las ciudades primitivas, consideraba que la cultura era la totalidad de reacciones y actividades mentales y físicas, así como a los productos de dichas actividades, que caracterizan a los individuos de un grupo social, colectivo o individualmente, en relación a muchos

factores, al medio ambiente, a otros miembros del mismo grupo y hacia sí mismo; coincidiendo que la cultura no es un todo estático, es más que eso, conteniendo elementos interrelacionados y dependientes que forman parte de una estructura conectada. Estudió la cultura en perspectiva histórica, considerando que era influida por el ambiente social y el territorio le llamaba la atención del por qué tribus con diferentes lenguas y lugares compartían rasgos culturales, como costumbres, mitos, folklore, creencias, prácticas, arribando que ello se producía como resultado de la difusión y no de una aparición independiente en cada una, por lo que se debía estudiar cuales eran los rasgos culturales originales y cuales los replicados.

Talcoll Parsons afirmaba que: "Los objetos culturales son elementos simbólicos de las tradiciones culturales, ideas o creencias, símbolos expresivos o patrones de valores" (Kuper, 2001, p. 75); científico de especial reconocimiento académico desarrolló una gran influencia en su época gracias a sus estudios y reflexiones sobre la cultura; en Harvard en el Departamento de Relaciones Sociales, reunió a sociólogos, psicólogos y antropólogos, para remodelar las ciencias sociales con división de trabajo, estableciendo que la sociología se dedicaría a los sistemas sociales; sobre el sistema cultural (asunto que antes se encargaba a los humanistas) consideraba que debía encargarse la antropología, ciencia que consideraba altamente especializada que debía centrarse en el sistema proyectando el patrón cultural en sí, más no en aquella organización social con la que se relaciona; consideraba el investigador citado, un replanteamiento en los temas y elementos de investigación, dejando a un lado la

biología, desvincularse de asuntos sobre personalidad, como de instituciones sociales, y asuntos históricos enfocados por otras ciencias; efectuar un planteamiento conceptual más preciso y delimitado de cultura, determinada en su posicionamiento y relación, en lo que el autor considera “la trinidad de fuerzas que modelan la acción”, estas son: “personalidad, relaciones sociales, ideas y valores” (p. 75).

El asunto de considerar o no en cultura al sistema social, la estructura social como elemento del mapa cultural, enfrentó a Parsons con Kroeber y Kluckhohn tildándose mutuamente de humanistas, y de conceptualizaciones restringidas, lo que luego fue superado al consolidarse la postura que los símbolos son medios para expresar y comunicar ideas culturales, que las propiedades más distintivas e importantes de cultura eran sus valores, constituyendo elementos esenciales sobre los cuales se organizan en primer lugar, valores que pueden ser de carácter variable, relativos, no predeterminados y eternos, siendo aspiración de toda sociedad la búsqueda de valores que luego encuentran de alguna forma; postura que se apoyó en la tradición alemana con una concepción de cultura, que incorpora sistema de ideas, además de valores y símbolos, señalando los autores referidos, que "Al absorber los valores de una cultura y hacerlos suyos, el individuo hallaba un propósito en la vida y un sentimiento de identidad".

Por su parte Clifford Geertz planteaba una especie de vínculos que surgían en relación de la convivencia y de habitar una misma ciudad, llevándolos a compartir además de cultura, ciertos lazos entrecruzados y conectados con capacidad de influenciar en la generación de adhesiones, afiliaciones más profundas, que existía relevancia e incidencia de los rituales, creencias y religión (aspecto privilegiado de cultura, con símbolos sagrados), expresando una definición de cultura de: “sistema ordenado de significado y símbolos, en cuyos términos los individuos definen su mundo, expresan sus sentimientos y emiten sus juicios - un patrón de significados transmitidos históricamente y materializados en formas simbólicas, mediante las cuales los hombres se comunican, perpetúan y desarrollan conocimiento” (Kuper, 2001, pp 75-220).

Interesante avance que aporta en la construcción del concepto de cultura, con predominio de la función simbólica y universal, constituyendo un segundo código además del código genético, indispensables e inmanentes en esencia para los seres humanos, hasta el punto de afirmar que, ser humanos, es poseer una cultura; sin soslayar, que las culturas no son iguales y más bien son diferentes, hasta el punto que la cultura conduce a un tipo particular de ser humano; la cultura contiene patrones de conducta, en que, las proposiciones culturales simbólicas sirven para articular una descripción del mundo y una guía de conducta, es decir guía para la acción, afirmando Geertz que la cultura es la trama, la malla del significado, que sirven a las personas para interpretar su experiencia y guiar su acción. David Schneider señalaba que no

existe relación entre símbolo y cosa, así las culturas pueden usar diferentes símbolos para las mismas cosas. Marshall Sahlins (2001) en su trabajo "La historia como cultura, diferentes culturas, diferentes lógicas"; este autor en posición muy crítica acusaba a los materialistas de considerar a la cultura como si fuere un objeto útil, como instrumento, herramienta, tecnología, y en base a ello dividían la historia de la humanidad en sucesivas eras según la tecnología lograda y utilizada, cambios de modos de producción; respecto a la antropología americana, considerados como idealistas contemporáneos, la consideraban un grupo de símbolos representados, cual forma, acuñaba la acción confiriendo entendimiento y razón a los sucesos; para el estructuralismo el significado de objeto cultural es la simbolización, facultad específica del hombre, subvalorando el universalismo de Leví Strauss.

Sin embargo como señala Kuper, tales discrepancias teóricas se logran conciliar gracias a los eventos de los años sesenta, décadas de movilizaciones de ciudadanos animadas por un espíritu de hermandad e idealismo, momentos trascendentes como la retirada americana de Saigón, surgimiento de grandes y significativas manifestaciones sociales, el movimiento de la contracultura, contra la guerra, movimiento de las mujeres, críticas al orden existente, los jóvenes cuestionaban una vinculación entre antropología y colonialismo, de que un proyecto imperial operaba al interior de Estados Unidos con formas opresión basadas en raza, género, preferencial sexual, y se puso en cuestión la noción de cultura como algo homogéneo inmutable, se preconizaba que las culturas no estaban aisladas de la occidental; denotaba Kuper,

que los “estados poscoloniales no habían sucumbido a la occidentalización”, que, los nativos repudiaban la forma como se los presentaban, negándose a que se les siga retratando en la forma que lo hacían los etnógrafos; llamándoles la atención Clifford, de que ya no están en la cima de la montaña que les permita retratar y representar las formas de vivir de los otros, que las cosas han sido cimentadas sobre tierra movediza, en los cuales los análisis culturales se enredan en movimientos globales de diferencias y poder, el mundo ha cambiado, ahora las sociedades del planeta se conectan en un proceso histórico común, la identidad y la cultura discurren en un río continuo, no son fijas ni inmutables, sino que en actividad perpetua, se van deslizando en una construcción permanente y con cierta conciencia, sin poder soslayar que van a seguir presentándose las diferencias y diversidades culturales, incluso en el siglo XXI en razón de un mundo cambiante donde se han agudizado, diferentes formas de vivir, distinciones y diferencia que a pesar de ello y paradójicamente, “destinados en el tiempo a fundirse en el mundo moderno” (Kuper, 2001, pp 121-261).

En el consenso sobre el concepto cultura, Kuper logra confeccionar una lista de hipótesis con ciertas reservas:

1. Considera que no es un tema de raza, la cultura no se trasmite por los genes, es resultado del aprendizaje y de la aprehensión; (al respecto es necesario advertir que en la actualidad hay quienes sostienen en relación a la identidad

biológica, se advierten ciertos elementos e información que se trasmite genéticamente).

2. La cultura humana evoluciona, avanza, es de largo plazo –longue durée-, considera el autor, que no es un progreso a igual velocidad y características, sino uno a mayor velocidad con ciclos que se cierran sin retroceder en temas de tecnología y conocimiento; mayor desarrollo, mayor población humana, sistemas más complejos.
3. Se ha logrado un consenso generalizado del concepto y lo que es cultura, esencialmente en todo lo que han hablado, utilizado la palabra, se tratan de ideas y valores, expresados en símbolos en que estos al igual que las costumbres son variables, describiendo a la cultura como sistema simbólico, con tal diversidad que pareciera infinita. Kuper, destaca en el ser humano, su enorme capacidad para formar y forjar una variedad y diversidad de culturas distintas.
4. La cultura es posible entenderla utilizando la deconstrucción, distinguiendo las creencias religiosas, rituales, conocimientos, valores morales, artes, géneros retóricos y otros, no ligarlos en un solo hato, bajo una etiqueta de cultura conciencia colectiva, superestructura o discurso. Separando sus elementos podremos observar, investigar sus formas, configuraciones, relaciones entre

sus componentes, lengua, experiencias, rituales, costumbres, ideologías, bienes, valores, etc., explorando cultura como una serie de procesos que construyen, reconstruyen, desmantelan en materiales culturales, en respuesta a determinantes identificables.

Finalizamos la versión de los antropólogos, con la reflexión de Adam Kuper (2001) en un mundo que todos hablan de cultura, los investigadores, los técnicos, los nativos, todos advierten que tienen cultura:

"Maurice Godelier describe cómo un temporero vuelve con su pueblo en Nueva Guinea, los baruya, y declara: Tenemos que encontrar fuerza en nuestras costumbres; debemos basarnos en lo que los blancos llaman cultura. Otro neoguineano le dice a un antropólogo: Si no tuviéramos kastom, seríamos lo mismo que los hombres blancos". (...). "La conciencia de la propia cultura que se está desarrollando entre las otrora víctimas del imperialismo es uno de los fenómenos más destacables de la historia mundial en el final del siglo xx". (pp, 262-282).

Stephen Plog y Daniel Bates, antropólogos americanos, el primero con especialización en las culturas precolombinas del suroeste de Estados Unidos, el segundo dedicado al estudio de estrategias adaptativas humanas: ecología, cultura y política, pueblos y

culturas de Oriente Medio, plantean la cultura como un sistema de creencias, valores, costumbres, conductas y artefactos, sistema y elementos que utilizan los individuos de una sociedad en interacción entre ellos y con su mundo, que son objeto de aprendizaje y transmisión de generación en generación.

Lourdes Miquel, analizando las diversas definiciones dadas de cultura en perspectiva antropológica y etnográfico, encuentra coincidencias que sirven para elaborar un esquema que permite destacar características y elementos que hacen más comprensible el concepto de cultura:

1. La cultura es un sistema integrado en el que cada elemento está relacionado con los demás.
2. Es un código simbólico que acorta las distancias entre los miembros del grupo y facilita la comunicación.
3. Es arbitraria, al igual que la lengua, como resultado de una convención.
4. Es compartida por los miembros de una comunidad.
5. Se adquiere con el aprendizaje de la lengua y evoluciona con el proceso de socialización. Se reproduce entre sus propios miembros.

6. Es taxonómica y todos sus miembros comparten las mismas categorías que les sirven como guía de funcionamiento dentro de su grupo.

7. Se manifiesta en distintos niveles de conocimiento y por ello resulta difícilmente detectable en muchas ocasiones.

8. Tiene una gran capacidad de adaptabilidad, al igual que la lengua. Toda cultura es una estrategia de adaptación (Gonzales, 2012 p.89).

Para Plog, Bates y Kottak, adicionalmente a lo antes señalado, cultura es también conducta aprendida, producto del conocimiento, modos de interpretación de la realidad, se comparte diferencialmente y adquiere especiales matices en la práctica individual y grupal.

Actualmente la cultura es un derecho fundamental, reconocido en el artículo 27 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, como el derecho de toda persona de tomar parte libremente en la vida cultural de su comunidad.

La cultura ha sido conceptualizada por la Unesco en la Segunda Conferencia Mundial sobre Políticas Culturales de 1982, como bien humano digno de protección, que se definido en esencia, en:

“Conjunto de rasgos distintivos, espirituales, materiales, intelectuales y afectivos que caracterizan a una sociedad o un grupo social, englobando además de las artes, letras, los modos de vida”. Unesco (1982).

La cultura engloba sistemas de valores, tradiciones, creencias, entre otros, de todos ellos es necesario destacar como elemento esencial de la cultura y de la identidad, la capacidad de la persona humana de reflexionar sobre sí misma; se señala que la cultura nos hace seres humanos racionales, críticos, éticamente comprometidos, a través de la cultura la persona discierne los valores, se expresa, toma conciencia de sí, se reconoce como proyecto inacabado, pone en cuestión sus propias realizaciones, busca nuevas significaciones y crea obras que lo trascienden; que, "La cultura se expresa en cada comunidad humana a través de la infinita diversidad de los actos y los intercambios mediante los cuales el hombre da un sentido a su vida y deja su marca en la historia. La cultura es la realización del hombre, de todo hombre. La cultura es universal pero no única" (Unesco 2001, p. 9).

Hay una diversidad de culturas en el planeta y en la historia, sin que exista jerarquizaciones válidas entre ellas, pues igual es cultura la de los Sumerios, Asirios, Persas, Babilónicos, como de los Mayas, Aztecas, Chavín, Moche Tiahuanaco, sin importar si prevalecieron o fueron esclavizados u oprimidos; ratificando los delegados del mundo en la antes citada conferencia, la igualdad y la dignidad de toda cultura,

rechazando cualquier discriminación en el sentido de que pudiera haber culturas superiores e inferiores pues no hay forma de comparación válida en la esencia de aspectos espirituales, materiales, intelectuales, afectivos, factores, elementos, valores, modos de vida, tradiciones, creencias, etc., que nos puedan llevar a brindar deferencia a una cultura como superior a otra.

En la formación del concepto cultura, es bueno destacar que de una visión individualista se pasa a un concepto universal, para aceptar que no existe una cultura única, ni superior ni universal, sino que hay una diversidad cultural como diferencias existen de ver y vivir la vida por las personas y grupos humanos, manifestadas y marcadas a través de los tiempos y en todo el planeta, acompañadas por una gran diversidad de experiencias; lamentablemente se han producido y siguen produciendo sucesos dramáticos de imposición hasta destrucción de culturas por grupos humanos con diferencias culturales, sea porque se sienten superiores y/o por multiplicidad y disparidad de razones o sin razones, justifican o no, los actos de exterminio y devastación.

Un caso emblemático constituye el aniquilamiento de una ciudad, su población y todo bagaje cultural, que fue literalmente borrada del mapa y de la historia en la era antigua, redescubierta en el siglo XIX con regocijo, para ser nuevamente víctima de actos de destrucción en el siglo XXI por parte del Estado Islámico; se trata de *Nínive*, una gran

ciudad muy antigua ubicada en Asiria cerca al rio Tigris, con asentamiento humano desde el año 6,000 antes de Cristo, en el año 2,000 A.C. ya era un centro de culto de la diosa Ishtar de la fertilidad; se convirtió en una ciudad poderosa en muchos sentidos, allí floreció la cultura, las artes, el conocimiento, la economía el poderío bélico, la religión y el culto a deidades, tuvo considerable población, dicen que solo la capital demoraba en recorrer tres días, y que existían más de ciento veinte mil niños en la zona urbana, tuvo grandes edificaciones y palacios enormes, lujosos, con decoraciones murales, esplendida arquitectura, estatuas gigantescas, relieves de pasajes históricos y gestas de sus reyes, cercada por afuera con un foso, contaba con un sistema de doble murallas con parapeto exterior con almenas y torres intercaladas, hacia el interior se elevaba un muro de material de adobe, tenía un aproximado de 18 puertas, con sistema de canales para el abastecimiento de agua y acueducto que la convertían en un paraíso, fue una de las ciudades más poderosas e influyentes de la época, con bastante actividad comercial desde lugares lejanos, y la más grande biblioteca de la antigüedad con libros de historia, religión, magia, arte, ciencias; señalan que degeneró en excesos y degradación, que mantuvo un poder tiránico y violento por cerca de seis siglos, desde el Cáucaso hasta el Golfo Pérsico, hasta Asia Menor y Egipto, el cual se dio término con la unión de sus enemigos babilónicos y medos en el año 612 A.C., siendo arrasada desde sus cimientos, presa del incendio por varios días, luego inundada fue reducida a escombros, desapareciendo todo el bagaje de su patrimonio cultural, lengua, costumbres, historia.

En los tiempos del historiador griego Heródoto (400 A.C.) la ciudad ya no existía ni se recordaba; sus héroes, reyes y gestas fueron olvidados o convertidos en leyendas, no se sabía que fue una de las civilizaciones más poderosa y espectacular de los primeros milenios antes de Cristo (Layard, 2016, pp. 69, 77, 78, 278).

Pasó cerca de 2,500 años olvidada, desaparecida y borrada literalmente de la historia hasta el punto que se dudaba de su existencia, pasando a ser considerada una leyenda; solo existían vagas referencias de un antiguo imperio que alguna vez existió, en la biblia y en papiros egipcios, hasta que en el siglo XIX se expande en Europa una pasión por las antiguas civilizaciones de Mesopotamia, informando el Semanario británico Illustrated London del 27 de Julio de 1850, el descubrimiento de restos de una civilización extinguida, de la llegada de un centenar de toneladas de esculturas y alto relieves de las excavaciones de antiguas capitales de Asiria, efectuadas por el británico Austen Henry Layard; también Botta, George Smith entre otros, exploraron las ruinas de Nínive, el palacio de Senaquerib con 71 habitaciones, la biblioteca de Assurbanipal que contenía 22,000 tablillas, objetos asirios y obras de arte fueron enviados a Europa, suscitando interés y estudio de la antigua cultura, de la Nínive de los tiempos de paz y de guerra, destacando el noticiero francés El Universal del 2 de noviembre de 2016, la inauguración por el Presidente Francés Francois Hollande de la Exposición en el Museo de Louvre de tres mil años de historia antes de Cristo, de ciudades míticas de Nínive, Uruk, Lagas, Mari o Babilonia, con el nombre “La historia

empieza en Mesopotamia”, donde tuvo lugar la primera escritura, la agricultura, la historia y leyes.

La historia de Nínive aún no termina, todavía se sigue escribiendo, como dan cuenta reconocidas agencias de noticias como la BBC de Londres en el 2015, que nuevamente la ciudad de Nínive ha sido saqueada y reducida a escombros por terroristas Yihadistas del Estado Islámico que la invadieron en el 2014, procediendo a la aniquilación del patrimonio cultural y destrucción casi total de las murallas de 12 kilómetros de longitud, grave daño de los restos arqueológicos antes recuperados y ahora destruidos en gran parte con la valiosa información que contenían.

Habiendo escrito en el siglo XIX T.S. Eliot que: "la deliberada destrucción de otra cultura en conjunto es un daño irreparable, una acción tan malvada como el tratar a los seres humanos como animales [...] una cultura mundial que fuese una cultura uniforme no sería en absoluto cultura. Tendríamos una humanidad deshumanizada" (Molano, 2017, p. 71). En reflexión, no podemos soslayar que, en los enfrentamientos bélicos del siglo XXI, aún hay quienes siguen con la antigua práctica de los vencedores hacia una destrucción total de la cultura del vencido, pretendiendo borrar todo vestigio de ésta, con grave daño a la humanidad y generaciones futuras, que son privadas de todo el bagaje valioso que conlleva una cultura. Tampoco, podemos olvidar que en muchos momentos de la historia del hombre surgieron voces altisonantes dirigidas a

reprobar, satanizar la cultura, considerándola como algo negativo o un obstáculo para el avance y desarrollo de los pueblos, por citar una no lejana ocasión en las voces de expertos de Naciones Unidas en el año 1951, expresaron que: "Hay un sentido en que el progreso económico acelerado es imposible sin ajustes dolorosos. Las filosofías ancestrales deben ser erradicadas; las viejas instituciones sociales tienen que desintegrarse; los lazos de casta, credo y raza deben romperse y grandes masas de personas incapaces de seguir el ritmo del progreso deberán ver frustradas sus expectativas de una vida cómoda. Muy pocas comunidades están dispuestas a pagar el precio del progreso económico" (OEA, 2002). Terrible pensamiento de aniquilamiento y homogenización de culturas, en aras de un supuesto favorecimiento al desarrollo y progreso económico, muy parecido a lo que sucedió en los primeros años de la República de nuestro país luego de la independencia con una política de asimilación del indígena, supuestamente en aras de un mal entendido derecho a la igualdad y del progreso económico, se les privó de las medidas proteccionistas a los indígenas y de sus tierras. Se señala que ello sucede cuando equivocadamente la cultura se mide en razón del progreso material, considerando que la cultura es un obstáculo para ello, y que el subdesarrollo de los países se origina a causa de sus culturas ancestrales (Stavenhagen, 2010).

1.1.2 Precisiones Conceptuales de Identidad cultural

Identidad cultural, reconocida como un concepto polisémico y recurrente en las ciencias sociales contemporáneas, distinguen tres enfoques, de identidad cultural

como estático en postura esencialista, una esencia que no cambia perteneciente a un grupo o pueblo, un enfoque histórico con afirmación de que son algo cierto, en proceso de cambio pero nunca completo, y el tercero con énfasis de que la identidad es una construcción discursiva, creación de carácter fundamentalmente narrativo o un conjunto de posiciones de sujeto en permanente cambio (Vergara, 2012, p.16).

La complejidad de este concepto incide paradójicamente en un elemento fuerte estático de tradición, historia, legados o herencia cultural, y otro elemento fuerte de movimiento, cambio, actividad, dinamismo, conduciendo que en la “Conferencia Mundial sobre las Políticas Culturales”, se anotara que, identidad cultural es la defensa de las tradiciones de la historia y de los valores morales, espirituales, éticos, legados por generaciones pasadas, sin que signifique tradicionalismo, culto al pasado ni inmovilismo, más bien se postula la herencia legada en tiempos históricos, implicando también en razón de la dinámica de toda vida cultural y social, el presente, la creatividad contemporánea, los fines y los valores que inspiran al futuro (Unesco, 2019. P.9); existe identidad cultural en los descendientes de poblaciones originarias y ancestrales, como identidad cultural en los grupos humanos migrantes del siglo XXI, anotando Olga Lucía Molano, que se trata de un hecho cultural con una especificidad que lo hace único, distinto y lo convierte en un aporte al conjunto de la humanidad, que el concepto de identidad cultural se vincula y comprende en razón de las definiciones de cultura y su evolución en el tiempo, así en los años cincuenta se manejaba un concepto economicista de desarrollo y la cultura en oposición era un obstáculo,

retraso, en los años ochenta se entiende el concepto de desarrollo humano, y en los años noventa se evoluciona a un concepto de sostenibilidad, adquiriendo la cultura un rol fundamental (Molano, 2017, pp. 69-71).

Para Kuper (2001) la identidad no es una cuestión privada, se vive en un mundo en diálogo con los otros, sin perder el punto subjetivo, la identidad no es estática, es parte inmanente de la persona, que logra descubrirla, sentirla en sí misma, e incorporándose y sintiéndose parte de una identidad colectiva, que puede ser un grupo pequeño o grande, un continente, un país, un pueblo, una minoría étnica, grupo social, religioso, un club, con unión en la vida espiritual comunal y participación en la cultura; no obstante advierte, que el sentimiento de libertad de la persona dependerá del sector o grupo cultural adecuado para ella en el que se respetan sus valores, constituyendo una aspiración que un Estado, país, sociedad, sector con multiculturalidad se respeten las diferencias culturales y se promueva en tanto es un derecho, la realización individual, lo cual es complicado en sociedades modernas y liberales en las que se propugna la integración sin diferencias e igualdad (p. 271).

Stuart de Hall, sociólogo, reconocido referente en estudios sobre identidad cultural, se dedica con esmero a describir lo que significa cultura e identidad cultural, admitiendo cierta complejidad del concepto el cual se va reciclando de un tiempo a otro, anota que la identificación se construye sobre la base del reconocimiento de algún origen, o

características compartidas con otros sujetos o grupos, o puede ser con ideal; que en enfoque discursivo la identificación siempre está en construcción, siendo un proceso nunca terminado y siempre en proceso, que aunque no carece de condiciones determinadas de existencia, tales como los recursos materiales y simbólicos para sostenerla, la identificación siempre será condicional y afincada en la contingencia; afirma que la identificación es un proceso de articulación, una sutura, sobredeterminación y no una subsunción (2003, p.15); sustenta que la identidad se forma en todo el desarrollo de la vida, con las experiencias, la forma de comunicarse, percibir, interactuar; siguiendo en flujo como un proyecto inacabado, señala que el concepto acepta que las identidades nunca se unifican, que en los tiempos de la modernidad tardía, estas identidades están cada vez más fragmentadas y fracturadas; además nunca son singulares, sino construidas de múltiples maneras a través de discursos, prácticas y posiciones diferentes, a menudo cruzados y antagónicos; que están sujetas a una historización radical, en constante proceso de cambio y transformación (p. 17).

Identidad unida a cultura adquiere una connotación diferente de los términos que la componen, es más dinámica y siempre está en movimiento y cambio, anotando Hall, que la identidad cultural aunque pareciera que invocara un origen en un pasado histórico al cual se encuentran vinculados y en correspondencia, "en realidad las identidades tienen que ver con las cuestiones referidas al uso de los recursos de la historia, la lengua y la cultura en el proceso de devenir y no de ser"; puntualiza, que

no es "quienes somos" o "de dónde venimos", sino esencialmente es "en qué podríamos convertirnos, cómo nos han representado y cómo atañe ello al modo como podríamos representarnos"; las identidades se constituyen dentro de la representación, "Se relacionan tanto con la invención de la tradición como con la tradición misma, y nos obligan a leerla no como una reiteración incesante sino como "lo mismo que cambia", (...), no el presunto retorno a las raíces sino una aceptación de nuestros «derroteros»" (p.18).

Stuart Hall citando a Laclau y a Derrida, explica que en contradicción de como acostumbramos a evocar la identidad cultural, éstas se construyen a través de la diferencia y no al margen de ella, implicando admitir en forma radicalmente perturbadora que el significado positivo de cualquier término y con ello su identidad, solo puede construirse a través de la relación con el Otro, "la relación con lo que él no es, con lo que justamente le falta, con lo que se ha denominado su afuera constitutivo", pudiendo así funcionar como puntos de identificación y adhesión sólo debido a su capacidad de excluir, de omitir, de dejar afuera, abyecto, teniendo toda identidad como margen, un exceso, algo más, que: "La unidad, la homogeneidad interna que el término identidad trata como fundacional, no es una forma natural sino construida de cierre, y toda identidad nombra como su otro necesario, aunque silenciado y tácito, aquello que le «falta»" (Hall, pp. 18,19).

Para algunos la cultura define, desde la formación embrionaria del individuo hasta el último tiempo de su vida, no dejando en ese tiempo de recibir y procesar información que incluyen y excluyen, incidiendo junto con otros elementos y aspectos, en su personalidad e identidad, teniendo interpretado la Corte IDH que la identidad se va formando desde un punto de inicio cuando el individuo es concebido, desde aquel momento va discurriendo su formación identitaria en el vivir de la persona, sumando una variedad y diversidad de ingredientes y componentes distintos al biológico y que corresponden a su identidad, a lo que es, a su biografía, orígenes, bagaje cultural que incluye la religión, historia, ideologías, familia, sociedad, además de aspectos estáticos como los rasgos físicos, nombres (y apellidos), nacionalidad.

En la jurisprudencia de la Corte, se resalta el derecho fundamental a la identidad de toda persona humana, cuya complejidad contiene elementos dinámicos y estáticos; los del primer grupo están referidos a la construcción de la personalidad, sumando elementos subjetivos, cualidades, singularidades que sirven para individualizar y observar esa característica de ser única e irrepetible; en el segundo grupo se encuentran elementos más objetivos, verificables en datos fácticos, como rasgos físicos, nombres, nacionalidades. En el Caso de las Hermanas Serrano Cruz Vs. El Salvador (Corte IDH 2003), identificó elementos variados que forman parte de la identidad de la persona, como: la verdad biológica, patrimonio cultural, histórico, religioso, ideológico, político, profesional, familiar y social de una persona, entre una gran variedad. Pudiendo afirmar que la cultura deja huellas en la identidad, y en el

aprendizaje la persona humana recoge mucho de la cultura de su grupo o comunidad sin dejar de construirse en sí misma, en una dinámica constante que le brinda especial particularidad de verse a sí mismo y a los demás. (F.J N° 132 del Voto Disidente del Juez Manuel E. Ventura Robles respecto del punto resolutivo tercero).

Es ciertamente la identidad cultural un concepto muy complejo que además de comprender diferentes enfoques, reúne en sí mismo el sentir de una persona y de un grupo de personas, con la percepción subjetiva de ser iguales entre sí y diferentes en relación a otros, predominando el sentido de pertenencia a un grupo humano, frente a la comprensión de diferenciación con otros individuos y grupos humanos; anotando Olga Molano, que los estudios antropológicos y sociológicos señalan que la identidad surge por diferenciación y como reafirmación frente al otro, es un concepto que no está fijo, "que se recrea individual y colectivamente y se alimenta de forma continua de la influencia exterior"; añade, que la identidad cultural de un pueblo se define históricamente a través de muchos aspectos en los que se plasma su cultura, entre ellos, la lengua, relaciones sociales, ritos, ceremonias propias, compartimientos colectivos, sistemas de valores y creencias, con un carácter inmaterial y anónimo; destacando que el concepto de identidad si bien trasciende fronteras (emigrantes), este concepto con frecuencia se vincula con un territorio, reconociendo que hay manifestaciones culturales que expresan con mayor intensidad que otras el sentido de pertenencia, el sentido de identidad cultural, no solo los rituales, las danzas, la música reconocidas como patrimonio cultural inmaterial a decir Olga Molano (2017, p. 73);

debemos agregar las formas colectivas de propiedad, de posesión y de trabajar, sembrar, cultivar y cosechar las tierras, señalando al respecto García, que el desarrollo local se ha convertido en el nuevo activador de las políticas de protección del patrimonio cultural: "Mientras la sociedad de los lugares se convierte en la sociedad de los flujos, parece como si los lugares se hayan involucrado en una obra de construcción identitaria, que privilegia la dimensión local o ciudadana por encima de las nacionales, estatales y globales. La identidad es el viejo territorio del patrimonio y no es de extrañar que entre los objetivos reconocidos por la mayor parte de actuaciones patrimoniales que se realizan en estos ámbitos, figure la (re) construcción de las identidades locales" (García, 2002).

La identidad cultural de la persona humana tiene más de un componente que la integra y suma en la identificación propia del individuo y su grupo, entre otros genéticos, biológicos, históricos, sociológicos, psicológicos, que resultan esenciales para la persona y conllevan a la protección de la identidad como un derecho fundamental; precisando el Comité Jurídico Interamericano de la Organización de los Estados Americanos, en la "Opinión Sobre el Alcance del Derecho a la Identidad" de fecha 15 de marzo de 2007, emitida en virtud del artículo 100 de la Carta de Organización de Estados Americanos, que está indisolublemente ligado al individuo y al reconocimiento de su personalidad jurídica, titularidad de derechos y obligaciones, así desde la "Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre", en el artículo XVII se preveía el derecho de toda persona sin excepción, a ser reconocida en todo lugar

y ámbito como titular de derechos y obligaciones; igualmente la Comisión encuentra de la interpretación del reconocimiento de la personalidad jurídica en el artículo 6 de la “Declaración Universal de los Derechos Humanos”, artículo 3 de la “Convención Americana sobre Derechos Humanos”, y artículo 16 del “Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos”, que se afirma sobre la naturaleza que “el derecho a la identidad, es un derecho consustancial a los atributos y a la dignidad humana, oponible erga omnes como expresión de un interés colectivo de la Comunidad Internacional en su conjunto”, respecto de lo cual, no se admite ningún acto que pretenda enervar o por lo menos afectar este derecho; puntualiza que el nombre, la nacionalidad, los vínculos familiares y los registros, no hacen nacer la identidad, pues este se trata de un derecho que preexiste como parte indisoluble de la dignidad originaria de las personas, sujetos y titulares plenos de derechos y libertades fundamentales, cuyo ejercicio están obligados los Estados a garantizar; habiendo el Comité dejado sentadas algunas consideraciones: 1) el derecho a la identidad no puede confundirse con uno sólo de sus elementos, y no puede reducirse a uno u otro de los derechos que incluye; 2) el derecho a la identidad no puede reducirse a la simple sumatoria de ciertos derechos que incluye la Convención sobre los Derechos del Niño, por cuanto los elementos son necesarios para dar expresión a los rasgos y aspectos particulares y propios de cada Estado y sus poblaciones, así como para hacer efectivos los derechos a los que está jurídicamente vinculado y obligado; 3) la redacción de la Convención hace mención expresa de derechos que no pueden dejar de estar incluidos en la identidad, como la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares, no obstante, no cierra el círculo del universo derechos que incluye el derecho a la

identidad; 4) su ejercicio es indisoluble de un registro y de un sistema nacional efectivo, accesible y universal que permita proporcionar a las personas, los documentos que contengan datos relativos a su identidad. en cuanto a los alcances, el Comité señala que es un derecho de carácter autónomo que alimenta su contenido de normas del derecho internacional y normas que se derivan de rasgos culturales propios contemplados en el ordenamiento interno, conformando la especificidad del individuo con los derechos que lo hacen único, singular e identificable; que tiene un valor instrumental para el ejercicio de determinados derechos, no solo los de carácter cultural y social, también en la realización de otros derechos como políticos, económicos, que su plena vigencia fortalece la democracia y ejercicio de derechos y libertades fundamentales; la privación del derecho a la identidad, las carencias legales en la legislación interna para el ejercicio efectivo, dificultan, impiden, el goce o acceso a los derechos fundamentales, creando diferencias de tratamiento y oportunidades que afectan principios, como el de igualdad, que repudian la discriminación, al obstaculizar el derecho de toda persona al reconocimiento pleno a su personalidad jurídica.

Igualmente los derechos culturales tuvieron que transitar ásperos y dificultosos caminos para su reconocimiento como derechos fundamentales, iniciando sigilosamente el artículo 27 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948, con mencionar el derecho de toda persona a: a) tomar parte libremente en la vida cultural de la comunidad; b) gozar de las artes; c) participar en el progreso científico y

en los beneficios resultantes, y d) protección de intereses morales y materiales correspondientes por la producción científica o artística (conocida ahora como derechos de autor).

Casi tres décadas después, el “Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales” del 3 de enero de 1976, atiende en su artículo 15 el concepto derechos culturales, aplicando una responsabilidad del Estado en el respeto y adoptar medidas para su ejercicio pleno. El 23 de marzo del mismo año, en el artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en un paso significativo de las mayorías, reconoce derechos a las personas de las minorías, étnicas, religiosas o lingüísticas el derecho a disfrutar de su propia cultura, a profesar y practicar su religión y a utilizar su propio idioma.

No pudiendo soslayar que aún faltaba una caracterización que superara una concepción de sujetos individuales a grupos o, más propiamente unidades o cuerpos colectivos, superando la negación de una coexistencia multicultural, así los derechos culturales individuales pertenecientes a cada ser humano, se materializan en un contexto de comunidad que como individuo compone junto con otras comunidades, sociedades pluriculturales.

Además, la denominada condición vulnerable de las minorías y pueblos indígenas, que requieren de protecciones y salvaguardas especiales, que les permitan gozar de sus derechos fundamentales, aspecto en el cual aún falta mucho por transitar en las circunstancias actuales que no solo la identidad requiere protección, sino que se encuentra en riesgo la propia existencia. Justificando la vigencia de recomendaciones antiguas como la de 1947 de la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías; la del año 1992 en la Resolución 47/135 de “la Asamblea General de las Naciones Unidas” que en la Declaración sobre los Derechos de las Personas Pertenecientes a Minorías Nacionales o Étnicas, Religiosas y Lingüísticas, establece una obligación de los Estados a proteger la existencia e identidad de las minorías existentes en sus territorios.

Es pertinente mencionar en este capítulo, las convenciones de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (Unesco), que, sobre el tema de políticas culturales, reconocen la trascendencia de la cultura en los derechos humanos, pues siendo la cultura esencia del ser humano, y de su peculiar forma de ser diferente en sí mismo y en su visión de los demás, la cultura no se puede desprender de la persona humana y de sus derechos.

La identidad cultural de las minorías étnicas, como derecho inherente a toda persona humana y al reconocimiento de su personalidad jurídica y a su sentir de un colectivo,

involucra específicamente en la titularidad de derechos patrimoniales y de ser parte de la economía moderna de los Estados, el respeto y protección de sus valores que forman parte del bagaje de su cultura, como sus manifestaciones especiales en las formas de organización, tenencia, ocupación y manejo de sus tierras, de los recursos naturales en formas colectivas, igualmente en sus territorios donde se asientan, con reglas de convivencia y existencia comunitarias.

En la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Caso del Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador, 2012), se destacó en relación al derecho a la identidad cultural, su esencial vinculación a las tierras y territorios de las poblaciones indígenas, que además de depender económicamente de ellas y para sobrevivir, son base de su organización y relaciones sociales, integra su cultura, es que la afectación de estos bienes conllevan la afectación del derecho a la identidad cultural y la supervivencia de los pueblos e integrantes, de allí la necesidad de que conserven y se respete su patrimonio; jurisprudencia relevante en relación a este trabajo que plantea la especial y diferente vinculación que tienen las poblaciones indígenas con sus tierras, que para el común pueden significar como bienes u objetos, para ellos es la vida misma y la identidad cultural, de la cual no solo depende la subsistencia personal y grupal, sino más aun, la plena realización en sus tierras y territorios, conforme a sus tradiciones y ritos, costumbres, conocimientos, es parte de su historia, y de como ellos se integran y sienten parte de la naturaleza y del ecosistema; todo un bagaje cultural que se materializa en su realización con sus tierras

y se va trasmitiendo en el tiempo a las nuevas generaciones. En la citada sentencia se acoge una interpretación jurídica: "La Corte considera que el derecho a la identidad cultural es un derecho fundamental y de naturaleza colectiva de las comunidades indígenas, que debe ser respetado en una sociedad multicultural, pluralista y democrática" (fundamento 217).

1.1.3 Precisiones Conceptuales de Diversidad Cultural

La expresión "diversidad cultural" es más compleja, lo que nos lleva a iniciar con una aproximación a su contenido y sentido acudiendo a los estudios antropológicos que al referirse al tema, señalan que se trata de una relación social bajo conciencia de identidad cultural, precisando que alude "a una relación social, a las formas de articulación específicas que se dan entre grupos cuya conciencia de identidad se finca en aspectos de orden cultural, sean estos los que sean" (Del Val, 2000); el sentido de lo culturalmente diverso, puede producirse en relación a una variedad de elementos que inciden en mayores o menores diferencias, estos elementos pueden producirse por ejemplo, sobre aspectos específicos como el uso de otra lengua o variable dialectal de la misma lengua; anota José de Val, que puede ser más denso abarcando un amplio conjunto de elementos culturales diferenciados, que deben ser analizados en situaciones concretas.

En derecho convencional la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, ciencia y la Cultura - UNESCO¹, ha precisado que la diversidad cultural está referida a la multiplicidad de formas en que se expresan las culturas de los grupos y sociedades, expresiones que se transmiten dentro y entre los grupos y las sociedades, manifestándose en variados modos que enriquecen y transmiten el patrimonio cultural de la humanidad y a través de distintas exteriorizaciones de creación artística, producción, difusión, distribución y disfrute de las expresiones culturales, cualquiera fueran los medios y tecnologías utilizados. Digna y necesaria protección ha llevado a la adopción de la “Declaración Universal de la Unesco sobre la Diversidad Cultural” el 2 de noviembre del año 2001, reconociendo esa especial diversidad que caracteriza a la identidad cultural, que fluye en tiempo y espacio con peculiaridades tan variadas y diversas que la hacen única, en esencia con “originalidad y pluralidad de identidades que caracterizan a los grupos y sociedades que componen la humanidad”, afirmando con certeza la Unesco la importancia del respeto de la identidad cultural, de aceptar su diversidad, la necesidad de entenderse, de lograr confianza, de ser solidario, para dialogar y cooperar sintiendo que aun en la diversidad la especie humana es una sola, no habiendo mejor garantía de la paz y seguridad mundial y posibilitaría la reciprocidad y compartir la valiosa información cultural; acoge y proclama en su primer artículo que "la diversidad cultural es patrimonio de la humanidad", que constituyendo fuente de

¹ Identificada con la sigla de UNESCO, es un organismo internacional que pertenece a la Organización de las Naciones Unidas (ONU), se fundó el 16 de noviembre de 1945 como una entidad de la referida organización, especializada en la educación, ciencia, cultura y comunicaciones, con el objetivo de promover a través de ellos, a la paz y la seguridad en el mundo; cuyas declaraciones y acuerdos son vinculantes para el Perú en su calidad de Estado Miembro perteneciente a la quinta región de clasificación de la Unesco.

intercambios, innovación, creatividad, fuente de desarrollo no sólo de crecimiento económico, además apertura la coexistencia pacífica, "la diversidad cultural es tan necesaria para el género humano como la diversidad biológica para los organismos vivos", siendo patrimonio no sólo de las generaciones presentes sino patrimonio, derecho y herencia a preservar para las generaciones futuras.

De los inicios de desprender el concepto de cultura - civilización, en el desarrollo multidisciplinario e internacional de un concepto y consenso sobre cultura, hemos llegado a una etapa satisfactoria de entender la dimensión de la cultura e identidad cultural, para luego de confirmar su reconocimiento como derecho fundamental, pasar a la protección de las diversas formas de expresión de cultura, resultando un loable avance en el siglo XXI de contar con un instrumento de reconocido organismo internacional de las Naciones Unidas, destinado a la protección del derecho fundamental a la diversidad cultural, dejando atrás conceptos errados y hoy inaceptables de culturas superiores o mejores; hoy se acepta y no se discute que todas son culturas, que no hay mejor ni peor, que existe una diversidad de ellas desde su formación y esencia, que justamente esa diversidad en lo cultural es parte inescindible de un principio y derecho como lo es la dignidad humana, que al igual que todos, las poblaciones minoritarias indígenas, étnicas, etc., son sujetos de derechos humanos, que no se pueden vulnerar sus derechos y libertades, y menos por razones de diferencias culturales; no existiendo en estos tiempos un mundo social sin diversidad cultural, es ineludible llegar y fortalecer la interacción con formas de relacionarse sin

imposiciones ni violencia, sino en armonía, en un dialogo plural, dinámico caracterizado por el respeto mutuo, lo cual favorecerá a todos disminuyendo confrontaciones y conflictos. En ese sentido, encontramos en el artículo primero de la Declaración de Diversidad Cultural una de las mejores identificaciones de lo positivo para la presente y futuras generaciones, de incentivar la interacción y comunicación en diversidad cultural:

“La cultura adquiere formas diversas a través del tiempo y del espacio. Esta diversidad se manifiesta en la originalidad y la pluralidad de las identidades que caracterizan a los grupos y las sociedades que componen la humanidad. Fuente de intercambios, de innovación y de creatividad, la diversidad cultural es tan necesaria para el género humano como la diversidad biológica para los organismos vivos. En este sentido, constituye el patrimonio común de la humanidad y debe ser reconocida y consolidada en beneficio de las generaciones presentes y futuras” (DUUDC, 2001. Artículo 1°).

La Convención Sobre la Protección y Promoción de la Diversidad de las Expresiones Culturales, adoptada en la Conferencia General de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, ciencia y la Cultura el 20 de octubre del año 2005 en la 33 Reunión, afirma que la diversidad cultural es una característica esencial de la humanidad, es patrimonio común de la humanidad que debe valorarse, preservarse en provecho de todos; que la diversidad cultural crea un mundo rico y variado que

acrecienta la gama de posibilidades y nutre las capacidades y los valores humanos, y constituye, por lo tanto, uno de los principales motores del desarrollo sostenible de las comunidades, los pueblos y las naciones, y que ésta prospera en un marco de democracia, tolerancia, justicia social y respeto mutuo entre los pueblos y las culturas, resulta indispensable para la paz y la seguridad en el plano local, nacional e internacional. Establece la protección y promoción de la diversidad de las expresiones culturales, el fomento del dialogo, la interculturalidad, la interacción cultural, con el espíritu de construir puentes entre los pueblos. Señala como principios rectores y vinculantes a los Estados miembros, el principio de respeto de los derechos humanos y libertades fundamentales con protección y promoción de la diversidad cultural, principio de soberanía con el derecho de los Estados de adoptar medidas y políticas destinadas a proteger y promover la diversidad de las expresiones culturales en sus territorios, principio de igual dignidad y respeto de todas las culturas, incluyendo a las culturas de las personas pertenecientes a minorías y a las de los pueblos autóctonos, principio de solidaridad y cooperación internacionales para crear y reforzar medios de expresión cultural; principio de complementariedad de los aspectos económicos y culturales del desarrollo con derecho de participación y disfrute, principio de desarrollo sostenible en beneficio de generaciones actuales y futuras, principio de acceso equitativo de las culturas a los medios de expresión y difusión, principio de apertura y equilibrio para respaldar la diversidad de las expresiones culturales.

Reconocido como un derecho fundamental, la diversidad cuenta con varias dimensiones o contenidos que permiten su pleno disfrute, el derecho a la autodeterminación, el derecho a decidir su propio destino, el derecho a que se respete y no haya intromisión en la adopción de decisiones, el derecho a practicar la propia cultura, aún más, como anota José de Val antes citado, la autonomía cultural comprende el derecho a disponer de la propia cultura, pues, lo que hacen los portadores con su cultura, es un asunto de ellos mismos, la pueden desarrollar, cambiar, olvidar o pueden incorporar elementos de otras culturas, sin que ninguna legislación ni nadie deba impedirlo, pues se trata de una autonomía cultural en que cada grupo la dota de contenido sin admitir intromisiones legislativas

1.1.4 Precisiones Conceptuales de Pluriculturalidad

El proceso de formación y consolidación de los Estados con su propio sistema jurídico y organización política, no va aparejado con la unidad cultural, debido que en la mayoría de éstos, sean desarrollados o no, el desencadenamiento de la historia ha producido y da cuenta de la existencia, subsistencia y persistencia de la diversidad cultural desde la antigüedad hasta los tiempos actuales en razón de eventos bélicos, conquistas, movimientos migratorios masivos y otros fenómenos que se van presentando en las relaciones sociales produciendo grupos culturalmente diferentes con mayor o menor incidencia en el ámbito de un Estado, pudiendo afirmar que en

nuestro planeta se manifiesta un ininterrumpido escenario de pluriculturalidad que aporta y sustenta una prolífica variedad, que suma y no resta en un mundo que requiere ampliar su visión cultural y respetar las diferencias.

La pluriculturalidad impulsa instituciones como Unesco, a expresar la necesidad de que se preserve y promueva la fecunda diversidad de las culturas, -como hemos señalado- reconociendo la diversidad cultural como patrimonio común de la humanidad en el artículo primero de la referida Declaración Universal; coincidiendo que debe ser considerada como un preciado legado y no una carga, debido que cada cultura es fruto de seres humanos que aportan algo nuevo y diverso, desde enfoques, formas de ver y entender las cosas, hasta expresiones espirituales y materiales de su forma de vida y convivencia; la cultura es también un valor, contiene elementos fundantes firmes e inamovibles, así como aspectos sujetos a cambios y variaciones que en la suma resultan valiosos, anotando la Declaración que la cultura toma diversas formas a través del tiempo y del espacio, con una sorprendente fecundidad sustentada en la originalidad, variedad, multiplicidad, acompaña la creatividad humana, la visión, innovación, avances de la humanidad en diversos aspectos y ciencias, que nos impulsa a exhortar a no cometer los errores del pasado, no repetir eventos que significaron en los cientos de miles de años de existencia humana, la terrible pérdida de grandes y valiosos patrimonios culturales.

Dedicado investigador y destacado sociólogo, Parsons autor del libro "El Sistema Social", desarrolla y explica que el sistema social consiste en una pluralidad de actores individuales que interactúan entre sí en una situación que tiene, al menos, un aspecto físico o de medio ambiente, cuyas relaciones con sus situaciones, están mediadas y definidas por un sistema de roles culturalmente estructurados y compartidos, encontrando en todo sistema social, actores, interacción, orientación y roles, pudiendo a su vez contener una pluralidad de subsistemas, como el biológico, psíquico, social y cultural, de entre ellos ubica por jerarquía primero al sistema cultural, en tanto los subsistemas biológico y de la personalidad actúan a nivel del individuo, y los sistemas social y cultural en el nivel de la sociedad (Soriano, 1997, p.145); es por eso que afirmamos que en todo sistema social el sistema cultural constituye un aspecto relevante, y que cuando hablamos de cultura nos estamos refiriendo a individuos como al colectivo de personas agrupadas en coincidencias de creencias, valores, costumbres, conductas, objetos, utilizando los individuos el sistema y elementos de una sociedad en acción e interacción entre ellos y con su mundo, que son objeto de aprendizaje y trasmisión de generación en generación; sumado a lo antes señalado, se puede concluir que dentro de un mismo Estado es posible como la realidad da cuenta de ello, la presencia de una diversidad de culturas, que en ideal deben subsistir pacíficamente, siendo en ese panorama que el artículo segundo de la Declaración, reconoce en nuestra realidad de prolífica diversificación social, el indispensable desarrollo de puentes de comunicación solidaria, respetuosa y armoniosa, de establecer políticas de inclusión, participación y cohesión social, en aras de la paz, de una convivencia, coexistencia en democracia y con pluralismo cultural.

Lo cultural aglutina una serie de valores, símbolos, conocimiento, técnicas, lenguaje, costumbres, rituales, todo un bagaje valioso de conocimiento, experiencias y expresiones de los pueblos; ha sucumbido en muchas ocasiones debido a que es muy fácil de extinguir su llama y borrar todo rastro de su existencia; así se señala en el caso de las formas de comunicación, específicamente de las lenguas, que una lengua se extingue o desaparece cuando se extinguen sus hablantes, o cuándo éstos dejan de utilizarla para expresarse en otra que, con frecuencia, está más extendida y es hablada por un grupo preponderante; muchas veces por sometimiento de fuerzas externas, en otras por el rechazo interno de los propios miembros que prefieren expresarse con otro idioma, como la presión de los grupos dominantes y el desarrollo de toda una política de transculturización y de asimilación que obliga a expresarse con la lengua predominante.

En las labores de investigación para el desarrollo de este trabajo, nos hemos encontrado con informaciones históricas que nos sirven como ejemplo para ayudar a entender lo frágiles que pueden sucumbir las culturas, como también lo difícil que puede ser reconstruir la historia y rescatar lenguas extintas.

El curioso caso de la piedra Rosetta, fragmento de una antiquísima estela egipcia, con medidas de 112.3 centímetros de altura, con 75.7 centímetros de ancho y 28.4 centímetros de espesor, con peso estimado de 760 kilos, cuya data aproximada es del

año 196 antes de Cristo, fue descubierta por casualidad en el año 1799 en el Delta del Nilo cerca de una localidad del mismo nombre, en tiempos de la campaña francesa en Egipto; impresionados por las inscripciones en piedras en idiomas desconocidos, fue llevada a Londres en 1802 y considerada como la piedra de un nuevo campo del conocimiento; sin poder acceder a su traducción se convocó a una especie de competencia para descifrarla, logrando descifrarla el francés Jean-François Champollion en el año 1822, informando que contenía un decreto sacerdotal en nombre del Faraón Ptolomeo V escrito en tres lenguas diferentes, la parte superior en jeroglíficos egipcios, la intermedia en escritura demótica, y la parte inferior en griego antiguo; el texto contiene disposiciones u órdenes de Ptolomeo de la publicación de la estela en tres idiomas, iniciando con el idioma de los dioses (jeroglíficos). Facilitando la piedra Rosetta el acceso al conocimiento de los jeroglíficos egipcios, apertura una puerta para descifrar y acceder a una prominente cantidad de documentos, inscripciones, revelando conocimientos e historia del antiguo Egipto.

La historia de la humanidad en sus conflictos y luchas de poder, guarda muchas coincidencias y hay capítulos como si fueran en parte repetitivos, llevando a reflexionar en la frase atribuida a Napoleón Bonaparte: “El pueblo que no conoce su historia está condenado a repetir sus errores”. Historia de muchos enfrentamientos en parte a causa de la multiculturalidad, señalando Bobbio, todas y cada sociedad se articula en grupos diferentes y contrapuestos, entre ellos se producen y anidan tensiones profundas que

desencadenan conflictos lacerantes, que desarrolla un proceso constante de composición y descomposición (Peña A., 2009. P. 16).

El Pluralismo y la pluriculturalidad encuentran espacio, atención y reconocimiento constitucional, siendo objeto también de protección en la jurisdicción ordinaria y constitucional, significando para Peña A., (2009), que “El pluralismo constatado empíricamente busca ser canalizado a través de un ideal regulativo en el principio-derecho de igualdad (art.2 inc.2C), no entendida, desde luego, en un sentido homogenizador, sino como la exigencia jurídica de brindar a cada ser humano y a cada grupo social la oportunidad plena para el desarrollo de un proyecto de vida con pleno respeto del principio-derecho dignidad humana (art.1°C). Se trata pues de una exigencia constitucional que busca garantizar un escenario *de igualdad en la diversidad*, en el que, evidentemente, el deber de protección de los grupos minoritarios ocupa un lugar primordial” (p.15-16).

1.1.5. Diversidad Cultural en el Perú, Antecedentes Históricos y Regulación en Relación a los Pueblos Indígenas del Perú

Nuestros antecedentes históricos y nuestra realidad actual, escriben que somos un país multicultural, pluricultural y pluriétnico de marcada descendencia nativa, un país

cuya historia está escrita sobre un pasado glorioso de un Imperio Indígena que dominó grandes zonas de Sudamérica comprendiendo no sólo grandes extensiones de territorios sino también varias culturas y pueblos que pasaron a formar parte del Imperio Incaico.

Cierto es que provenimos del poderoso Imperio del Tahuantinsuyo, como cierto que éste tuvo un final abrupto, cuyo final se gesta a partir de un acto jurídico, con el acuerdo contractual de los tres conquistadores Hernando de Luque, Francisco Pizarro y Diego de Almagro en Panamá el 20 de mayo de 1524, con el texto de "*Para servir a Su Majestad en el descubrimiento y población y pasificación de la mar del sur*"; al poco tiempo se produjo el descubrimiento, conquista y colonización de las nuevas y atesoradas tierras del sur, no sin una lucha tenaz y férrea por parte de los nativos, luego de la ejecución del Inca Atahualpa en Cajamarca en el año 1533, se acentuó el enfrentamiento bélico desigual entre los hispanos y los nativos, con más de cien batallas en el territorio del Tahuantinsuyo que reflejaban la resistencia de los incas, no obstante, no conseguían superar la ventaja del armamento bélico y la caballería de los hispanos, proyectando para algunos una desigualdad extrema en la lucha, resultando determinante la superioridad bélica de los españoles en la definición de la conquista, tal como expresará el Jesuita Blas Valera:

"(...), porque denme los capitanes más famosos, franceses y españoles sin los caballos, arneses, armas, sin lanzas ni espadas, sin bombardas y fuegos, sino con una sola camisa y sus puñetes, y por cingulo una honda, y la cabeza cubierta, de no de celados o yelmos, sino de guirnaldas de plumas o flores, los pies descalzos por entre las breñas, zarzas y espinas; la comida yerbas y raíces del campo; por broquel un pedazo de estera en la mano izquierda; y desta manera entrasen en campo a sufrir las hachas y tridentes de bronce, las pierdas tiradas con hondas, las fechas enarboladas y de flecheros que tiran al corazón y a los ojos. (...). Mas, así como no fuera posible poder ellos sufrir tal género de armas y batallas, así también, humanamente hablado era imposible poder salir con la victoria"(Vega, 1969, p. 170).

El Tahuantinsuyo fue bautizado por los españoles como el Virreynato de Nueva Castilla y sus habitantes lo llamaban Pirú, pasando luego adoptar su nombre actual de Perú; dicese que la metamorfosis no fue solo del nombre, sino de todo en su esencia en la colonia, el sometimiento del indio, la separación del criollo, el surgimiento del mestizo y su caracterización en el emblemático Inca Garcilazo de la Vega que en libro de Diálogos de amor de León Hebreo, se identifica particularmente, como hijo de la Palla doña Isabel hija del Inca Gualpa Tupac, hijo de Topac Inca Yupanqui y de la Palla Mama Ocllo, padre de Huayna Capac Inca, último rey que fue del Perú, y por parte de España, hijo de Garcilazo de la Vega, conquistador y poblador de los reynos y provincias del Pirú, resultado el mestizo de la mezcla de dos razas, dos culturas (Burga, 2005, p. 159).

La fundación de Lima el 18 de enero de 1535 sirvió para acelerar el proceso de hispanización del Tahuantisuyo, y en la Colonia la fama del oro de Perú, atrae mucha gente de Europa, mientras siguen los enfrentamientos por el reparto del botín, llegan grandes oleadas de peninsulares que nada tienen que conquistar, pero sí por hacerse de tierras y señorío, aprovechando la desintegración del Imperio y la degradación de los indios (Vega, p. 107); la ambición por los territorios guiaba el afán de gobernarlos, controlarlos, incluso el exterminio por hacerse de sus tierras (López, 2009, p. 21).

Se inicia un modelo colonial que a decir de Raquel Yrigoyen Fajardo (2008) en enfoque de Antropología Jurídica, se instauró un padrón de subordinación política y económica de los pueblos conquistados, bautizados como "*indios*", con modelo de segregación con separación física y jurídica entre los hispanos y los pueblos conquistados, con subordinación política y explotación económica de los pueblos sometidos, bajo una ideología de inferioridad natural de los indios e institucionalización de la tutela, con prejuicios de que "*los indios son incapaces, atrasados o incivilizados*", y que por ende sólo se les puede permitir esferas limitadas de poder, pues requieren siempre de un control externo o tutela.

Estudiosos en Antropología Indigenista como Manuel Marzal (1986), define a las políticas indigenistas ex post a la conquista, como "proyectos de los vencedores para integrar a los vencidos dentro de la sociedad que nace después de la conquista"

(Yrigoyen, 2015, p. 7); Raquel Yrigoyen Fajardo (2016), agrupa las políticas indigenistas en tres modelos con rutas históricas diferentes, a) Naciones indígenas colonizadas en el siglo XVI, b) Naciones Indígenas no sometidas con las que la Corona firmó Tratados, c) Naciones Indígenas no colonizadas a donde la Corona enviaba misioneros (p. 7); anota que los españoles se asentaron más fácilmente sobre territorios que ya habían pertenecían o habían sido conquistados por los Incas, no solo por la dominación de los pueblos sino también por un aspecto práctico, resultando más fácil establecer sus ciudades sobre terrenos y lugares dominados, trabajados y cultivados por los indígenas que en terrenos agrestes, por lo que encima de las ciudadelas incas se levantaron los pueblos de la colonia y virreinato; en significativa y emblemática mixtura, las casas de los hispanos fueron sobrepuestas a los sólidos cimientos y muros de piedra de las construcciones indígenas, lo que aún se puede apreciar en varias construcciones de antiguas ciudadelas incas como las que aún sobreviven en el Cusco.

La autora antes citada, señala que las naciones indígenas fueron sometidas y reducidas en "pueblos de indios", que, es justamente el sometimiento de los pueblos originarios a partir de la invasión hispana, el que constituye el hecho fundacional de la condición indígena posterior, en el proyecto de subordinación política y segregación colonial.

El Derecho Indiano es un antecedente histórico y jurídico que no se puede soslayar en esta investigación, cuyas características, sustentos y contenido normativo dibuja como luego de la conquista del territorio se pasó a una etapa de control, regulación y sometimiento de los pueblos conquistados; más conocido y difundido como las Leyes de Indias, el Derecho Indiano se componen por una serie de disposiciones de naturaleza jurídica destinadas a regular las relaciones patrimoniales y personales en las nuevas tierras conquistadas; señalan ello, historiadores como Oriz Bes (2015), que la dominación española duró trescientos años, tres siglos, principalmente desde el siglo XVI, XVII y XVIII, no fue solo la invasión del territorio geográfico, incumbió el territorio político y cultural de los pueblos denominados indoamericanos, teniendo entre las organizaciones políticas indígenas más fuertes, la del Imperio Inca de Perú, Imperio Azteca de México, y la Confederación Chibcha, entre otros; el proceso de conquista tuvo un costo muy elevado, con el sometimiento y eliminación de líderes indígenas, la población diezmada, aniquilación de culturas; la denominación de Pueblo de Indias se debe al conocido error de Cristóbal Colón, quien creyó que había llegado a la costa oriental de Asia, llamada equivocadamente por los españoles con las Indias, llamando indiscriminadamente Indias Occidentales a las culturas americanas (p. 190).

Explica Oriz Bes (2015), que tres fueron los principios que justificaron la dominación española y el sometimiento de los pueblos de indios: 1) se consideraba tierra de nadie *Res nullius*, presuponiendo el derecho de sus habitantes que no eran reconocidos como personas, sino salvajes. 2) Eran tierras para la cristiandad, llevando a imponer

el cristianismo a los habitantes de América, hasta el punto de exterminarlos en caso de negativa, sumando que para algunos europeos los indios no tenían alma, negando la condición humana de los pueblos originarios. 3) Las riquezas acumuladas y naturales y las civilizaciones de lo que era considerado tierra de nadie, pertenecían al conquistador incluyendo a los habitantes como mano de obra forzada (p. 191); a esos tres principios se sumó la obsesión por el oro y búsqueda de El Dorado, migrando a las nuevas tierras, miles de tropas mercenarias, piratas, delincuentes.

De la conquista los españoles decidieron mediante Decreto de Felipe II pasar al proceso de "pacificación", prohibiendo actos de conquista; de un aproximado de sesenta millones de habitantes en los territorios de colonización ibérica, destaca Tuñón de Lara, que el exterminio fue dramático, llegando en algunas zonas insulares y tropicales a la desaparición de las poblaciones, que, el proceso de hispanización significó muy complicado y difícil para los que lo aceptaron de grado o por fuerza, pero mucho más grave y abrupto para los que quisieron resistirlo, quienes fueron la mayoría (pp. 191-192).

Las normas de España sirvieron de modelo para establecer las reglas a seguir en el nuevo mundo y regular la vida política, social y económica, sin embargo, en el transvase, las instituciones y normas adquirieron características propias y

adaptaciones a lo que se presentaba en los nuevos reinos y de las relaciones entre colonizadores y aborígenes.

Se afianzaba el Derecho Indiano presentando como peculiaridades un casuismo acentuado, se legisló cada caso concreto para luego generalizar sin realizar estudios ni desarrollar construcciones jurídicas, con tendencias asimiladora y uniformista a las viejas concepciones de la península; sin embargo, no se pudo evitar que aquellas normas adquirieran adaptaciones sincronizadas a aspectos geográficos, social y económico, con singularidades propias debido a las prácticas consuetudinarias de cada lugar; a compás de ello, desde España se desarrolló un excesivo reglamentismo minucioso y a detalle, debido a la desconfianza en las autoridades coloniales, se pensaba que con la reglamentación detallista, meticulosa, profusa y en demasía, lograrían alcanzar el control (Oes Capdequi, 1941, pp. 61-147).

Era el Derecho Indiano, una aglomeración de normas destinadas a regular las relaciones personales, familiares, sobre todo patrimoniales y de competencias de las autoridades hispanas en las colonias, destinadas a establecer un régimen de distinciones a favor de los vencedores y en perjuicio de los conquistados, con separación física y diferenciación legal, implementado desde el siglo XVI hasta inicios del siglo XIX; los indígenas fueron reducidos a pueblos de indios, sometidos a cargas coloniales, tributo, trabajo forzoso, penas especiales, y con un régimen legal

diferenciado Yrigoyen, pp. 8-9); no obstante cabe reconocer que las leyes de Indias perseguían algunos fines genuinos de la Corona promovidos por religiosos y protectores de los indígenas, logrando dentro de una política de tutelaje fijar algunas medidas de protección de las tierras de los nativos frente a los colonos; medidas proteccionistas que paradójicamente se eliminaron en el Perú Republicano luego de la Independencia, lo que fomentó el despojo de las tierras ancestrales de los indígenas.

Las investigaciones también dan cuenta, de que si bien, como referente histórico se considera concluida la dominación española de la Colonia, con la declaración de independencia de 1821, no obstante, las batallas, enfrentamientos y cimentación de un país libre se prolongaron unos años más; la independencia si bien liberó al Perú de la dominación española y dio inicio a la formación de la República, no estuvo exenta de complicaciones y contradicciones más allá de los enfrentamientos bélicos con el ejército realista, debido a los conflictos y desavenencias producidas al momento de decidir y establecer la forma y organización política, tipo de gobierno, establecimiento de derechos y tratamientos legales; en ese contexto, el indígena inicialmente fue atraído a apoyar las gestas independentistas, recibió promesas de abolición del tributo indígena, reconocimientos de derechos, sin embargo luego de la independencia razones de índole económica y de solventar al fisco, ocasionó un nuevo y diferente sometimiento.

La República de los primeros años pregonaba derechos de libertad e igualdad de todos los peruanos, sin conciliar con los hechos y circunstancias en que vivían y eran tratados algunos grupos humanos como los esclavos e indígenas, en el caso de éstos últimos no hubo un fiel respeto a sus derechos y menos aún reconocimiento en las normas constitucionales y legales, prolongándose el sometimiento bajo nuevas formas de subordinación y explotación, favorecidas paradójicamente bajo la idea de igualdad e imposición del asimilacionismo direccionado a despojarlos de su propia identidad; los indígenas no gozaban de una protección especial y tampoco se daba la igualdad de derechos con los criollos, en principio se desconoció su identidad, sus creencias y costumbres, al imponerse una República con un sólo idioma, una sola religión, y ciertos requisitos a los que no accedían los indígenas, para ser considerados ciudadanos y menos para ser elegidos y/o elegir las autoridades, como se detalla más adelante en relación a las disposiciones de las varias constituciones que ha tenido el Perú Republicano; resultando que en contexto de diversidad cultural, en el balance de las primeras décadas de la República una situación más desventajosa para el indígena, que la detentada en la Colonia con leyes de Indios que en alguna forma protegían su derecho a las tierras, máxime si al poco tiempo de la declaración de independencia se volvió a imponer el pago del tributo indígena y se desconocía su derecho a tener autoridades y normas propias.

En consecuencia el cambio de organización de los primeros tiempos de la República no significó un mejor tratamiento de los pueblos de indios, a contrario, fueron más

expuestos al abuso y maltrato al institucionalizarse un modelo calificado por Raquel Yrigoyen como "modelo excluyente de Estado, monocultural y monoclasista", vinculado a las características socioculturales e intereses económico-políticos de los descendientes hispanos, que, en el plano ideológico-político, importó la idea del Estado Nación, definida como un solo pueblo, una única cultura, idioma y religión.

En los inicios, ante los aires de cambio que impulsaron las nuevas normas del Perú independiente, en la emoción del triunfo por la libertad e igualdad para todos, superando las discriminaciones de la colonia consolidadas para preferir y favorecer a los nacionales del Estado español gobernante, se consideró mejorar la situación de los indios, así el General don José de San Martín derogó el tributo indígena en el año 1821 bajo sentidas palabras de que sería un crimen consentir que los aborígenes permanecieran sumidos en la degradación moral a la que estaban reducidos por el gobierno español, que no debían continuar pagando la vergonzosa exacción que el nombre de tributo fue impuesto por la tiranía, y consecuente con su solemne promesa declaró abolido el impuesto a los indios².

² Bajo las siguientes razones, San Martín abolió el tributo indígena: "Después que la razón y la justicia han recobrado sus derechos en el Perú, sería un crimen consentir que los aborígenes permanecieran sumidos en la degradación moral a los que tenía reducidos el gobierno español, y continuasen pagando la vergonzosa exacción que el nombre de tributo fue impuesto por la tiranía como signo de señorío. Por tanto, declaro: 1. ° Consecuente con la solemne promesa que hice en una de mis proclamas de 8 de setiembre último, queda abolido el impuesto que bajo la denominación tributo se satisfacía al gobierno español". (Morote, 2009, p. 77).

Aquellas preciadas palabras y sentimientos no duraron mucho tiempo, al poco el tributo indígena fue repuesto por el Libertador Simón Bolívar, Encargado del Poder Dictatorial del Perú, libertador que también propició el desmembramiento y libre transferencia de las tierras de los indígenas, promulgando el 8 de abril de 1824 el Decreto de Consolidación de la Propiedad Agrícola, acogiendo como sustento, que las decadencias de las provincias depende en mucha parte del desaliento con el que se labran las tierras, por hallarse la mayoría en posesión precaria o arrendamiento, que nada es más justo que admitir a composición y vender todas las tierras sobrantes de las que han sido rematadas, compuestas o adjudicadas, en las necesidades de fondos económicos del Estado para llevar a término la contienda contra la dominación española, que al Estado pertenecen todas las tierras como propiedad nacional; disponiendo el libertador la venta a cuenta del Estado de todas las tierras de su pertenencia, y para facilitar la libre transferencias de las tierras de los "denominados indios", los declaraba propietarios en ellas para que "puedan venderlas, o enajenarlas de cualquier modo", también dispuso el reparto de las tierras de las llamadas de comunidad, entre todos los indios que no gocen de alguna otra suerte de tierra, quedando dueños de ellas, repartiendo las tierras en consideración al estado de cada porcionero, consideró la asignación de mayor área al casado que al que no lo sea para que ningún indio se quede sin terreno (Alva, 2005, p. 87), produciendo un desmembramiento de las tierras comunales. Manifiestamente el decreto no fue expedido para favorecer derechos indígenas, sino para ingresar al mercado las tierras de los indios, facilitando la transferencia y despojo de sus tierras, la parcelación y desaparición de las tierras de las comunidades, en consecuencia, se produjo que

perdieran sus tierras empobrecieran aún más, y favoreció el crecimiento de los latifundios, la continuación de la explotación y maltrato de los trabajadores indígenas.

La Constitución de la independencia de 1823, traduce la situación social y jurídica del momento, al recoger preferentemente los derechos de los criollos, su derecho a la nacionalidad peruana adquirida por nacimiento, por ser hijos nacidos de padres peruanos, y de aquellos naturalizados; en cuanto a la ciudadanía imponía serias exigencias, pues para adquirir la calidad de ciudadano era necesario además de ser peruano, ser casado o mayor de veinticinco años, el saber leer y escribir el español (anotando que esa calidad no se exigirá hasta después del año de 1840), además tener una propiedad, o ejercer cualquiera profesión, o arte con título público, u ocuparse en alguna industria útil, sin sujeción a otro en clase de sirviente o jornalero; exigencias para la ciudadanía que creaba serias barreras para algunos sectores de la población, y conforme señala algunos especialistas en antropología jurídica, la constitución sólo oficializó el idioma, religión y cultura de los criollos, dejando sin existencia legal a la cultura indígena, en un proyecto político asimilacionista que buscaba desaparecer toda especificidad cultural indígena, bajo la idea de que ella atentaba contra la “civilización” y el progreso, cambiando la vieja ideología colonial de la inferioridad natural de los indios, en el plano político-jurídico, se importó la ideología liberal y se estableció el principio de igualdad de todas las personas ante la ley, aboliendo el sistema de fueros diferenciados, los derechos colectivos a la tierra y otras protecciones que el derecho social indiano otorgaba a los pueblos de indios (Yrigoyen,

2002); así en el proyecto independentista asimilacionista, la situación de los indios estuvo lejos de mejorar, hubo mayor explotación económica y discriminación, otros grupos de poder como los hacendados, surgieron con perjuicio para los indígenas que perdieron sus tierras y empobrecieron; del yanaconaje de la colonia impuesto por el Virrey Toledo, como una forma de trabajo obligatorio y gratuito de los indios en las haciendas, derivó una nueva forma de explotación a favor del sistema de hacienda con la acumulación de capital y valorización de la tierra, ganando más tierras los hacendados, quienes la explotaban con poca inversión, ellos aportaban capital -la tierra, agua, dinero, insumos, maquinarias y servicios-, y el campesino yanacona aportaba fuerza de trabajo y experiencia agrícola, debiendo pagar una merced conductiva, cultivar el producto determinado por la hacienda y venderle exclusivamente a los patrones el íntegro de la producción, el pago al yanacona era muchas veces con alimentos y siempre estaba endeudado; tal como señala José Matos (1976): "En términos sociales, el yanaconaje era, además, un eslabón en la cadena arborescente de dominación interna que permitió la fragmentación del campesinado, a través de la concesión de desiguales beneficios individuales" (p. 11).

Amaneciendo el panorama del indígena en un nuevo Estado con forma de gobierno Republicano basado en derechos a la igualdad, libertad, fraternidad entre algunos, y un tratamiento jurídico diferente para el indígena con expresiones discriminatorias, y que promovía el despojo de sus tierras colectivas para incorporarlas a un sistema económico que no conocía y en el cual se encontraba en desventaja. El siglo XX fue

un atardecer a veces con progresos y otras con retrocesos, que en un balance de nuevas normas en el sector agrario, les permitía a algunas comunidades campesinas de la costa, sierra, y comunidades nativas e indígenas de la selva a recuperar parte de sus territorios, pero con un ordenamiento poco claro que aún permitía la desmembración de sus tierras con la adjudicación a los miembros de las comunidades y a terceros, frente a leyes y normas destinadas presuntamente a la promoción de la inversión en el agro; a pesar de ello, la fuerza de los valores e identidad cultural, aún mantiene en muchas comunidades la vigencia de sistemas y formas de propiedad y producción colectivas, poco entendidas por algunos operadores jurídicos que siguen en el inacabable esfuerzo de sintetizar todo en un solo sistema de propiedad individual.

1.1.6 Identidad Cultural Indígena en el Perú

Como se tiene desarrollado en la primera parte de éste trabajo, si bien hay consenso en la protección y reconocimiento del derecho a la identidad cultural, no sucede lo mismo respecto a las interpretaciones de dicho concepto, considerando algunos que en las interpretaciones, definiciones y tesis se produce un laberinto conceptual (Vergara, 2012, p. 14), estando a la búsqueda de una interpretación más compatible con el propio concepto que reúne y pervive con estaticidad y dinamismo, individualidad, complejidad y pluralidad, adquiriendo además esencia y ribetes propios cuando se habla de identidad cultural latinoamericana.

Cinco tesis de identidad cultural para el caso de Latinoamérica explican Jorge Iván Vergara, Jorge Vergara Estévez y Hans Gundermann, las que reflejan las diferencias conceptuales y las posiciones dominantes en ciertos momentos de la historia; iniciando con la *tesis indianista* que tiene por fundador a Ramiro Reynaga, sustenta que los latinoamericanos provienen y siguen perteneciendo en sus raíces ocultas a la cultura indígena, siendo necesario una descolonización de la opresión cultural de los dominadores extranjeros, recuperando las lenguas, vestimentas y organización originaria; la *tesis del hispanismo* con antecedentes en el pensamiento conservador español de fines del siglo XIX de Ramiro Maeztu y luego de Jaime Eyzaguirre (1961), sostienen la idea de originalidad, excepcionalidad y superioridad de la cultura hispana, en una suma de herencia de la tradición española con menor aporte de valores indígenas, y mayor identificación con valores de la cultura hispana, en el idealismo, honor, respeto a la autoridad y religión católica, no habiendo borrado la independencia la tradición cultural inherentemente hispana o iberoamericana. La tesis occidentalista señala que somos occidentales o en vías de serlo, sin culturas tradicionales vigentes distintas a la occidental, así el politólogo francés Alain Rouquié (1997) afirma que América Latina es el extremo occidente o un polo de occidente excéntrico - como señala Uslar Pietri (1991); esta tesis sigue la línea de los partidarios del liberalismo positivista y de la modernización neoliberal, que señalan la premura de occidentalizar América Latina y distanciarse de la tradición hispana católica y cultura indígena, entendiendo que con ello se desarrolla la civilización. en que se produce una identidad moderna de América Latina debido a los medios de comunicación, los medios televisivos en especial, los movimientos del mercado cultural, nuevo lenguaje de la

vida urbana, la globalización económica, etc., desplazando las identidades tradicionales, la indígena, campesina, ibérica, nacional y otras.

La tesis del mestizaje tuvo bastante difusión y una diversidad de corrientes, es considerada por los autores citados, como la más importante de las interpretaciones clásicas sobre la identidad latinoamericana, argumentando que existe una cultura propia en América Latina a consecuencia de la fusión de las culturas originarias, negra y europea, que Pedro Morandé (1984) llama "síntesis cultural mestiza", con una modernidad propia, distinta a la ilustrada barroca, con acento religioso y ritual. Los autores advierten de una tesis diferente a las anteriores, una que se refiere a una identidad para Latinoamérica de carácter problemática y tensionada, que según Octavio Paz (2004), refiriéndose a la mexicana señala, que no quiere ser indio ni español, ni descender de ellos, tampoco se afirma como mestizo sino como abstracción, un hombre que empieza de sí mismo, que hay una vocación de modernidad que no se puede alcanzar, identidad presa de un pasado indígena de un lado, y de otro de una tradición colonial, en donde el peso del pasado incide en el presente.

Las cinco tesis clásicas de identidad cultural, expresan ciertas discrepancias sin llegar a invalidarse entre sí, debido a que se dedican a cada uno de los aspectos que conforman la identidad cultural en Latinoamérica; sumando que el continuo devenir de

los cambios y transformaciones que se dan los países latinoamericanos, las migraciones, la adopción de nuevos valores culturales y el desprendimiento de algunas expresiones culturales, nuevas expresiones de composición y fragmentación social, lleva a García de la Huerta (1999: 11 y 243), afirmar que complica el poder captar la diversidad, ante la provisoriedad y diferenciaciones nuevas que se van produciendo; y a Bauman (2004: 165-169), sostener que toda afirmación identitaria se da en el marco de una lucha con otras identidades, de modo que “las batallas de identidad no pueden cumplir su función de identificación sin dividir tanto o más de lo que unen”. Sin perder la perspectiva, algunos especialistas afirman que en el caso de Latinoamérica hay más de una expresión de identidades, hay identidades nacionales, que conviven en un entorno con identidades regionales, identidades culturales, identidades étnicas, entre las que hay rescatar las más significativas.

En lo general existe consenso sobre nuestros antecedentes indígenas, sin embargo, no sucede lo mismo cuando se trata sobre la presencia y permanencia de los pueblos indígenas en la actualidad, suscitando discrepancias y serios debates, que también penetran y se manifiestan en las instancias judiciales sean juzgados unipersonales o en órganos colegiados, y se advierten en algunas resoluciones y decisiones judiciales, con mayor incidencia en aquellos casos relacionados con la responsabilidad penal o no de los miembros de las comunidades campesinas, rondas campesinas, comunidades indígenas y nativas; y en los casos de derecho civil así como de derecho civil agrario en relación a actos, contratos, derecho de propiedad, posesión de tierras

donde participan o alegan derechos comunidades campesinas, rondas campesinas, comunidades indígenas y nativas; lo cual nos conduce a resaltar la necesidad de aportar en la definición del tema, enfocado en relación a la cultura e identidad cultural, para establecer que si existen diferentes grupos culturales con identidad indígena.

Partiendo de los orígenes del indigenismo, María Isabel Remy, reconocida investigadora y socióloga, precisa la identificación de dos grandes líneas de elaboración de identidades indígenas o de consistencia de pueblos indígenas. Una línea muy clara a partir de los indígenas coloniales que fueron forzados a integrarse al régimen colonial, al ser parte del que fuera el Imperio del Tawantinsuyo. La otra línea corresponde a los indígenas que no fueron colonizados, y se denominan "sociedades de frontera" en la selva". La investigadora acude a hacernos recordar que el término "indígena" se inventa en la Colonia, y que aquellos identificados como indígenas eran los sometidos al pago de tributos, además expuestos a medidas y restricciones en sus expresiones culturales y religiosas, como en la imposición de que deben expresarse y comunicarse con una sola lengua (curiosa coincidencia con lo que viene pasando en algunos lugares de Estados Unidos, en los últimos años durante el gobierno de Donald Trump, con las pretensiones de prohibir y rechazar el uso en público del idioma español por los latinos). En el caso de la Colonia se dieron medidas tendientes a quechuizar todo el territorio con excepción de los aymaras; además de otras medidas en el año de 1570, en que se estatuyen los pueblos de reducción alejados de las ciudades de los españoles y criollos; señala la autora, que debido a la gran mortandad

de los indígenas, se ven forzados a establecer áreas destinados para el uso y explotación de los indígenas, el área que requieren para producir y subsistencia, el área de reserva comunal para su crecimiento demográfico y el área para producir para el cumplimiento de sus obligaciones económicas, como el pago del tributo indígena, produciendo y sobreviviendo estas comunidades de indígenas con un territorio delimitado, con fronteras, reconocido y protegido por el Estado, con sus propias autoridades, costumbres, prácticas tecnológicas, etc., arribando que, lo que hoy conocemos como comunidades, son estos sobrevivientes de los ayllus antiguos que se juntan y producen un pueblo con sus propias normas, que reproducen sus tradiciones, estructura que se instituye, 400 años antes de la Reforma Agraria de 1969 (Remy, 2013, pp. 7-12).

Tres ideas fundamentales en relación a sus investigaciones sobre la historia andina, prehispánica y colonial, y que aportan a afirmar la presencia de la identidad indígena en el Perú, sustentan el trabajo del Profesor John H. Rowe: “1. la posibilidad de aprehender la historia de los pueblos andinos a partir de los restos materiales o técnicas dejados por los pueblos que han vivido en los diversos periodos, 2. la centralidad del Cusco en el proceso histórico andino hasta el siglo XVIII, 3. su insistencia en afirmar la existencia de un discurso histórico que describe una historia real y unilineal de los pueblos andinos, estudió la persistencia y aun evolución de la cultura andina durante el periodo colonial” (Burga, 2005, p. 214); en su investigación no soslaya la existencia de una nobleza inca que se mantenía en incansable lucha por

mantener ante los suyos y los usurpadores, su presencia, legitimidad e identidad; los descendientes de los incas tuvieron un papel especial, viviendo con algunas comodidades reconocidas en las instituciones coloniales, utilizaban esas pequeñas ventajas para mantener ciertas expresiones de su cultura, promoviendo expresiones y creaciones culturales propias, manteniendo vivo el recuerdo del pasado inca en actividades como ritos, danzas, fiestas, lo cual ayudó en el tiempo a lograr construir una identidad propia, que a decir de John H. Rowe, esa identidad se encontraba enraizada en la historia y la cultura andinas (p. 215).

Existen muchos trabajos e investigaciones sobre la identidad indígena en el Perú, llevándonos a citar los libros de Nathan Wachtel, *La Visión des vaincus. Les Indiens du Peérou devant la conquete espagnole*, *Sociedad e Ideología, Ensayos de historia y Antropologías Andinas*; refiriendo Manuel Burga, que estos libros son ejemplos de estudios de antropología al servicio de la historia que demuestran, que los ordenamientos andinos perduraron bajo el dominio colonial temprano y subsisten hasta el gobierno del Virrey Toledo (1569-1581), perdurando la identidad indígena que lleva al surgimiento del movimiento nativista Taky Onkoy (1560-1565) que cuestiona el orden social promueve el regreso a las tradiciones y estilos de vida de la época anterior a los incas, muestra la vitalidad de las sociedades andinas, su gran capacidad para cuestionar el orden social desde sus propias tradiciones culturales (p. 218).

Siendo más preciso y enfático en el reconocimiento y protección de la diversidad cultural, el inciso 19° del artículo segundo reconoce el derecho constitucional de toda persona a la identidad étnica y cultural, establece que el Estado reconoce y protege la pluralidad étnica y cultural de la Nación, reconoce que todo peruano tiene derecho a usar su propio idioma ante cualquier autoridad mediante un intérprete. Consideramos que no son expresiones líricas y simplemente formales, sino normas supremas vinculantes que reconocen la presencia de diversidad cultural en el Perú, reconocen en categoría de derecho fundamental el de identidad étnica y cultural, y la imposición de una obligación al Estado Peruano de proteger la pluralidad étnica y cultural, protección que debe concretizarse en toda actividad del Estado.

Históricamente, las diferencias han sido causa de muchos enfrentamientos, conflictos sociales graves y hasta guerras mundiales, en sí, no porque seamos humanos de diferente especie, sino por singularidades de la propia especie que van desde el color, la raza, el género, o en aspectos adquiridos, como la cultural, las creencias políticas, religiosas, la nacionalidad, etc., existiendo muchos pretextos para distinguir, separar y entrar en conflicto, tratando de vencer y en algunos casos extinguir y erradicar al diferente, o la causa de su diferencia.

Es un aspecto sociológico, el unir y desunir, el hombre disgrega y congrega, y en el tema cultural en muchas ocasiones se producen tensiones por la tendencia del grupo

dominante a homogenizar al grupo menor, incluso por las buenas intenciones de supuesto trato igualitario y disminución de diferencias, sin advertir que justamente el ser diferente es parte del derecho, el pensar, actuar diferente y practicar una cultura diferente. Tampoco se trata de tolerar al otro, de ser benevolente o condescendiente, que desde ya implica aceptar con paciencia y cierta reticencia algo que no nos parece bien, tolerando al diferente, explicando José de Val, que la tolerancia puede ser una forma de no reconocer al otro, subliminal negación de la diferencia y sutil mecanismo para subordinar al otro sin menor compromiso de comprensión y respeto, que la acción de tolerar implica una subordinación de lo que estamos tolerando, "me pongo por encima de lo repugnante y lo tolero, me pongo por encima de lo que está bien y lo que no está bien, y lo tolero", como un acto de magnanimidad, colocándose en situación superior o por encima del otro, como un falso paternalismo sobre alguien que se considera no capacitado o disminuido, y que crea riesgos sino conflictos, que a decir del autor citado, es responsable de muchos y graves conflictos de la relación entre pueblos diferentes en el mundo, que nos quita el esfuerzo de respetar lo diferente, de aceptar lo que no comprendemos, de conformarnos con tolerarlo. (2000, p. 3).

La diversidad cultural es parte de nuestra propia individualización, siendo todos de la misma especie humana, nos vamos determinando desde el nacimiento en el seno de una cultura y no otra, dentro de una familia y un grupo social, adquirimos prácticas, costumbres, creencias y formas de relacionarnos, para ser nosotros dentro de un grupo común, diferente a los otros, creciendo y forjando las determinaciones de la

diversidad cultural; sin embargo justamente la diferencia cultural se advierte a partir de uno frente al otro, es decir, que tan diverso culturalmente es, quien califica como el calificado, el que observa al otro por las diferencias que presente su cultura, como aquel que califica desde la perspectiva de su propia y diferente cultura. No debemos separar, ni disgregar, tampoco uniformizar ni homogenizar, ni la discriminación ni la asimilación, es más que nada en compatibilidad a los derechos del hombre y su dignidad humana, el aceptar las diferencias y respetarlas, con el mismo grado que queremos se acepten y respeten las nuestras. No hay cultura mejor ni peor, como tampoco nadie es portador de parámetros y de suficiente idoneidad para calificar en ese sentido; hay costumbres y pautas culturales que aceptamos y otras no, permitiéndonos solo el avance y reivindicación de derechos fundamentales tratar de propiciar cambios en ese horizonte. Somos un país pluricultural y es un hecho innegable, con antecedentes remotos en las varias culturas que formaron nuestra patria, Es parte innegable de nuestra historia y de la actual realidad nacional, como se tiene desarrollado en este trabajo de investigación.

1.1.7 Identificación de los Pueblos Indígenas en el Perú

El Perú país pluricultural cuenta con varios pueblos y comunidades indígenas, que superan el test de identificación contemplado en el Convenio 169 de la OIT, que incide esencialmente, que no se trata de llevar un registro ni requieren de reconocimiento expreso del Estado para ser titulares y gozar de protección de sus derechos.

El derecho internacional sobre derechos humanos reconoce la existencia de poblaciones indígenas, de grupos tribales que se hallan geográficamente ubicados en diversas zonas del planeta, y se orienta a eliminar la asimilación, en difundir el respeto de los pueblos al control de sus instituciones y modos de vivir, de producir, trabajar y subsistir, de vigorizar su identidad y cultura en armonía en los países y regiones en que se ubican, promover ejercicio de sus derechos fundamentales, como señala el preámbulo del Convenio 169 de la OIT (1989), que en su primer artículo aporta criterios para identificar a los referidos pueblos:

“Artículo 1 1. El presente Convenio se aplica: a) a los pueblos tribales en países independientes, cuyas condiciones sociales, culturales y económicas les distingan de otros sectores de la colectividad nacional, y que estén regidos total o parcialmente por sus propias costumbres o tradiciones o por una legislación especial; b) a los pueblos en países independientes, considerados indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conservan todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas.

2. La conciencia de su identidad indígena o tribal deberá considerarse un criterio fundamental para determinar los grupos a los que se aplican las disposiciones del

presente Convenio. 3. La utilización del término pueblos en este Convenio no deberá interpretarse en el sentido de que tenga implicación alguna en lo que atañe a los derechos que pueda conferirse a dicho término en el derecho internacional” (p. 19-21).

El convenio se refiere en primer término a los pueblos tribales en países independientes, cuyas condiciones sociales, culturales y económicas les distingan de otros sectores de la colectividad nacional, además de que estén regidos total o parcialmente por sus propias costumbres o tradiciones o por legislación especial, así como los pueblos también en países independientes considerados indígenas por descender de poblaciones que habitaban el país o región en la época de la conquista o colonización, o del establecimiento de las actuales fronteras estatales, cualquiera sea su situación jurídica, y conserven todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas o parte de ellas.

Distingue parámetros objetivos y subjetivos que sirven para identificar a los pueblos protegidos independientemente de su situación jurídica de reconocidos o no, estos son por su orden, 1) que desciendan de poblaciones existentes desde antes de la conquista, colonización o demarcación de fronteras nacionales, 2) que conserven todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas o parte de ellas; el elemento subjetivo es la autoidentificación de ellos mismos como

descendientes de pueblos originarios, con identidad e instituciones propias, que a decir de Raquel Yrigoyen (2009) comprende un hecho histórico, hecho actual y conciencia:

1) Criterios objetivos 1. Pre-existencia respecto del Estado (hecho histórico) 2. Vigencia de instituciones propias (hecho actual) Cualquier situación jurídica (no importa estatuto o nombre)

2) Criterio subjetivo 3. Autoidentificación (Conciencia de: - Descender de pueblos originarios y de - Tener identidad e instituciones propias.

Relacionados los elementos subjetivos a lo señalado sobre identidad por José de Val, de que es "una resultante compleja de situaciones históricas y valoraciones subjetivas" (Del Val, 2006, p. 7), dice que es más una relación social y no un hecho dado, relación social en transformación permanente y por lo tanto las identidades no son atributos inconfundibles y siempre visibles, salvo en determinados momentos y circunstancias específicas o en los casos que implican marcas deliberadas.

En nuestro país la presencia de los pueblos indígenas es permanente en los tiempos, sobrevivieron a la conquista, la colonia, a los cambios, dictaduras de la república, las migraciones, y aún frente a la modernidad y expansión urbana, manteniendo fuertemente su identidad indígena, sus instituciones sociales, económicas, culturales

y políticas; se ubican en zonas de la costa, sierra y selva peruana, la mayoría de ellos se encuentran registrados, y constituyen una parte significativa de nuestra población.

El I Censo de Comunidades Indígenas del Perú del año 1993 registró una población indígena de ocho millones de quechuas, seiscientos tres mil aymaras, y doscientos noventinueve mil indígenas de la Amazonía, que en total representaban el 40% de la población peruana. (Programa para Promover el Convenio 169 de la OIT, 2009, p. 23).

A los datos del censo faltó sumar los pueblos indígenas que viven en aislamiento, provenientes de poblaciones nativas originarias que por diversos factores socioculturales, optan por un modo de vida lejos de contactos, civilizatorios y relaciones interétnicas, cabe anotar que la mayor parte de estos pueblos se encuentran en América del Sur, siendo el Perú con mayor cantidad de pueblos ocultos, después de Brasil; pueblos que adolecen de reconocimiento político y jurídico por el Estado, tienen problemas de etiquetaje étnico, siendo considerados como salvajes, primitivos, con exclusión social y prácticas racistas, presentan dificultad para ejercer sus derechos fundamentales y colectivos, sociales, culturales, económicos y ambientales, como su derecho a la vida al ser objeto de persecución y muerte por mineros, madereros, y otros agentes externos; cuando son contactados son forzados a cambio cultural, asimismo su derecho a la propiedad colectiva es violentado por diversos agentes de la modernidad por el interés que generan sus territorios, recursos

naturales. En el Informe sobre la Situación de los Pueblos Indígenas Aislados y la Protección de los Conocimientos Tradicionales, se señala que Perú es el segundo país en Sudamérica con mayor cantidad de pueblos ocultos después de Brasil, que un aproximado eentre veinte y treinta grupos habitan las regiones amazónicas peruanas, destacando del conjunto lingüístico mayoruna, remo, kapanawa, iscobaquebu o isconahua, cacataibos y una diversidad de clanes yora o yaminahua como los nahua, murunahua, iconahua, mastanahua, hitonahua y otros; entre los grupos lingüísticos arawak destacan los mashco piro, familias matsiguenka, nanti, asháninka y caquinte; existen también pueblos huaorani también llamados abijira o záparo. Se ubican en los Departamentos de Loreto, Ucayali, Huánuco, Madre de Dios, Cusco y Apurímac; algunos de estos pueblos se ubican en las regiones amazónicas fronterizas con Ecuador, Brasil y Colombia (Reunión del Grupo de Consulta/Comité de Dirección sobre el artículo 8J, 2007).

En el Censo Nacional del Instituto Nacional de Estadística de 2017, se registraron 2,703 comunidades indígenas y 44 pueblos indígenas u originarios, de las cuales el mayor porcentaje se concentra en los Departamentos de Loreto 43,2%, Ucayali 14,2%, Amazonas 13,4%, Ayacucho 0,4% y Huánuco 0,8%.

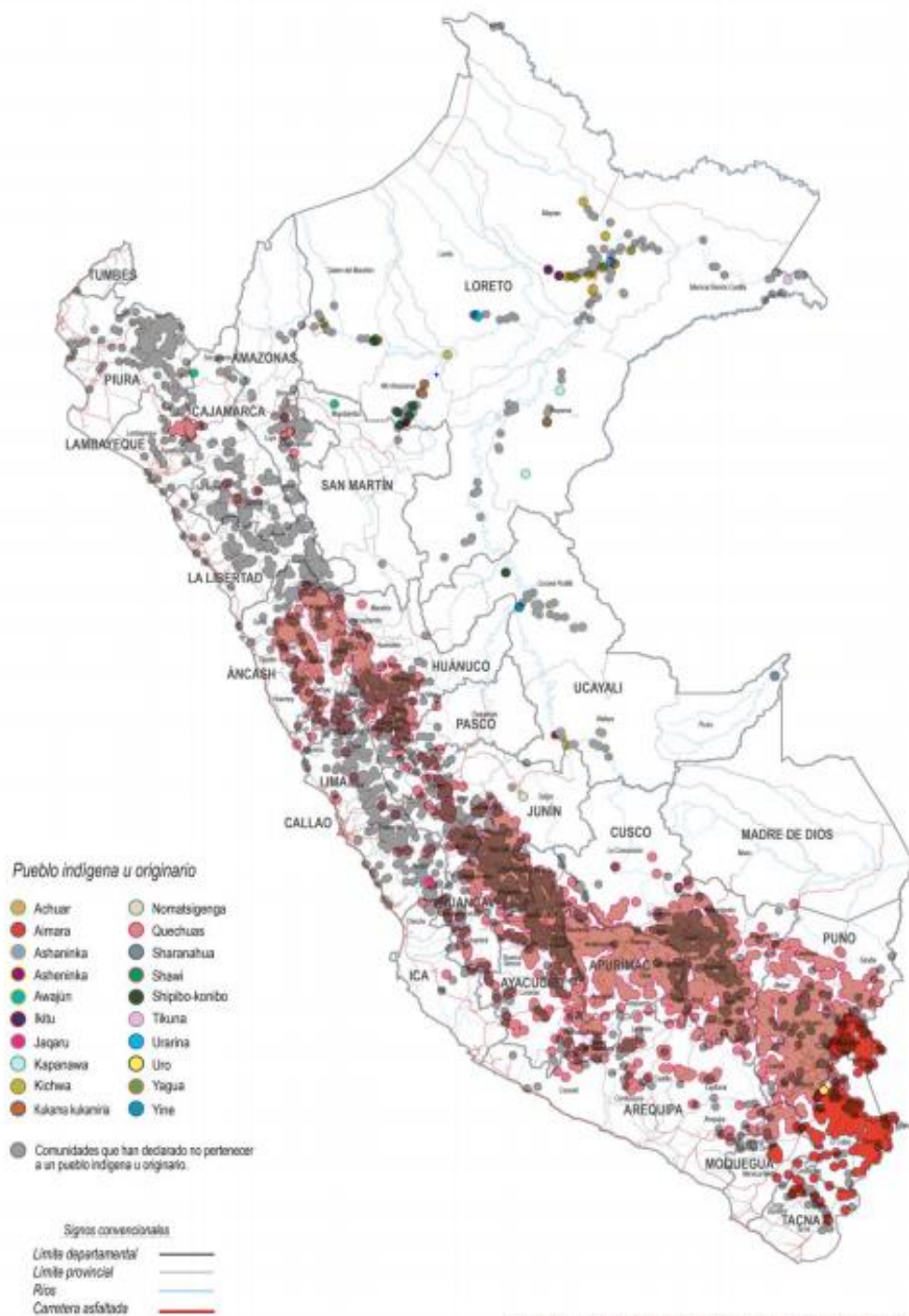
En relación a las comunidades campesinas, el Censo Nacional del Instituto Nacional de Estadística de 2017, se establece el registro de un número considerable de comunidades de 6,682 destacando con mayor número las comunidades quechuas con 3,646 ubicadas en los departamentos de Cusco, Amazonas, Áncash, Ayacucho, Apurímac, Arequipa, Cajamarca, Huancavelica, Huánuco, Ica, Junín, Lambayeque, Lima, Madre de Dios, Moquegua, Pasco y Puno; las comunidades aymaras con 576 ubicadas en Moquegua, Puno y Tacna. Debiendo recordar que, desde antes de la conquista, nuestro territorio acogía varios pueblos existiendo diversidad cultural, lo cual influyó en cierto modo, en el resultado de la invasión por los extranjeros de Europa; históricamente las culturas quechuas y aymaras han tenido y tienen presencia importante, y son las más difundidas en la zona altoandina.

También se encuentra en el censo INEI de 2017, los resultados sobre las actividades productivas o empresariales de las comunidades, informando de una fuerte presencia productiva de las comunidades, lo cual es parte innegable de nuestra realidad, constituyendo las principales actividades productivas o empresariales de las comunidades campesinas censadas las agrícolas con 6,414 comunidades, pecuarias 5,009, artesanales 1,544 y explotación forestal 932, comercio 109, piscicultura 108, caza 30 y otras actividades como subproducto agrícola, de recolección, extracción de minerales, transporte y turismo; en las comunidades campesinas del pueblo Quechuas desarrollan actividades productivas o empresariales: 3,518 son agrícolas, 2,826 a pecuarias y 971 a trabajos artesanales; comunidades del pueblo Aimara 536

desarrollan actividades agrícolas, 506 pecuarias y 145 actividades artesanales; en pueblos indígenas u originarios desarrollan actividades agrícolas, pecuarias (crianza de aves, ganado vacuno, porcino, entre otros); en pueblos Asheninka, Nomatsigenga y Yagua desarrollan actividades agrícolas, en tanto las comunidades de los demás pueblos realizan más de una actividad productiva. También se censó 2,406 comunidades que declararon no pertenecer a un pueblo indígena u originario, 2,306 se dedican a las actividades agrícolas, 1,640 a pecuarias, 420 a labores artesanales y 323 a la explotación forestal; sólo cuatro comunidades no practican ninguna actividad productiva como comunidad.

Resultados que confirman que las principales actividades productivas de las comunidades en el Perú, constituyen las actividades pecuarias y agrícolas, en menor porcentaje las actividades artesanales, comerciales, explotación forestal, piscicultura, caza, recolección, extracción de minerales, transporte y turismo.

PERÚ: COMUNIDADES CAMPESINAS CENSADAS POR PUEBLO INDÍGENA U ORIGINARIO A LOS QUE HAN DECLARADO PERTENECER, 2017



Fuente: INEI - III Censo de Comunidades Indígenas 2017; II Censo de Comunidades Nativas y I Censo de Comunidades Campesinas.

Ley N° 27795 - Quinta Disposición Transitoria y Final de la Ley de Demarcación y Organización Territorial. "En tanto se determina el saneamiento de los límites territoriales, conforme a la presente Ley, las delimitaciones censales y/u otros relacionados con las circunscripciones existentes son de carácter referencial".

unidades agropecuarias con más de 100 hectáreas detentaba el 84% de la superficie agraria nacional, en el otro extremo el 98.70% de las propiedades en el agro poseía el 15.40% de la superficie agraria (Memoria VIII Reunión Interamericana de Ejecutivos de Reforma Agraria. 1981); no obstante, a consecuencia y por el impacto de los cambios de gobierno, decisiones políticas, dación de leyes, e implementación de medidas, la situación ha variado en relación a la propiedad, así como en la diversidad de sus titulares, reconociéndose la expansión en mayor número de propietarios, así como mayor cantidad de territorios y tierras dedicados a la agricultura, con un considerable impacto en el PBI nacional.

Sobre conflictos por las tierras de la comunidad, el Censo INEI (2017) señala que “Uno de los principales problemas que afrontan las comunidades campesinas es el conflicto por las tierras, que pueden suscitarse al interior de la comunidad, entre los mismos comuneros, como también con agentes externos a ella”. Anota el censo que las comunidades campesinas que declararon haber tenido conflictos por las tierras de la comunidad con alguna persona o entidad fueron 2,449, esto es el 36,7% del total de comunidades (6,682); en cuanto a las personas o entidades con quienes las comunidades tuvieron conflictos por tierras son: otras comunidades nativas y/o campesinas (56,1%), con los comuneros de la comunidad (29,6%), con personas particulares (26,8%) y en menor proporción con las empresas mineras (11,6%), mineros informales (4,2%) y empresas madereras (0,9%); en aquellas comunidades del pueblo Quechuas, los conflictos por tierras fueron principalmente con otras

comunidades nativas y/o campesinas (58,9%) y con los comuneros de la comunidad (30,8%). Asimismo, el 55,1% de las comunidades del pueblo Aimara tuvieron conflictos con otras comunidades nativas y/o campesinas y el 35,4% con los comuneros de la comunidad. Los pueblos que tienen de 10 a menos comunidades campesinas tuvieron conflictos por tierras principalmente con personas particulares: Dos (2) de cuatro (4) comunidades Ashaninka, dos (2) de tres (3) comunidades Kichwa, tres (3) de cuatro (4) comunidades Shawi y también la única comunidad del pueblo Yine (p. 30).

El Proyecto sobre Trabajo forzoso, discriminación y reducción de la pobreza entre los pueblos indígenas de Bolivia, Perú y Paraguay, del Programa para la Promoción de la “Declaración de la OIT y la Oficina de la OIT en Perú,” realizó en el año 2006 un estudio sobre “Pobladores indígenas, opciones y oportunidades de trabajo en el Perú”, teniendo por resultados y datos de discriminación de los pueblos indígenas en nuestro país, señala que entre el 25 y 50% de la población peruana vive en hogares de ascendencia indígena, que registran tasas elevadas de pobreza y pobreza extrema (Boletín, Los Pueblos Indígenas y Tribales, Proyecto Para Promover la Política de la OIT para los Pueblos Indígenas y Tribales, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra; 2007, p. 7-8).

COMUNIDADES CAMPESINAS CENSADAS CON CONFLICTOS POR TIERRAS, POR PERSONA O ENTIDAD CON QUIÉN TIENE CONFLICTOS, SEGÚN PUEBLO INDÍGENA U ORIGINARIO AL QUE DECLARARON PERTENECER, 2017
(Absoluto y porcentaje)

Pueblo indígena u originario	Persona o entidad con quién tienen conflictos por tierras																	
	Total de comunidades campesinas con conflictos		Comuneros de la comunidad		Otras comunidades nativas y/o campesinas		Personas particulares		Empresas madereras		Empresas mineras		Mineros informales		Otro y No declarado			
	Absoluto	%	Absoluto	%	Absoluto	%	Absoluto	%	Absoluto	%	Absoluto	%	Absoluto	%	Absoluto	%		
Total	2 449	100,0	725	29,6	1 374	56,1	656	26,8	23	0,9	283	11,6	104	4,2	70	2,9	38	1,6
Aimara	158	100,0	56	35,4	87	55,1	40	25,3	-	-	29	18,4	1	0,6	5	3,2	-	-
Ashaninka	4	100,0	-	-	1	25,0	2	50,0	1	25,0	-	-	-	-	-	-	-	-
Jaqaru	1	100,0	-	-	1	100,0	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-
Kichwa	3	100,0	1	33,3	1	33,3	2	66,7	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-
Mukama Kukamilla	1	100,0	1	100,0	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-
Quechuas	1 401	100,0	432	30,8	825	58,9	331	23,6	11	0,8	185	13,2	76	5,4	30	2,1	14	1,0
Shawi	4	100,0	-	-	1	25,0	3	75,0	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-
Urarina	1	100,0	-	-	1	100,0	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-
Yagua	1	100,0	1	100,0	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-
Yine	1	100,0	-	-	-	-	1	100,0	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-
No pertenece a un pueblo indígena u originario	874	100,0	234	26,8	457	52,3	277	31,7	11	1,3	69	7,9	27	3,1	35	4,0	19	2,2

Nota: El número de comunidades campesinas que tiene conflictos por tierras no suma el total ni el 100%, por ser una pregunta de respuesta múltiple.

* Incluye empresas privadas, hidroeléctricas, petroleras, entre otras.

Fuente: INEI - III Censo de Comunidades Indígenas 2017; III Censo de Comunidades Nativas y I Censo de Comunidades Campesinas.

Aspectos que nos conducen a la realidad de nuestra población indígena, que conforme a la base de datos del Ministerio de Cultura, se encuentran identificados 55 pueblos indígenas u originarios, así como 1,786 comunidades nativas de los pueblos Achuar, Amahuaca, Arabela, Ashaninka, Awajún, Cashinahua, Chamicuro, Chapra, Ese Eja, Harakbut, Ikitu, Jíbaro, Kakataibo, Kakinte, Kandosi, Kapanawa, Kichwa, Kukama Kukamiria, Madija, Maijuna, Marinahua, Mastanahua, Matsés, Matsigenka, Muruimuinani, Nahua, Nanti, Nomatsigena, Ocaina, Resígaro, Secoya, Sharanahua, Shawi, Shipibo-Konibo, Shiwilu, Tikuna, Urarina, Wampis, Yagua, Yaminahua, Yanasha, Yine, algunos cuentan con resolución de reconocimiento y resolución de titulación. La referida base de datos, también registra más de dos mil comunidades campesinas de los pueblos quechua y aymara, contando algunas con resolución de reconocimiento, resolución de titulación de sus tierras, e inscripción registral (INEI.CN 2007, 2009).

Indica el citado Informe de INEI que en la Amazonía Peruana ancestralmente se asienta una población indígena perteneciente a trece familias lingüísticas, Arahua, Cahuapana, Harakmbut, Huitoto, Jibaro, Pano, Peba-Yagua, quechua, sin Clasificación, Tacana, Tucano, Tupi-Guaraní, y Zaparo, lo cual convierte al Perú en el país más heterogéneo de América, pues no existe otro país en este continente con más familias lingüísticas que el nuestro, convirtiendo al Perú en el país más heterogéneo de América, agrupando 60 etnias de las cuales se registraron 51.

El IV Censo Nacional Agropecuario 2012 en sus cuadros estadísticos informa de los productores agrarios, entre ellos, personas naturales, jurídicas y otras formas asociativas, dando cuenta de la existencia de 6,277 comunidades campesinas, de las cuales el 94% se encuentran ubicadas en los Andes, y 1,322 comunidades nativas, de las cuales el 99% se encuentran en la Amazonía, del total de 7,599 comunidades, el 60% conducen las tierras agropecuarias.

Otro dato importante de nuestra realidad que justifica un tratamiento especial al sector agropecuario y a las comunidades campesinas que viven de sus tierras, es que aun frente al crecimiento de las ciudades y zonas urbanas, de la totalidad de la superficie del territorio nacional de 1,285'215,60 Km² (conforme a los datos del Censo Agropecuario 2012), el 30,1% de nuestro territorio se encuentra dedicado al desarrollo de la actividad agropecuaria. Anota el INEI en razón de los datos del Censo de 2012 en comparación con el Censo de 1994, que se ha incrementado en 3'360,7 miles de hectáreas, produciéndose una ampliación de la superficie agropecuaria en 9,5%, en los últimos 18 años (IV Censo Nacional Agropecuario 2012); por regiones naturales, el Censo de 2012, señalan que la región de la sierra posee el 57.5% de la superficie agropecuaria total, esto es, de cada 100 hectáreas 57 están ubicadas en la Sierra, el 31.1% corresponde a la Selva, y la Costa tiene una superficie agropecuaria de 11.5%.

Reafirmando lo señalado inicialmente, la necesidad de una regulación y protección especial conforme a las normas constitucionales que establecen la promoción del agro, como la protección especial de las Comunidades Campesinas, Nativas en la relación con sus tierras que sirven para su supervivencia y subsistencia.

1.1.8 Conceptos de Monismo Jurídico, Pluralismo Jurídico, y el Sistema Jurídico Peruano en Contexto de Multiculturalidad

Cuando Luis Vigo (2005) inicia su obra “De la Ley al Derecho”, presenta en la dedicatoria un pensamiento que invita a la reflexión “... por el pasado que nos une y el futuro que nos convoca” (p.viii, ix), advirtiendo un hilo conductor entre el pasado, presente y futuro, proyectando las relaciones que se dan en la vida, en la sociedad, la historia, en el derecho; todo conectado, relacionado, vinculado, tocando a nosotros como espectadores y a la vez como actores en nuestro momento, advertir las secuencias y relaciones; pues así como hemos visto en los primeros ítems de este trabajo de investigación, de la íntima relación entre el contexto de multiculturalidad que tenemos hoy en día, con los eventos históricos del pasado, de antes de la conquista española, en ella y después de ella, en la Colonia, Virreinato, Perú Republicano de los primeros años y el del siglo XXI, no solo historia de acontecimientos pasados de hechos políticos, sociales, económicos, culturales, ello va aparejado con la historia del derecho que hemos tenido, recibido, aplicado y el que ahora desarrollamos.

En un mundo en que todo se enlaza, la sociedad y el derecho no es una excepción, existe entre ellos una interconexión de retroalimentación, sea que se acepte que la sociedad influya en el derecho o a la inversa, la relación existe y se evidencia en todos los tiempos, los temas y disciplinas jurídicas; expresando Lawrence Friedman la relación entre la ley y la sociedad, que los derechos de las sociedades reflejan a las sociedades, y a medida que la sociedad se transforma, el derecho también se transforma (Lara, 2012), surgen nuevas leyes, principios, se reconocen otros derechos fundamentales (el derecho a la identidad de los pueblos indígenas se incorporó en las últimas décadas del siglo XX, se fueron sumando otros derechos como el de identidad de género, derecho a la diversidad cultural, entre otros, aún en el siglo XXI se incorpora el reconocimiento de nuevos derechos humanos que se vuelven prioritarios, es el caso del derecho al agua en noviembre del 2002, y derecho al agua potable y saneamiento que se consolidó el 28 de julio de 2010). En igual forma se produce en la relación entre las teorías sobre el sistema jurídico que se acoge en un Estado determinado, con sus eventos históricos, políticos, sociales y los tiempos, pues no habiendo algo absoluto, habrá solo tendencias, predominios, simpatías en cada momento y lugar; así como, no habiendo verdades absolutas, se trata de aproximaciones más o menos cercanas, corrientes, pensamientos, teorías jurídicas que pueden ser afianzadas, modificadas, rechazadas o revitalizadas.

Para tratar de la teoría del monismo jurídico es necesario advertir que sus antecedentes son de larga data como es la centralización del poder en la esfera de la

formación de los Estados, división y distribución de poderes, formalización y exclusividad de la producción legislativa, coercitividad en el cumplimiento del orden jurídico; sin embargo esta teoría monista se perfila y fortalece en razón de su adherencia al positivismo jurídico, acogiendo ideologías del modelo jurídico liberal, que considera que el derecho es aquel producido por el Estado fundiendo ordenamiento jurídico-Estado, con valores de Estado-nación incorporado al sistema jurídico; en la centralización del poder en el Estado convierte en exclusiva y excluyente la producción jurídica a un poder legislativo y entes estatales, no pudiendo producir normas fuera de ellos, y en el celo de la función legislativa se establecen procedimientos formales y complejos sometidos a reglas y parámetros de producción normativa válida, construyendo un solo e institucionalizado sistema jurídico por Estado bajo criterios de racionalidad, legitimidad, orden, institucionalización de principios, normas, con garantías de seguridad jurídica, jerarquía, previsibilidad de las reglas y consecuencias, regulación de conductas, atribuciones y obligaciones, un solo aparato estatal de gobierno, administración, legislador, judicial y de ejecución; dentro de este sistema, es uno solo el derecho que defienden y utilizan los operadores jurídicos, uno el derecho que brinda fuerza de ley a los compromisos y contratos, uno solo el derecho que organiza y sustenta la función jurisdiccional, el derecho que los jueces interpretan y aplican en sus sentencias, que cuando se premunen conforme al sistema la calidad de cosa juzgada, adquieren firmeza, fuerza y son ejecutables coercitivamente y bajo coacción.

Kelsen en su obra “La teoría pura del Derecho” (1935), vincula el derecho a la coerción, en que el derecho más que un fin (que incluso es un fin instrumental, condición para alcanzar otros fines), es un medio específico que requiere del poder, pero no es idéntico al poder, sino un orden u organización del poder, constituyendo el orden de coacción el elemento que distingue al derecho de otros sistemas sociales, sirviendo para diferenciar el ordenamiento jurídico de otros órdenes sociales, destacando que existe una conexión interna y fuerte entre la juricidad y el uso de la fuerza en el derecho, este es el criterio decisivo: “En cuanto orden coactivo, se diferencia el derecho de otros sistemas sociales. El momento de coacción –es decir, la circunstancia de que el acto estatuido por el orden como consecuencia de un hecho considerado como socialmente dañino, deba llevarse a cabo inclusive contra la voluntad del hombre a que toca y, en caso de oposición, recurriendo a la fuerza física– es el criterio decisivo” (Luzzati, 1999, p. 136). Además del vínculo entre la juricidad y el uso de la fuerza, Kelsen se refiere a un criterio dinámico de validez, en razón de la pertenencia a cierto ordenamiento jurídico, una validez dinámica sobre la base de parámetros formales –de competencia y procedimiento, y parámetros materiales –sobre la norma fundamental-, de tal forma que la coacción debe ser puesta en las condiciones determinadas por el constituyente (p. 138).

Luzzati entiende que Kelsen se inclina por el monismo, incluso en su relación con el orden internacional, señalando que “el ordenamiento jurídico internacional, determinando la esfera y el fundamento de validez de los órdenes jurídicos estatales,

forma con estos últimos un único ordenamiento jurídico universal”, encontrando dos tesis centrales de la teoría pura del derecho, 1) una tesis positiva de que todas las normas válidas constituyen necesariamente un sistema unitario, 2) una tesis negativa de que dos normas válidas no pueden entrar en conflicto entre sí; para Kelsen la soberanía es un presupuesto de un orden normativo supremo y que no deriva de otro orden superior, por el contrario critica que desde una perspectiva pluralista, sería imposible una coordinación y delimitación recíproca de los ámbitos de validez de los singulares ordenamientos jurídicos estatales, y que la doctrina pluralista conduciría a considerar el derecho internacional como una moral o derecho natural (143,144, 145).

La teoría del monismo ya afianzada y gozando de reconocimiento mayoritario, se enfrenta a nuevos retos cuando surgen y se consolidan nuevas estructuras, se producen nuevas relaciones en el mundo del derecho; a la cual se acude en el siglo XX cuando se trata de conciliar el Derecho Interno con el Derecho Internacional, recurriendo a la teoría de Kelsen quien afirma que solo hay una norma fundamental que brinda validez a todas las normas y al propio ordenamiento jurídico en su conjunto, siendo esa norma superior y última la que brinda validez y obligatoriedad tanto al ordenamiento jurídico interno, como al ordenamiento jurídico internacional, existiendo entre ambos una relación de jerarquía que permite esa unión, y que si los dos ordenamientos jurídicos se consideran válidos simultáneamente, se posibilita una construcción monista uniéndose en un solo ordenamiento jurídico; por el contrario sostener el derecho dual de dos órdenes jurídicos resultaría ilógico que ambos regulen

la misma conducta de modo distinto; sin embargo, como también advierte Abugattas Giadallah (2006), el problema de esta concepción reside: ¿en dónde se encuentra la norma fundante de los dos derechos unidos –interno e internacional?, determinación vital pues de su ubicación dependerá cuál de ellos prevalezca, pues si se halla en el Derecho Interno, es éste el que prevalecerá, y si se halla en el Derecho Internacional, éste tendría mayor jerarquía y prevalencia. (p. 466).

En razón del nuevo panorama jurídico y las contradicciones, surgen nuevas posiciones y concepciones como el de un sistema dualista (criticado por Kelsen), sustentado en los planteamientos de Triepel en 1989, de que se trataban de dos derechos distintos, el Derecho Interno y el Derecho Internacional tenían fuentes distintas y regulaban relaciones diferentes, que cada derecho tiene su propia norma fundante y será válido con independencia del otro; sin embargo para Abugattas no se puede afirmar que regulen relaciones distintas, habiendo casos en que ambos regulen las mismas situaciones, el tema reside en que si el Derecho Internacional se quiere aplicar a nivel interno, de acuerdo a la teoría dualista debe someterse a la norma fundante del derecho interno y no entrar en contradicciones con él, cuestionando al respecto el autor citado, de que no es necesario que se requiera de norma interna que expresamente incorpore el Derecho Internacional para que sea obligatorio, por el contrario la obligatoriedad del Derecho Internacional contenido en tratados, se basa en los principios de primacía del Derecho Internacional en base al principio “pacta sunt servanda y buena fe”; la incorporación dualista de una norma interna expresa, trae el

riesgo de que cualquier norma interna posterior soslaye el tratado, afectando los principios anotados; sea que las normas internacionales se incorporen automáticamente o por un procedimiento especial y bajo una concepción monista o dualista, el resultado es el mismo, dentro de un mismo territorio coexistirán normas de distinto origen –nacional, internacional- y de diferentes fuentes de producción; para lo cual plantea que la relación entre estas normas sea como si todas fueran internas, bajo criterios de jerarquía, especialidad, distribución de competencias, para evitar las contradicciones entre los dos derechos, y de que idee un nuevo sistema de articulación que permita el cumplimiento simultáneo de las normas de los dos ordenamientos jurídicos; en relación a los criterios de temporalidad y jerarquía, encuentra una dificultad en tanto una reforma constitucional puede afectar a las leyes y a los tratados cuando se le reconoce rango legal, sin embargo los tratados solo pueden ser denunciados, modificados o suspendidos, pudiendo acarrear su incumplimiento responsabilidad internacional, y para que el tratado no sea afectado con la reforma constitucional, se le tendría que dar rango supraconstitucional, lo cual afectaría la supremacía constitucional que sustenta el orden interno, tampoco la solución estaría en introducir una idea de prevalencia sin generar subordinación, por lo que propone regula la aplicación de normas internacionales sin recurrir al sistema de incorporación evitando problemas de jerarquía y contradicciones (p. 447, 448, 449, 450-453).

La concepción de existencia en los Estados de pluralismo jurídico, van rotando de una absoluta negación en el siglo XIX, para transitar a inicios del siglo XX a una no

aceptación, esto es, cuestionar su razón de ser; llegando a mediados del siglo XX a captar la atención de algunos estudiosos en búsqueda de identificar y entender la diversidad en el derecho, llegando a aceptar que el pluralismo legal era una realidad; así en los años 80, para los especialistas era claro y aceptado que los sistemas no coexistían aisladamente, no se les ocurrió que eran políticamente iguales o que algunos eran menos significativos que otros, tampoco que el pluralismo jurídico solo existía en las ex colonias; la cuestión era “qué tipo de pluralismo legal existía en los contextos sociales”, y “qué tipos de derecho se empleaban en tales entornos y con qué consecuencias”; se tenían por sentada la existencia del pluralismo jurídico y que no había necesidad de dedicarse a desvirtuar las posiciones jurídicas monistas (Von Benda-Beckmann, pp. 18-19).

Acudimos a un concepto inicial de pluralismo jurídico de Pospisil, Griffiths y Moore, (Sally Engle Merry, 2007): “Se define generalmente como una situación en la cual dos o más sistemas jurídicos coexisten en el mismo campo social”, en “la situación dentro de cualquier campo social en la cual ocurren comportamientos que obedecen a más de un ordenamiento jurídico”, “la coexistencia en un grupo social de órdenes jurídicos que no pertenecen a un sistema único”, señalan, que “Un sistema jurídico es pluralista en sentido jurídico cuando el soberano controla distintos sistemas de derechos que regulan el comportamiento de diferentes grupos de la población que proceden de etnias, religiones, nacionalidades o geografías distintas, y cuando todos esos regímenes jurídicos paralelos dependen del sistema jurídico estatal”; se clasifica en

pluralismo jurídico clásico el que comprende el análisis de las intersecciones entre los derechos europeos y nativos, y en nuevo pluralismo jurídico el que aparece a finales de la década de los años setenta, en que los académicos socio-jurídicos aplicaron el concepto a sociedades no colonizadas, de países industrializados de Europa y Estados Unidos, en temas por ejemplo de aplicación del derecho a otros pueblos, en los casos de cooperativos de granjeros húngaros, sindicatos británicos, leyes de caza británicas, pena de muerte estadounidense (pp. 91, 92, 93, 95).

Representativo del pluralismo jurídico fue John Griffiths quien publicó en 1986 una ponencia crítica de la perspectiva Estado-céntrica del derecho, siendo ese el tema más controvertido, sin embargo, la posición más fuerte que supera las críticas de contradicción terminológica, o de ordenes jurídicos no estatales, es aquella que sustenta que no se puede restringir el concepto de derecho al estatal.

El concepto de pluralismo jurídico se aplica al estudio del orden jurídico y social, surge de la curiosidad de los sociólogos y antropólogos, de cómo los pueblos indígenas y tribales de África, Asia y el Pacífico, mantenía el orden social sin utilizar el derecho europeo, encontrando una variedad de formas de control social, presión social, costumbres, derecho consuetudinario y procedimientos judiciales, de que los pueblos colonizados aplicaban a la vez el derecho indígena y el derecho europeo, y de que habían desarrollado otra forma de derecho durante generaciones de imposición del

derecho de los poderes coloniales europeos (Engle Merry, pp. 89-90); temas que doblemente nos involucra como país, pues además de presentar multiculturalidad por la suma de culturas de nuestro pasado preincaico e incaico, somos país colonizado constituyendo una sociedad jurídica y culturalmente plural; afirmando los antropólogos y sociólogos, que los europeos no fueron la primera influencia exterior que llevó un nuevo sistema jurídicos a muchos pueblos del Tercer Mundo, y que se ha logrado descartar esa idea de que los pasados de las sociedades tradicionales eran inmutables (Ranger y Chanock, citados por Sally Engle Merry, p. 91).

La teoría del pluralismo jurídico de más reciente data, cuestiona el monismo jurídico como teoría errada e infértil, niega la realidad de coexistencia de más de un sistema jurídico dentro de un Estado, y que soberanía no significa un solo ordenamiento jurídico; ésta nueva corriente plantea dos principios medulares: 1) el traslado del estudio del derecho, desde el Estado a la sociedad, 2) una crítica a los postulados de exclusividad, homogeneidad, unidad y coherencia del derecho sobre el que se funda el Estado-nación (Ariza y Bonilla, 2007, p. 12).

Conceptualmente, la ideología del centralismo legal que presupone el Estado que valida o reconoce legal o jurisdiccionalmente como derecho, es una construcción de pluralismo legal “débil”, cuestionando Griffiths en el sentido de que no proporciona un concepto científico de pluralismo legal; por el contrario, un pluralismo legal “fuerte”

plantea diversos órdenes normativos coexistentes; señalando Von Benda-Beckmann, que las críticas al pluralismo jurídico débil, no distinguen entre un concepto analítico y una pluralidad normativa empírica, ni las distinciones entre en deber ser (ideología del centralismo legal), y el ser de la pluralidad normativa (p. 21), lo que hacen es resaltar los poderes sociales limitados y las ideologías de las organizaciones estatales (p.22).

Señalan las nuevas corrientes que el pluralismo jurídico se encuentra presente en toda sociedad y no necesariamente sólo en aquellas que han reunido o reúnen diferentes grupos culturales en coexistencia, se presenta incluso cuando se dan disímiles grupos sociales, afirmando Sally Engle Merry y otros (p. 89), que “prácticamente todas las sociedades cuentan con un sistema de derecho plural, tengan o no un pasado colonial”, que: “El pluralismo jurídico es un asunto central en la reconceptualización de la relación entre derecho y sociedad”. Sin embargo, no hay mayor relación íntima y compenetración de este concepto con el de la pluralidad cultural, especialmente con la diversidad cultural y las poblaciones indígenas, que detentan un Derecho diverso y propio, muchas veces de larga data originario de culturas ancestrales.

Franz von Benda-Beckmann (2014, p. 17), reseña que el concepto de pluralismo jurídico se discute desde hace unos cuarenta años, que la “Comisión on Legal Pluralism” fundada en el año 1978 celebró en el año 2011 su 25° Congreso, significando los muchos años de estudio y debate al respecto, la necesidad de una

adecuada comprensión de las implicancias teóricas y metodológicas jurídico para entender el papel del derecho en la sociedad; destaca que hay una gran variedad de presupuestos teóricos y usos conceptuales sin haber un planteamiento uniforme sobre pluralismo legal, la necesidad de estudios empíricos que analicen situaciones de pluralismo normativo e institucional, que hay confusiones sobre los denominados pluralismo jurídico débil, fuerte o profundo, sobre el pluralismo legal denominado clásico o antiguo y el nuevo pluralismo legal, que “se suele empaquetar en una sola dimensión el aspecto cronológico o histórico de la constelación jurídica pluralista (colonial, postcolonial, europea) y los enfoques teóricos y conceptuales, unos más antiguos que otros” (p. 18); que se debe distinguir entre la equivalencia analítica de las formas legales variables y sus diferencias empíricas en poder y significado social.

El tema del pluralismo jurídico suele ser más controvertido que el tema de la pluralidad cultural, pues se suelen dar por sentadas muchas cosas reafirmadas o añejadas por los siglos aceptando como válido lo que antiguamente se consolidó como tal e indiscutible; sin embargo, los nuevos tiempos nos traen descubrimientos, nuevos estudios, avances académicos y científicos que replantean afirmaciones, posiciones y teorías que antiguamente se aceptaban como dogmas irrefutables, por citar en relación con la historia y las culturas, el descubrimiento de la ciudad de Caral de 66 hectáreas ubicada en el distrito de Supe, a 182 kilómetros de la ciudad de Lima - Perú, sitio arqueológico de aproximadamente de 5000 años de antigüedad, mucho más antigua que la cultura Chavín, y que desapareció por un cambio climático extremo; hoy en día

la cultura de Caral es considerada la más antigua del continente americano, con arquitectura monumental, sociedad avanzada con grandes conocimientos científicos y tecnológicos que transmitieron a las culturas vecinas, tenían plazas circulares hundidas, hornacinas, puertas de doble jamba, tecnología resistente a terremotos, plataformas escalonadas, anfiteatros circulares para ceremonias y actividades, contaba con conducción política y administración de recursos y bienes, civilización de gran importancia e influencia en su época, desarrollaron la música, tenían instrumentos musicales con flautas tubulares horizontales o traversas (National Geographic 2020); llevando a la doctora Ruth Shady (2006) a afirmar que el descubrimiento y estudio de la ciudad de Caral ha obligado a replantear conceptos relacionados con la historia del Perú, y enterarnos que la historia era diferente a la que contaban. La Ciudad Sagrada de Caral ha sido declarada el 29 de junio de 2009 como Patrimonio Cultural de la Humanidad.

En el campo del derecho, muchos y variados cambios se han producido en el tránsito de los siglos, cómo en el tema del género; por ejemplo en los derechos de las mujeres, antiguamente pasaban de la tutela de los padres a la tutela del cónyuge, aún con los cambios del Código Civil de 1936 su artículo quinto distinguía que “los varones y las mujeres gozan de los mismos derechos civiles, salvo las restricciones establecidas respecto de las mujeres casadas”, en el artículo 24 se señalaba que la mujer casada tenía por domicilio el de su marido, en el 161 y 162 que el marido dirigía la sociedad conyugal, mientras la mujer le debía ayuda y consejo para la prosperidad común

además del deber de atender personalmente el hogar; al marido le competía fijar y mudar el domicilio de la familia, así como decidir sobre la economía; los artículos 168, 169 y 170 disponían que el marido era el representante de la sociedad conyugal, la mujer solo para las necesidades ordinarias, pero sí abusaba de ese derecho, el juez podía privarle de aquel a instancia del marido; el artículo 173 requería consentimiento del marido para que la mujer pudiera ejercer profesión, industria o trabajo. Sobre el derecho constitucional a elegir y ser elegidos, recién en los años cincuenta (17 de setiembre de 1955) se reconoció el derecho de la mujer a participar en el sufragio, a partir de allí se fue aperturando el acceso de las mujeres a cargos en los poderes ejecutivo, legislativo y judicial, se han dictado leyes más igualitarias, así como de paridad y alternancia de las mujeres en los cargos.

Otro caso de atención en su evolución histórica y jurídica se produjo con la motivación judicial, de hacer y sustentar una producción jurídica jurisprudencial, sufrió tiempos de prohibición y represión, para luego convertirse en exigencia y garantía de justicia. Muy vinculada a los modelos y a los Estados de Derecho, desde la formación del Estado en el derecho premoderno (paleo-iuspositivista), la fuente de producción y formación normativa no era legislativa sino jurisprudencial y doctrinaria, pudiendo señalar que era un sistema plural no formalizado de fuentes positivas en el rey, iglesia, parlamento, municipios, corporaciones, algunos de ellos ejercían la administración de justicia; tiempos en que la validez de las normas dependía intrínsecamente en la racionalidad y justicia de sus contenidos. En el tránsito de los tiempos se arriba al Estado Liberal

de Derecho de los siglos XVIII a inicios del siglo XX, predominando el imperio de la ley, legalidad de la administración, principio de legalidad como garantía de certeza, y consolidación de la libertad frente a la arbitrariedad, los poderes públicos son otorgados y se vinculan por ley la cual dispone la forma y procedimiento de ejercicio, con un monopolio estatal de producción jurídica (modelo iuspositivista), la legalidad y formalidad prevalecía sobre la verdad y la justicia, el papel de la jurisdicción limitada a la aplicación de la ley, llegando en algunos tiempos a prohibir la motivación de las decisiones judiciales; sin embargo, como todo cambia así como las concepciones jurídicas, del derecho sustantivo en su aplicación en las sentencias se suscitaban debates de si se debía o no motivar, lo cual duró hasta mediados del siglo XX con los cambios hacia un Estado Constitucional de derecho, con la supremacía y prevalencia de normas constitucionales, modifica las condiciones de valides de las leyes sometidas a la constitución; el objeto de estudio de las ciencias jurídicas pasa de la descripción y aplicación de las leyes a un análisis de su objeto, contenido y compatibilidad constitucional; cambia la forma de entender el derecho, con más principios menos reglas, los Derechos en serio de Ronald Dworkin, la ponderación de Robert Alexy, el neoconstitucionalismo y supremacía de las normas constitucionales fortalecen a los jueces con mayor activismo judicial, mayor responsabilidad, exigiendo en la labor jurisdiccional la interpretación conforme a los principios constitucionales y derechos fundamentales y consolidando al juez como responsable de la constitucionalización del derecho, garante de los derechos fundamentales y obligado ineludiblemente a motivar sus decisiones judiciales que afecten derechos e intereses de las personas; no con cualquier razón, sino en base a las razones del Derecho, lo cual obliga a los

jueces a estudiar, conocer y saber el Derecho que se considera válido, legítimo, constitucional y acorde al control de convencionalidad, como sucede con los temas de este trabajo sobre la diversidad cultural, pluralismo jurídico, derecho a las tierras de los pueblos indígenas e identidad cultural; teniendo establecido en el siglo XXI la Corte IDH en control de convencionalidad conforme a la interpretación del artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos, y del artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que: *“El deber de motivar las resoluciones es una garantía vinculada con la correcta administración de justicia, que protege el derecho de los ciudadanos a ser juzgados por las razones que el Derecho suministra, y otorga credibilidad a las decisiones jurídicas en el marco de una sociedad democrática”* (“Caso Chocrón Chocrón vs. Venezuela”, párrafo 118); que, el derecho a la motivación permite verificar la materialización del derecho a ser oído, la argumentación de un fallo demuestra que los alegatos, pruebas han sido debidamente tomados en cuenta, analizados y resueltos (Corte IDH. Caso Tristán Donoso vs. Panamá. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 27 de enero de 2009, párrafo 153); incidiendo en la trascendencia de este derecho, ha señalado que: *“la motivación es la exteriorización de la justificación razonada que permite llegar a una conclusión. El deber de motivar las resoluciones es una garantía vinculada con la correcta administración de justicia, protege el derecho de los ciudadanos a ser juzgados por las razones que el Derecho suministra”* (Caso Apitz Barbera y otros, sentencia de la Corte Interamericana de derechos Humanos de fecha 05 de agosto de 2008, fundamento 7); consolidando en el siglo XXI en un derecho fundamental la exigencia y trascendencia de motivación de las decisiones judiciales.

Las circunstancias que nos presenta el siglo XXI son diferentes al pasado, las guerras, los grandes movimientos migratorios, los conflictos por temas culturales, la pluralidad de sistemas jurídicos, el deterioro del medio ambiente, las crisis económicas, la globalización, el fortalecimiento del Derecho, Cortes y Tribunales Internacionales, y ahora en el 2020 la pandemia del corona virus y la crisis de salud pública y economía generalizada, exhiben nuevos problemas y retos, que se traslada al mundo del Derecho y en los pasillos judiciales; es en este panorama y actualidad que los ordenamientos jurídicos reguladores de la vida en sociedad tienen que responder y funcionar con eficiencia preservando derechos fundamentales; consideramos que en estas circunstancias y como se tiene desarrollado, que la teoría del monismo jurídico no funciona bien e incurre en contradicciones cuando se pretende incorporar el Derecho Internacional al Derecho Interno, asimismo cuando en la realidad se encuentran otros ordenamientos jurídicos como sucede en contextos actuales de multiculturalidad, y cuando se enfrentan los diversos ordenamientos jurídicos; debilitando la teoría monista, lo cual irradia en todo lo que sustenta, perdiendo fuerza todo aquello que justifica: que solo debe existir y en sí solo existe un único sistema jurídico político centralizado y jerarquizado en cada Estado, que brinda de contenido a instituciones de soberanía, sistema de derecho, principios, normas fundamentales y constitucionales, unidad política y constitucional, con un solo ordenamiento jurídico legítimo, valido y un sistema único de producción legislativa, una sola organización política y judicial, que prevalece, domina y regula a todos, gobernantes y gobernados, la coherencia, cohesión, seguridad jurídica y política.

Admitimos que hay posiciones diferentes, más favorables al monismo jurídico y que plantean que el pluralismo jurídico es una corriente de pensamiento ideologizada; anotando al respecto Hernando Nieto (2017) el debate dado entre el jurista y sociólogo austriaco Eugen Ehrlich con el más reconocido representante de la ciencia jurídica del siglo XX, Hans Kelsen austro Húngaro, que Ehrlich planteó una teoría descriptiva del derecho que se oponía al centralismo jurídico –positivismo jurídico-, teniendo por elemento central de ella, la distinción entre “normas de organización” (que constituyen el derecho vivo, permiten la existencia de la sociedad, y generan las normas de decisión), de las “normas de decisión” (ley oficial), considerando derecho solo las normas sociales o de organización; definiendo el derecho vivo en aquel no formulado en proposiciones jurídicas, no obstante regula la vida social; advirtiendo el autor citado, el problema del derecho vivo, de pasar del plano fáctico al plano normativo, surgiendo la cuestión de si ¿algo que se muestra de una manera necesariamente debe ser así?, en el caso de una comunidad determinada que considera que se debe linchar a los abigeos, ¿eso es lo correcto? (pp. 63-66). Hernando Nieto precisa en relación al pluralismo jurídico, que no se puede hablar de un derecho oficial y otro no oficial, sino que las dos formas normativas están ubicadas en un mismo contexto social, entrelazadas en microprocesos sociales; que Griffiths distinguía dos formas de pluralismo, uno débil cuando el soberano establece (implícitamente) regímenes jurídicos diferentes para grupos diferentes de la población; otro fuerte que no se ocupa de los fenómenos particulares que se dan en los sistemas jurídicos estatales, sino del análisis de una situación empírica, en la coexistencia de órdenes jurídicos que no pertenecen a un sistema único dentro de un mismo grupo social, y que los órdenes

legales separados no son reducibles uno al otro; considerando el autor en nuestro caso el sistema de pluralismo jurídico débil, en que los regímenes jurídicos paralelos, son dependientes de un sistema estatal abarcador y dominante, son el resultado del reconocimiento del Estado del supuestamente preexistente derecho consuetudinario de los grupos afectados, presentando contradicciones entre las normas convencionales y la constitución; que el pluralismo sigue reivindicando los valores de la modernidad como la autonomía (colectiva), la igualdad (exige a cada grupo las mismas consideraciones y respeto), la fraternidad en el sentido de proponer de alguna forma un diálogo entre los distintos grupos culturales; que el pluralismo perseguiría fines instrumentales como sería su lucha contra el centralismo jurídico, el etnocentrismo y la ciencia; que se podría considerar como una ideología, así como el pluralismo identifica al monismo como una ideología caracterizada por la defensa de la unidad estatal, la jerarquía y el centralismo; que actuaría como aquello que pretende desacreditar, como una nueva visión del mundo que termina por proponer una nueva realidad del derecho a partir de lo que llaman derecho vivo (pp. 67, 68,69).

No se puede soslayar posiciones de crítica severa al pluralismo jurídico, como sucede con Brian Tamanaha autor del artículo: “La insensatez del “concepto científico social” del pluralismo jurídico”; el autor acusa que se pretende ver Derecho bajo el ropaje de pluralismo jurídico, en fenómenos sociales que no cumplen con características que identifiquen su juridicidad.

No obstante, la teoría del pluralismo se sigue posicionando como una opción de solución más adecuada en el nuevo panorama, con replanteo de conceptos y la necesidad de una orientación socio-jurídica del derecho. Los autores Clavo García y Oliver Lalana analizan “Por qué no cabe el Pluralismo Jurídico en la Teoría del Derecho Estándar”, señalando que se trata de una exclusión que realiza la teoría del derecho normal o estándar, bajo presupuestos históricos e ideológicos, y pese a que el paradigma pluralista es ignorado por la teoría jurídica estándar, éste va ganando en complejidad y matices a lo largo del siglo XX, conduciendo la evolución a reconsiderar tópicos centrales de la teoría jurídica, empezando por el concepto de derecho, y la necesidad de una orientación socio-jurídica para la teoría del derecho (p. 1); reiterado por Daniel Oliver Lalana (2019) en su libro “La Legislación en serio, Estudios sobre Derecho y Legisprudencia” sobre la reivindicación de la legislación como ámbito propio de los estudios jurídicos y la interconexión entre legisprudencia, derecho y sociedad, sustentando la necesidad de una teoría legislativa reorientada hacia los ciudadanos, más atenta a la realidad, la evolución social y mejor informada empíricamente.

Respetuosa de las posiciones y fundamentos, consideramos que el pluralismo jurídico en nuestro caso constituye uno fuerte, con ordenamientos jurídicos plurales, uno proveniente del Estado, otro consolidado en sus orígenes ancestrales en su identificación como derecho, en reconocimiento, vigencia y aplicación en los grupos culturales y dentro de sus territorios, con elementos de coacción y coerción a través de las rondas campesinas, con sustento en sus valores y bienes culturales

indesligables de su identidad cultural, con su propia esencia de los cuales depende su subsistencia como sucede con la propiedad y posesión colectiva de las tierras comunales; ordenamientos jurídicos que a pesar de los siglos de coexistencia no se han podido fundir menos unir, subsistiendo y coexistiendo ambos, que si bien no se logran juntar, tienen igual parámetro de validez y legitimidad en el respeto y protección de los derechos fundamentales; que ciertamente el constituyente ha reconocido y aceptado el derecho consuetudinario de las comunidades campesinas e indígenas, así como el derecho a sus tierras, y que se puedan dar contradicciones con las leyes que regulan en sentido diverso (como se analiza más adelante), que el derecho convencional no solo del Convenio 169 también otros instrumentos de derechos fundamentales, interpretaciones y estándares internacionales de la Corte IDH, reconoce con mayor progresividad los derechos de los pueblos interesados, sin embargo, con una interpretación armónica de éstos con nuestras disposiciones constitucionales se pueden extraer normas constituidas, normas adscritas y concrecionadas que superen las posibles contradicciones y vacíos normativos; como se viene efectuando en el desarrollo jurisprudencial en los casos de conflictos de multiculturalidad y pluralismo jurídico; residiendo justamente el mayor trabajo en la formación jurídica de los operadores de justicia en el manejo y aplicación del derecho con respeto de la diversidad e identidad cultural.

Es necesario reafirmar conforme a lo desarrollado en los ítems anteriores, que nuestra realidad objetiva nos sitúa en contexto de multiculturalidad, somos un país con

pluralidad cultural, contamos con grupos culturales descendientes de los pueblos ancestrales, los que cuentan con identidad cultural, constituyendo un país con diversidad cultural, datan con orígenes anteriores a la conquista, dando cuenta la historia que en la independencia del Perú prevaleció el asimilacionismo pretendiendo la uniformización de las personas, identidades y valores culturales, bajo ideas de libertad, igualdad, fraternidad; también en la concepción y formación del derecho de la nueva república se acogió como verdad y necesidad de un Estado libre e independiente acoger un sistema con un solo y supremo ordenamiento jurídico, bajo las ideas de que los seres humanos y los ciudadanos son en esencia y en derecho iguales; el monismo unido a principios de igualdad, libertad, seguridad jurídica, el centralismo estatal, fue considerado como la única verdad y posibilidad de los Estados liberados del dominio español; por el contrario la coexistencia de varios soberanos, de varios sistemas jurídicos, diferentes fuentes independientes de producción normativa, fueron desautorizadas por considerar que generan caos, desorden y fomenta las diferencias sociales, y perjudican la soberanía estatal; un derecho uniforme para todos y excluyente de cualquier otro ordenamiento que no provenga de las fuentes estatales, y como tal no es reconocido como derecho ni como norma jurídica, sino que pertenece al mundo de las cosas, de los hechos y objetos (incluyendo aquí al derecho de base consuetudinaria, normas y sistemas de carácter comunitario, transnacional por autoridad no estatal); sin embargo a pesar de todos los eventos padecidos e intentos de asimilarlos y unificarlos, la identidad cultural de los pueblos indígenas se mantiene, con sus formas de relacionarse, regularse, mantienen su valores y bienes culturales, así como sus principios y normas, no obstante algunas variantes sigue vigente y

fuerte, contando con un derecho que denominamos consuetudinario, que pese a no encontrarse en reglas escritas, la tradición oral resulta eficiente en su vigencia y actualización. Como se tiene antes señalado, es un sistema de derecho con sus autoridades de coacción y coerción en las rondas campesinas, afianzando su existencia, vigencia y exigibilidad; en cuanto a su forma de relacionarse con el ordenamiento estatal, no se puede negar los enfrentamientos y confrontaciones que se producen y se traducen en los cientos de casos y conflictos sociales registrados por la Defensoría del Pueblo, así como casos que se judicializan en las áreas penales como secuestro, allanamiento, entre otros, siendo la mayoría de los casos absueltos en razón del ejercicio de la jurisdicción y ejecución autorizada por la constitución; casos de enfrentamiento con las autoridades del Estado –alcaldes, fiscales, jueces, prefectos, etc., ello no quiere decir que esté bien y sea lo correcto, pero sí que ello indica la crítica situación de conflicto y de enfrentamiento.

También recurren a instancias judiciales con demandas de procesos constitucionales de amparo, de Acción Popular contra decretos supremos y normas del Estado, algunas fundadas por afectación de sus derechos fundamentales conforme al ordenamiento internacional, logrando la inaplicación y anulación de disposiciones jurídicas estatales.

La tutela jurisdiccional efectiva en su expresión de acceso a la justicia es también un derecho del cual gozan los pueblos indígenas, pudiendo acudir además a instancias

nacionales a instancias internacionales emplazando al Estado ante la Corte IDH, ocurriendo que en Sudamérica y Centroamérica son varios los casos de comunidades indígenas y nativas que han recurrido a procesos internacionales donde el Estado ha sido encontrado responsable de vulneración de derechos humanos, ha sido sancionado y se le han impuesto medidas de reparación de consecuencias, indemnizaciones, y otras obligaciones; en el caso del Perú se conoce el caso de las Familias de la Comunidad Nueva Austria del Sira, que interpuso su solicitud de medidas cautelares ante la Comisión DH en el año 2019, para requerir al Estado de Perú, el cumplimiento de establecer los mecanismos indispensables destinados a la protección de sus derechos, en relación de agresiones en el marco de reconocimiento y titulación de su comunidad, lo que fue resuelto favorablemente para la solicitante, disponiendo entre otros, la adopción de medidas de protección culturalmente adecuadas para proteger la vida y la integridad personal de las familias de la comunidad identificada.

El ámbito subjetivo de aplicación del derecho consuetudinario, corresponde a los pueblos indígenas, comunidades campesinas, comunidades nativas, pueblos no contactados, grupos humanos en su mayoría identificados por las autoridades del Estado, registrados y ellos mismos autoidentificados como pertenecientes a otras culturas y pueblos originarios; el ámbito territorial del derecho consuetudinario corresponde a los territorios y tierras de las poblaciones indígenas, los cuales se tienen en porcentajes significativos delimitados, en muchos casos se encuentran registrados,

por lo que además de ser determinados los sujetos que tienen su propio sistema, también fácilmente resultan determinables las áreas geográficas donde rige y se aplica el derecho consuetudinario

La teoría del monismo jurídico en los tiempos actuales demanda replanteamientos para ser suficiente y coherente en la propuesta de opciones que superen las dificultades de la actualidad de coexistencia de Derecho Internacional a la par de un Derecho Interno, de casos de Estados con más de un ordenamiento jurídico, siendo en este segundo punto que a decir de Ariza y Bonilla, surge Eugen Ehrlich como uno de los primeros en advertir que el derecho del Estado no es el único, articulando la idea del “derecho vivo” o “viviente”, que le sirve para denominar a otros ordenes normativos paralelos al Estado, los cuales surgen de la vida cotidiana como una forma de auto-regulación, llegando en ocasiones a ser más importantes para la sociedad que el propio derecho creado y sancionado oficialmente, que “Para Ehrlich, en nuestro tiempo, como en cualquier otra época, el centro de gravedad del desarrollo del Derecho no se encuentra en la legislación, ni en la ciencia jurídica, ni en la jurisprudencia, sino en la sociedad misma” (pp. 11-12); los autores citados referenciando a Ehrlich, acusan que la principal falencia de los teóricos jurídicos positivistas del monismo jurídico, radica y persiste en que los juristas se han acostumbrado a reconocer solo como Derecho a aquel que emana del Estado y se consolida con la coerción estatal (p.12); cabe anotar, que el concepto de derecho vivo al que se refería Ehrlich debe ser entendido en un sentido de “vivo en la cotidianidad

de una sociedad”, y distinto al contenido en proposiciones normativas del derecho formal y centralizado, es el derecho “la práctica de lo que la sociedad denominaba derecho” (Ianello, 2015, p.770).

Ciertamente como señalan los expertos, el pluralismo jurídico acarrea complicadas colisiones y conflictos jurídicos, que van desde identificar el derecho de cada grupo y subgrupo, lo cual se vuelve más intrincado cuando no hay derecho escrito, o las concepciones e instituciones jurídicas y culturales que se manejan son difíciles de identificar y entender; demandando ardua labor cuando se debe establecer qué grupo o subgrupo pertenece a un determinado derecho, o se requiere determinar qué, cuándo y cómo se aplica el derecho de un grupo a una transacción o conflicto particular; determinar los principios, las normas de conflicto de leyes a los problemas que se presentan entre personas de grupos diferentes; determinar qué derecho especial, por ejemplo de propiedad o tierras se aplica, a quienes se aplica, los efectos y consecuencias jurídicas y sociales, cómo se conceptualiza y se ejerce el derecho a la propiedad, las delimitaciones territoriales y temporales de aplicación de leyes, entre otros; un grave y trascendente problema se presenta en relación al orden jurídico que prevalece o tiene mayor jerarquía, al grado de reconocimiento, la supremacía del derecho de un grupo, ocasionando luchas y enfrentamientos sociales, económicos y políticos; no obstante se tratan de aspectos que se tienen que ir delimitando caso por caso, grupo por grupo, donde la labor de la doctrina y la jurisprudencia utilizando

información no solo de derecho, sino también la que brinda la sociología del derecho y la antropología, pueden aportar a un mayor y mejor desarrollo.

Algunos apoyan y otros cuestionan el pluralismo jurídico pretendiendo someter a calificaciones de bueno o malo, o de que solo se puede llamar derecho a mecanismos legales que cumplen ciertos estándares de moralidad y valores de justicia, derechos humanos; sin embargo como señalan los científicos sociolegales, las consideraciones morales no aportan al tema de las consideraciones conceptuales; y como en muchos asuntos, la calidad de bueno o malo dependerá de la calificación subjetiva, de la perspectiva, así como de la evaluación moral que se aplique.

Refiere Von Benda-Beckmann como ejemplo, el de las normas favorables a la desigualdad de género en el derecho hindú, muy bueno para los hombres y especialmente malo para las mujeres y para los estándares internacionales de derechos humanos; que no se puede afirmar nada sensato sin antes analizar la esencia de cualquier derecho, que, el pluralismo jurídico solo ofrece una base para ver la ideología y demandas jurídicas estatales como lo que son, esto es, construcciones normativas, ideologías legales y demandas, que el concepto asume la misma posición hacia las ideologías y demandas jurídicas Maori, Minagkabau o Zulu, las islámicas y cristianas, no pudiendo inferir ni plantear una afirmación científicamente justificada sobre la primacía y certeza de algún tipo de derecho (p. 25).

En el debate y enfrentamiento entre las posiciones doctrinarias a favor del monismo o del pluralismo jurídico, convoca nuestra atención lo señalado por Ehrlich, de que los juristas caen en error al pensar que sea derecho lo que determina el código civil, y que sea solo jurídico lo que emana del Estado, ello sería negar la condición de derecho a las reglas sociales imperantes en las formas de organización, o reservarlas para las reglas de decisión judicial, conceptualizar el derecho sobre un rasgo accidental; ello, nos convoca a la reflexión de lo que sucede en el caso del sistema de derecho peruano, pues por lo general la formación jurídica en las aulas universitarias se sienta teóricamente en una concepción de derecho como un sistema único, ordenado, coherente, conectado y no contradictorio, un sistema racional, ordenado, piramidal que conforme al neoconstitucionalismo con supremacía de la norma constitucional a la cual se someten todas las demás normas y disposiciones, vinculando a todos, norma suprema que acoge los derechos principios del sistema, reconoce derechos fundamentales, las formas validas de producción normativa, somete todo el ordenamiento jurídico a lo previsto en ella; sin embargo, ello no deja de ser una aspiración de lo que en corrección se podría proyectar de un sistema jurídico, cuando la realidad es que no existe perfección ni todo está cubierto y reglado, sino que es la labor del interprete (en doctrina y jurisprudencia) que desarrollan y plantean soluciones frente a los problemas de contradicciones, incoherencias, vacíos, lagunas, indeterminaciones, conflictos normativos; acudiendo a los principios de jerarquía, temporalidad y especialidad, utilizando criterios y principios que superan contradicciones, oscuridad, ambigüedad, vacíos y lagunas superables bajo reglas que logran solucionar la indeterminación del derecho; principios y derechos

constitucionales en relación a la derrotabilidad de las normas; adquiriendo un rol protagónico y fundamental la interpretación jurídica en el derecho, con estrategias de interpretación que además de servir para atribuir significado y contenido a las disposiciones constitucionales y legales, aportan a esclarecer y establecer contenidos, como se evidencia en mayor forma con las técnicas de interpretación correctoras restrictivas y extensivas (conforme a clasificación de Riccardo Guastini, 2013, pp. 25-43), e incluso permiten llenar vacíos y superar lagunas; todo ello necesariamente, siguiendo reglas y técnicas de interpretación que evitan actuaciones discrecionales o arbitrarias. Habiendo dicho que lo primero, es una aspiración de corrección que se podría proyectar de un sistema jurídico, en tanto, no siempre la perfección del ordenamiento jurídico es lo ideal, pues la consideración en un tiempo dado, de que se cuenta con un derecho completo y pleno, es una apreciación subjetiva, como es el ideal de un derecho rígido, necesitando de un derecho dinámico que se aplique y se cumpla, un derecho que responda en su interpretación y aplicación a los derechos fundamentales, principios, conceptos de derecho, justicia y requerimientos de su tiempo y lugar, como se exige en el siglo XXI en diferentes materias –derechos reales, derecho penal, derecho civil, derecho agrario, etc.-en contexto de multiculturalidad.

No podemos dejar de analizar y señalar que nuestra constitución de 1993 no se cierra a otro tipos de normas y derechos no previstas expresamente en ella, en el artículo tercero con una regla de *numerus apertus* posibilitando la incorporación y reconocimiento de otros derechos fundamentales y de la democracia, designando

aquellos “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”; conocida como la norma sobre derechos implícitos, son definidos por Castillo Córdova (2008), como “derechos constitucionales implícitos, serán aquellos que se incluyen en la Constitución sin que ésta lo exprese clara y determinadamente” (p. 5), y como lo refiere el autor citado, una ventaja de ésta norma constitucional de derechos implícitos, justamente reside en que con la cláusula de *numerus apertus* permite acoger normas que sirven a la protección de la persona humana y su dignidad, además de que reconoce un “Derecho legítimo”, un derecho justo que expresamente no ha sido positivizado, y que “los derechos humanos existen al margen de que el Derecho positivo los reconozca o no”; contamos con varios casos de derecho que han ingresado a través del artículo tercero, como “el derecho fundamental al plazo razonable”, no recogido explícitamente en nuestra constitución, pero reconocido, protegido y aplicado válidamente en razón de la norma citada.

La norma de *numerus apertus* encuentra sustento en la primera norma suprema de nuestra constitución, con una excelente esencia que irradia sobre todas las demás normas brindándole un contenido interpretativo en coherencia, estableciendo como principio y norma rectora de todo nuestro sistema, que “la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”; en coherencia y armonía con ella, aperturan la inclusión de normas no positivizadas ni emitidas explícitamente dentro del sistema jurídico y producción normativa del Estado;

permitiendo incluir normas fundamentales más favorables a los fines constitucionales señalados, y en progresividad de protección de los derechos y dignidad de la persona humana. Al respecto justifica Castillo Córdova, en que la esencia humana es una e invariable, atemporal y a-histórica, que se manifiesta dentro de concretos elementos fácticos y concretas valoraciones sociales, sea por aparición de nuevas circunstancias de determinadas necesidades humanas antes no manifestadas ni advertido como tales, y por el cambio de circunstancias y necesidades, exigiendo la formulación y protección jurídica de nuevos bienes humanos, hablando de nuevos derechos humanos (pp. 17-18); al respecto podemos afirmar, que la norma de los derechos implícitos contribuye al fortalecimiento de los derechos fundamentales, a mantener la actualización, vigencia y efectividad de la constitución, bajo parámetros evolutivos en tema de progresividad de reconocimiento y protección de derechos humanos.

También contamos con otra norma constitucional que trasvasa la positivización de normas jurídicas incorporando al ordenamiento interno, normas no producidas ni positivizadas por el Estado, que incluso son normas de carácter internacional y transnacional; es el caso de la norma de la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución Peruana, que dispone la incorporación al sistema jurídico, entendiéndose que se incluyen a las normas de mayor jerarquía, a las normas del bloque de constitucionalidad, a “Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas

materias ratificados por el Perú”; la que se complementa con la norma quinta, Título Preliminar, Código Procesal Constitucional, que establece: “El contenido y alcances de los derechos constitucionales protegidos por los procesos regulados en el presente Código deben interpretarse de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos, los tratados sobre derechos humanos, así como de las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según tratados de los que el Perú es parte”.

Además de ello, contamos con una norma constitucional con características de multiculturalidad, y especial contenido intercultural en el sentido que al igual que se reconoce constitucionalmente un sistema de derecho y administración de justicia de la mayoría, también se establece constitucionalmente el reconocimiento de un sistema de derecho propio de ciertos grupos con identidad cultural; nos referidos a las normas del artículo 149 cuyo valioso contenido multicultural está referido al reconocimiento constitucional de funciones jurisdiccionales a las comunidades campesinas y nativas, a través de sus propias autoridades, funciones que ejercen con la ayuda de las rondas campesinas, prevé el establecimiento de un ámbito territorial de competencia, así como reconoce la existencia y dispone la aplicación de su derecho consuetudinario, previendo limitaciones que son exigibles a todo sistema de derecho, de que no vulneren derechos fundamentales de la persona: “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”.

Aún no contamos con una ley de coordinación no obstante que nuestra Constitución que la prevé data de hace más de 26 años, sin embargo, respondiendo a las necesidades que se presentan en la realidad social, el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial con la Oficina Nacional de Justicia de Paz y Justicia Indígena – ONAJUP del Poder Judicial, en el 2014 publicó el Protocolo de Coordinación entre Sistemas de Justicia, atendiendo a las iniciativas de este Poder del Estado en el reconocimiento de la pluralidad cultural y étnica en materia de justicia, es que identifica las pautas de coordinación interforal, en relación a determinación de competencias –personal, material, territorial-, jurisdicción especial, facultad jurisdiccional de las rondas campesinas autónomas, pautas de coordinación entre la jurisdicción especial y la ordinaria; el instrumento aporta conceptualizando términos e instituciones que participan en la justicia multicultural, identifica principios de “Equidad, transparencia, solidaridad, participación y control social, celeridad, oportunidad, gratuidad y flexibilidad”, así como “respeto mutuo, principio de protección de la jurisdicción especial, principio pro homine, principio de coordinación y cooperación, principio de reconocimiento de resoluciones” señala que la interacción entre la justicia especial y la ordinaria debe efectuarse dentro de los límites constitucionales y convencionales

sobre derechos humanos. Sobre el principio de reconocimiento de resoluciones, establece que “Lo decidido por autoridad de jurisdicción especial tendrá los efectos jurídicos que su sistema normativo prevea”, y en relación a la estatal señala “En cuanto a la decisión de la autoridad de la jurisdicción ordinaria que involucre a integrantes de comunidades campesinas, comunidades nativas y rondas campesinas esta tendrá los efectos de cosa juzgada”; surgiendo la interrogante de cuáles son las razones de establecer dicha diferencia entre una y otra decisión jurisdiccional, además de resultar una frase que adolece de vaguedad, el señalar que tendría los efectos jurídicos previstos en su sistema normativo; el protocolo identifica la competencia territorial de la jurisdicción indígena, vinculándolo a su ámbito territorial, entendiendo como tal a “la totalidad del hábitat que las comunidades campesinas, comunidades nativas y rondas campesinas tradicionalmente ocupan o utilizan de alguna otra manera” (p. 27); en cuanto a la competencia personal identifica que corresponde a “las autoridades de las comunidades campesinas, comunidades nativas y rondas campesinas”, con competencia en asuntos que involucren a miembros de su comunidad u organización; ahora bien, en uno de los temas álgidos del pluralismo jurídico, cuando involucra a terceros no integrantes de las comunidades, el protocolo señala que “Cuando se susciten hechos o conflictos que involucren a personas no pertenecientes a una comunidad campesinas, comunidad nativa o ronda campesina dentro del territorio de la jurisdicción especial el caso será sometido a la jurisdicción especial”, advirtiendo que se ha considerado como elemento determinante de la competencia que el lugar de los hechos forme parte del territorio de la jurisdicción comunal, agregando que dicha jurisdicción debe tener cuidado de respetar la garantía mínima de los derechos de

aquellas personas que no son parte de la comunidad o ronda, y de no causarles indefensión en la aplicación del derecho consuetudinario. Estando ante un documento que informa sobre pautas de coordinación, el cual constituye un buen inicio al tratarse un instrumento de un órgano de gobierno del Poder Judicial y que ratifica el reconocimiento de la jurisdicción de las comunidades indígenas, reconoce que las decisiones de la jurisdicción comunal produce “efectos jurídicos”, delimita ámbitos personales, territoriales y materiales de competencia que ilustra a los operadores jurídicos, además que dicho trabajo tiene por sustento normas constitucionales, convencionales y legales, sin embargo, cabe reiterar que éste Protocolo no sustituye a la requerida Ley de Coordinación, cuya responsabilidad de elaborarla y emitirla corresponde al Congreso, quien se está demorando cerca de 27 años en dicha labor, dado que la norma que prevé dicha ley corresponde a la Constitución de 1993.

Continuando con el análisis de la norma constitucional, encontramos su carácter multicultural y de pluralismo jurídico en el reconocimiento del valor jurídico, validez y aplicación del derecho consuetudinario, que no se limita a expresar un reconocimiento lírico, sino que expresa en su título que trata sobre el “Ejercicio de la función jurisdiccional por las comunidades campesinas y nativas”, esto es, la materialización de la justicia comunal en la realidad social a través del ejercicio de la función jurisdiccional comunal; sumando en el reconocimiento de funciones jurisdiccionales, a la aplicación de su propio derecho, denominado “derecho consuetudinario”, contando la doctrina con varias definiciones de derecho consuetudinario, de las cuales

decidimos acudir a la que entiende como tal al “conjunto de normas legales de tipo tradicional, no escritas ni codificadas, distinto al derecho positivo (escrito) vigente en un país”, señalado por Bazán Cerdán (2005), quien anota para que una costumbre califique como fuente de derecho, requiere como elementos esenciales el uso repetitivo y generalizado, y la conciencia de obligatoriedad (p. 51); Bazán señala el contenido del derecho consuetudinario, refiriéndose a la propuesta de Stavenhagen, que comprende: 1) normas generales de comportamiento público, 2) mantenimiento del orden interno, 3) definición de derechos y obligaciones de los miembros, 4) reglamentación sobre el acceso a, y la distribución de recursos escasos (por ejemplo, agua, tierras, productos del bosque), 5) reglamentación sobre transmisión e intercambio de bienes y servicios (verbigracia, herencia, trabajo, productos de la cacería, dotes matrimoniales), 6) definición y tipificación de delitos, distinguiéndose generalmente los delitos contra otros individuos y los delitos contra la comunidad o el bien público, 7) sanción a la conducta delictiva de los individuos, 8) manejo, control y solución de conflictos y disputas, 9) definición de los cargos y las funciones de la autoridad pública; e identifica como sujetos colectivos y/o individuales que aplican en el Perú el derecho consuetudinario, a los grupos y/o personas que practican formas tradicionales de administración de justicia, ejercen sistemas de justicia no estatales, emplean mecanismos alternativos de resolución de conflictos o utilizan sistemas alternativos de justicia, quienes por diversas razones de orden histórico, social y jurídico, vienen a ser comunidades y poblaciones indígenas, los jueces de paz y rondas campesinas (p.52).

Pudiendo afirmar que nuestro sistema jurídico si bien incorpora normas internacionales de derechos humanos no positivizadas ni producidas por el sistema estatal, que mantiene su unidad, al incorporarlas al bloque de constitucionalidad, y en el caso de otros tipos de normas provenientes de tratados de naturaleza comercial, económica, entre otros, los incorpora como normas de rango legal (conforme a los artículos constitucionales 55 y 56), también acepta la existencia de pluralismo jurídico, reconociendo normas de derecho consuetudinario, así como reconociendo autoridades de comunidades campesinas, nativas, rondas campesinas, permitiendo que ejerzan y apliquen su derecho consuetudinario a determinados grupos humanos, y dentro de determinables ámbitos geográficos.

En el desarrollo jurisprudencial encontramos la Resolución Penal de la Corte Suprema, fecha 3 de setiembre 2002 R.N. 4086-2001 Cajamarca, que absuelve a Iván Vera Yépez de la acusación Fiscal por el delito contra la libertad-secuestro, que en su calidad de dirigente de las rondas campesinas aprehendió al agraviado en circunstancias que había perpetrado hurto de artefactos eléctricos en el lugar, argumentando la sentencia, que cuando los integrantes de las rondas campesinas detienen a una persona a fin de realizar averiguaciones, no cometen el delito de secuestro, al no reunir los elementos objetivos ni subjetivos del tipo penal, al existir un motivo real y suficiente que hace viable la participación del procesado, para preservar el orden público. La Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema en la sentencia RN 975-2004 San Martín, absuelve a un número considerable de ronderos

fundamentando que, la conducta de los procesados no reviste el carácter doloso que requiere el tipo penal de secuestro, dado que su actuar se encuentra normado y regulado por el artículo 149 de la Constitución Política que a la letra dice “las rondas campesinas pueden ejercer las funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial de conformidad con el derecho consuetudinario”, agrega que no se advierte ejercicio abusivo del cargo, ya que los denunciados actuaron conforme a sus ancestrales costumbres.

La sentencia penal de la Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema RN 1746-2007 Lambayeque de fecha 29 de febrero de 2008, absuelve al procesado Floriano Vásquez Rojas de la acusación fiscal por delito de secuestro, delito contra la humanidad en la figura de delito de tortura, sustentando en el considerando tercero, que atendiendo a la forma y circunstancias en que se habrían producido los hechos, precisan que las “Rondas Campesinas constituyen una forma extendida de institución comunal andina que ejerce funciones de gobierno local, justicia, desarrollo local e interlocución con el Estado, que surge por la falta de respeto al pluralismo cultural del país y se traduce en las diversas formas de marginación al campesino, la criminalización de prácticas culturales distintas a las referentes del derecho oficial y la represión de autoridades indígenas y comunales que administran justicias de acuerdo a sus normas, valores y principios diversos, es por estas razones que el ejercicio de funciones jurisdiccionales y de autoridad comunal local ahora está expresamente

reconocido por la Constitución Política del Estado, en su artículo ciento cuarenta y nueve”.

El acuerdo Plenario N° 1-2009/CJ-116 de la Corte Suprema de Justicia de la República y V Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitorias, de fecha 13 de noviembre de 2009 que establece doctrina jurisprudencial vinculante a los jueces de todas las instancias, sustenta que “las Rondas Campesinas, que se inscriben dentro del contexto de las formas tradicionales de organización comunitaria y de los valores andinos de solidaridad, trabajo comunal e idea del progreso”, reconocen que las referidas rondas “han asumido diversos roles en el quehacer de esos pueblos –tales como seguridad y desarrollo- y, entre ellos, también se encuentra, sin duda alguna, los vinculados al control penal en tanto en cuanto –presupuesto necesario para su relevancia jurídica- aplican las normas del derecho consuetudinario que les corresponda y expresen su identidad cultural”; reconocen que la actuación de las rondas campesinas cubre la necesidad y derecho de acceso a la justicia, y aplican justicia reconciliadora “Son una respuesta comunal, entre otras expresiones socio culturales, ante el problema de la falta de acceso a la justicia, que es un derecho fundamental procesal que integra el núcleo duro de los derechos fundamentales. Según algunos científicos sociales la justicia que aplican puede definirse como “reconciliadora” y ejercen mecanismos tradicionales de resolución de conflictos”; destacan la identidad cultural, su pertenencia a grupos humanos con conciencia étnica e identidad, provenientes de pueblos ancestrales: “Los integrantes de las Rondas

Campesinas cumplen, en principio, el requisito de pertenecer a un grupo cultural y étnico particularizado. En efecto, desde la perspectiva subjetiva, tienen conciencia étnica o identidad cultural: afirman rasgos comunes y se diferencian de otros grupos humanos –sienten que su comportamiento se acomoda al sistema de valores y a las normas de su grupo social, sus conductas observables reflejan necesidad de identidad y de pertenencia-; así, incluso, se autodefinen como herederos de los Ayllus (pueblo inca) y como parte de los pueblos indígenas”; analizan los elementos objetivos del pueblo indígena: “Desde la perspectiva objetiva, como elementos materiales, comparten un sistema de valores, en especial instituciones y comportamientos colectivos, formas de control social y procedimientos de actuación propios que los distinguen de otros colectivos sociales –su existencia tiene una vocación de permanencia-“; asimismo contextualizan las circunstancias y realidad de poblaciones de sectores rurales con organización, tradiciones: “Son expresiones del mundo rural – de algunos sectores de la población rural en ámbitos geográficos más o menos focalizados-, tienen características comunes en su organización, siguen determinadas tradiciones y reaccionan ante las amenazas a su entorno con ciertos patrones comunes –organizan de cierto modo la vida en el campo-, y han definido –aun cuando con relativa heterogeneidad- las medidas y procedimientos correspondientes basados en sus particulares concepciones”; sustentan que de acuerdo al sentido normativo del artículo 149 de la constitución es que los pueblos con una tradición e identidad propias en sede rural resuelvan sus conflictos con arreglo a sus propias normas e instituciones, y conforme al artículo 8° del Convenio de Pueblos Indígenas se fijan pautas que dichos pueblos tienen derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, les llevan

a afirmar, que al ser las Rondas Campesinas parte de ese conglomerado social y cultural, actúan en un espacio geográfico predeterminado y lo hacen conforme al derecho consuetudinario.

La sentencia constitucional A.P. N° 2232-2012 Corte Suprema, de fecha 23 de mayo de 2013 declaró fundada la demanda de Acción Popular formulada contra disposiciones reglamentarias de los artículos 2.1, II del Título Preliminar del Decreto Supremo N° 012-2008-MEM, Reglamento de Participación Ciudadana para la Realización de Actividades de Hidrocarburos; artículo 4 del Decreto Supremo N° 028-2008-MEM Reglamento de Participación ciudadana en el Subsector Minero, declarando la nulidad de las referidas disposiciones, sentencia con efectos generales y que vinculan a todos los poderes públicos del Estado. La sentencia señala el carácter vinculante del Convenio 169 de la OIT, y que integra el bloque de constitucionalidad, debiendo ser respetado y observado por todos los poderes del Estado, no estando exentas las entidades estatales como la emplazada Ministerio de Energía y Minas; que no es lo mismo el derecho a la consulta previa que el derecho a la participación ciudadana, que el derecho a la consulta previa reconocido en el del Convenio 169 de la OIT tiene como titulares a los pueblos tribales cuyas condiciones sociales, culturales y económicas les distinguen de otros sectores de la colectividad, los que se rigen por su propias costumbres, tradiciones y 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 actuales fronteras del Estado, que conservan todas o parte

de sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas; teniendo previsto el convenio criterios objetivos y subjetivos para su identificación; teniendo los pueblos interesados derecho a la consulta - inciso 1.a y 2 del artículo 6 del Convenio- así como el derecho a la participación libre –inciso 1.b artículo 6, 2° párrafo del artículo 7 del Convenio, también previsto en la norma 31 Constitución Peruana, la obligación de los gobiernos de consultar a los pueblos interesados mediante procedimientos apropiados y a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas, administrativas, susceptibles de afectarles directamente, en armonía con la norma convencional, señala la sentencia citada que las consultas deben realizarse de buena fe, en forma adecuada a las circunstancias, teniendo por objetivo, arribar a consensos y en el mejor de los casos, la aceptación de aquello que se pretenden implementar; estableciendo la norma convencional en relación a la participación ciudadana, que es deber de los gobiernos prever mecanismos que permitan a los pueblos indígenas, la libre participación y en igual forma que las otras poblaciones. Destaca conforme a la “Declaración Universal de los Pueblos Indígenas”, el reconocer que dichos pueblos son iguales a los otros pueblos, con derecho a ser, considerarse y respetados como diferentes, que se propugna el control por los pueblos indígenas de sus acontecimientos que los afecten a ellos y a sus tierras, territorios y recursos, que les permitirá mantener, reforzar sus instituciones, culturas, tradiciones y promover su desarrollo de acuerdo con sus aspiraciones y necesidades, siendo ello compatible el cumplimiento y observancia de la consulta previa, que no puede limitarse a una actividad informativa, sino a información plena destinada a un fin mayor, del consentimiento libre e informado. Determinando la inconstitucionalidad e ilegalidad de

las normas reglamentarias que establecían “La consulta es una forma de Participación ciudadana que tiene por objeto determinar si los intereses de las poblaciones que habitan en el área de influencia directa de un proyecto de Hidrocarburos podrían verse afectados”, establecían un procedimiento más que informativo para “los mecanismos de consulta en las actividades de Exploración y/o Explotación de Hidrocarburos”, así como respecto de proyectos en territorios y tierras de las referidas comunidades; en forma indebida y colisionando con el derecho convencional, las normas denunciadas, pretendían asimilar la consulta previa a una forma restringida y solo informativa de participación ciudadana, indicando que era “con la finalidad de llegar al mejor entendimiento sobre los alcances del proyecto, sus beneficios”, y que preveían procedimientos no compatibles con las exigencias de la consulta previa y su finalidad mayor de llegar a un acuerdo y en los casos que corresponda, obtener el consentimiento de los pueblos indígenas; concluyendo que no estaban cumpliendo con la obligación del Estado de respetar el derecho a la consulta previa cuando se afecten derechos e intereses de los pueblos indígenas y tribales.

En la sentencia casatoria de la Sala Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema N° 4007-2014-Piura de fecha 14 de julio de 2015, se resolvió la pretensión de la Municipalidad Distrital de Castilla, sobre nulidad de Ficha Registral y Partidas Registrales del Registro de Propiedad Inmueble de Piura, así como de los asientos y títulos literales que inscritos en las mismas a favor de la Comunidad Campesina de Castilla descendiente de los Pueblos de Indios de Catacaos; en la sentencia de vista

materia de casación se sustentó en el 32 considerando, que si bien la existencia legal y personería jurídica de la comunidad campesina se encontraba reconocida por Resolución Suprema, “no así sus títulos de dominio”; al respecto, el voto en minoría de la Sala Suprema, señaló en el considerando 3° que “la complejidad y aristas del caso particular en relación a los entes involucrados y el problema social, exige del Poder Judicial brindar una justa y efectiva solución que derive en paz social, emitiendo una decisión sustentada en lo previsto en nuestro ordenamiento jurídico, como en las normas del bloque de constitucionalidad que protegen las tierras de las comunidades campesinas, incluso más allá de las formalidades registrales, como ha interpretado la Comisión Interamericana de Derechos Humanos”, obligando el caso, a considerar normas del Convenio N° 169 OIT aplicable a los pueblos considerados indígenas, por el hecho de descender de poblaciones que habitaban el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización; que las disputas sobre propiedad, uso, ocupación de sus tierras tradicionales, se vinculan a derechos fundamentales reconocidos; que no se trata de desconocer los títulos de propiedad e inscripciones registrales de la comunidad campesina por deficiencias formales, sino en concordancia con las normas internacionales, se deben identificar las áreas que les pertenecen discriminando aquellas que no les corresponden.

El Tribunal Constitucional del Perú, supremo interprete de la constitución, en la STC número 02765-2014- PA/TC refiere a que el constituyente optó por una formula en

contexto de dialogo intercultural, que en relación a la impartición de justicia de las comunidades y de imposición de sanciones, se deben respetar contenidos mínimos y flexibles, que: “ El hecho que el constituyente haya optado por una fórmula que de preeminencia a los derechos fundamentales en este contexto de diálogo intercultural no conlleva, necesariamente, el establecimiento de un contenido de garantías rígidas y férreas que deban ser impuestas a todas las etnias y culturas. El Tribunal estima que, dentro del marco de ciertos contenidos mínimos y flexibles en cuanto a la impartición de justicia, las comunidades cuentan con un considerable margen de apreciación para configurar internamente el desarrollo de los procesos, así como el consiguiente establecimiento de sanciones” (fundamento 76).

Un caso relevante en relación a multiculturalidad es el de Tres Islas, resuelto en la sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 11 de setiembre de 2012, la demanda fue interpuesta por Juana Griselda Payaba Cachique, Presidenta de la Comunidad Nativa Tres Islas, a favor de los miembros de su comunidad, emplazando a la División de Seguridad del Estado de la Policía nacional del Perú con sede en Tambopata, a la Segunda Fiscalía Provincial Penal Corporativa y la Sala Superior Mixta y de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Madre de Dios; alegando la demandante, que la comunidad nativa decidió controlar la intrusión no autorizada de terceros que estarían vulnerando la integridad territorial física y biológica de la comunidad nativa, debido a actividades de tala ilegal de árboles, minería informal y la prostitución informal; la comunidad construyó una garita y un cerco de madera en el

camino vecinal Fitzcarrald-Teniente Acevedo-Diamante, que permite el acceso a su propiedad, decisión que adoptaron en ejercicio de su función jurisdiccional, empero se inició una persecución en contra de la demandante y de sus directivos, se emitió una sentencia, se iniciaron investigaciones policiales y del Ministerio Público por delitos contra los medios de transporte, comunicación y otros servicios públicos, en la modalidad de entorpecimiento al funcionamiento de los servicios públicos; atentando contra su libertad. En este caso el Tribunal Constitucional delimitó que el conflicto se ubicaba en la afectación de la propiedad del territorio de la Comunidad Nativa Tres Islas, y para resolverlo inició su fundamentación con los temas de “Constitución, multiculturalismo y realidad social”, señalando dos formas de entender la multiculturalidad, una descriptiva observando la realidad, y la segunda “como una política de Estado que en base al reconocimiento de tal realidad, pretende reconocer derechos especiales a minorías estructuradas e identificadas en torno a elementos culturales” (considerando 2.4).

Es importante la afirmación del supremo intérprete de la constitución de que “la Constitución de 1993 ha reconocido a la persona humana como miembro de un Estado multicultural y poliétnico; de ahí que no desconozca la existencia de pueblos y culturas originarios y ancestrales del Perú” (STC 42-2004-AI/TC, considerando 1°); que: “tal reconocimiento constitucional no es una mera declaración formal de principios sin consecuencias tangibles; por el contrario, implica un cambio relevante en la propia noción del Estado y la sociedad. Así, la inclusión de la perspectiva multicultural (o

intercultural) en la Constitución, implica un giro copernicano en el concepto de Nación y, por consiguiente, de la identidad nacional”. Así reconoce, que no es sustentable la idea de una única y exclusiva cultura homogénea, y que en nuestra realidad de multiculturalidad “implica la aceptación de distintas culturas, manifestaciones culturales y distintas actitudes de ser y entender lo que es ser peruano, del desarrollo de la libre personalidad, de la visión comunitaria de las costumbres que provienen de la experiencia histórica, religiosa y étnica; y que informa a su manera y en su singularidad peculiar la identidad nacional en todas sus variantes”; relevante y delicado trabajo de interpretación constitucional en coherencia con la norma de igualdad 2.2, que viene a ser e imprimir en un Estado Multicultural “un reconocimiento implícito de *tolerancia a la diversidad* como valor inherente al texto fundamental y como una aspiración de la sociedad peruana” (STC 22-2009-PI/TC, fundamento 3); más aún, distingue que “La tolerancia a la diversidad contempla también diferentes formas de aceptar concepciones de justicia y de respetar el ejercicio del poder contramayoritario, siempre que no contravengan directamente derechos fundamentales y los fines esenciales del Estado”. El tribunal trata un tema al cual ya nos hemos referido, a la asimilación, señalando que el reconocimiento de otras culturas o identidades no debe ser confundido con políticas de asimilación, que el concepto de asimilación está construido sobre percepciones que observan que otras culturas minoritarias son “menos avanzadas”, y como consecuencia de ello estarían irremediabilmente destinadas a perder su identidad en un proceso de “superación cultural”, al ser absorbidas por la sociedad dominante; propugna el Tribunal que “una visión que pretenda la integración considerando las diferencias culturales o que plantee

estrategias de tolerancia por ciudadanías diferenciadas, es más respetuosa de las realidades e identidad cultural y étnica de los pueblos indígenas”; en este punto nos permitimos anotar nuestra discrepancia de que el Tribunal Constitucional plantee “estrategias de tolerancia”, pues no resulta en armonía con la norma primera de la constitución, pedir o plantear al otro que sea “tolerante” con nuestros derechos fundamentales a la identidad cultural y étnica, sino de que los respete en planos de igualdad al tratarse de derechos fundamentales, y que el Estado a través de sus instituciones como el Tribunal, cumpla con proteger y materializar su ejercicio; hablar de tolerancia, resulta contradictorio con la expresión de rechazo en la sentencia constitucional a considerar que “los pueblos indígenas son culturas de menor desarrollo y valía”, por el contrario es necesario afianzar en nuestro conocimiento y razonamiento que todas las culturas y su identidad son valiosas, legítimas, y que la diversidad cultural nos fortalece en una relación de respeto, dignidad e igualdad; no se trata de tolerar, tampoco de considerar que hay mejores o menores culturas, se trata de entender que en el tema cultural existe diversidad, no hay parámetros de comparación, sino de relaciones e interacción en contextos de igualdad y de derechos fundamentales que todos son titulares.

Se rescata de la sentencia constitucional, el llamado del Tribunal a reflexionar sobre nuestro contexto de multiculturalidad, así como la implementación de normas multiculturales en procura de maximizar garantías que sostengan una sociedad plural y respetuosa de las diferencias; contamos con culturas ancestrales, que como señala

el Tribunal: “los pueblos indígenas u originarios, existen desde antes de la creación del virreinato del Perú y de la República del Perú”, eran pueblos organizados que detentaban antes de la conquista con “soberanía sobre sus territorios, que implica autonomía en la toma de decisiones políticas de tal comunidad, la aplicación de sus costumbres jurídicas a fin de resolver conflictos sociales surgidos dentro de la comunidad”; lamentablemente como ha sucedido muchas veces en la historia de la humanidad, se produjo una relación de dominio, sometimiento y extinción cultural, señalando el Tribunal, que la situación cambió en razón de la “conquista y de creación y expansión del Estado peruano, que decidió obviar toda diferenciación cultural a fin de iniciar la construcción de una sola identidad nacional” (fundamentos 14, 15, 19).

En relación al específico derecho de propiedad, es importante anotar que en coincidencia a lo que se plantea en este trabajo, el tribunal tiene señalado la necesidad de cambiar el enfoque civil del derecho de propiedad, y que se debe recomponer desde un panorama y visión que tenga en consideración la realidad multicultural nacional; a lo que debemos agregar en esta investigación, que: 1) existen elementos, particularidades, valores de identidad cultural que integran la propiedad de tierras de las comunidades campesinas y nativas; 2) la significancia de las tierras para las referidas comunidades, cuya relación con ellas no es en estricto material o relación de objeto, sino de manera vital mantienen un lazo subjetivo espiritual de carácter personal y grupal que se retroalimenta; 3) el carácter de valor cultural que subyace en sus

tierras, donde practican sus rituales, costumbres y derecho consuetudinario de manera peculiar y vinculado a su identidad cultural, esto es su sentido y razón de pertenencia.

Sirve para reafirmar nuestro planteamiento, lo señalado por la Corte IDH en el Caso Yakye Axa vs Paraguay, que “la estrecha vinculación de los pueblos indígenas sobre sus territorios tradicionales y los recursos naturales ligados a su cultura que ahí se encuentren, así como los elementos incorporales que se desprendan de ellos, deben ser salvaguardados por el artículo 21 (derecho a la propiedad privada) de la Convención Americana” (fundamento 137); en la sentencia citada se indica que existen diferencias conceptuales de lo que es “tierra” y “territorio”, considerando que uno se refiere a un tema civil o patrimonial, y el segundo está ligado a “una vocación política de autogobierno y autonomía” (fundamento 21); al respecto es pertinente anotar que la jurisprudencia de la referida corte ha evolucionado en sus precisiones conceptuales, con las que guardamos coincidencia en el sentido de que la “tierra y territorios indígenas”, ambos tienen una connotación cultural distante de la concepción civilista, que ambos, son percibidos más como bienes y valores culturales que como valor económico o patrimonial, ciertamente el territorio indígena guarda relación con su forma de organización política y autonomía, sin desprenderse ni dejar de ser parte de su identidad cultural, significando el territorio de sus ancestros, donde realiza sus rituales, practican su religión y se relacionan social y políticamente.

En esta dirección, es que la sentencia materia de análisis del Tribunal Constitucional, advierte peculiaridades de las formas de organización de las comunidades y de su sistema, identificando que “el reconocimiento de sus costumbres propias, sus formas de creación de derecho y de aplicación del mismo, traspasan la dimensión de una mera asociación civil”, pues en verdad se tratan de culturas diferentes que no caben en moldes preconfigurados en el sistema estatal, que tienen sus propias formas, modos de ser, desde su visión y perspectiva de percibir el mundo, la naturaleza, hasta su forma de sentir, entender el funcionamiento de las cosas, en el modo de trabajar y labrar la tierra a la cual veneran y guardan respeto, siendo actualmente consideradas las poblaciones indígenas como los sectores de la población mundial que menos contaminan y los que más protegen el medio ambiente.

Igualmente su sistema de derecho consuetudinario no escrito, puede ocasionar la mirada de extrañeza de las autoridades estatales, de cierta reticencia a un derecho que funciona y se produce normativamente diferente al estatal, sin embargo no se puede negar que es un derecho que funciona, se practica, y se legitima ante sus integrantes, es eficiente y eficaz en el control de conducta (a veces severo pero sujeto a limitaciones de no violar los derechos humanos, como señala la norma constitucional 149), estando dentro del grupo de sistemas normativos no escritos y que gozan de legitimidad, no debiendo olvidar que en el caso de las constituciones políticas de los Estados, no todas son escritas, por ejemplo el Reino Unido (Inglaterra), tiene una constitución material no escrita, una constitución que se cumple y no está en un documento escrito o formal como la nuestra, y que de los diferentes tipos de constitución es mejor una constitución material no escrita que una constitución

semántica escrita y que no se cumple. Sumando al respeto del derecho consuetudinario, que forma parte de su derecho a la autodeterminación, el que se respete sus formas de organización política, su derecho de gobernarse, de regularse, de proyectarse y tomar sus propias decisiones.

La jurisprudencia constitucional seleccionada, reviste trascendencia por tratarse de un litigio en contexto de multiculturalidad, sobre tierras de propiedad indígena; lo interesante del caso es que no se debate la titularidad del derecho de propiedad, sino esencialmente el ejercicio del mismo, habiendo entendido algunas personas y autoridades que podían transitar libremente por las tierras comunales como si fueran bienes públicos; sin embargo la justicia constitucional nacional, estableció que se había acreditado la propiedad de la comunidad nativa, así como la vulneración del derecho a la propiedad, al haberse permitido a las empresas de transporte ingresar al territorio de tal comunidad, sin que medie título legítimo que así lo autorice, que si bien es cierto que la libertad de tránsito es un derecho fundamental, también lo es que está sometida a ciertos límites, como lo es no invadir tierras ajenas sin consentimiento de los propietarios; que no basta con argumentar que el cierre de tal camino afecta un interés de naturaleza colectiva, como lo es el desplazamiento de personas, cuando de otro lado existe otros derechos o intereses igualmente legítimos, así como títulos que acreditan la propiedad de tal territorio, teniendo la comunidad nativa el legítimo derecho de hacer uso de su derecho a la propiedad y determinar quiénes pueden ingresar a su propiedad, y quiénes no.

Significando que, en la constitución, como en el desarrollo jurisprudencial del más alto nivel de nuestro país, se reconoce la diversidad cultural, así como el pluralismo jurídico sin secesiones ni separaciones, coexistiendo un sistema jurisdiccional y normativo de derecho consuetudinario, con el derecho Estatal, que es parte de nuestra realidad social, política y jurídica, con la única limitación en la aplicación del derecho consuetudinario, de no vulnerar derechos fundamentales.

El siglo XXI inicia reconociendo que vivimos en sociedades con pluralidad cultural y jurídica que replantean un Estado Constitucional y Social de Derecho, aceptando la trascendencia, efectos e impacto del pluralismo jurídico; brinda un sentido especial del Derecho, y nos lleva a reflexionar en este trabajo de investigación, que así como se imponen nuevas exigencias en la formación del profesional de derecho en temas nuevos o no tan nuevos (por citar nuevas especialidades, o reforzar otros como el manejo de la argumentación jurídica), igualmente se requiere considerar entre los cursos básicos e iniciales de derecho en las aulas universitarias, a la par que informar y enseñar sobre el monismo jurídico, hacerlo con el pluralismo jurídico, que ayudará y permitirá al acceso a un panorama más amplio, a elevarnos de un microcosmo -en el sentido de un mundo a escala reducida (definición de la RAE. 2020), de una realidad con un ámbito cerrado y pequeño que se vuelve la totalidad en que se desarrolla o mueve una persona (Definiciones de Oxford Languages. 2020)-, a uno de mayor dimensión que permitirá visualizar un panorama más amplio de la realidad objetiva y jurídica, así como, que no somos los únicos, no es un solo derecho, que existen otros

ordenamientos jurídicos, algunos que se incorporan como normas del bloque de constitucionalidad, otras de legalidad, que en pluralidad jurídica en el Perú, hay ordenamientos jurídicos particulares pertenecientes a grupos humanos de comunidades campesinas, nativas, indígenas, que a pesar de no haber sido emitido por el Estado, dicho ordenamiento goza de reconocimiento constitucional, de validez y legitimidad, aplicándose a los miembros de determinados grupos humanos, en territorios determinables, asimismo que cuentan con sus propias autoridades con funciones jurisdiccionales.

Concluyendo en este capítulo que el Perú es un país con multiculturalidad, con presencia de diversidad cultural, pluriculturalidad y pluralismo jurídico con pueblos indígenas provenientes de poblaciones ancestrales que tienen su propia identidad cultural, valores, bienes culturales y sistema de derecho que regula sus relaciones y actividades, autoridades que ejercen funciones jurisdiccionales, rondas campesinas que ejercen funciones de gobierno local, jurisdicción y actúan como órganos ejecutores.

Que, coexisten varios ordenamientos jurídicos en un mismo campo social y Estado, uno estrictamente estatal con sistema jurídico jerarquizado y centralizado, otros provenientes de la pluralidad cultural; ocurriendo comportamientos que obedecen a más de un ordenamiento jurídico, produciendo enfrentamientos y confrontaciones que

se manifiestan en conflictos sociales, demandas e impugnaciones contra autoridades y normas jurídicas del Estado; ordenamientos que no se pueden unir ni asimilar, habiendo uno de carácter generalizado y otros de grupos o subgrupos, el primero se sustenta en sus propios principios y normas constitucionales, el segundo se sustenta en sus valores y principios provenientes de su cultura e identidad cultural, tradiciones, costumbres, valores, bienes, derecho consuetudinario; generando un pluralismo fuerte que va más allá del reconocimiento constitucional de diversidad e identidad cultural, la autonomía, jurisdicción y autoridades de los pueblos indígenas, dándose una relación de respeto del derecho y sistemas, como se traduce en el desarrollo jurisprudencial.

Las normas constitucionales, como el desarrollo jurisprudencial del más alto nivel de nuestro país, se reconoce la diversidad cultural, así como el pluralismo jurídico sin secesiones ni separaciones, coexistiendo un sistema jurisdiccional y normativo de derecho consuetudinario, con el derecho Estatal, que es parte de nuestra realidad social, política y jurídica, con un elemento común en ambos sentidos, obligando a unos y otros, a respetar y no vulnerar los derechos fundamentales de los otros.

CAPÍTULO II

PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL DEL DERECHO DE PROPIEDAD DE LAS COMUNIDADES CAMPESINAS E INDÍGENAS

2.1 La Propiedad Inmueble derecho constitucional

En la subsistencia del ser humano, en la generación de riquezas, la producción, la industrialización, incluso en los conflictos civiles, penales, contencioso administrativo, de familia, aparece el tema de la propiedad, conduciendo a afirmar el amplio espectro de este instituto, que admite analizarlo desde enfoques históricos, sociales, económicos, políticos y jurídicos.

Desde inicios de la convivencia social, la posesión como luego la propiedad de los bienes requerían el establecimiento de reglas por ser fuente de muchos conflictos, así como muchas las razones que conducían a ellos, como la necesidad, el acaparamiento, la ambición, el poder, etc.; conduciendo a la búsqueda de mecanismos de solución, por la fuerza o por medios de solución pacífica, éstos últimos con el tiempo se fueron consolidando.

El derecho de propiedad se arraiga como uno de los derechos reales principales que no requiere de otro elemento para existir; en sus inicios se entendía la propiedad basada en el “ius abutendi” del dueño del bien, luego, va surgiendo de la evolución del derecho romano, germánico y alemán, un concepto de derecho propiedad más social y limitado, como señala Manuel Ferrer (1994, p. 392); sin embargo no se puede soslayar que más allá de los discursos, calificaciones y análisis jurídicos, existe una relación directa entre la regulación legal y la opción política económica que objetivamente acoge e imprime el legislador histórico, lo que suele suceder con la propiedad de los bienes, cuya normatividad guarda vinculación y repercute directamente en la economía; llevando a reflexionar al profesor italiano Paolo Grossi (1992), que, ningún discurso jurídico está más empapado de bien y mal, sazonado por visiones maniqueas, como aquel que relaciona al hombre con los bienes, lo que explica, en que son muchos y tal vez demasiados los intereses en juego, que las opciones económico-jurídicas vienen definidas por las corazas no corroíbles de las connotaciones éticas y religiosas (p. 31).

En nuestro sistema jurídico de Estado de Derecho Constitucional, se ha reconocido a la propiedad de los bienes inmuebles la calidad de derecho constitucional, decidiendo el constituyente de brindarle protección en las normas de dos artículos de la carta magna, que se interpretan en compatibilidad con las normas del artículo constitucional primero, que establece como norma rectora y crisol que orienta y alumbra a las demás normas constitucionales: “La defensa de la persona humana y el respeto de su

dignidad constituyen el fin supremo de la sociedad y del Estado”; bajo esa premisa y norma mayor se interpretan todas las demás normas, brindando sentido al artículo 2° inciso décimo sexto, de que toda persona tiene derecho a la propiedad; y en el capítulo III en normas especiales del artículo 70, se establece el carácter inviolable del derecho de propiedad, reforzando la protección del Estado, señala que éste la garantiza, así, a nadie puede privarse de su propiedad a excepción exclusiva por causa de seguridad nacional o necesidad pública, previamente declarada por ley, y con la exigencia ineludible del cumplimiento de pago indemnizatorio con justo precio, que deberá incluir el resarcimiento por los daños que se hubieren causado.

En tanto no hay derechos absolutos y se prevén ciertas limitaciones en relaciones a los demás y al bienestar general, es que la norma constitucional contempla limitaciones en el ejercicio del derecho a la propiedad, en el sentido de que su ejercicio no puede afectar y debe ser armonioso con el bien común, debiendo además de ello, ejercer la propiedad respetando los límites previstos en el ordenamiento legal.

En razón de su carácter circulatorio y su impacto en la economía, la protección constitucional del derecho propiedad es relacionada con la economía nacional, sustentada en la coexistencia de diversas formas de propiedad, como anota la norma del artículo constitucional sesenta; norma que sirve para ratificar que nuestro ordenamiento constitucional no limita a una sola forma de propiedad contemplada en

el derecho civil, sino que admite y en esa forma se ha desarrollado legislativamente, otras formas de propiedad, entre las que se debe sumar la propiedad colectiva con identidad cultural de las poblaciones indígenas, cuyo desarrollo normativo se encuentra a nivel de derecho y jurisprudencia convencional sobre derechos humanos que se integran al sistema jurídico interno por ser parte de las normas del bloque de constitucionalidad.

En consonancia a las normas constitucionales, el Código Civil Peruano regula el derecho de propiedad y sus atributos, en el capítulo V reservado para los Derechos Reales, y establece en el artículo 923 que la propiedad se trata de un poder jurídico, el cual permite a su titular usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien, y debe ser ejercido en concordia con el interés social y conforme a las demarcaciones legales; norma que se aproxima a una definición jurídica de la propiedad, cuya característica esencial reside en el reconocimiento constitucional y legal, confiriéndole la calidad de poder jurídico otorgado a su titular, confiriendo las atribuciones citadas respecto de un bien, e impone limitaciones en su ejercicio, el cual debe guardar armonía con el interés social y respetando los límites legales.

El jurista destacado especialista en Derechos Reales, Jorge Avendaño (1994), señalaba que tradicionalmente se concebía este derecho como si la propiedad conferiera un derecho absoluto, exclusivo y perpetuo, que confería a su titular todas las

facultades posibles, de usar, disfrutar disponer del bien, que excluía a otras personas de ello; que era un derecho perpetuo porque no se extingue por el solo uso, no estando afecto a una prescripción extintiva (diferente a la prescripción adquisitiva que es una modalidad de adquirir la propiedad), y premunido de una acción reivindicatoria imprescriptible. El término perpetuidad de la propiedad, adquiere especial connotación en el tema de este trabajo, que la vincula con el derecho de los pueblos indígenas a la propiedad de sus tierras ancestrales. Pues bien, el autor citado realiza algunas precisiones sobre la referida perpetuidad, acotando que ella puede ser afectada cuando los bienes entren en abandono, cuando permanecen improductivos, no generando riqueza debido a un propietario negligente, quien en razón de la figura de la prescripción adquisitiva pierde la propiedad que pasa a manos de un poseedor diligente; contemplando la normatividad dos casos de abandono, el de los predios rústicos y el de los predios en general, en plazos delimitados por el legislador y bajo el cumplimiento de ciertos requisitos, como la posesión efectiva, continua, pacífica, pública y como propietario.

Interesando la delimitación de contenido que realiza el Tribunal Constitucional peruano en su condición de interprete constitucional, que encontramos en la sentencia del Expediente N° 06251-2013-PA/TC de fecha 31 de agosto de 2017, en la cual delimita que el derecho de propiedad se concibe como un poder jurídico, pudiendo el propietario servirse directamente de su propiedad, teniendo derecho a la percepción de frutos y productos, además con la posibilidad de conferirle el uso, destino o

condición que le resulte adecuado a sus intereses patrimoniales; pero sin embargo, no se trata de un poder absoluto, pues ello no se condicen con los postulados esenciales de los derechos fundamentales reconocidos en un Estado social y democrático de Derecho como el nuestro, estableciendo que el derecho a la propiedad debe ser interpretado a partir del artículo 2° inciso 16 y a la luz del artículo 70 de la constitución, reiterando un ejercicio que sea armonioso con el bien común además de respetar las limitaciones impuestas por el ordenamiento legal; advirtiendo el tribunal de una función social del derecho de propiedad, el cual cuenta con una doble dimensión, del compromiso del Estado de proteger la propiedad privada y las actuaciones legítimas que de ella se deriven, y que también pueda exigir un conjunto de deberes y obligaciones concernientes a su ejercicio, en atención a los intereses colectivos de la Nación; concluye que el contenido constitucionalmente protegido del derecho de propiedad, no puede determinarse únicamente bajo la óptica de los intereses particulares, sino debe tomarse en cuenta, de forma necesaria, el derecho de propiedad en su dimensión de función social.

Me voy a referir a la sentencia N° 03258-2010-PA/TC que, si bien es de fecha anterior, del 20 de abril de 2011, tiene señalado la relación del derecho de propiedad con la libertad personal, en el sentido que expresa la libertad económica de toda persona: “El derecho de propiedad es un derecho fundamental que guarda una estrecha relación con la libertad personal, pues a través de él se expresa la libertad económica que tiene toda persona en el Estado social y democrático de derecho”; señala que, el derecho

de propiedad garantiza la integridad de la propiedad (corporal o incorporal) para el propietario, así como la participación del propietario en la organización y el desarrollo de un sistema económico –social; de ahí que la norma 70° de la Constitución precise que el derecho de propiedad se “ejerce en armonía con el bien común”. Y no solo esto; además, incluye el derecho de defender la propiedad contra todo acto que tenga efectos de privación en la integridad de los bienes protegidos”. En la interpretación el tribunal, destaca que la facultad del titular para usar, gozar, explotar y disponer del bien, se encuentra condicionado a que siempre y cuando, a través de ellos se realice la función social que le es propia, que por ello el artículo 70 señala que el derecho de propiedad debe ejercerse en armonía con el bien común, además incluye el derecho de defender la propiedad contra todo acto que tenga efectos de privación en la integridad de los bienes protegidos. Indica que el derecho de propiedad se caracteriza entre otras cosas, por ser un derecho pleno, confiriendo a su titular un conjunto amplio de atribuciones que puede ejercer autónomamente con ciertos límites legales y respetando los derechos ajenos, y que es un derecho irrevocable reconociendo que su extinción o transmisión depende de la propia voluntad del titular y no de la realización de una causa extraña o del solo querer de un tercero, con las salvedades constitucionales; así el ejercicio y el goce del derecho de propiedad, solo puede verse restringido en los supuestos establecidos por ley, que son necesarias, proporcionales, y con el fin de lograr un objetivo legítimo en una sociedad democrática; solo restringido por las causas y finalidades previstas en la propia constitución.

En las clasificaciones del Derecho de Propiedad como individual y colectiva, ha tenido una mayor aceptación y desarrollo la propiedad individual, incluso en su definición se

percibe una posición individualista cuando Vieira (Varsi, E., 2019) distingue la Teoría del señorío como un “aspecto de disponibilidad de la cosa por el propietario”, de la Teoría de la personalidad, en la “relación de pertenencia entre un sujeto y una cosa”, de la Teoría de la pertenencia, en que “la propiedad consiste en una relación de pertenencia entre una persona y una cosa” (p. 72). Aproximándose más la doctrina a la propiedad de un sujeto – propietario con la cosa, en relación a intereses individuales: “Se tiene como objeto una cosa que debe ser usada, disfrutada y dispuesta por el propietario en atención a los intereses individuales, de manera compatible con los intereses de los no propietarios, colectivos, sociales y difusos”; considerando como una de sus características la exclusividad: “Esta característica se da en razón de que un bien solo puede pertenecer exclusiva y simultáneamente a una sola persona” (Varsi, p. 72).

En el presente trabajo sobre el derecho fundamental de las comunidades campesinas e indígenas a la propiedad de sus tierras y territorios, cobra relevancia una forma diferente de ejercer la propiedad y la posesión, la que es denominada en reiterada jurisprudencia convencional citada, como propiedad y posesión colectiva de las tierras comunales, no se trata de una copropiedad, sino en claridad de una propiedad colectiva en el que constituye la tierra elemento esencial y valioso de su cultura e identidad, propiedad y posesión que no pueden ser detentados ni ejercido de otra mejor forma que la colectiva; ha sido y cobra sentido en el tradicional uso y ejercicio colectivo, a pesar de los cambios de los tiempos, del derecho, de las formas políticas

y sociales, en las que han sobrevivido las costumbres y concepciones de las referidas comunidades, como minorías en Estados Latinoamericanos con multiculturalidad.

Las últimas décadas han servido para un desarrollo abundante por la jurisprudencia de la Corte IDH que ha interpretado y desarrollado sobre la propiedad colectiva de tierras de poblaciones indígenas, incidiendo en las características de un uso comunal empero integrado como un valor vital de su identidad cultural, en una relación espiritual, que dista mucho de la forma y sentido de la propiedad de un individuo sobre una cosa en la doctrina privatista de la propiedad individual, lo cual conduce a discrepancias y a conflictos sociales, que finalmente terminan ante instancias supranacionales donde son sancionados los Estados.

2.2. Derechos de los Indígenas a la Propiedad en las Constituciones de la República Peruana

La historia de la humanidad y de los pueblos no nos deja de sorprender, la cual tiene especial significancia en su vinculación y directa relación con la producción normativa, no solo en cuanto las fuentes del derecho, sean fuentes formales o no, legítimas, ilegítimas o legitimadas, válidas e inválidas; sino, esencialmente en el contenido normativo, en el establecimiento de normas y principios jurídicos a seguir por los

operadores jurídicos de cada tiempo, que les indican que es correcto y que no lo es, lo permitido y lo prohibido, lo justo e injusto.

Así pues, en los tiempos de libertad y de progresividad de los derechos humanos, lo que sucede en la realidad se traduce en ordenamientos jurídicos que fundamentan principios, derechos, atribuciones y prerrogativas reconocidas y aceptadas; los sistemas funcionan, las garantías se cumplen, y los derechos se materializan, sin que estemos señalando que sea todo en perfección sino en aproximaciones satisfactorias. En cambio durante los tiempos de gobiernos dictatoriales se utiliza el sistema legal para lograr perversos objetivos; en el ángulo de la pseudo-legitimación, pretenden lograr no solo la aceptación sino la interiorización de que es lo correcto, acudiendo entre otras vías, al uso del derecho, a instrumentos y formas legales para viabilizar sus objetivos como para mantenerse en el poder, para imponer sus particulares ideas, políticas y encauzamientos, convirtiendo al ordenamiento jurídico en un aparejo para sustentar sus actos y perpetuarse; dictan disposiciones legales dirigidas a reprimir los intentos y posibilidades de cambio, las constituciones se vuelven vanas o simplemente nominales y semánticas en que existen pero no se cumplen al igual que los derechos fundamentales de las personas, prevaleciendo la ley del dictador.

Cada cambio que se produce en la sociedad y en la realidad al poco tiempo tiene una repercusión en la legislación sino en la constitución; Luis Rodolfo Vigo (2005) en su

libro De La Ley al Derecho, señala que lo que pasaba en las calles de la Alemania durante los tiempos del nazismo y los campos de concentración, se trasladaba y sentía en los pasillos judiciales, preguntándose los jueces si esas leyes injustas eran válidas y las tenían que aplicar, lo cual lo hicieron muchos jueces y fiscales, produciendo al final, que bajo la toga del magistrado se escondía el puñal del asesino (pp. 3-5); no era tan fácil para los magistrados vislumbrar lo correcto, por toda la maquinaria y estrategias que habían utilizado los nazis en la concientización y legitimarse social y económicamente, adicionando la formación de los operadores jurídicos en aquellos tiempos, pues la mayoría y como sucedió en muchos países, en las universidades se enseñaba el Derecho de acuerdo a la teoría predominante en esos años, que era el positivismo y Estado de Derecho Legal, debiendo ahora recordar que el cambio jurídico se produce luego de la segunda guerra mundial, a mediados del siglo XX en que los derechos fundamentales se empoderan, así como surge un nuevo constitucionalismo con prevalencia y supremacía de las normas constitucionales; en aquel otro contexto de los años anteriores, los juristas tenían formación legalista caracterizada por poca o nula interpretación de las leyes, no había una concepción interiorizada de supremacía constitucional, aún se mantenía aquello de que el Juez no interpreta solo aplica las leyes, había poco desarrollo doctrinario de las normas, y mucha vinculación a la producción legislativa formal, por lo que también algunos especialistas, señalan que en los juicios de Núremberg, los jueces fueron juzgados por aplicar las leyes válidas y vigentes.

Ahora bien, en la historia de los pueblos indígenas sucedió algo similar en el desenvolvimiento de los eventos aparejados o sustentados en una gran producción

legislativa impelidas del viejo mundo y de las recientes autoridades del nuevo mundo, dirigidas a obtener los objetivos de riqueza y empoderamiento del conquistador, apropiación de grandes extensiones de tierras, paralelo o sustentando en el total sometimiento de los pueblos conquistados.

Para los indígenas, el encuentro con otra cultura intensificaron los cambios traumáticos, primero con la conquista y luego con la colonización, sufrir el despojo de sus territorios, tierras, pertenencias y bienes, acoplado con el cambio radical de reglas y principios, sometidos a un nuevo y desconocido ordenamiento legislativo del pueblo conquistador, que era impuesto a la fuerza y sin voz ni voto -como suele ser aplicado a los pueblos vencidos-, sumando que se les consideraba salvajes sin razonamiento, en que los demás debían decidir por ellos sobre todo lo que tuvieran y les beneficiara, por ser tiempos que en Europa la cultura era sinónimo de civilización a la manera occidental, y los que no la tenían se consideraban como incultos o barbaros; se les aplastaba toda posibilidad de reclamar derechos incluso los exiguos permitidos, debido a un excesivo conglomerado de leyes, confusas, desordenadas, abundantes, muy detallistas y extensas, difíciles de entender de aplicar y de incentivar su aplicación, pese a las buenas intenciones de los defensores de los indios; sucedía también que en algunos casos, a las autoridades y colonos interesados no les convenía que se entendieran bien, llevando a algún Virrey decir que, una cosa es la ley y la otra su aplicación; en ese contexto de cambios legislativos, la tierra de los indígenas captaba

mucho la atención, por los metales preciosos que atesoraban y por su uso en la agricultura y producción económica.

El asunto indígena desde la colonia se vinculaba con la posesión de sus tierras, principalmente que se iba decidir sobre ellas, era un asunto indígena, la apropiación de sus tierras, el despojo, la protección a cambio de la imposición de un tributo, el reconocimiento de ciertos derechos sobre algunos territorios, la determinación de donde podían vivir, producir y generar ingreso para el pago del tributo; las reducciones concentran a los pobladores indígenas en áreas de reserva comunal, delimitando un territorio, con autoridades locales, con cierta libertad para expresarse culturalmente o a escondidas sus costumbres, ritos y creencias; reducciones que en el caso de Lima, se ubicaban en los actuales distritos de Magdalena, Miraflores, entre otros.

La declaración de independencia del Perú de 1821 marca un antes y después en relación al reconocimiento de derechos de los pueblos indígenas, habiendo participado en luchas independentistas y recepcionado compromisos de los libertadores, en un inicio en la algarabía de los aires de libertad e igualdad, se abolieron tributos indígenas y reconocieron sus derechos a las tierras de los indios, sin embargo, ello no duró mucho y ante justificaciones de falta de presupuesto y fondos para financiar la República se volvió a imponer el tributo indígena, se dictaron medidas legislativas tendientes al fraccionamiento y libre acceso a las tierras comunales para insertarlas al mercado,

constituyendo un atractivo sector para la inversión privada, con perjuicio para los comuneros al perder sus tierras; señala María Remy que el tributo indígena representaba el 80% de los ingresos de la República, el cual inicialmente abolido con la declaración de independencia fue reimpuesto por Simón Bolívar, lo que continúa hasta 1851 en que el Presidente Castilla a raíz de los ingentes ingresos por la explotación del guano de las islas, dice, ni esclavitud ni tributo indígena, acabando con la continuidad colonial elimina el tributo, sin embargo se pierde la protección a las tierras comunales, pasa por presión y violencia para transferir las tierras; los indígenas son objeto de abuso, con obligaciones de trabajo gratuito, cobros excesivos por otros conceptos, empieza la expansión de las haciendas que absorben casi íntegramente las tierras de las comunidades.

Desde la primera Constitución de la República del Perú de 1823, así como las Constituciones de 1826, 1828, 1834, las del Estado Nor Peruano y Estado Sur Peruano de 1836, La Ley Fundamental de la Confederación Perú - Boliviana de 1837, el Estatuto Provisorio de 1879, respondían a un diseño de derechos a favor de los criollos, sin contemplar las circunstancias y situación especiales de los indígenas, respondiendo a una ideología liberal de igualdad, y política asimilacionista, por lo que no contiene norma especial para los indígenas ni de protección de sus tierras, y más bien establecían que todas las propiedades eran enajenables a cualquier objeto que pertenezcan, determinando la ley el modo y forma de realizar las enajenaciones. Así la Constitución Política de 1834 establecía en su artículo 70 que: “Todas las

propiedades son enajenables a cualquier objeto que pertenezcan. La ley determina el modo y forma de hacer estas enajenaciones”; la Constitución de 1867 en el artículo 50 establecía que: “Se prohíben las vinculaciones, y toda propiedad es enajenable en la forma determinada por la ley”.

La Constitución de 1839 en su artículo octavo contemplaba como un requisito para ser ciudadano en ejercicio, además de ser casado o mayor de 25 años, el saber leer y escribir, exigencias para la titularidad y ejercicio de la ciudadanía que se dispensaba a los indígenas y mestizos hasta el año de 1844 y en las poblaciones donde no hubiere escuelas de instrucción primaria, esto último se justificaba en que no existía en aquellos años las condiciones ni acceso a la educación de los indígenas, el problema es que el tiempo se cumplió y las circunstancias no cambiaron.

El artículo 6 de la Constitución de 1856 mantenía la fórmula de que toda propiedad era enajenable, lo que en principio suprime cualquier tipo de consideración especial a tierras indígenas; el artículo 25 establecía la inviolabilidad de la propiedad privada, que a nadie se puede privar de la suya, salvo por causa de utilidad pública “legalmente aprobada” y previa indemnización justipreciada. La Constitución de 1856 en el artículo 31 presentaba pinceladas sobre el principio derecho “igualdad ante la ley y en la ley”, estableciendo acertadamente que las leyes protegen y obligan igualmente a todos, sin embargo, también señalaba que podía establecerse leyes especiales por la naturaleza

de los objetos “pero no por solo la diferencia de personas”; norma que de acuerdo a las aproximaciones conceptuales de este trabajo, configuraba una vulneración a la identidad y diversidad cultural siempre existente en nuestro país, así como vulneración al derecho al trato desigual entre desiguales por diferenciación.

Evidentemente era una constitución más asimilacionista y menos igualitaria, pues si bien además de lo señalado establecía la ciudadanía sin exigencia de requisitos como saber leer y escribir que preveían las anteriores constituciones, sin embargo paradójicamente respondiendo más a un sometimiento y concepciones discriminatorias, era limitativa en el ejercicio del sufragio reconociendo ese derecho sólo a los ciudadanos que sepan leer y escribir, o sean jefes de taller, tengan propiedad raíz, sean retirados conforme a ley después de haber servido en el ejército o armada; es decir que aquellos que no contaran con alguna de las condiciones allí señaladas no tenía derecho a sufragar, a elegir a sus autoridades políticas.

La Constitución Política de 1860 mantuvo la enajenabilidad de las propiedades, agregando que en caso de la propiedad del Estado, que la denominaba “propiedad nacional”, solo podía ser enajenada en los casos y forma que disponga la ley y para los objetos que ella designe; también acoge la inviolabilidad de la propiedad privada comprendiendo bienes materiales, intelectuales, literarios o artísticos, y mantiene la

afectación por causa de utilidad pública, probada legalmente y previa indemnización justipreciada.

La Constitución de 1867 es similar a la de 1860 en relación a la propiedad. El Estatuto Provisorio de Nicolás de Piérola de 1879 establece que queda garantizado bajo lealtad del Gobierno, entre otros, la seguridad personal, la libertad y la propiedad.

En el ámbito de los derechos de los pueblos indígenas es de avanzada para su tiempo, la Constitución Política dictada por la Asamblea Nacional en 1919 y promulgada el 18 de enero de 1920, que tenía como antecedentes la Constitución Socialista de Weismar de Alemania y la Nacionalista de Querétaro de México, incorporando entre sus normas en el artículo 58 la obligación del Estado de proteger a la raza indígena y dictar leyes especiales para su desarrollo y cultura en armonía con sus necesidades, establece que la Nación reconoce la existencia legal de las comunidades indígenas, debiendo la ley declarar los derechos que le corresponden; en relación a la propiedad en general, establecía en el artículo 38 la inviolabilidad de la propiedad, sea material, intelectual, literaria o artística, la prohibición de privar de este derecho salvo por causa de utilidad pública legalmente probada y previa indemnización justipreciada, la regulación mediante ley, y que no podía ser objeto de propiedad privada las cosas públicas como los ríos, caminos públicos, prohibía las vinculaciones y establecía la enajenabilidad que debía ser en la forma prevista en las leyes.

Sobre los bienes de comunidades indígenas, se encuentra en la Constitución del año 1920 en su disposición 41 contiene un reconocimiento implícito de su derecho de propiedad sobre sus tierras, determinando que éstas son imprescriptibles, que la transferencia sólo se permitía mediante título público, en casos y formas establecidas por las leyes.

La Constitución de 1933 establece un cambio significativo en relación a las anteriores previendo un título especial dedicado a las Comunidades Indígenas, el Título XI contiene 24 artículos de los cuales los seis primeros corresponden exclusivamente a las comunidades indígenas, reconociendo en el artículo 207 la existencia legal y personería jurídica de las comunidades, en el artículo 208 encarga al Estado garantizar la integridad de la propiedad de las comunidades, y dispone que la ley organice el catastro correspondiente; en el artículo 209 contempla la imprescriptibilidad, inenajenabilidad e inembargabilidad de sus tierras, sin embargo permitía la expropiación de sus tierras por causa de utilidad pública previa indemnización. En el artículo 210 como medida de protección especial a las comunidades, establece que los Consejos Municipales, corporaciones o autoridad alguna estaban prohibidos de intervenir en la recaudación y administración de las rentas y bienes de las comunidades; en el artículo 211 autorizaba al Estado procurar de preferencia adjudicar tierras a las comunidades de indígenas que no las tengan en cantidad suficiente para las necesidades de su población, y expropiar con tal propósito las tierras de propiedad privada; en el artículo 212 autorizaba al Estado dictar especial legislación de derecho

civil, penal, económica, educacional y administrativa "que las peculiares condiciones de los indígenas exigen", incorporando a divergencia de sus predecesoras un tratamiento constitucional y autorización para producción legal con un tratamiento igualitario por diferenciación a favor de los indígenas.

En el artículo 47 incorporó la protección especial para la conservación y difusión de la mediana y pequeña propiedad rural, de expropiación de tierras de dominio privado mediante ley, especialmente las no explotadas, para subdividir las o enajenarlas en las condiciones que fije la ley; si bien reconoce y acepta la diversidad cultural, y también prevé un tratamiento legal especial atendiendo a las condiciones de los indígenas, resulta contradictoria cuando en el mismo cuerpo normativo señala como regla general en el artículo 23 que la Constitución y las leyes protegen y obligan igualmente a todos los habitantes de la República, sin embargo prohíbe que se expidan leyes especiales por las diferencias de las personas: "Podrán expedirse leyes especiales porque lo exija la naturaleza de las cosas, pero no por las diferencias de las personas"; resulta contradictoria en el tema, pues si bien en forma específica no contemplaba una protección al derecho a la identidad menos a la identidad étnica, si tenía establecido expresamente un tratamiento legal diferente para las comunidades indígenas, previendo en el artículo 212 la facultad del Estado de dictar legislación civil, penal, económica, educacional y administrativa "que las peculiares condiciones de los indígenas exigen".

La Constitución de 1933 estuvo vigente por varias décadas, hasta que fuera reemplazada por la Constitución Política de 1979 que recogía como norma suprema y máxima en su artículo primero: “la persona humana como fin supremo de la sociedad y del Estado, con la obligación de todos de respetarla y protegerla”; a continuación el segundo artículo numeraba los derechos constitucionales de la persona humana, entre ellos “derecho de igualdad ante la ley, sin discriminación por razones de sexo, raza, religión, opinión, idioma”; constitución a pesar de ser de avanzada no contemplaba como norma especial la no discriminación por razones étnicas, y el derecho a la identidad étnica; en el artículo 88, preveía que el “Estado rechaza toda forma de imperialismo neocolonialismo y discriminación racial”, señalando un carácter solidario del Estado respecto a “los pueblos oprimidos del mundo”, bueno, en aquellos momentos hubiera sido mejor para la situación de los indígenas que se estableciera más bien solidaridad con las poblaciones campesinas y nativas. El artículo 100 contempla la promoción de la “integración económica, política, social y cultural de los pueblos de América Latina, con miras a la formación de una comunidad latinoamericana de naciones”, proyectándose en una especie de comunidad latinoamericana.

Sobre el derecho a la propiedad igualmente en esta constitución se recoge la protección constitucional, y que los bienes debían ser usados en concordia con el interés social; se preveía la obligación del Estado de promover “el acceso a la propiedad en todas sus modalidades”, delegando al legislativo regular legalmente las

“formas, obligaciones, limitaciones y garantías del derecho de propiedad”; una de las primeras constituciones del siglo XX establece el carácter inviolable de la propiedad, además de encargar al Estado el garantizarla; reitera lo señalado en anteriores constituciones de no privación de la propiedad privada, con la salvedad de “necesidad y utilidad públicas o de interés social”, exigiendo que tales condiciones sean previamente declaradas legalmente y el cumplimiento obligatorio y anterior de indemnización dineraria; contempla la posibilidad de establecer legalmente y por razones de “interés nacional”, limitaciones y prohibiciones de carácter especial en situaciones de “adquisición, posesión, explotación y transferencia de determinados bienes por su naturaleza, condición o ubicación”.

Es de advertir que la constitución de 1933 se dio luego de concluir el Oncenio de Augusto B. Leguía, fue elaborada por el congreso constituyente de 1931 donde participaron agrupaciones políticas socialista, aprista entre otras, imprimiéndole un carácter especial que se trasluce en la parte que se desarrolla el régimen agrario y la propiedad sobre la tierra, confiriéndole mayor dedicación e impulso, establece como deber del Estado el brindar prioridad al sector agrario y su desarrollo, convierte al Estado en garante de la propiedad de la tierra, y señala diferentes formas de ejercerla: propiedad individual, propiedad cooperativa, propiedad comunal, propiedad autogestionaria, admitiendo diversas formas de asociativas de propiedad privada; sin embargo en ninguna de estas formas de propiedad se encuentra la propiedad colectiva que vienen ejerciendo ancestralmente las comunidades indígenas, pues aún en el

caso de la asociativa o autogestionaria, distan diferencias con la colectiva, no solo por el vínculo cultural e identidad cultural de la segunda, sino por la relación propiedad-comunidad y miembros de la comunidad que no se da en el caso de las primeras.

Percibiendo un sentimiento nacionalista al imponer tributos adicionales en el caso de envío de remesas al exterior, en igual modo en el sector agrario se establecía que la propiedad debía ser conducida teniendo presente el interés social, además que los propietarios debían conducirla en forma directa definiendo esta “cuando el poseedor legítimo o inmediato tiene la dirección personal y la responsabilidad de la empresa”; en el caso de tierras que habían caído en abandono, se previó que pasaran al poder del Estado quien a su vez las adjudicaría a los campesinos sin tierra; para promover la agricultura se estableció la participación del Estado, instituciones públicas del sector agrario, representaciones de agricultores, establecer políticas de desarrollo que incrementen la productividad; para ello, dispuso otorgar al sector agrario de respaldo económico y técnico; destacando entre las medidas dispuestas, la ejecución de obras de irrigación y “rehabilitación de tierras de cultivo, con recursos públicos, privados o mixtos, para ampliar la superficie agrícola y lograr el asentamiento equilibrado de la población campesina”, seguro agrario, capacitación técnica, entre otros; trata de la reforma agraria, señalando que: “es el instrumento de transformación de la estructura rural y de promoción integral del hombre del campo, que se dirige hacia un sistema justo de propiedad tenencia y trabajo de la tierra, para el desarrollo económico y social de la Nación”; además de ello, ante los problemas del sector agrario a causa de la

concentración de tierras en manos de unos cuantos, establece “la prohibición del latifundio y, gradualmente, eliminación del minifundio mediante planes de concentración parcelaria”.

Esta constitución no descuida a las poblaciones indígenas, comprendiéndolas reforzando su reconocimiento, y estableciendo normas que las venideras constituciones recogen repetidamente, como es el reconocimiento de su “existencia legal y personería jurídica”, el reconocimiento de su “autonomía en su organización, trabajo comunal, uso de la tierra, en lo económico y administrativo, dentro del marco de la ley”, con un halo de respeto por la cultura indígena, contempla “la protección y respeto del Estado de las tradiciones de las Comunidades Campesinas y Nativas”. Sin embargo esta constitución cae en la discriminación y denotando la ideología de los constituyentes de considerar a las referidas poblaciones como culturas inferiores, al incluir como norma la obligación del Estado de propiciar “la superación cultural de sus integrantes”, sin precisar a qué se refería con la superación cultural, lo cual podía ser entendido como una tendencia asimilacionista contraria al respeto del derecho fundamental a la diversidad cultural y que podría vulnerar la identidad cultural de las comunidades y de su derecho de preservar su cultura, valores y costumbres.

La promoción del progreso integral de las poblaciones indígenas y fomento de las “empresas comunales y cooperativas”, también se encontraba entre sus normas, pero

en un sentido de promoción productiva y económica contenida en una norma programática que requería de desarrollo.

En el tema de las tierras de las comunidades, establece en el artículo 163 que éstas son inembargables e imprescriptibles; contempla la inalienabilidad de las tierras de las comunidades como regla general, y la excepción para dos casos, el primero cuando la transferencia se encuentre fundada en el interés de la Comunidad, y además debe ser solicitada por una mayoría de los dos tercios de los miembros calificados de esta, con previo pago del dinero; y el segundo supuesto, es el de expropiación por necesidad y utilidad públicas, significando que cuando se afecte extensiones de terrenos de propiedad de las comunidades por necesidad y utilidad pública, debe procederse conforme al procedimiento de expropiación, con previo pago del justiprecio; finalmente dispone la prohibición del acaparamiento de tierras dentro de la Comunidad. Es necesario anotar que estas normas constitucionales son las aplicables por razón de temporalidad a los actos ocurridos durante su vigencia, esto es, desde el 28 de julio de 1980 hasta el 31 de diciembre de 1993 que entró en vigencia la constitución actual.

La Constitución Política de 1993 recogió varias de las normas de la Constitución de 1979, entre ellas que la persona humana es el fin supremo de la sociedad y del Estado teniendo todos, la obligación de respetarla y protegerla, mejorando la formula al incorporar en el artículo primero “la defensa de la persona y el respeto de su dignidad”,

estableciendo que la “Defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”. En cuanto al derecho a la igualdad ante la ley, el inciso segundo del artículo segundo, contiene una norma más abierta al prohibir la discriminación por motivos de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica, “o de cualquier otra índole”; en el inciso 16 se acoge el derecho de toda persona a la propiedad y a la herencia; en la norma del inciso 19 denota progresividad en el reconocimiento de derechos fundamentales, resultando trascendente la incorporación de un derecho que antes no fuera contemplado en las constituciones anteriores, el derecho a la identidad étnica y cultural, instaurando enfáticamente que “el Estado reconoce y protege la pluralidad étnica y cultural de la Nación”.

Sobre el derecho a la propiedad en general, establece la inviolabilidad del derecho de propiedad, la obligación del Estado de garantizarlo, reiterando “el deber de ejercerlo en armonía con el bien común y dentro de los límites de ley”, proscribiendo la privación de la propiedad a excepción de razones justificadas y declaradas legalmente de “seguridad nacional o necesidad pública”, evidentemente con un pago adelantado del precio justo, con la reparación los posibles daños, permitiendo al expropiado el acudir a las instancias judiciales para cuestionar y reclamar mayor precio por su propiedad.

Dedica el capítulo VI al régimen agrario y comunidades campesinas y nativas, establece la obligación del Estado de apoyar en forma preferencial “el desarrollo

agrario, garantizar el derecho de propiedad sobre la tierra, sean en forma privada o comunal o cualquier otra forma asociativa”, reiterando al respecto lo anteriormente señalado, de que expresa y garantiza la protección constitucional a la propiedad de las tierras comunales, norma constitucional que se debe tener presente en la interpretación de las normas legales a efectos de evitar incurrir en interpretaciones incompatibles con la constitución; también establece que la ley puede fijar límites y la extensión de la tierra según peculiaridades de cada zona; que las tierras abandonadas, según previsión legal, pasan al dominio del Estado para su adjudicación en venta.

A diferencia de las constituciones anteriores, la del año 1993 sumó al reconocimiento de la existencia legal y la calidad de personas jurídicas de las comunidades campesinas y nativas, un gran avance en contexto multicultural al prever el respeto de sus identidades culturales, lo cual quedó tallado, reconocido y establecido por norma constitucional expresa (artículo 89), siendo norma suprema y suficiente para reconocer los derechos culturales de las comunidades y obligación de todos, autoridades y ciudadanos de respetarlos; a contrario sensu, la afectación de éstos derechos configuran vulneración de la Constitución habilitando las acciones constitucionales y legales previstas para obtener su protección y efectivización.

El artículo 149 de la constitución, les reconoce el ejercicio de la función jurisdiccional, con el apoyo de las rondas campesinas, dentro de su ámbito territorial conforme al

derecho consuetudinario, siempre que no vulneren derechos fundamentales de la persona; estableciendo la ley las formas de coordinación de la jurisdicción especial, con los juzgados de paz y demás instancias del Poder Judicial. En este punto resulta interesante anotar que en el Congreso Internacional sobre Justicia Intercultural en Pueblos Indígenas, Comunidades Andinas y Rondas Campesinas (2010), se trató sobre las decisiones del Poder Judicial al respecto, y de que en el Acuerdo Plenario de la Corte Suprema, el cual tiene carácter de precedente vinculante en el sistema de administración de justicia a nivel nacional, se interpretó que la constitución en su artículo 2 inciso 19 en el reconocimiento como derecho individual a la identidad étnica y cultural y protege la pluralidad étnica y cultural de la Nación “se está estableciendo un principio fundamental que debe regir al Estado Peruano”; asimismo reconoce el pluralismo jurídico: “De esta forma, explícitamente se reconoce la existencia de pluralismo jurídico en el Perú, precisándose que esta situación implica que varios sistemas coexisten y que es normal que en la práctica “colisiona, se contraponen y hasta compiten”. (...). Resulta importante señalar que lo comunal no aparece determinado solamente por el reconocimiento legal que proporciona una norma, sino por la existencia en la realidad de un sistema y una organización comunal. Además se reconoce que mantienen los ideales andinos de solidaridad, trabajo comunal y la idea de progreso” (p.37-38).

La protección constitucional del derecho de propiedad se encuentra reconocido en forma genérica en los artículos antes citados, asimismo las normas constitucionales

garantizan el “derecho de propiedad sobre la tierra sea en forma privada o comunal”, o cualquier forma asociativa (en el artículo 88), distinguiendo en el caso particular de las referidas comunidades: “autonomía en el trabajo comunal, en el uso y la libre disposición de sus tierras”; adicionando una característica especial para la propiedad de las tierras comunales, la imprescriptibilidad (artículo 89), que como se tiene señalado, goza de protección constitucional; determinando que en la evolución del tratamiento jurídico de la propiedad de las tierras de las comunidades y pueblos indígenas, resulta positivo el tránsito de una negación de derechos, a un Estado Constitucional y Social que reconoce y protege los derechos a la identidad cultural, diversidad cultural, y a las tierras comunales.

2.3 Tratamiento Constitucional y Legal Actual sobre la propiedad de las Tierras de los Pueblos Indígenas en el Perú

En el avance de la presente investigación, nos vamos acercando al tema más intenso referido a la situación jurídica y el tratamiento constitucional y legal que se brinda en nuestro Estado a la propiedad de las tierras de los pueblos indígenas.

Consideramos muy importante esta parte del trabajo, que se orienta a contribuir al desarrollo jurídico sobre el tratamiento constitucional de las tierras de los pueblos

indígenas, y porque intenta aportar elementos para superar confrontaciones entre las culturas existentes en nuestro Estado, fomentando un clima de interculturalidad con paz y respeto, así como aclarar el panorama constitucional y convencional aplicable a los casos de las tierras colectivas de los pueblos indígenas.

Sabemos que no es un tema pacífico la diversidad cultural y normatividad, pues se discute, si en la actualidad amerita mantener una protección especial a las Comunidades Campesinas y Nativas, cuando la realidad de la modernidad se habría expandido a ellos, y las ciudades han crecido sobre sus territorios, y algunas sobre todo las de la Costa, no se dedican esencialmente a la agricultura ni crianza de animales, sino a la venta y transferencias de tierras que con la expansión de ciudades pasan a ser consideradas zonas urbanas. No obstante, ello no constituye un porcentaje significativo cuando la mayor cantidad de poblaciones indígenas, así como las más grandes extensiones de sus territorios se ubican en las zonas de sierra y selva, con ocupación y uso real de sus tierras. Con una población significativa en nuestro país como indican los censos y datos estadísticos, así como el aumento de conflictos sociales que dan cuenta los informes de Defensoría del Pueblo, como el último publicado de Julio de 2020, con 192 conflictos sociales, 142 activos y 50 latentes, con 20 casos en Áncash, 20 en Cusco, Loreto 19 casos, 92 casos en proceso de diálogo, y 183 casos con acciones colectivas de protesta; anotando la Defensoría que la confrontación violenta afecta la gobernabilidad local, regional y nacional, desfavorece las condiciones para el desarrollo, y desestimula una cultura de diálogo y paz. Por lo

que no es un tema tan sencillo e intrascendente, más bien nos permite reiterar que la diversidad cultural es un elemento de notable presencia en el Perú.

En un intento de aclarar el panorama y de brindar elementos reales y jurídicos que aportan respuestas, es que estamos desarrollando la investigación enfocada en dos aspectos, primero que ya hemos presentado, el histórico y el social que involucra el tránsito y razones para el reconocimiento y protección especial de las comunidades campesinas y nativas; en segundo lugar que toca en este capítulo, a lo previsto en nuestro ordenamiento jurídico, empezando por las normas del bloque de constitucionalidad, en tanto contienen las normas de reconocimiento que sirve como base y pautas válidas para determinar la validez y legitimidad de las actuaciones, y, en el ordenamiento legal sobre las tierras de las comunidades, identificando las normas que aportan a la solución de controversias relacionadas con las tierras de las comunidades, con actos de disposición y transferencias de dichas tierras.

Como ya se ha mencionado, en la relación del ser humano con la propiedad de los bienes se vuelve un tema de trascendencia y de diversas repercusiones, que llevan a expresar al citado profesor Paolo Grossi, que hay muchos intereses en juego, y que, las opciones económico-jurídicas vienen definidas por las corazas no corrosibles de las connotaciones éticas y religiosas.

Circunstancias que suelen darse alrededor de la propiedad privada en regímenes de economía liberal en mayor o menor grado, y seguramente también en los sistemas de propiedad colectiva de regímenes socialistas y comunistas; lo cual se pueden incrementar cuando confluyen más de un régimen debido a la coexistencia de diversas culturas con sus propias costumbres, reglas de convivencia y de ejercicio de la propiedad inmueble; nos referimos a los casos como el nuestro con presencia de multiculturalidad con grupos minoritarios campesinos e indígenas, coexistiendo con sectores mayoritarios de un régimen denominado de economía liberal y social de mercado, conforme trasciende de la norma constitucional del artículo 58 que establece que “la iniciativa privada es libre, se ejerce en una economía social de mercado”; el artículo 59 establece que el “Estado estimula la creación de riqueza y garantiza la libertad de trabajo, libertad de empresa, comercio e industria”.

El artículo 60 nuestra constitución reconoce el pluralismo económico, y realiza énfasis en que la economía nacional se sustenta en la coexistencia de diversas formas de propiedad y de empresa; lo cual incluye la propiedad individual así como la propiedad colectiva, incluso en forma más amplia, a las diversas formas de propiedad; procediendo en concordancia con las normas de los artículos 70 y 89, tenemos la protección constitucional a la propiedad colectiva de bienes inmuebles de las comunidades campesinas y las nativas, así como a sus formas tan especiales y únicas de propiedad colectiva vinculada en esencia con la identidad cultural y la propia subsistencia de sus miembros; lo cual es muy importante para las referidas

comunidades, debido a que la propiedad no solo es elemento esencial de la subsistencia por la generación de alimentos y recursos, es medularmente las tierras comunales un valor cultural vinculado a su propia identidad y cultura, de ser, entenderse, realizarse y proyectarse; también suele constituir un factor de igualdad o de desigualdad, así como de la materialización o no del derecho a la dignidad en expresión de vida digna, en un régimen de economía de mercado, en que la producción y la riqueza suelen tener incidencia en el ejercicio de derechos y libertades, como el acceso a su protección; por anotar que en nuestro país existe un número significativo de conflictos sociales vinculados a empresas del sector minero y comunidades campesinas e indígenas; no siendo el objetivo señalar quien pueda tener la razón, sino destacar que se requiere una adecuada conducción política y legislativa, para evitar esos tipos de conflictos que perjudican significativamente a los involucrados y a todos en general; se trata en muchos casos de problemas que se derivan del mal manejo de las autoridades y responsables, de estructurar políticas, regulaciones y medidas compatibles con nuestra realidad de diversidad cultural, máxime si los enfrentamientos y conflictos, luego traen graves consecuencias personales, sociales, así como perjuicios en nuestra economía nacional.

En el caso de las tierras de las comunidades campesinas y nativas, la norma constitucional del artículo 89 les reconoce autonomía en su organización, en el trabajo comunal, y en el uso y la libre disponibilidad de sus tierras, dentro del marco legal; asimismo señala que la propiedad de sus tierras es imprescriptibles, significando la

imposibilidad jurídica de terceros de adquirir por usucapión o prescripción la propiedad de tierras de las referidas comunidades; si bien el mismo artículo citado contempla una excepción para los casos de abandono de las tierras por las comunidades, no está creando una situación de excepción para la adquisición por prescripción.

Si bien y como se tiene antes señalado, la disposición constitucional contempla como excepción a la imprescriptibilidad, al abandono de las tierras comunales, es necesario enfatizar que no se trata de un abandono de tierras del cual se puedan beneficiar directamente los particulares, pues la norma del artículo 88 cierra ello al delimitar que los bienes en abandono pasan al dominio del Estado para su adjudicación en venta; es preciso anotar que la norma sobre el abandono de tierras comunales debe ser interpretada en forma compatible con las normas de los tratados internacionales que reconocen y protegen los derechos que detentan las poblaciones indígenas sobre sus territorios y tierras; en armonía con las interpretaciones efectuadas y los estándares internacionales fijados sobre el tema por la Corte Interamericana, todos los cuales son de carácter vinculante para el Perú en razón de nuestro sometimiento a la jurisdicción internacional de la referida Corte, a sus sentencias e interpretaciones. Los estándares internacionales de la Corte Interamericana prevén un tratamiento y protección específica de las tierras de las comunidades, respetando no sólo aquellas sometidas a explotación agraria, también a las tierras de pastoreo, además aquellas que dejan en reposo, las tierras de las comunidades nómades y de los no contactados.

Es importante advertir al respecto, que la norma constitucional debe ser interpretada en compatibilidad con tratados internacionales de derechos humanos, que protegen los derechos fundamentales de las poblaciones indígenas y tribales, en relación a la propiedad y posesión de sus territorios y a sus tierras; que en interpretación de la Corte Interamericana se ha señalado que no puede interpretarse como abandono, en el caso de las comunidades errantes, y de aquellas que por diversos motivos, acostumbran el traslado temporal de un área a otras áreas de su territorio. Adicionando que debe atenderse, que el derecho de propiedad sobre la tierra, sea en forma privada o comunal en el desarrollo agrario, es protegido por el Estado Peruano como indica la primera parte de la norma 88; y que los tratados internacionales también establecen normas de protección a las tierras comunales.

Código Civil de 1984

En concordancia y armonía con las normas constitucionales, el Código Civil Peruano en el artículo 134 se reconoce a “las comunidades campesinas y nativas como organizaciones tradicionales y estables de interés público”; en la precisión denota que éstas organizaciones se encuentran integradas esencialmente por seres humanos, por “personas naturales”, sobre las cuales gravita la comunidad, teniendo entre sus finalidades procurar la optimización de los recursos y bienes a favor de sus integrantes, señalando normativamente “el mejor aprovechamiento de su patrimonio, para beneficio general y equitativo de los comuneros y promoviendo su desarrollo integral”.

Citamos las normas del Código Civil pues además de contener una definición legal de las comunidades campesinas e indígenas, la que debe ser interpretada en concordancia con las normas supranacionales de derechos fundamentales como entre otros, el Convenio 169 de la OIT, debido a que reitera el carácter reconocido constitucionalmente a las tierras de las referidas comunidades, de inalienables, imprescriptibles, inembargables, asimismo porque recoge en el artículo 136 una presunción legal de propiedad a favor de ellas, respecto de las tierras que poseen, presunción de propiedad que opera de acuerdo a lo declarado en el reconocimiento oficial de la comunidad y de su inscripción en el registro de comunidades; señalando textualmente el artículo legal que “Se presume que son propiedad comunal las tierras poseídas de acuerdo al reconocimiento e inscripción de la comunidad”.

No obstante no se atiende la especial vinculación de las pueblos ancestrales con sus tierras, debiendo respetar el reconocimiento y la protección del derecho fundamental que tienen sobre la propiedad y posesión colectiva de sus tierras, que incluso pueden estar titulados, inscritas o no, como ha señalado la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su reiterada jurisprudencia³.

³ La Corte ha establecido en su jurisprudencia la especial protección de las tierras colectivas de los pueblos indígenas, y que “los títulos de propiedad privada opacan las formas tradicionales de tenencia de tierras”. Casos: Pueblo Saramaka vs. Surinam, sentencia (2007); Comunidad indígena Yakye Axa Vs. Paraguay Sentencia (2005); Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador sentencia (2012);”Marijkedorp, Affidavit de Mariska Muskiet y Banco Interamericano de Desarrollo, Pueblos Indígenas y Maroons en Surinam”.

En cuanto a la regulación legal aplicable para los actos de disposición y transferencia de las tierras de dichas comunidades, que además de ser imprescriptibles conforme a la norma constitucional antes citada, el Código Civil Peruano dedica un Título de la Sección Cuarta a las Comunidades Campesinas y Nativas, señalando en el artículo 134 que, “son organizaciones tradicionales y estables de interés público, constituidas por personas naturales”, que tienen fines direccionados “al mejor aprovechamiento de su patrimonio para beneficio general y equitativos de los comuneros promoviendo su desarrollo integral”; no prevé mayor consideración especial que la presunción de propiedad de las tierras poseídas de acuerdo a la inscripción registral, contenido señalado en la norma del segundo párrafo del artículo 136; y si bien el tema de la presunción legal de propiedad en base a la inscripción registral les puede ser beneficiosa, no sucede lo mismo cuando las extensiones de sus tierras son mayores a las que aparecen inscritas, así como es negativo que la norma del artículo 135 condicione la existencia legal de las comunidades a “la inscripción registral y el reconocimiento oficial”; dicha disposición es contraria a las normas del bloque de constitucionalidad, como el antes referido artículo primero del Convenio 169, dejando claro que no se necesita seguir un procedimiento especial para el reconocimiento de las comunidades, sino encontrarse en los supuestos de los criterios objetivos y subjetivos para ser consideradas como reconocidos y protegidos sus derechos.

Buscando una interpretación convencionalmente compatible del artículo 136 del Código Civil que establece que las tierras de las comunidades son inalienables,

imprescriptibles, e inembargables, salvo las excepciones establecidas por la Constitución del Perú; es pertinente orientar a la finalidad de la norma de establecer una presunción legal muy importante para identificar las propiedades de las comunidades, cuando establece que “se presume que son propiedad comunal las tierras poseídas de acuerdo al reconocimiento e inscripción de la comunidad”, éstas tierras serían las que constan en las inscripciones de las comunidades; ello no significa una limitación al reconocimiento de la propiedad a la formalidad de inscripción de la comunidad, sino una regla adicional para identificar sus tierras, la cual funcionaría en los casos que la comunidad estuviera inscrita, pero no una exigencia de inscripción para el reconocimiento de sus derechos y propiedades; ello en consonancia con lo previsto en el artículo 14 del Convenio 169 de la OIT, la protección y reconocimiento a los pueblos indígenas alcanza al derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan, además a su derecho a utilizar tierras ocupadas no exclusivamente por ellos, y a las que han tenido acceso ancestral o tradicionalmente, utilizadas en sus actividades propias y de subsistencia, señalando la necesidad de especial cuidado a los pueblos nómadas y pueblos de agricultores itinerantes; imponiendo la obligación al Estado y sus autoridades de adoptar medidas necesarias para determinar las tierras que los pueblos interesados ocupan tradicionalmente y garantizar la protección efectiva de sus derechos de propiedad y posesión; de instituir procedimientos adecuados en el marco del sistema jurídico nacional para solucionar las reivindicaciones de tierras formuladas por los pueblos interesados.

Así, en el caso Pueblos Kaliña y Lokono vs Surinam, en la sentencia de fecha 25 de noviembre de 2015 la Corte IDH declaró que el Estado era responsable por la violación de los derechos al reconocimiento de la personalidad jurídica, a la propiedad colectiva, a los derechos políticos, a la identidad cultural y al deber de adoptar las disposiciones de derechos interno; sustentando en relación al tema de fondo, que el Estado de Surinam “no reconocía a las comunidades como entidades jurídicas y tampoco establecía derechos colectivos a la propiedad”, además de haber negado a otras comunidades sus derechos por falta de capacidad legal, que debido a “que el ordenamiento jurídico interno del Estado no reconoce el ejercicio de la personalidad jurídica de los pueblos indígenas y tribales de manera colectiva”, el Estado ha violado el artículo 3 de la Convención Americana; que “la falta de delimitación, demarcación y titulación del territorio de los referidos pueblos, por parte del Estado, éste violó el derecho a la propiedad colectiva reconocido en el artículo 21 de la Convención”; que en relación a los conflictos de reivindicación ante la existencia de títulos individuales a favor de terceros no indígenas, la Corte estimó que permanece vigente el derecho de los pueblos referidos, ante lo cual el “Estado debe ponderar los intereses territoriales particulares o estatales y los derechos territoriales de los miembros de las comunidades indígenas”.

Ley General de Comunidades Campesinas

Continuando con el ordenamiento jurídico interno, la legislación nacional cuenta con normas especiales como la Ley General de Comunidades Campesinas número 24656

que data del 14 de abril de 1987, conteniendo en el artículo primero las disposiciones generales, destacando la atención prioritaria que brinda al desarrollo de las comunidades en proyección de que sea total, completo y suficiente, es que declara que este constituye de “necesidad nacional e interés social y cultural”. La referida norma legal contempla otros articulados cuyo contenido resulta muy pertinente y compatible en progresividad de la protección de los derechos de las poblaciones indígenas, no obstante tales normas discrepan de la realidad y las políticas que se vienen en el Estado; resultando loable que la ley señale que el Estado reconoce a las comunidades campesinas como “instituciones democráticas fundamentales, autónomas en su organización, en el trabajo comunal y uso de la tierra, en lo económico y administrativo”, sin embargo ello no se traduce en la emisión de decretos supremos que pretenden sustituir la consulta previa por una actividad informativa, incluso para actividades de extracción y explotación en tierras de las referidas comunidades; no se plasma en la realidad cuando las estadísticas dan cuenta de los índices de pobreza, de los problemas desnutrición, de acceso a servicios de salud y educación en el caso de los integrantes de las comunidades campesinas de la sierra.

El presente trabajo de investigación permite identificar la disonancia entre la realidad y la normatividad legal, encontrando legislación en diverso sentido respecto a la regulación sobre el derecho de propiedad de las tierras de las comunidades, así en el caso de la ley citada, guardando concordancia y armonía con las normas constitucionales y tratados internacionales, contempla la obligación del Estado de

garantizar “la integridad del derecho de propiedad del territorio de las comunidades campesinas”, el convertir al Estado en garante de un derecho específico como es el derecho de propiedad de grupos específicos como son las comunidades campesinas, se enmarcan dentro de un trato diferenciado compatible con el derecho fundamental a la igualdad, además que al referirse como una obligación del Estado, la norma se está dirigiendo y ordenando a las autoridades nacionales a cumplir tal rol de garantes traducido en sus actuaciones legislativas, judiciales, administrativas, debiendo cumplir con la garantía de proteger y respetar la integridad de los territorios comunales.

Otro aspecto de esta ley que es necesario destacar, es que contempla la promoción de “la identidad cultural de las comunidades campesinas”, norma que se enmarca en coherencia con el ordenamiento convencional que reconoce el derecho a la diversidad y a la identidad cultural de las poblaciones indígenas; en cuanto a la aplicación de la norma legal, se ha encontrado talleres y actividades realizadas por algunas instituciones y entidades administrativas para afianzar la identidad cultural, como es el caso del “Taller de fortalecimiento de las Comunidades Campesinas y Afianzamiento de la Identidad Cultural y Territorial” realizado por el Gobierno Regional de Arequipa el cual cuenta con una subgerencia de Comunidades Campesinas.

En compatibilidad convencional, se desprende que promueve el respeto de la identidad cultural de las comunidades; destacando de la ley que a diferencia de otras

disposiciones y cuerpos normativos, señala que las comunidades son de interés público, lo cual debe entenderse por su situación en muchos casos críticas y que requieren mayor interés y apoyo estatal; la norma legal en coherencia a la norma constitucional y del Código Civil antes analizada, reconoce la existencia legal y personería jurídica de las comunidades; aportando información sobre las comunidades, el legislador identifica un elemento medular que suele integrar a las comunidades, nos referimos a su composición y formación por agrupaciones familiares, cobrando relevancia este componente en tanto refuerza la unión, cohesión y aspectos comunes de identificación de sus miembros, quienes suelen compartir ascendientes y mantener parentescos remotos, estando unidos como si fueran una sola y numerosa familia, bajo reglas de solidaridad y reciprocidad; entendiéndose de la disposición segunda de la ley, que estas formas de relacionarse tienen incidencia en la forma que habitan y ejercen la propiedad: “integrados por familias que habitan y controlan determinados territorios, ligadas por vínculos ancestrales, sociales, económicos y culturales, expresados en la propiedad comunal de la tierra, la ayuda mutua, el gobierno democrático (...)”.

Encontrando en la ley los criterios de identificación de las comunidades, en relación a sus miembros, a los elementos que los cohesionan, que se encuentren expresados en la propiedad colectiva de sus tierras, en la forma de trabajo, cooperación, forma de gobierno, y fines:

- i. “Integradas por familias que habitan y controlan determinados territorios, ligadas por vínculos ancestrales, sociales, económicos y culturales”.
- ii. “Expresados en la propiedad comunal de la tierra, el trabajo comunal, la ayuda mutua, gobierno democrático, desarrollo de actividades multisectoriales”.
- iii. “Fines orientados a la realización plena de sus miembros y del país”.

Aportando en la delimitación de los territoriales comunales, el artículo segundo de la ley, prevé que “los asentamientos humanos permanentes ubicados en territorio comunal y reconocidos por la Asamblea General de la Comunidad”, vienen a ser parte integrante de sus territorios en calidad de “anexos de la comunidad”; significando que en dicho territorio comunal si bien pueden edificarse viviendas de los comuneros, el territorio no es de propiedad individual sino de propiedad comunal.

Anótese que los principios que rigen las comunidades que también orientan su relación con las tierras, los comuneros gozan de igualdad de derechos y obligaciones, defienden los intereses comunes, participan plenamente en la vida comunal, se rigen por principios que aportan a la cohesión comunal, a sostenerla como entidad, así como al medio ambiente y recursos, bajo principios de: “solidaridad, reciprocidad, ayuda mutua entre sus miembros, por la defensa del equilibrio ecológico, preservación y uso racional de los recursos naturales”. Ello aporta a que las relaciones entre comuneros e institucional dentro de la comunidad se orientan por reglas y principios que

contribuyen a un ambiente pacífico y de respeto mutuo, anotados en el artículo tercero de la ley son: “Igualdad de derechos y obligaciones de los comuneros, defensa de los intereses comunes, participación plena en la vida comunal, solidaridad, reciprocidad y ayuda mutua entre sus miembros, defensa del equilibrio ecológico, preservación y el uso racional de los recursos naturales”. Constituyen normas y principios para los miembros comunales, que sirven para regular sus relaciones de convivencia, que logran cohesionarlos más y aportan para la subsistencia comunal proyectada no solo en el presente, sino también en el futuro, principios como sucede con la protección del equilibrio ecológico y regir sus actividades en general, con arreglo a una adecuada conservación y razonable utilización de los recursos naturales.

La ley en el artículo cuarto establece la competencia legal de las comunidades en temas de gobierno y administración, en el uso de sus territorios y recursos, efectuar delimitaciones catastrales y de áreas de acuerdo al uso previsto, organización de los trabajos de sus integrantes:

- “Formular y ejecutar sus planes de desarrollo integral, agropecuario, artesanal, industrial con participación de los comuneros”
- “Regular el acceso al uso de la tierra y otros recursos por parte de sus miembros”.
- “Levantar el catastro comunal, delimitar las áreas de los centros poblados, las destinadas a uso agrícola, ganadero, forestal, de protección y otros, para promover forestación y reforestación”.

- “Organizar el régimen de trabajo de sus miembros en actividades comunales y familiares, que contribuyan al mejor aprovechamiento de su patrimonio”.

Debiendo anotar, que dichas facultades legales de regulación del acceso al uso de la tierra estarían referidas a lo que acuerden en sus asambleas generales con el quorum requerido y que forme parte de sus estatutos, para vincular a todos sus miembros, ello en concordancia con el Decreto Supremo N° 008-91-TR reglamento de la ley, que prevé el acceso a la parcela familiar y al uso de los pastos naturales, de acuerdo a disposiciones legales, el Estatuto de la Comunidad y los acuerdos de la Asamblea General.

En cuanto a los derechos y obligaciones de los integrantes de la comunidad, la ley prevé tres supuestos en los que se reconoce la calidad de comuneros: 1) por nacimiento dentro de la comunidad; 2) por filiación para los hijos de los comuneros; 3) por incorporación de aquellos en la comunidad decide integrarlos a su organización.

Señala como derechos de los comuneros a utilizar los bienes y los servicios de la comunidad, previendo que el ejercicio de tales derechos, se debe realizar en los términos previstos en los estatutos y acuerdos de la Asamblea General; los comuneros calificados, tienen derecho a elegir y ser elegidos en cargos de la comunidad y participar con voz y voto en las asambleas generales, teniendo entre sus obligaciones, cumplir con las normas legales, el estatuto, desempeñar funciones, prestar servicios, integrar alguna comisión que disponga la comunidad, dar

cumplimiento a los acuerdos de la asamblea, que pueden estar referidos al uso y distribución de la posesión de parcelas y terrenos, por el tiempo y modo determinado por la comunidad.

En relación a las tierras de las comunidades campesinas, el artículo séptimo señala que vienen a ser aquellas identificadas conforme a la Ley de Deslinde y Titulación; reconoce que las tierras comunales son inembargables, imprescriptibles e inalienables; encontrando una contradicción legal cuando confiere el carácter inalienable de las tierras, y a la vez prevé una situación excepcional de enajenación sometida a un procedimiento que no reviste mayores complejidades ni seguro, requiriendo: “previo acuerdo de por lo menos dos tercios de los miembros calificados de la Comunidad, reunidos en Asamblea General convocada expresa y únicamente con tal finalidad”; si bien la norma señala que el referido acuerdo requiere aprobación por ley expresa, la cual debe fundarse “el interés de la Comunidad”, así como “pagarse el precio en dinero por adelantado”, en la práctica las transferencias salen con el solo acuerdo y las formalidades de la asamblea en su convocatoria y realización, no se cumple la exigencia de ley expresa, la cual es difícil de obtener del Congreso, y menos aún si la ley requerida tendría que evaluar si se funda en “el interés de la comunidad”, lo que llevaría a que el Congreso requiera informes técnicos y sociales para dictar la ley, que como hemos anotado, en la realidad las transferencias se vienen dando sin la ley expresa que apruebe la enajenación, en tanto se viene aplicando la Ley N° 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”, que con

la finalidad de promover la inversión privada –entre otros- en las tierras de las comunidades campesinas y nativas, es que se decidió disponer en el artículo cuarto el libre acceso a la propiedad de las tierras a toda persona natural o jurídica, sea nacional o extranjera, y autorizó la venta de las tierras de las comunidades campesinas y nativas, así en el artículo décimo en relación a las tierras de propiedad de comunidades de la costa, regula en el inciso a) la adquisición de la propiedad por poseionarios comuneros, en el inciso b) la adquisición de la propiedad por comuneros no poseionarios, así como de terceros, estos son “no comuneros ni poseionarios”, sino supuestamente los inversionistas que para invertir en tierras comunales se les facilita la adquisición de las mismas convirtiéndose en propietarios, con un procedimiento sencillo que solo requiere votación mayor o igual al 50% de los comuneros asistentes a la “Asamblea instalada con el quórum correspondiente”; dejando de ser propietarias de sus tierras las comunidades, para que otros inviertan en ellas adquiriendo la propiedad. En el artículo décimo primero se autoriza la disposición, gravamen o cualquier actos sobre las tierras comunales de la sierra o selva, para ello solo requieren “del Acuerdo de la Asamblea General con el voto conforme de no menos de los dos tercios de todos los miembros de la Comunidad”; ciertamente la norma promueve y facilita la inversión privada empero sacrificando la propiedad de las comunidades sobre sus tierras, fomentando la transferencia y desmembración de tierras colectivas de propiedad de las comunidades indígenas, sin que exprese o se encuentra racional justificación de ello y de qué forma sería beneficioso para las comunidades desprenderse de sus tierras para que otros sean propietarios e inviertan en ellas.

La ley contempla supuestos de adjudicación de tierras con preferencia a los integrantes de las comunidades, cuando se produzca expropiación de tierras por “causa de necesidad y utilidad públicas, previo pago del justiprecio en dinero”, cuando se traten de tierras afectadas para fines de irrigación. En similar modo el artículo 9 establece un trato preferente a las Comunidades Campesinas que carezcan de tierras o las tengan en cantidad insuficiente, para la adjudicación de las tierras colindantes que hayan revertido al dominio del Estado por abandono; así como preferencia para adquirir tierras en venta de sus colindantes.

Permitiendo la ley algunas figuras contractuales respecto a las tierras comunales, se regula la cesión en uso, pudiendo celebrar tales actos “a favor de sus unidades de producción empresarial, manteniendo la integridad territorial comunal”.

La ley especial de las comunidades, establece prohibición expresa para los comuneros de acaparar terrenos al interior de la organización comunal, para el cumplimiento de la restricción prevé que deben tener “un padrón de uso de tierras donde se registran las parcelas familiares y sus usuarios”. Asimismo se establece diferentes regímenes en el uso de la tierra que puede ser de tres modalidades: “en forma comunal, familiar o mixta”. En coherencia con la especial vinculación de la comunidad con sus tierras, la ley prevé que “las parcelas familiares deben ser trabajadas directamente por comuneros calificados”; las medidas de la parcela familiar es establecida por la “Asamblea General de cada Comunidad Campesina”, de acuerdo a su disponibilidad de tierras y dentro del plazo que señala el Reglamento. Respecto al uso de tierras para

el ganado, la Asamblea decide establecer cantidades en relación al número de especies que pueden pastar, por cada comunero; igualmente determina la cantidad de ganado que se va asignar a los centros de producción de la comunidad. Así como se regula como se entregan las parcelas a sus integrantes, igualmente es la Asamblea en votación quien decide la finalización del uso familiar, retornando el bien a la posesión de la Asamblea, autorizando la ley al referido órgano de gobierno “para recuperar la posesión de las parcelas abandonadas o no explotadas en forma directa por los comuneros”, para recuperar el exceso de las tierras poseídas por los comuneros inobservando el área fijada por la asamblea; siendo importante destacar este punto, en tanto la normatividad legal autoriza a la Asamblea decidir la entrega como la extinción de la posesión a favor de sus comuneros, sin embargo en instancias judiciales ello no es observado, vulnerando la ley especial, es que acuden a la aplicación de las normas del Código Civil y del Procesal Civil estimando pretensiones de interdicto de retener y recobrar, mejor derecho a la posesión, y hasta prescripción adquisitiva de dominio, formuladas por comuneros que discrepan de las decisiones comunales, lo cual además de significar grave vulneración al principio de legalidad, al principio de ley especial, vulnera las normas constitucionales que le reconocen autonomía a las comunidades campesinas en el uso y administración de sus tierras, y trasgreden normas convencionales y nacionales dirigidas a proteger y promover esta especial forma de dominio colectivo sobre las tierras.

En cuanto a la explotación de las concesiones mineras que se les otorguen, es obligación del Estado brindarle referente asistencia, protección, al igual que en el caso

de “las actividades que realicen para el aprovechamiento de los recursos naturales, bosques, agua y otras que se encuentran en el terreno de su propiedad”.

Hay un aspecto que si bien lo contempla, consideramos que es riesgoso y requiere mayor desarrollo en normas de protección, la autorización legal en ciertos casos, en la constitución de “empresas con terceros”, señalando la norma legal que la comunidad participará conforme al “volumen de la producción, el uso de los recursos o de cualquier otra forma consensual que guarde justa proporción con sus aportes”.

En la toma de decisiones y actos de disposición, le corresponde a la Asamblea General, quienes pueden solicitar adjudicación de tierras, asimismo les corresponde la autorización de compra de terrenos, transacciones, así como su participación y decisión es vital en procedimientos y procesos de conciliación respecto de terrenos que tenga interés.

En relación a las competencias, legalmente se les reconoce en primer término que son competentes en la formulación y ejecución de proyectos pudiendo planificar programas de desarrollo, en actividades: “agropecuaria, artesanal, industrial con participación de los comuneros”.

La ley de comunidades, identifica los bienes que constituyen parte integrante del patrimonio comunal, entre los cuales se encuentran bienes inmuebles, bienes muebles, ganado, los adquiridos a título onerosos y aquellos que reciben a título

gratuito, comprendiendo en los bienes inmuebles que forman parte del territorio comunal:

- “Las tierras rústicas y urbanas que se les adjudiquen o adquieran por cualquier título”.
- “Pastos naturales”.
- “Inmuebles, edificaciones, instalaciones y obras construidas, adquiridas o sostenidas por la Comunidad dentro y fuera de su territorio”.

Los bienes muebles que son considerados en el patrimonio comunal son:

- “Maquinarias, equipos, herramientas”.
- “Implementos, muebles, enseres”.
- “Semovientes”.
- “Bienes que posean a título privado”.
- “Muebles y semovientes abandonados o de dueño no conocido que se encuentren dentro de su territorio”.

Sumados a los “legados y donaciones a su favor, salvo que ellos sean expresamente otorgados por gastos específicos”; además a “todo lo que puedan adquirir en las formas permitidas por la ley”.

Mereciendo nuestra especial atención la norma del inciso b del artículo 4, en tanto contiene un reconocimiento expreso de atribuciones legislativas que refuerzan la tesis de que el sistema jurídico en el caso del Perú, es de un pluralismo legal fuerte en la coexistencia de diversos ordenes normativos, entre los cuales se encuentran el estatal y el derecho consuetudinario (además del derecho convencional), con la peculiaridad de que el sistema estatal reconoce la pluralidad normativa y el poder normativo de las

culturas indígenas, para legislar en asuntos como es “Regular el acceso al uso de la tierra y otros recursos por parte de sus miembros”; si bien se podría afirmar que ello podría ser más bien cláusulas o términos contractuales que solo vinculan a los miembros de la comunidad, ello se descarta en tanto para emitir dicha regulación no se requiere la aceptación o conformidad de cada uno de los miembros, que estas normas se aplican dentro de sus territorios que forma parte de su jurisdicción, como indica el artículo 149 de la constitución.

Las comunidades se encuentran reguladas como zonas o lugares con su propia regulación, contando entre sus competencias la de levantamiento del “catastro comunal”, dentro de su jurisdicción geográfica son ellos y no las autoridades estatales las que hacen el catastro, delimitan “áreas de los centros poblados y de las áreas agrícola, ganadero, forestal, de protección y otros, para promover forestación y reforestación”, facultades regulativas y de gobierno que le reconoce la norma cuarta de la ley. Igualmente tienen competencia normativa en asuntos laborales para “organizar el régimen de trabajo de sus miembros en actividades comunales y familiares, que contribuyan al mejor aprovechamiento de su patrimonio”, entre otros.

Debiendo anotar, que dichas facultades legales de regulación del acceso al uso de la tierra se deben ejercitar conforme al procedimiento que deben seguir en sus órganos de dirección, resultando las asambleas generales además de órganos deliberativos, órganos de producción normativa en los asuntos arriba señalados, las que adoptan y establecen las normas conforme al quorum requerido para la adopción de acuerdos;

las disposiciones que dicten por un tema de seguridad y publicidad, deben formar parte de sus estatutos, para vincular a todos sus miembros, ello en concordancia con el Decreto Supremo N° 008-91-TR reglamento de la ley, que prevé el acceso a la parcela familiar y al uso de los pastos naturales, de acuerdo a disposiciones legales, el Estatuto de la Comunidad y los acuerdos de la Asamblea General.

La regulación legal contempla la posibilidad de expropiación “por causa de necesidad y utilidad públicas, previo pago del justiprecio en dinero”, como para fines de irrigación, anotando que en tal caso se establece una situación de orden de preferencia a favor de los comuneros al momento de la adjudicación de las tierras irrigadas, quienes serán adjudicados en forma igual que todos los miembros, esto es, sin discriminaciones ni preferencias entre ellos.

Establece la norma legal la cesión en “uso de sus tierras a favor de sus unidades de producción empresarial, manteniendo la integridad territorial comunal”, una norma riesgosa en relación a la explotación de las tierras por empresas, por el pasado trágico vivido históricamente en las diversas modalidades de explotación del campesino e indígena por el empresariado. La norma del artículo 9 establece un trato preferente a las Comunidades Campesinas que carezcan de tierras o las tengan en cantidad insuficiente, para la adjudicación de las tierras colindantes que hayan revertido al

dominio del Estado por abandono; así como preferencia para adquirir tierras en venta de sus colindantes.

Se advierte del análisis que en cuanto a la tenencia y uso de la tierra se advierten expresiones de propiedad y posesión colectiva de las tierras en la ley, que difieren considerablemente de las formas privadas reguladas en el Código Civil; evidenciando que no se trata de una copropiedad de los miembros de las comunidades, sino propiedad de la comunidad, así como ella es quien ejerce la posesión mediata e inmediata, regula y dispone cómo será la distribución de las tierras que se designan a sus miembros para el uso y explotación, proscribiendo el así, la ley, contempla la prohibición de acumulación de tierras en un solo comunero o familia, requiriendo para ello llevar un control de las parcelas y usuarios registrándolos en un “padrón de uso de tierras”; las comunidades pueden determinar que las tierras se usen de modo comunal, familiar o mixta, cada Comunidad Campesina determina el régimen de uso de sus tierras, en forma “comunal, familiar o mixta”; es una exigencia que los comuneros calificados trabajen en forma directa las parcelas familiares a efectos de no encubrir alguna forma de explotación con terceros que desnaturalicen la finalidad de la asignación de las tierras a comuneros; en lo que se refiere a la ganadería las comunidades asignan determinadas extensiones de tierra según la cantidad de ganado autorizada, posibilitándoles el uso para el pastoreo, distinguiendo de las tierras asignadas para la producción comunal.

Así como la comunidad entrega en uso las tierras a sus comuneros, es la comunidad quien tiene la potestad para disponer la extinción de la posesión, señalando la norma 14 de la ley que: “La extinción de la posesión familiar será declarada con el voto favorable de los dos tercios de los miembros calificados de la Asamblea General de la Comunidad, la que tomará posesión de la parcela”; es por eso, que se sostiene que en estos casos, no procede el interdicto de recobrar, no siendo aplicables las normas del Código Civil ni del Código Procesal Civil al respecto, pues se trata de un régimen de derecho especial de tierras comunales, que cuentan con sustento constitucional, legal, y en el derecho consuetudinario, estando facultadas las comunidades tanto en el derecho estatal –constitucional y legal- como en el derecho consuetudinario para entregar en uso las parcelas de tierras comunales, así como para recuperar la posesión de las mismas, sin necesidad de proceso judicial del sistema estatal, sino siguiendo el procedimiento previsto en asamblea general; igual procedimiento se sigue cuando se trata de tierras abandonadas o no explotadas directamente por los comuneros, y aquellas en que se han excedido las áreas y extensiones asignadas por la Asamblea General de la Comunidad.

Estas normas deben ser cumplidas por los operadores jurídicos, sin embargo se dan muchos casos en que los comuneros, excomuneros, terceros cuyo uso de las tierras ha sido declarado extinguido y recuperado la posesión por la comunidad, acuden a la vía judicial interponiendo demandas que luego los jueces resuelven favorablemente declarando fundados interdictos de recobrar, interdictos de retener, mejor derecho a

la posesión, y hasta prescripción adquisitiva de dominio, vulnerando ambos sistemas jurídicos, no advirtiendo siquiera que previamente deben revisar si están asumiendo una competencia que no tienen, ello conforme a la función jurisdiccional reconocida a las autoridades comunales en la norma 149 de la Constitución, asimismo soslayan que se tratan de tierras de posesión y propiedad colectiva sometidos a un régimen y regulación especial, autorizando la norma constitucional del artículo 89 que las comunidades gozan de autonomía en el uso y disposición de sus tierras, finalmente inobservan las normas convencionales y nacionales dirigidas a proteger y promover esta especial forma de dominio colectivo sobre las tierras, incurriendo en responsabilidad funcional por afectación de derechos fundamentales y actuaciones incompatibles con el régimen legal vigente.

En el caso de Carmen Zelada Requelme vs Comunidad Campesina de Montevideo y ronda Campesina, Expediente N° 02765-2014 proceso de amparo resuelto por el Tribunal Constitucional con fecha seis de junio de 2017, en que se solicitó la nulidad del acta de Asamblea General de la referida comunidad, que decidió la expulsión de los demandantes y la reversión de los terrenos a la comunidad; el Tribunal supremo intérprete de la constitución y órgano de control de la constitución (artículo 201), se refiere al “pluralismo como pieza fundamental del Estado Constitucional”, afirmando “La visión y contenido multicultural de la Constitución de 1993 como manifestación del pluralismo”, interpreta a “La propiedad comunal y la jurisdicción comunal como manifestaciones de la autonomía de las comunidades campesinas y nativas”,

señalando el régimen jurídico especial de la propiedad colectiva de las comunidades, sustentado en los artículos 70 y 88 de la Constitución, desprendiéndola de la perspectiva clásica del derecho civil, y asimismo interpreta el reconocimiento de las funciones jurisdiccionales de las autoridades comunales, anotando “Nuestra Constitución reconoce la potestad de ejercer funciones jurisdiccionales a las autoridades de las comunidades campesinas y nativas, la cual implica la facultad de aplicar su derecho consuetudinario para la resolución de conflictos” (fundamento 49); precisa que toda jurisdicción comunal debe contar con ciertos elementos, como son: “Autoridades comunales para ejercer la jurisdicción, facultad de competencia para resolver el conflicto jurídico que ocurra en su territorio, de conformidad con su (...) sistema normativo, procedimientos que permitan una mínima garantía de los derechos fundamentales de los procesados y los agraviados, potestad para hacer efectivas sus decisiones y que estas sean definitivas, con plena observancia de los derechos fundamentales” (fundamento 54); reconoce el sustento constitucional de la jurisdicción comunal y “que debe ser ejercida con un importante grado de autonomía, entendida esta última como una capacidad para desenvolverse con sus propias normas” (fundamento 55); sin embargo como todo e igual que la jurisdicción estatal, la jurisdicción comunal no es absoluta y encuentra limitaciones en los derechos fundamentales, señalando que en el caso concreto materia de resolución se declara fundada la demanda, no por desconocer las competencias jurisdiccionales de la comunidad (fundamento 79), sino porque no se observó en el proceso que se hubiera cumplido con respetar el derecho de defensa de los demandantes, información de las acusaciones, a fin de que pudieran hacer sus descargos, entre otros que afectaron el

derecho fundamental al debido proceso, es por ello que al declarar fundada la demanda de amparo en su parte resolutive, dispone “Ordenar a la Comunidad Campesina de Montevideo aplicar la jurisdicción comunal en un nuevo proceso a cargo de la Asamblea Comunal con las garantías del contenido mínimo esencial del derecho al debido proceso, específicamente en lo relacionado al derecho de defensa, de conformidad con lo expresado en los fundamentos 87 y 88 de la presente sentencia”. Resultando para nosotros sin lugar a dudas, que nuestra Constitución multicultural, en pluralismo jurídico reconoce el sistema normativo y jurisdicción de las autoridades comunales y rondas campesinas, y que las acciones interdictales, posesorias, incluso de prescripción sobre tierras comunales, formuladas por comuneros o ex comuneros, se están tramitando y resolviendo indebidamente ante la jurisdicción estatal, violando la jurisdicción comunal, las normas constitucionales, convencionales y legales.

La situación de la minería y la propiedad de tierras comunales es paradójico en muchos países latinoamericanos como el nuestro, pues suelen convocarse, unirse bajo ofrecimientos, cortejos y propuestas que inicialmente hacen sonreír y causan alegría a su mayoría de los dos sectores, empero luego suelen devenir en terribles disputas, pleitos y enfrentamientos, manifestaciones y movilizaciones sociales con violentos ataques, que suman en considerable cantidad a nivel nacional; teniendo registrado la Defensoría del Pueblo en su Reporte N° 138 la cantidad de 213 conflictos sociales en agosto de 2015, entre ellos del Cusco de las Comunidades Campesinas de Coporaque y Empresa minera Hudbay, en Moquegua la Comunidad Campesina Auntaya y la

empresa minera Aruntani SAC, en Pasco la Comunidad Campesina Huachón y la Empresa Statkraft Peru S.A.; en setiembre de 2020 y pese a la pandemia del Corona Virus, la Defensoría registro 189 conflictos sociales, de ellos 142 activos y 47 latentes; a los que se dedican a apaciguar buscando diálogos, evitar confrontaciones y buscar soluciones, por las entidades estatales como la Defensoría del Pueblo, Gobiernos Regionales, Municipalidades, la Oefa, Ministerios vinculados con el problema, etc., así como organizaciones civiles de defensa de derechos humanos.

La normatividad legal prevé igualmente un régimen especial en relación a la explotación minera, dando prioridad a las concesiones mineras otorgadas a las comunidades, así como a actividades referidas a “aprovechamiento de los recursos naturales, bosques, agua y otras que se encuentran en el terreno de su propiedad” (artículo 15); las que deben ser ejercidas conforme a las leyes y reglamentos que correspondan; asimismo autoriza que cuando la comunidad no pudiera sola explotar tales recursos, pueda formar empresas con terceros; consideramos riesgoso y requiere mayor desarrollo en normas de protección, la autorización legal en ciertos casos para la actividad empresarial con terceros en relación a los valiosos recursos sin un adecuada reglamentación, y que en coherencia con la constitución y la ley, el Estado cumpla con brindar esa atención y apoyo preferente y prioritario a las comunidades.

Ley de Titulación de las Tierras de las Comunidades Campesinas de la Costa

La Ley de Titulación de las Tierras de las Comunidades Campesinas de la Costa, N° 26845, declara de interés nacional el otorgamiento de títulos de propiedad y la inscripción registral de las tierras de las Comunidades Campesinas de la Costa y las de sus comuneros que adopten la decisión de proceder a la adjudicación en parcelas individuales o en copropiedad, con el fin de garantizar los derechos de las Comunidades Campesinas de la Costa al uso y la libre disposición de sus tierras, los derechos de los comuneros a la propiedad individual y a la herencia, y al ejercicio de la iniciativa privada; advirtiendo en la disposición legislativa que no va en concordancia a las normas constitucionales antes analizadas y con las normas convencionales del Convenio 169 OIT, interpretaciones y estándares internacionales de la CIDH, pues se orienta a una promocionar una forma de propiedad individual y su herencia, que difiere de la protección a la especial forma de propiedad colectiva de las comunidades y pueblos indígenas.

Esta ley es aplicable a las Comunidades Campesinas de la Costa, y señala por otro lado, que establece los mecanismos para garantizar el derecho de los comuneros a decidir libremente el régimen jurídico de la propiedad comunal. Define a las Comunidades Campesinas de la Costa como las que tienen sus tierras o la mayor extensión de éstas situadas en la vertiente del Océano Pacífico, hasta una altitud de dos mil (2000) metros sobre el nivel del mar; e igualmente que la norma anterior observada, señala que 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; incluso autorizan a los comuneros poseedores por más de un año, a solicitar la adjudicación a título de propiedad de las tierras que conducen, requiriendo para el acuerdo de la Asamblea, el voto no menor del 50% de los comuneros asistentes, que sean poseedores por más de un año y que se ubiquen en el mismo anexo o sector; en el caso de terceros poseedores por más de dos años y sin relación contractual, el voto requerido es no menor del 30% de los asistentes, debiendo ser comuneros calificados de la comunidad. Estas regulaciones sobre transferencia de las tierras comunales tienden a una desmembración y paulatina extinción de la propiedad colectiva; asimismo es de advertir que, en muchos de los acuerdos de transferencia, en las actas no aparece el cumplimiento de los requisitos en relación a los votantes, comuneros poseedores por más de un año, comuneros calificados, y en el caso de terceros que sean poseedores por más de dos años y sin relación contractual. Asimismo, la ley regula la adquisición de tierras comunales en abandono, lo cual contradice la norma constitucional que señala su adquisición por el Estado, y podría ocasionar conflictos con terrenos de propiedad y posesión colectivas de pueblos errantes, nómades, o de aquellos que por formas de explotación dejan descansar sus tierras por periodos anuales; casos que no podrían ser considerado como abandono, como tiene señalado los estándares de la CIDH que se desarrollan más adelante.

Ley de Comunidades Nativas y de Promoción Agropecuaria de las Regiones de Selva y Cejas de Selva

Decreto Ley N° 22175 denominado “Ley de Comunidades Nativas y de Promoción Agropecuaria de las Regiones de Selva y Cejas de Selva”, de fecha 9 de mayo de 1978, se sustentado por el legislador de facto, en incorporar criterios para la optimización de la rentabilidad social, económica y ecológica del uso de la tierra y en aras de la expansión de la frontera agraria en la Selva y Ceja de Selva, y para que su población alcance niveles de vida compatibles con la dignidad de la persona humana. Establece la obligación del Estado de promover el desarrollo de las regiones de Selva y Ceja de Selva, mediante proyectos de asentamiento rural que integrarán las actividades de producción, agropecuaria y/o de producción o extracción forestal, pesquera y de fauna silvestre con la industrialización así como con el transporte y la comercialización; compuesto por personas dedicadas al aprovechamiento integral e integrado de los recursos naturales renovables, mediante sistemas de producción que maximicen la rentabilidad social, económica y ecológica y aseguren un adecuado acondicionamiento del territorio; no siendo otro el objetivo de la ley, la estimulación de “inversión de capitales en las regiones de Selva y Ceja de Selva”, estableciendo un tratamiento especial. La disposición legal igual que las anteriores anotadas, inicia reconociendo la “existencia legal y la personalidad jurídica de las Comunidades Nativas”, consideradas como tales aquellas con origen en los grupos tribales de la Selva y Cejas de Selva y están constituidas por conjuntos de familias vinculadas por elementos de idioma o dialecto, caracteres culturales y sociales, tenencia y usufructo común y permanente de un mismo territorio, con asentamiento nucleado o disperso;

reconoce como miembros de las comunidades nativas a los nacidos en el seno de las mismas y aquellos que se incorporen cumpliendo los requisitos del Estatuto de las comunidades; deben residir en el territorio comunal, pues es causal de pérdida de la condición de comunero el residir fuera del territorio comunal por más de 12 meses consecutivos, salvo ausencia sea motivada por razones de estado o salud debidamente acreditadas, o por traslado al territorio de otra comunidad nativa de acuerdo a los usos y costumbres y por el cumplimiento del Servicio Militar.

En cuanto a la propiedad territorial, el artículo décimo establece que se encuentra garantizada por el Estado, quien levantará un catastro y otorgará títulos de propiedad.

Considerando como territorio de las comunidades, los siguientes:

- “Los que hayan adquirido carácter sedentario”.
- “La superficie que ocupan para desarrollar actividades agropecuarias, de recolección, caza y pesca”.
- “Cuando realicen migraciones estacionales, la totalidad de la superficie donde se establecen al efectuarlas”.
- “Las tierras con aptitud forestal, les será cedida en uso y su utilización se registrará por la legislación sobre la materia”.

La normatividad contempla que en los casos que las comunidades lleguen a una situación de posesión de terrenos en número no suficiente para la atención de su

subsistencia y necesidades, es que se les debe adjudicar las áreas requeridas para tales fines.

La ley de comunidades nativas contiene una norma que significa una especial protección a los derechos a los territorios de sus ancestros, previendo en el artículo décimo segundo, la posibilidad de recuperación de tierras ancestrales, retornando a su dominio aquellos territorios situadas dentro de la delimitación del área comunal y que el Estado hubiere adjudicado a personas particulares, en momento posterior a la promulgación de “la Constitución de 18 de Enero de 1920”; en el caso de los particulares, estos recibirán la indemnización respectiva por “mejoras útiles y necesarias, construcciones, instalaciones, plantaciones, maquinaria, equipos y ganado existente, que acrediten haber introducido en el predio”.

En referencia a la aplicación de la ley citada, cabe mencionar el caso de la sentencia casatoria número 4007-2014 Piura emitida por “la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia” de la República del Perú, de fecha 14 de julio de 2015, resolvió un caso relevante sobre conflictos de tierras de la Comunidad Campesina de Castilla descendiente del Pueblo de Indios de Catacaos la que presentó el documento de Títulos de Composición de Terrenos fueron adquiridos para los indios por D. Juan de Mori Alvarado, cura y vicario del pueblo de San Juan de Catacaos, el 20 de julio de 1645; la demanda fue formulada por la Municipal Distrital

de Castilla pretendiendo la nulidad de fichas y partidas registrales de la referida comunidad bajo el argumento de que en la inmatriculación habrían quedado comprendidas a través del tiempo áreas urbanas, áreas públicas, centros poblados y propiedades inscritas a favor de terceros; la sentencia de primera instancia señaló como argumento de la decisión judicial estimando la demanda, que en relación a la comunidad: “si bien su existencia legal y personería jurídica se encontraba reconocida por Resolución Suprema de fecha 17 de noviembre de 1941, obrante a folios 171, no así sus títulos de dominio”; la sentencia casatoria declaró infundados los recursos de casación de la referida comunidad campesina y otro, expresando como argumento medular en el sentido que “El artículo 2, inciso b de la Ley N° 24657, prohibió que consideraran tierras de comunidades campesinas, para efectos de su deslinde y titulación, aquellas que al seis de Marzo de mil novecientos ochenta y siete se encontraran ocupadas por centros poblados o asentamientos humanos” (sumilla p. 1).

Al respecto es importante anotar, que de acuerdo a la jurisprudencia de la Corte IDH los conflictos de propiedad entre particulares y comunidades campesinas, se debe atender esencialmente que no es solo un caso más ni solo un tema interno sin considerar los derechos fundamentales relacionados con la propiedad de las tierras comunales; que la norma pertinente aplicar del bloque de constitucionalidad, es la prevista en el artículo 14 del Convenio 169 de la OIT Sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, de la que resulta que la protección y reconocimiento a los pueblos indígenas comprende el derecho de propiedad y de

posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan; así tener en consideración lo señalado en la sentencia de la Corte IDH en el caso Pueblos Kaliña y Lokono vs Surinam, de que el derecho a la propiedad colectiva de las comunidades ancestrales se encuentra reconocido y amparado en el artículo veintiuno de la Convención, y en los casos de conflictos de reivindicación ante la existencia de títulos individuales a favor de terceros no indígenas, el Estado debe ponderar los derechos involucrados que afecten a los integrantes de las comunidades indígenas, como aquellos de los particulares, estatales y de las poblaciones indígenas.

En la casuística se siguen presentando conflictos en relación a tierras de comunidades descendientes de poblaciones ancestrales, en contexto de multiculturalidad (poblaciones indígenas, poblaciones de zonas actualmente urbanas), que por el devenir de los tiempos y la formación y crecimiento de ciudades, éstas quedan comprendidas en territorios comunales, derivando en conflictos sobre la propiedad comunal, la propiedad pública, la propiedad privada, resultando inadecuada la interpretación literal y aplicación aislada de la normatividad legal, lo cual no se condicen con las normas constitucionales y convencionales destinadas a la protección especial y en su caso resarcir por las tierras comunales afectadas.

Es necesario entender que es otra forma de propiedad cuyo carácter de colectivo no es en razón de quien o quienes sean los titulares, que la propiedad y posesión colectiva

está en relación a la forma de ejercer, sentir y entender la propiedad de la tierra comunal, que lleva implícitamente elementos y valores culturales que no son posibles desprender de ella. Expresa Peña Jumba (2012), que: “La propiedad en las Comunidades Andinas está vinculada a su medio geográfico y su cultura. El medio geográfico es vivo en el mundo de las comunidades. Los cerros, las laderas, los ríos, las lagunas, los bosques o la pampa son espacios geográficos que interactúan con las luvias, el viento, la granizada, el sol y la presencia del ser humano” (p. 259); paralelo a la propiedad colectiva de las tierras, en las comunidades se suele conceder la posesión de parcelas de terrenos para uso de una familia comunera, y que hay otros espacios de estabilidad relativa como los cerros, incluyendo sus laderas, los bosques, lagos y ríos, como complementarios a su desarrollo individual y familiar y que se identifican como bienes comunales: “En los cerros se encuentra el pastizal para uso común, en los bosques se puede encontrar la madera y frutos que sirven para el consumo diario del conjunto de familias, así como en los ríos o lagos se encuentran los peces que se integran a la dieta diaria de los comuneros andinos. En las laderas, además, los comuneros pueden trabajar juntos para convertirlas en andenes o parcelas de uso común, para la agricultura, complementando con ello sus ingresos familiares” (p.260).

La propiedad y posesión colectiva de las tierras comunales demandan una mayor comprensión, atención y protección en compatibilidad convencional, y si bien de la normatividad existente en nuestro país daría la impresión de que la dificultad se

encontraría en ella, y que impediría una real protección de las tierras de las poblaciones indígenas, respecto de las cuales el legislador inobservó normas constitucionales como las normas convencionales que integran nuestras normas del bloque de constitucionalidad que reconocen y protegen los derechos a sus territorios y tierras; en corrección del análisis normativo y jurídico del tema, se advierte que la dificultad se encuentra más en el área del operador jurídico, que en control de constitucionalidad, control de convencionalidad y en labor interpretativa obteniendo interpretaciones de normas legales compatibles con las normas del bloque constitucional, aportaría a un sentido normativo en armonía con las normas que protegen los derechos a la propiedad colectiva de las tierras de las comunidades campesinas e indígenas; además de aportar al fortalecimiento de una especialidad sobre temas de derecho en contexto de multiculturalidad.

Tiene señalado la Comisión IDH, que en la región Panamazónica de la cual formamos parte, Perú, Brasil, Venezuela, Bolivia, Ecuador, Guyana, Surinam y Colombia, que comprende los territorios con mayor biodiversidad, y con bioma que funciona como estabilizador climático global, ocupado por aproximadamente 350 pueblos indígenas y tribales; destaca que “la Panamazonía es uno de los territorios más biodiversos del planeta, con vasta riqueza cultural y biológica”, se trata de una extensa zona de selva bendecida en flora y fauna, que desde tiempos inmemoriales ha constituido en territorio de pueblos indígenas y tribales donde viven conforme a sus costumbres y tradiciones, las que se destacan por ser armoniosas y respetuosas del medio ambiente como de

la biodiversidad, en manejar saberes y conocimiento en remedios naturales; teniendo señalado la comisión que “este espacio geográfico representa una fuente de subsistencia para todo el planeta por ser un bioma que funciona como estabilizador climático global”; allí se encuentran un aproximado de trescientos cincuenta poblaciones indígenas y tribales, además de poblaciones denominadas de “aislamiento voluntario y contacto inicial, así como pueblos no contactados”, es un territorio con una extensión cercana a siete millones de kilómetros, que se distribuye entre varios países.

Quiembra y trastoca ese hermoso panorama de vegetación y vida, la invasión de los territorios apoyados por decisiones políticas y económicas de los gobiernos, señalando la comisión que constituyen “prácticas enfocadas en ampliar las fronteras extractivas de recursos naturales y desarrollo de megaproyectos, con un escenario de explotación petrolera, de gas, minería, explotación forestal, uso de recursos genéticos, construcción de represas, oleoductos, gasoductos, pesca y agricultura, industriales y turismo”; lamentablemente éstas actividades que muchas veces cuentan con la anuencia y el apoyo estatal, dañan gravemente lacerando “los sistemas de vida y la identidad cultural de las comunidades y los ecosistemas amazónicos, y llevados sin procesos de consulta previa a las poblaciones indígenas” (OEA OAS, 2019, p. 18).

2.4. Conexión del Derecho a la Identidad Étnica y Cultural con las Tierras Comunales

En las teorías clásicas y algunas vigentes sobre derechos reales, se suele vincular a los bienes y los derechos con un contenido económico, anotando Borda G. (2001) que la palabra *bienes* es usada legislativamente con dos significados distintos, en “aceptación genérica, designa a todos los objetos materiales e inmateriales susceptibles de valor económico”, en, “significado restringido *bienes*, por oposición a cosas, designa los objetos inmateriales económicamente valiosos, es decir, los derechos patrimoniales”; en la clasificación de los derechos, considera la división en bienes patrimoniales, comprendiendo en derechos reales a aquellos que tienen un contenido económico” (pp. 8-9). Encontrándonos ante un sistema jurídico de derecho civil que concibe los bienes, y la propiedad sobre ellos, en estricto con un contenido económico o patrimonial, no encajando en dichas concepciones e instituciones el elemento subjetivo de carácter principal que vincula a los pueblos indígenas con sus territorios y tierras, que sustentan una forma diferente de propiedad y posesión colectiva, con un contenido más que patrimonial, es un contenido cultural como valor esencial y conectado a su identidad cultural, como se desarrolla en este trabajo.

Las Comunidades Campesinas y Nativas gozan desde la segunda mitad del siglo próximo pasado de reconocimiento y protección en las constituciones y en tratados

internacionales sobre derechos humanos; las referidas comunidades gozan de una protección especial contemplada en normas contenidas en tratados internacionales sobre derechos humanos, que integran las normas del bloque de constitucionalidad conforme a la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política, que prevé que “las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con los tratados y acuerdos internacionales sobre derechos humanos ratificados por el Perú”, y al artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional que establece la interpretación sobre el contenido y alcances de los derechos constitucionales debe efectuarse conforme a “la Declaración Universal de Derechos Humanos, los tratados sobre derechos humanos, así como de las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según tratados de los que el Perú es parte”; entre estos tratados sobre derechos humanos en relación a las comunidades campesinas y nativas, estamos vinculados al Convenio 169 de la OIT y a la Declaración Universal de los Pueblos Indígenas, a los que nos referiremos más adelante.

Nuestra Constitución Multicultural de 1993 en el artículo 89 establece que el Estado “reconoce la existencia legal y calidad de personas jurídicas de las Comunidades Campesinas y Nativas”, no solo es reconocimiento algunas entidades, sino que constituye esencialmente el reconocimiento de nuestra realidad social con pluralidad cultural, de varios pueblos con diversas culturas coexistiendo en un solo Estado, jurídicamente es un reconocimiento constitucional de multiculturalidad y es una

disposición constitucional de interculturalidad; disposición que cobra sentido especial y debe entenderse así como interpretarse en armonía y coherencia con los tratados vinculantes para el Estado Peruano, que confieren reconocimiento a los pueblos indígenas en categoría de derecho fundamental, más aún atribuyen trato especial, conforme a la interpretación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH), que sostiene “con base en el artículo 1.1 de la Convención, que los miembros de los pueblos indígenas y tribales precisan ciertas medidas especiales para garantizar el ejercicio pleno de sus derechos, en especial respecto del goce de sus derechos de propiedad, a fin de garantizar su supervivencia física y cultural”, como anota la Sentencia de CIDH caso Saramaka vs Surinam, de fecha 28 de noviembre de 2007 en el párrafo 85.

La interpretación actual que viene efectuando la jurisprudencia convencional sobre derechos humanos, dentro del derecho internacional y en el derecho interamericano, incorpora el reconocimiento como derechos fundamentales orientados a la protección especial de los pueblos indígenas con la finalidad de que puedan concretizar el ejercicio de sus derechos, reivindicando en situación de igualdad y no discriminación que tal ejercicio debe efectuarse plenamente en igual forma y alcances que los demás grupos humanos; expresando el informe de la Comisión IDH la necesidad de protección de las poblaciones indígenas, tanto como grupo como individualmente “a fin de garantizar su supervivencia física y cultural” (OAS/Ser.L/V/II.96, 2007 p. 85)

A nivel interno, nuestro sistema constitucional acogiendo que la identidad cultural de las comunidades indígenas es un derecho fundamental, tal como ya se encontraba acogido en el Convenio 169 OIT, y de que este derecho se vincula muy estrechamente con sus tierras, es que el artículo 89 de la Constitución Política además de que en el segundo párrafo reconoce la autonomía de las referidas comunidades en su organización, en lo económico y administrativo, en el trabajo comunal, en el último párrafo adopta el reconocimiento de la identidad cultural, estableciendo con carácter vinculante dirigido a gobernantes y gobernados, que “El Estado respeta la identidad cultural de las Comunidades Campesinas y Nativas”, reconocimiento de la especial vinculación que guardan con sus tierras, que siendo elemento esencial de su sustento son parte de sus valores culturales, es que en forma especial la Constitución les reconoce “autonomía en el uso y libre disposición de sus tierras”, siempre previendo que ello, será ejercido conforme se regule legalmente, es así que agrega “dentro del marco que la ley establece”, asimismo establece la imprescriptibilidad de las tierras de las referidas comunidades, lo cual viene a constituir una protección especial para evitar se utilice el sistema y la institución de la prescripción adquisitiva para consumar el despojo de tierras comunales.

Reafirmando que las poblaciones indígenas tienen una especial vinculación de su identidad cultural con sus territorios y tierras comunales; así, el Informe Defensorial N° 68 de la Defensoría del Pueblo, Sobre Los Derechos Territoriales De Las Comunidades Nativas, El Conflicto Territorial En La Comunidad Nativa Naranjos,

señala que “Los pueblos indígenas ocupan sus tierras de manera distinta al sector no indígena de la sociedad. Sus asentamientos se dispersan para el mejor aprovechamiento de los recursos naturales, respetando el equilibrio ecológico y disfrutando de una relación espiritual tierra-indígena, poco comprendida en la concepción tradicional de propiedad”. Para los indígenas, la tierra es asimilada como un ser valioso de la naturaleza al que se encuentran vinculados como por un cordón umbilical, a la que suelen llamar y conceptualizar como la madre tierra; en los casos que han llegado a los tribunales internacionales de derechos humanos, se ha llegado a determinar, el esa especial relación tan vinculada a sus orígenes, a sus valores culturales, a su historia, la tierra acoge a sus antepasados, ancestros, y es el lugar donde pueden realizar sus ceremonias rindiéndoles tributos, la tierra guarda la memoria y eventos importantes del pueblo, y significa para ellos más que subsistencia física, es identidad cultural, es subsistencia espiritual y razón de la existencia del pueblo o comunidad.

El informe defensorial citado, sustenta en relación a la tierra, que “la dimensión de este concepto la noción de territorio, tal como lo ha entendido el Convenio N° 169 de la OIT al señalar en su artículo 13° el deber de los gobiernos de respetar la importancia cultural que tienen las tierras para los pueblos indígenas. La comprensión legal del indígena sobre la tierra es que ésta no es una propiedad patrimonial disponible, sino una propiedad de cuyo mantenimiento depende la existencia del grupo”; que, el ejercicio del derecho de propiedad para las comunidades, además de ser diferente en

sus concepciones, en la forma de utilizar, pues se trata de una posesión y propiedad colectiva, les sirve para defender uno de sus derechos fundamentales: el derecho a la tierra, en las que habitan, cazan, pescan y efectúan actividades agrícolas, todas éstas basadas en relaciones de reciprocidad y vinculadas esencialmente a la conservación y desarrollo de su identidad cultural.

Es necesario comprender, que la relación íntima que tienen los pueblos indígenas con sus tierras es esencialmente un asunto de identidad cultural, no es un tema patrimonial como en la propiedad privada, sino esencialmente para ellos es vida, subsistencia, es parte del grupo y la forma de ejercer es colectiva; debiendo tales concepciones y forma de propiedad ser respetadas aún nuestra cultura tengan otros valores y elementos, pues como se ha señalado existe y se protege el derecho a ser diferente.

La diversidad como la identidad cultural se encuentran reconocidas como derechos fundamentales, reconocimiento recogido en varios instrumentos internacionales y en las constituciones de varios Estados como el nuestro, que tiene por primera norma fundamental y eje central de todo el ordenamiento constitucional la protección de la persona humana, su defensa, respeto a su dignidad como “fin supremo de la sociedad y del Estado”, significando que es la persona humana y su dignidad constituyen el centro y principio que debe orientar toda actuación del Estado y de la sociedad, teniendo a cargo su protección constitucional, defensa y respeto, abarcando a todas

las personas de todas las culturas existentes, sin admitir discriminaciones; en ese sentido y orientación las normas constitucionales siguientes, establecen el derecho de la persona humana a “a la vida, identidad, integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar, a la igualdad ante la ley, que nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole”, tiene derecho que se defienda y proteja su derecho a “la libertad de conciencia y de religión sin persecuciones por razón de ideas o creencias, a las libertades de confesión, de información, opinión, expresión y difusión del pensamiento sin necesidad de autorización ni sometido a censura ni impedimento.

Citamos un instrumento internacional como la Declaración de Atitlán del año 2002, que justamente se realizó en Guatemala bajo la hospitalidad del Pueblo Maya, donde existe situación de miseria y pobreza extrema, con cifras de muertos por hambruna; celebrada por organizaciones de pueblos indígenas de 28 países del mundo, agricultores, pastores, recolectores, cazadores, pescadores, reunidos por el tema de la crisis alimentaria en sus pueblos; denota la directa relación de la subsistencia y supervivencia de los pueblos indígenas y sus valores culturales, con la tenencia, explotación y producción de sus tierras.

La alimentación de las poblaciones indígenas se sustenta esencialmente en sus tierras y su especial vinculación cultural con ella, denominándola y asumiéndola en su

consciente colectivo en relación espiritual, como la “madre tierra”, proveyéndose de sus alimentos y recursos de sus tierras, la que sustentan su alimentación tradicional, y nutre sus culturas, idiomas, vida social y cosmovisión, señalando que “la negativa del derecho a la alimentación de los Pueblos Indígenas es la negativa, no solo de nuestra sobrevivencia física, sino también la negativa de nuestra organización social, nuestras culturas, tradiciones, idiomas, espiritualidad, soberanía e identidad total. Es la negativa de nuestra existencia colectiva indígena”.

En la referida declaración, se reconoce que los pueblos indígenas se encuentran en mayor riesgo de sufrir las consecuencias de la inseguridad alimentaria, y denuncian como obstáculos a la seguridad y soberanía alimentaria, la implementación, dominación de la globalización y libre comercio, sin límites, el despojo de sus tierras, territorios, y recursos necesarios; dificultades ante la agricultura industrializada de monocultivos que erosionan la diversidad genética y la consecuente pérdida de sus semillas, especies y razas de animales, empobreciendo a sus tierras; el control de recursos como el agua, el uso creciente de recursos genéticos, la tecnologías nuevas y las patentes, así como la imposición creciente del uso de pesticidas, abonos químicos envenenan sus tierras y afectan la producción alimentaria y por ende la salud de sus miembros, incide en la morbilidad y mortalidad de mujeres y niños; el despojo y usurpación de sus tierras y territorios, les afectan derechos a la vida, a la salud, alimentación, al trabajo, a la dignidad misma, siendo parte de su subsistencia e identidad cultural su especial vínculo y relación con sus tierras.

Por su parte, la Corte IDH, también ha interpretado las normas convencionales, en el sentido que la propiedad de los territorios y tierras de las poblaciones indígenas también se encuentran protegidos en las normas convencionales, y que se da una especial relevancia en que los Estados garanticen y hagan efectivos tales derechos, en razón de que la “protección del derecho a la propiedad de los pueblos indígenas sobre sus territorios ancestrales es un asunto de especial importancia”, ello se debe a que se tratan de grupos humanos en que la propiedad de sus tierras significa mucho más para ellos, dependiendo de ella su subsistencia como su desarrollo: “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” (Caso Comunidad indígena Yakye Axa).

En la sentencia del “Pueblo Saramaka vs. Surinam”, la Corte IDH ha enfatizado que su jurisprudencia y decisiones se sustentan en el reconocimiento del vínculo medular que llevan los miembros de los pueblos indígenas con sus territorios y tierras, que garantizando la propiedad de estos bienes, comporta se garantice y proteja la propia existencia de los indígenas, cuya supervivencia y subsistencia no solo física sino también cultural depende de sus tierras, llevándole a considerar que “la estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe de ser reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica”; es una relación especial como señala la Corte y es difícil de asimilar y comprender para quienes ven en la propiedad solo un

elemento material, un bien de producción, destinado a la circulación, que impulsa el desarrollo, progreso económico y produce riqueza, a diferencia de la propiedad colectiva de los pueblos interesados en que para ellos es vida, es historia, es razón de ser, de vivir, de trabajar y de realizarse conforme a su identidad cultural, anotando la corte, que para ellos “la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras”.

2.5. Pluralismo Jurídico y el Derecho a las Tierras de las Poblaciones Indígenas en el Perú

Partiendo de lo desarrollado en los capítulos anteriores, se afirma que en nuestro Estado coexisten varios ordenamientos jurídicos que rigen y se aplican; con relaciones a veces en armonía a veces en conflicto, en situación de Pluralismo Jurídico fuerte; y si bien en el campo del derecho penal se han trazado líneas distinguiendo la jurisdicción y control de unos y otros ordenamientos jurídicos, así como convergencias en el respeto de los derechos fundamentales, no sucede lo mismo con instituciones jurídicas como la propiedad que acostumbramos ubicar en el derecho civil, y cuando se tratan de tierras de uso y explotación para la agricultura se ubicaba en el derecho agrario; estando ante un campo que requiere mucho por construir e ir trazando líneas y convergencias en “el derecho a la propiedad de las tierras de las comunidades campesinas, indígenas” en contexto de diversidad cultural y pluralismo jurídico.

El centralismo jurídico del monismo jurídico que ha primado y acompañado por muchos siglos, al desarrollo del derecho, teorías, disciplinas e instituciones jurídicas, sirve como valla para no admitir que puedan coexistir más de un ordenamiento jurídico que regule la propiedad inmueble, considerando muchos que ello podría generar muchos problemas, inseguridad jurídica, afectar el tráfico jurídico, perjudicar al derecho a la propiedad, crear confusiones a los ciudadanos en general y los operadores de justicia que no sabrían que derecho aplicar.

Sin embargo, tales cuestionamientos no tendrían mucho asidero cuando se confronta la posición de un solo ordenamiento jurídico sobre la propiedad, con la realidad objetiva y el derecho vivo que anotaba Ehrlich, aquel derecho que regula la sociedad en la práctica, donde encontramos más de un ordenamiento jurídico en relación a una sola institución como es la propiedad, contando distinciones según sea propiedad de un inmueble en zona urbana, rural o eriaza, teniendo cada una su propia normatividad y en algunos casos comparten algunas disposiciones y reglas; y no es que sea un solo sistema ordenado y ramificado en sí, sino que fueron surgiendo como se fueron presentando en el tiempo y en los hechos, separándose y reuniéndose y volviendo a separar, como sucedió con los asentamientos humanos, los pueblos jóvenes, que dieron origen a varias leyes, con diferentes formas de regulación de su adquisición, titulación y formalización, pasando muchos de ellos del Registro de la Propiedad Inmueble al Registro Predial; más aún, ciertamente se dan los conflictos, inseguridad y confusiones, como jurisprudencia contradictoria, como sucede con la prescripción

adquisitiva de dominio regulada por el Código Civil de 1984 con un plazo corto de 5 años, y uno largo de diez años; frente al plazo de formalización de la propiedad predial de un solo plazo de cinco años, y teniendo como requisito ejercer la posesión pacífica, se entiende que a diferencia del citado código, no admite la prescripción larga; sin embargo en muchos casos se pretende judicialmente la prescripción larga en la vía judicial, y las normas que aplican los jueces en algunos casos son las del Código Civil y en otros las que regulan la formalización predial.

En relación a la propiedad agraria que tiene también regulación propia y principios rectores, así como en el tema de la prescripción tiene su propia norma en el Decreto Legislativo N° 1089 reglamentado por el “Decreto Supremo N° 032-2008 Vivienda, que establece el Régimen Temporal Extraordinario de Formalización de Predios Rurales”, con un procedimiento administrativo de declaración de propiedad por prescripción adquisitiva de dominio, y que a diferencia del Código Civil establece como uno de los requisitos el acreditar la explotación económica del predio rústico y con posesión indefectiblemente directa, sin embargo en la práctica judicial cada vez más se aplican las normas civiles soslayando el derecho especial y aquella exigencia de acreditar no solo la posesión sino la explotación económica directa; evidenciando una tendencia a que todo se incorpore al derecho civil con la desaparición del derecho agrario, que por cierto ya no se cuenta con juzgados y tribunales agrarios. No es el tema de esta investigación el derecho agrario, por lo que no podemos opinar a favor o en contra de ello, empero si podemos recomendar a los jueces una mayor atención por la

vinculación que tienen a aplicar el derecho que corresponde, y a considerar que la actividad agraria es considerable en nuestro país y aporta al PBI del Estado.

En el caso de las tierras de las comunidades campesinas y nativas de la costa, sierra y selva, además de contar con su propia legislación como se ha desarrollado en el capítulo anterior, también se repite una situación similar que a nivel judicial se viene aplicando indistintamente las normas del Código Civil y las leyes especiales, para resolver casos de nulidad, anulabilidad de contratos de transferencias, de títulos de propiedad, incluso de prescripción a pesar de que son imprescriptibles, de interdictos de recobrar y retener formulados por comuneros y terceros en relación a tierras comunales; las aplican a pesar de que son regulaciones distintas y con otros principios, incluso aplican normas civiles soslayando que dichas disposiciones no contemplan ni regulan la forma especial de propiedad que tienen y ejercen los pueblos indígenas, como es la posesión y propiedad colectiva que tiene como sustento jurídico el derecho fundamental a la diversidad e identidad cultural; generándose con la aplicación de un derecho distinto e inapropiado, inseguridad, consecuencias muy graves y lesivas, que luego se trasladan a conflictos sociales.

Sumando a la complejidad del panorama, el derecho consuetudinario y las normas internacionales que se han desarrollado más que las nacionales en relación a la propiedad de territorios y tierras de poblaciones indígenas; conllevando a afirmar con

certeza, que en el Estado del Perú existe una pluralidad de ordenamientos jurídicos en relación a la propiedad y posesión colectiva de las tierras comunales.

Es necesario recordar lo señalado en capítulo anterior, que uno de los principales problemas que afrontan las comunidades campesinas es el conflicto por las tierras, registrando el Censo INEI (2017), 2,449 conflictos por las tierras de la comunidad, esto es el 36,7% del total de comunidades (6,682).

Para entender mejor la situación caótica y conflictiva que se viene generando al obviar las circunstancias de multiculturalidad, diversidad e identidad cultural y pluralismo jurídico en la resolución de conflictos, con la aplicación de normas de un sistema jurídico distinto al que corresponde, nos referiremos a un caso equis de interdicto de recobrar como muchos de los que se presentan en instancias judiciales, formulado por un comunero, excomunero, tercero contra la comunidad campesina, alegando que viene ejerciendo la posesión por muchos o pocos años y que la comunidad por razones diversas, en asamblea comunal decidió retirarlo de la parcela lo cual ejecutó sin mandato judicial; tramitado el proceso en la vía civil, lo que hace el juez es aplicar las normas del Código Procesal Civil artículo 598 sobre legitimación activa, que establece: “Todo aquel que se considere perturbado o despojado en su posesión puede utilizar los interdictos, incluso contra quienes ostenten otros derechos reales de distinta naturaleza sobre el bien objeto de la perturbación”; luego aplica la norma del Código

Civil artículo 921 que establece que todo poseedor de inmuebles puede utilizar las acciones posesorias y los interdictos; procediendo el Juez en base a esas normas y considerando al demandante un poseedor y a la comunidad demandada el propietario que perturba la posesión, a declarar fundada la demanda, sin advertir el Juez que está vulnerando normas constitucionales y convencionales que amparan el derecho de las comunidades a la posesión de sus tierras, así como su derecho de ejercerla de forma en esencia colectiva y decidir al respecto; que las tierras comunales constituyen un valor y bien cultural protegido en tratados internacionales de derechos humanos, así como el derecho a la posesión y propiedad colectiva de las tierras comunales; por el contrario la decisión judicial en el sentido anotado, propicia la desmembración, la afectación de la integridad de la tierra comunal, trasgreden las normas de derecho constitucional, derecho consuetudinario y las normas de derecho internacional sobre derechos humanos:

1. La norma del artículo 89 de la constitución, reconoce y protege la autonomía de las comunidades campesinas y nativas, en organización, en el trabajo comunal, y “en el uso y la libre disposición de sus tierras”; si bien la norma establece que ello se da dentro del marco que la ley establece, es necesario advertir que no corresponde a las normas del Código Civil, sino a aquellas leyes que por el principio de derecho de especialidad son las llamadas a aplicar, estas son las leyes sobre las comunidades campesinas; aún se pretendiera acudir a una aplicación supletoria del Código Civil, tampoco se podría, pues la supletoriedad de las leyes está condicionada a que no

contradiga los principios que orientan las leyes comunales y que las disposiciones del Código Civil no sean incompatibles con la naturaleza de las relaciones y situaciones jurídicas reguladas por otras leyes (artículo IX del Título Preliminar del Código Civil). Ahora bien, el artículo 1° de la Ley General de Comunidades Campesinas N° 24656, y que inspira dicho ordenamiento, declara de “necesidad nacional e interés social y cultural el desarrollo integral de las comunidades, el reconocimiento de su autonomía en el uso de la tierra”, además de ello, en forma expresa en el inciso a) establece que el Estado “Garantiza la integridad del derecho de propiedad del territorio de las Comunidades Campesinas”.

El inciso b) contempla que el “Estado respeta y protege el trabajo comunal como una modalidad de participación de los comuneros”, es inmanente a ellos y así se reconoce que el trabajo comunal se dirige a “preservar los bienes y servicios de interés comunal, regulado por un derecho consuetudinario autóctono”; esto es, se protege los bienes de interés comunal y que éstos se regulan por su propio derecho consuetudinario. El inciso d) del artículo 1° de la ley, establece que “el Estado respeta y protege los usos, costumbres y tradiciones de las comunidades”, así como propicia el desarrollo de su identidad cultural; el artículo segundo reconoce que las comunidades están integradas por grupos familiares que “habitan, controlan sus territorios, están ligadas por vínculos ancestrales, sociales, económicos, culturales, expresados en la propiedad comunal de la tierra”; el artículo cuarto contiene norma expresa (que excluye la aplicación supletoria al no haber vacío ni laguna), dicha norma establece la competencia de las

comunidades para “Regular el acceso al uso de la tierras y otros recursos por parte de sus miembros”; la norma del artículo sexto prevé que el derecho de los comuneros de “hacer uso de los bienes y servicios de la comunidad, será en la forma que establezca el estatuto y los acuerdos de Asamblea General”.

En ese sentido, no es pertinente la aplicación de las normas del Código Civil por no ser compatible con los principios, derechos y garantías y naturaleza de uso, propiedad y posesión de las tierras comunales, protegidas por la ley especial y por el derecho consuetudinario, quedando excluidas las normas civiles del citado código.

2. La interpretación vinculante de la Corte IDH para el Estado Peruano y sus autoridades (como se tiene desarrollado en el capítulo tercero), tiene establecido que, “con base en el artículo 1.1 de la Convención, que los miembros de los pueblos indígenas y tribales precisan ciertas medidas especiales para garantizar el ejercicio pleno de sus derechos, en especial respecto del goce de sus derechos de propiedad, a fin de garantizar su supervivencia física y cultural” (“Caso Saramaka vs Surinam”, 2007, párrafo 85); reconoce conforme a sus derechos fundamentales, la necesidad de “establecer medidas especiales de protección para los pueblos indígenas en colectivo e individualizado a sus miembros, a fin de garantizar su supervivencia física y cultural”, derecho que goza de protección en el Derecho Internacional y Convencional (Sentencia, Corte IDH caso Saramaka vs Surinam, 28 de noviembre de 2007, párrafo 85). Es un estándar internacional establecido por la Corte IDH la pautas o reglas a seguir cuando se produzcan conflictos jurídicos de propiedad territorial con terceros,

precisando las reglas para restricciones admisibles y compatibles convencionalmente: son aquellas “establecidas por ley, necesarias, proporcionales, y su fin debe ser el de lograr un objetivo legítimo en una sociedad democrática” (CIDH, 2009, párr. 117).

3. La jurisprudencia vinculante de la Corte IDH (CIDH, 2009), ha desarrollado estándares y reglas vinculantes sobre la propiedad de tierras indígenas y tribales, las que deben ser respetadas, y advertir que las aplicaciones de las normas civiles son en muchos casos incompatibles con la normatividad convencional:

- i. La relación de los pueblos indígenas con sus territorios es única, y se encuentra reconocida en el derecho internacional de los derechos humanos.
- ii. Las poblaciones indígenas guardan una vinculación estrecha con sus tierras y recursos naturales de los territorios ancestrales, que es de importancia fundamental para el goce de otros derechos humanos de los pueblos indígenas.
- iii. La preservación de la conexión particular de las comunidades y sus tierras y recursos se vincula con la existencia misma de estos pueblos, por lo tanto, amerita medidas especiales de protección, cabe anotar que los responsables de ello, es el Estado y sus autoridades.
- iv. Respecto a la forma de relacionarse con sus tierras, ha señalado la corte que “para las comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras”, siendo sus tierras para ellos una

condición de seguridad individual y del enlace del grupo y “no solo su principal medio de subsistencia, sino constituyen un elemento integrante de su cosmovisión, religiosidad e identidad cultural”.

4. En relación a “la propiedad y posesión colectiva de las tierras” de las comunidades indígenas, que, si bien encuentra protección en el artículo 70 de la constitución en términos del derecho a la igualdad con los demás, la propiedad y posesión colectiva en su particular esencia cultural de los bienes y valores de las poblaciones indígenas, no se encuentra adecuadamente atendida ni comprendida en el ordenamiento legal requiriendo respetar su vinculación con la identidad cultural

Teniendo desarrollado al respecto la Corte IDH en calidad de interpretaciones vinculantes del derecho convencional que:

a) El derecho a la propiedad territorial se caracteriza en forma compleja, en que la titularidad se ejerce por los pueblos indígenas de modo colectivo, y los titulares constituyen los individuos como la comunidad.

b) Los pueblos cuentan con el derecho a que su propiedad colectiva sea reconocida jurídicamente, en las formas, modos y caracteres que le brindan especial peculiaridad, y les permite el uso, disfrute y control conforme a sus propias ideas, creencias, concepciones, cultura y costumbres.

c) Reafirma la Corte que se trata de un derecho ejercido colectivamente, a favor de sus miembros conforme a los términos y disposiciones del titular, “el pueblo indígena”;

anotando que “la dimensión colectiva coexiste con la dimensión individual del derecho de propiedad”, sin que se produzcan contradicciones ni fricciones en el ejercicio del derecho, admitiendo protecciones en su dimensión individual como colectiva.

d) Este aspecto o “dimensión colectiva”, se refiere a la “conexión particular entre las comunidades de pueblos indígenas y las tierras y recursos que han ocupado y usado tradicionalmente, cuya preservación es fundamental para la realización efectiva de los derechos humanos de los pueblos indígenas en términos más generales y, por tanto, amerita medidas especiales de protección”.

e) Esta forma de relacionarse con el territorio indígena gozan de protección en el derecho de propiedad, y “pueden expresarse de distintas maneras, según el pueblo indígena del que se trate y las circunstancias concretas en que se encuentre, y puede incluir el uso o presencia tradicional, ya sea a través de lazos espirituales o ceremoniales; asentamientos o cultivos esporádicos; caza, pesca o recolección estacional o nómada; uso de recursos naturales ligados a sus costumbres; y cualquier otro elemento característico de su cultura”.

f) No solo se tratan de modos o características en la forma de relacionarse con la propiedad del territorio ancestral, sino que proviniendo de su derecho consuetudinario de tenencia de la tierra, el Estado debe reconocerlos y protegerlos, “en tanto fundamento mismo de los derechos territoriales de los pueblos indígenas y tribales”.

g) El ejercicio colectivo de los territorios indígenas se sustentan en sus derechos y libertades reconocidas, que solamente se logran asegurar en forma debida, cuando se garantiza al pueblo indígena “como un todo”.

h) Considera que se encuentran protegidas por “la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, aquellas formas de propiedad “en las cuales el territorio global de la comunidad es poseído colectivamente y los individuos y familias gozan de derechos subsidiarios de uso y ocupación”.

i) La propiedad de tierras indígena es una forma de propiedad que se fundamenta en su uso y ocupación ancestral, en “las culturas jurídicas indígenas y en sus sistemas ancestrales de propiedad”, su origen no reside en el reconocimiento oficial del Estado, sino en el sistema consuetudinario de tenencia, en “el uso y posesión tradicionales de las tierras y recursos”.

j) La propiedad de las tierras no pertenece a los miembros sino al colectivo, tampoco es un patrimonio económico colectivo sino un bien cultural en dimensión colectiva; con un vínculo cultural de memoria colectiva, con conciencia de su derecho de acceso o pertenencia, de conformidad con sus propias reglas culturales y espirituales.

k) Carece de idoneidad el ordenamiento jurídico interno, que requiere para la efectividad y concreción del “derecho a la propiedad de los miembros de los pueblos indígenas y tribales”, vincularlo y condicionarlo a la existencia de “un título de propiedad privada, personal o real, sobre los territorios ancestrales”; por el contrario se vulnera gravemente la Convención Americana, cuando se afecta y se desconoce la propiedad de las tierras indígenas, y para tenerlas como si fueran tierras del Estado, por el sólo hecho de no contar con un documento o “título formal de dominio o no estar registradas bajo tal título”; debiendo comentar al respecto, que ello evidentemente

responde a una concepción monista del derecho e imposición de reglas del gobierno central a las culturas ancestrales y anteriores a la formación de éste.

l) Finalmente determina el derecho aplicable, con una regla que nos sirve en un contexto de pluralismo jurídico, la Corte ha señalado: “En general, el régimen jurídico relativo a la distribución y uso de las tierras comunales debe ser conforme al propio derecho consuetudinario, valores, usos y costumbres de los pueblos y comunidades indígenas”. Anotando y fijando como regla de derecho internacional que “el derecho de los pueblos indígenas a administrar, distribuir y controlar efectivamente su territorio ancestral, de conformidad con su derecho consuetudinario y sistemas de propiedad comunal, forma parte del derecho a la propiedad amparado bajo el artículo 21 de la Convención Americana”.

En la conceptualización de esta forma de ejercer la propiedad denominada “propiedad colectiva de las tierras de los pueblos indígenas”, encontramos determinados elementos en su composición y ejercicio, que la distinguen de la propiedad privada y le dan una connotación cultural y de identidad que no se hallan en otros tipos o formas de ejercer la propiedad, y se encuentran instituidos en el desarrollo jurisprudencial de la Corte IDH.

Anotando en este capítulo, que, se produce una especial vinculación de la identidad étnica y cultural de los pueblos indígenas con sus territorios y tierras comunales; los pueblos indígenas en el Perú, ocupan sus tierras de manera distinta al sector no indígena de la sociedad. Sus asentamientos se dispersan hacia el alto rendimiento de los recursos naturales, respetando el equilibrio ecológico y disfrutando de una relación espiritual tierra-indígena, poco comprendida en la concepción tradicional de propiedad.

Los pueblos indígenas ejercen sistemas de derecho de propiedad y posesión colectiva, detentando la titularidad tanto los pueblos, como los integrantes del mismo conforme a sus usos, creencias, tradiciones, y costumbres, produciéndose a la par una dimensión colectiva y una dimensión individual de la propiedad, sin que produzcan contradicciones sino que se sustentan y nutren mutuamente, formando parte de un solo derecho de propiedad colectivo, el cual también encuentra reconocimiento y protección en la norma convencional.

Concluyendo de los estándares internacionales y reglas establecidas por la Corte IDH, la especial y relevante conexión de las poblaciones indígenas con sus tierras y territorios, comprendiendo no solo costumbres, prácticas, sino valores culturales y formas de uso, administración y trabajo proveniente de sus ancestros formando parte de su derecho consuetudinario; estando a una forma de propiedad que ha sobrevivido muchos siglos y eventos históricos manteniendo y ejerciendo la propiedad y posesión

colectiva cuyo titular es la comunidad o pueblo, así como de sus miembros en forma grupal y pueden disfrutarla individualmente bajo las reglas y prácticas comunales, de tal forma que, “la dimensión colectiva coexiste con la dimensión individual del derecho”; reiterando, que dicha conexión entre ambas dimensiones requiere un tratamiento especial, ser sujeto de protección a cargo del Estado, así como las entidades estatales, funcionarios y particulares, deben respetar el derecho fundamental a la propiedad colectiva, cumpliendo las normas internas e internacionales que le brindan reconocimiento jurídico, como una diferente forma y modo de ejercer la propiedad en razón de valores e identidad cultural de los pueblos indígenas.

En específico en relación a la regulación jurídica del derecho de posesión y propiedad de las tierras de las poblaciones indígenas en Perú, se da una situación de pluralismo jurídico, coexistiendo y aplicándose distintos ordenamientos jurídicos, uno de derecho interno del sistema estatal con un Código Civil de 1984 de naturaleza en estricto civilista (y que no contempla la propiedad y posesión colectiva de los pueblos), que si bien coexiste con leyes especiales a las comunidades campesinas e indígenas, el primero goza de mayor aceptación y prevalencia al momento de aplicar y resolver conflictos sobre tierras comunales; otro de derecho internacional más especializado, más desarrollado y concordado con los tratados internacionales de derechos humanos; otro de derecho consuetudinario perteneciente a las comunidades campesinas e indígenas, proveniente de sus reglas, valores, usos y costumbres ancestrales.

Asimismo, que la aplicación de las normas civiles del Estado a asuntos de tierras de comunidades campesinas e indígenas, resulta incompatible y vulnera el derecho consuetudinario e internacional sobre derechos humanos.

De acuerdo al sistema de derecho internacional sobre derechos humanos y tratados y en específico la Convención Americana de Derechos del Hombre, el derecho preferente para la regulación de tierras comunales y solución de conflictos, es el Derecho Consuetudinario.

Ello también se desprende de la norma del artículo 149 de la constitución, y de la Ley General de Comunidades Campesinas y Nativas, coincidiendo y existiendo un reconocimiento del Estado de la aplicación preferente de normas de derechos consuetudinario.

CAPÍTULO III

Estándares Internacionales de la CIDH sobre la Propiedad de las Tierras de Los Pueblos Indígenas

3.1 Tratados de Derechos Fundamentales que Protegen los Derechos de los Pueblos Indígenas a sus Tierras

El derecho de las “Comunidades Campesinas y Nativas sobre sus tierras”, ha adquirido desde el siglo pasado anterior, una connotación de derecho fundamental reconocido y protegido en normas supranacionales sobre derechos humanos vinculantes para el Estado Peruano, que integran el bloque de constitucionalidad gozando de supremacía normativa; sumado a ello encontramos abundante jurisprudencia de la Corte IDH que establecen interpretaciones y estándares internacionales referidos a “derechos de las poblaciones indígenas” que también son vinculantes para el Perú; presentando un panorama internacional que produce efectos e irradia en la interpretación de las disposiciones constitucionales y legales referidas a los derechos de las comunidades en un contexto de diversidad cultural.

Sosteniendo Raquel Yrigoyen (2004) que en la última década del siglo XX emerge el “horizonte pluralista” como nuevo modelo de gestión de la multiculturalidad, la

adopción del Convenio 169 de la OIT, los movimientos de reivindicación de derechos de los pueblos indígenas, y las reformas constitucionales en más de una quincena de países en Latinoamérica; planteando el reconocimiento de los pueblos indígenas como sujetos políticos y no sólo como objetos de políticas que dictan otros, con derecho a controlar sus propias instituciones y autodefinir sus destinos, importando la ruptura de la ideología de la inferioridad y la supuesta necesidad de tutela estatal acuñada desde los siglos pasados; que se quiebra la idea de que el Estado representa una nación homogénea (con una sola identidad cultural, idioma, religión), y pasa a reconocerse la diversidad cultural, lingüística y legal.

En cuanto al sistema jurídico, como anota Yrigoyen, se cuestiona el monopolio de la producción jurídica por el Estado, se admiten diversos grados de pluralismo legal, reconociéndose a los pueblos y comunidades indígenas/campesinas el derecho de tener su propio derecho, autoridades y formas de justicia; de las cuales destacan las rondas campesinas que se expanden a otras zonas diferentes a la serranía, y trascienden por su peculiar forma de resolver conflictos y legitimar su autoridad.

En relación a la protección convencional de los pueblos indígenas, contamos con diversos tratados e instrumentos internacionales sobre derechos humanos, entre los que se encuentra el “Convenio 107 de la OIT” de 1957 que fue el primero en tratar a ese nivel sobre el asunto indígena, considerando a los pueblos indígenas como grupos

humanos diferentes que debían ser objeto de medidas que mejoren sus condiciones de vida y trabajo a los que estaban expuestos; superado por el “Convenio 169 de la OIT” de 1989 que integra la afirmación de varios de los derechos de las poblaciones indígenas, brinda pautas para su identificación, y establece obligaciones de los Estados; “el Programa 21 y la Declaración de Río - Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo” de 1992, que en el contexto de protección del medio ambiente, reconoce a los pueblos indígenas una condición de “grupo principal”, y la necesidad de considerarlos, promover y fortalecer a estos pueblos; “la Declaración de Cancún – Conferencia Internacional sobre la Pesca Responsable”, de 1992, que declara la necesidad de que los Estados protejan además de la pesca artesanal, el respecto de la actividad pesquera indígena destinada a su supervivencia; “la Declaración y Programa de Acción de Viena – Conferencia Mundial de Derechos Humanos” de 1993, que fomenta la protección de los derechos de los pueblos marginados, como el caso de los pueblos indígenas, reconoce la dignidad intrínseca e incomparable contribución de los pueblos indígenas al desarrollo y al pluralismo de la sociedad, reiterando la firme determinación de la comunidad internacional de garantizarles el bienestar económico, social y cultural y el disfrute de los beneficios de un desarrollo sostenible; el “Convenio sobre la Diversidad Biológica - Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo” de 1993, que destaca el rol y aporte de los pueblos indígenas para la conservación del medio ambiente, reconociendo la necesidad de que los Estados respeten, preserven y mantengan los conocimientos, innovaciones y prácticas de las comunidades indígenas, promoviendo el reparto equitativo de los beneficios derivados de su

utilización, de proteger y promover el uso consuetudinario de los recursos biológicos conforme a las prácticas culturales tradicionales compatibles con exigencias de conservación y uso sostenible; la “Convención de las Naciones Unidas de Lucha contra la Desertificación” de 1994, que requiere a los Estados la protección de los conocimientos, técnicas y prácticas tradicionales indígenas; la “Declaración de Atitlán” del 2002, que incide en la importancia que tienen para los pueblos indígenas los derechos a la tierra, los recursos naturales y la libre determinación para la plena realización de la seguridad alimentaria y la soberanía alimentaria; La “Declaración de las Naciones Unidas sobre los Pueblos Indígenas” de 2007, importante norma jurídica que en consonancia con el Convenio 169 de la OIT, establece normas para proteger a los pueblos indígenas, para erradicar las violaciones de sus derechos humanos que se producen en todo el mundo, combatir la discriminación y marginación, proteger sus medios de subsistencia, promover su desarrollo “de acuerdo a sus necesidades y aspiraciones” y no de acuerdo a lo que piensen los pueblos gobernantes, así como reconocer su derecho a “conservar y reforzar sus propias instituciones, culturas y tradiciones”; la Declaración de Anchorage del 2009, que exige a los organismos de las Naciones Unidas en sus políticas de atender a los impactos del cambio climático en sus estrategias y planes de acción, en particular los impactos a los pueblos indígenas, llamando entre otros a la FAO a establecer un grupo de trabajo de pueblos indígenas para hacer frente a los impactos del cambio climático sobre la seguridad y soberanía alimenticia de los pueblos indígenas (Datos del Anexo I, Pueblos Indígenas, Marco Internacional, 2019).

3.1.1. Declaración, Convención y Pacto sobre Derechos Fundamentales

Resulta pertinente destacar en este punto, la trascendencia que vienen adquiriendo los tratados e instrumentos sobre derechos humanos en las últimas décadas, llevando a sostener que las normas convencionales integran las normas del bloque de constitucionalidad, más aún Bazan V., (2008) señala que “la tradicional figura de la pirámide en la que su vértice superior era ocupado en solitario por la Constitución, haya devenido en una especie de trapecio en cuyo plano más elevado comparten espacios en constante retroalimentación la Ley Fundamental y los documentos internacionales sobre derechos humanos con idéntica valía” (p.15). Reconociendo el autor citado, como documentos internacionales recipientarios de jerarquía constitucional originaria a: “la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes; y la Convención sobre los Derechos del Niño”.

En relación a algunos de los varios tratados ya nombrados, que vienen a constituir instrumentos internacionales sobre derechos humanos vinculantes a los Estados en razón del *ius cogens*, consideramos necesario tenerlos presentes debido a que sus

normas si bien generales destinadas al reconocimiento de derechos y protección a todos los seres humanos sin ningún tipo de distinción ni de cultura, de ellas resultan normas también aplicables a “los pueblos indígenas y a sus miembros integrantes”, y que en la interpretación de sus contenidos se extraen normas relacionadas a la protección y promoción del derecho a las tierras de los pueblos indígenas, como lo viene haciendo la Corte Interamericana de Derechos Humanos, construyendo un propio sistema convencional normativo en los varios estándares jurídicos como normas vinculantes a los Estados Parte.

Nos permitimos destacar por razón de temporalidad al de mayor antigüedad, constituyendo uno de los primeros tratados de reconocimiento de derechos fundamentales de la segunda mitad del siglo XX, la Declaración Universal de Derechos Humanos elaborada por representantes de todas las regiones del mundo con diferentes antecedentes jurídicos y culturales, proclamada en Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948, proclamada en la Resolución número 217, aprobada por el Perú el 15 de diciembre de 1959 por Resolución Legislativa número 13282, introduce el reconocimiento y la protección en forma genérica y sin restricciones a todos los seres humano; enfatizando que son derechos fundamentales “iguales e inalienables de toda persona y de toda la familia humana”, proscribire todas las formas de discriminación, y en el Preámbulo sustentan que “la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los seres humanos”, sin embargo, “el

desconocimiento y menosprecio de los derechos humanos ha provocado actos de barbarie ultrajantes para la conciencia de la humanidad”, siendo la aspiración más elevada del hombre el advenimiento de un mundo en que los seres humanos liberados del temor y la miseria, disfruten de la libertad de palabra y de la libertad de creencias, reconoce en su primer artículo que todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros, y en su artículo segundo proclama el derecho a la igualdad, señalando que toda persona tiene los derechos y libertades reconocidos en la Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición.

La Convención Americana de Derechos Humanos, ratificada por el Perú 12 de julio de 1978 y depositada el 28 de julio del mismo año, en la misma orientación amplia y proyección a todos los seres humanos sin distinción ni restricciones, reafirma “el propósito de consolidar en el Continente dentro del cuadro de las instituciones democráticas, un régimen de libertad personal y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre”; la convención reafirmando la primacía de la persona humana, su carácter de fin y el Estado de medio, señala que “los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana”, siendo ello motivo y justificación más que suficiente para merecer “una protección

internacional, de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos”; considera como persona a todo ser humano, y establece en su primer artículo el carácter vinculante y obligatorio para los Estados “el respeto de los derechos y libertades reconocidos, así como garantizar el libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin ningún tipo de discriminación, sea motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica o cualquier otra condición social”, erradicando políticas internas y medidas discriminatorias de cualquier tipo o razón, pues se proscriben cualquier tratamiento lesivo al derecho a la igualdad, admitiendo ciertamente la diferenciación por razones justificadas, con fines de justamente lograr un tratamiento igualitario.

El “Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos” (PIDCP), fue objeto de ratificación por el Estado Peruano el veintiocho de abril de 1978, luego de casi doce años después de su celebración, está entre los primeros instrumentos internacionales que en la línea de asumir la presencia de la diversidad cultural, reconoce el derecho fundamental cultural, ratificando la dimensión especial de los derechos en el sentido de que “los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana se derivan de la dignidad inherente de la persona humana”, y requieren para su pleno disfrute que se creen condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos civiles y políticos, tanto como de sus derechos económicos, sociales y culturales, que por la Carta de las Naciones Unidas se impone a los Estados la

obligación de promover el respeto universal y efectivo de los derechos y libertades humanas; en posición de avanzada en relación al derecho fundamental a la libre determinación de todos los pueblos, señala en el artículo primero establecen libremente su condición política y proveen asimismo a su desarrollo económico, social y cultural, señala que para el logro de sus fines, todos los pueblos pueden disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales, sin perjuicio de las obligaciones que derivan de la cooperación económica internacional basada en el principio del beneficio recíproco, así como del derecho internacional, que en ningún caso podrá privarse a un pueblo de sus propios medios de subsistencia. Precisa en los artículos siguientes los compromisos que, en virtud a este derecho fundamental, los pueblos asumidos por los Estados, los cuales consideramos que no se tratan de promesas ni compromisos lógicos, sino de carácter vinculante por constituir obligaciones asumidas por los Estados, que válidamente pueden ser exigidas por los titulares de los derechos fundamentales.

Es pertinente destacar algunas de las obligaciones asumidas por los Estados en el referido Pacto, que alcanzan a todos los seres humanos en igual forma y sin discriminación alguna, pueden ser también exigidas en la perspectiva del respeto de la diversidad e identidad cultural, que vienen a ser las siguientes:

- Es una obligación asumida por los Estados en el artículo segundo, de respetar, garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción, los derechos reconocidos en el Pacto; sin admitir la norma, justificaciones para su incumplimiento, menos aún por distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. Estando comprometidos los Estados de adaptar su ordenamiento interno, modificar y orientar su legislación y otras normas infralegales, en compatibilidad con el instrumento internacional y el respeto de los derechos fundamentales.
- Conforme a la norma del artículo tercero, los Estados asumen la obligación de garantizar a hombres y mujeres la igualdad en el goce de todos los derechos civiles y políticos enunciados en el presente Pacto, entre los que se encuentra el derecho a la diversidad cultural.
- Las normas del artículo quinto admiten interpretación armónica con las que protegen la diversidad cultural, en ese orden se encuentra proscrita la interpretación de las disposiciones del Pacto en el sentido de otorgar derecho alguno a los Estados, grupo o individuo, para realizar actos o actividades encaminadas a destruir cualquiera de los derechos y libertades sobre diversidad cultural reconocidas en el Pacto o a su limitación en mayor medida que la prevista en él. No admitiendo restricción o menoscabo de derechos humanos reconocidos o vigentes, en virtud de leyes, convenciones, reglamentos o

costumbres, bajo el pretexto de que el Pacto no los reconoce o lo hace en mejor grado.

- Vinculado a la protección de los valores y elementos culturales, el artículo décimo octavo reconoce “el derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y religión de toda persona”, incluyendo el derecho de adoptar la religión o creencia de su elección, y la libertad de manifestar su religión, creencias, individual o colectivamente, en público como en privado, mediante el culto, celebración de ritos, prácticas y enseñanzas.
- Reafirmando los derechos de las personas a la igualdad y no discriminación, la norma del artículo vigésimo sexto obliga a los Estados a establecer mediante leyes la prohibición de cualquier acto discriminatorio, ello en dimensión positiva; asimismo deben los Estado regular legislativamente normas que garanticen a las personas en forma igualitaria y efectiva protecciones contra cualquier actos discriminatorio, “proscribiendo la discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.
- Con especial vinculación a nuestro tema, la norma del artículo vigésimo sétimo reconoce que en los Estados existen minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, y aquellos que los tengan, no deben negar a las personas que pertenezcan a dichas minorías, el derecho que les 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.

3.1.2. Convenio 107 de la Organización Internacional del Trabajo

Transitando de lo general a lo específico, contamos con “el Convenio 107 de la Organización Internacional del Trabajo” (en adelante OIT), del año 1957 aprobado en Ginebra y entró en vigor general el 2 de junio de 1959, cabe anotar que, si bien no fue ratificado por el Perú, las declaraciones de la OIT se aplican a todos los Estados Partes de dicha organización, hayan o no ratificado los convenios fundamentales. Este convenio, ha recibido algunos cuestionamientos por la debilidad de sus contenidos, no obstante debe admitirse que es uno de los primeros convenios que busca a nivel internacional reconocer a los pueblos indígenas como sujetos de derecho, y en el preámbulo considera que en diversos países independientes existen poblaciones tribales y semitribales, aun no integradas en la colectividad nacional; poniendo sobre el tapete, que la situación social, económica y cultural les impide beneficiarse plenamente de los derechos y las oportunidades de que disfrutaban otros elementos de la población; manifestando que es deseables tanto desde el punto de vista humanitario como por el propio interés de los Estados interesados, que deban perseguir la progresividad en las condiciones de vida y de trabajo de esas poblaciones, ejerciendo una acción simultánea sobre todos los factores que les han impedido hasta el presente participar plenamente en el progreso de la colectividad nacional de que forme parte; orientando sus disposiciones al integración progresiva de las poblaciones, a su protección y mejorar condiciones de vida y trabajo. Aporta a la definición e identificación de las poblaciones indígenas señalando en su artículo primero, que se

tratan de poblaciones consideradas “indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica que pertenece al país, en la época de la conquista o la colonización”, cualquiera sea su situación jurídica, y que viven más de acuerdo con las instituciones sociales, económicas y culturales de dicha época, que con las instituciones de la nación a que pertenecen, esto es geográficamente.

3.1.3. Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo

El Convenio 169 de la OIT data del año 1989, se titula el “Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, 1989”, adoptado con la participación tripartita de los gobiernos, organizaciones de empleadores y trabajadores, en el proceso de revisión se consultó y participaron un número significativo de pueblos indígenas y tribales; fue objeto de aprobación de la ratificación por el Congreso Constituyente del Perú el 26 de noviembre de 1993 por Resolución Legislativa N° 26253, el depósito fue efectuado ante el Organización Internacional del Trabajo el 2 de febrero de 1994, entrando en vigor para el Estado Peruano al año siguiente, esto es, el 2 de febrero de 1995; éste convenio se aplica en nuestro caso, a las comunidades campesinas e indígenas como colectivos, y a sus miembros como individuos, en razón de los criterios objetivos y subjetivos, utilizados en el convenio para la identificación de los titulares de derechos indígenas, en forma objetiva

comprende a los pueblos que descienden de poblaciones ancestrales, que preexistían a la época de la conquista, colonización, demarcación de fronteras nacionales, pueblos que preexisten a los Estados actuales, que conservan en todo o parte de sus propias instituciones sociales, económicas, culturales o políticas, como formas de organización, lengua, costumbres, independientemente de su situación jurídica, estén o no reconocidos, registrados, titulados o no; y el criterio subjetivo, es que se auto identifiquen como indígenas, que se consideren descendientes de pueblos originarios, con identidad e instituciones propias al margen del nombre o estatuto jurídico que tengan. Es de resaltar que fue una organización internacional del trabajo la que inicia con el desarrollo y reconocimiento de los pueblos indígenas y tribales, reconociendo que dichos pueblos presentan en América Latina los peores indicadores socioeconómicos y laborales, además de la discriminación por origen étnico o racial; orientando el convenio a la acción a favor de la justicia social, reafirmado en el 2008 en la Declaración sobre la Justicia Social para una Globalización Equitativa.

En su contenido el Convenio 169 contiene normas de reconocimientos de “los derechos fundamentales de los pueblos indígenas y tribales”, dedicándose a los grupos humanos que por mucho tiempo siendo considerados minorías, fueron objeto de maltrato y vulneraciones profundas a sus derechos humanos; el convenio atiende “las legítimas aspiraciones de esos pueblos a asumir el control de sus propias instituciones y formas de vida, de su desarrollo económico, a mantener y fortalecer sus identidades, lenguas y religiones”; observa que los pueblos indígenas existen y

subsisten en varias regiones del planeta, y que en los Estados donde se encuentran, sufren discriminaciones, no pudiendo gozar de sus derechos humanos al igual que los demás ciudadanos; anota el convenio que estos pueblos son objeto de tales maltratos y sufrimientos que han mellado sus formas de vida, costumbres y culturas, perjudicando incluso, la “contribución de los pueblos indígenas y tribales a la diversidad cultural, a la armonía social y ecológica de la humanidad y la cooperación y comprensión internacionales”.

La normatividad convencional, dedica su articulado al derecho de los pueblos indígenas, protección y fortalecimiento de sus culturas, formas de vida, instituciones propia, participación efectiva en las decisiones que les afectan, a decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo que afecte sus vidas, creencias, instituciones, bienestar espiritual, y a sus tierras, aquellas tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y a controlar en alguna medida posible, su propio desarrollo, económico, social y cultural.

Conforme al convenio, el Estado Peruano, tiene la obligación de establecer acciones coordinadas, sistemáticas dirigidas a la protección prioritaria de los derechos de los pueblos indígenas y tribales, debiendo respetar su integridad, además de esforzarse y dictar medidas orientadas a “asegurar a sus miembros a gozar en pie de igualdad de

los derechos y oportunidades que la legislación nacional otorgue a los demás miembros de la población”.

Asimismo el convenio impone mayores obligaciones y responsabilidad de los Estados, exigiendo no solo reconocer, proteger, sino además adoptar medidas para lograr que los derechos que el convenio incorpora sean materializados eficientemente, señalando que es obligación del Estado la promoción de “la plena efectividad de derechos sociales, económicos y culturales de los pueblos, el respeto de su identidad social y cultural, de sus costumbres, tradiciones e instituciones”; resultando importante en la política de cambio y el rol que corresponde al Estado frente a la persona humana haciendo efectivos los principios de igualdad y dignidad, es que señala como otra de sus obligaciones el “eliminar las diferencias socioeconómicas que puedan existir entre los miembros de los pueblos indígenas y los demás miembros de la comunidad nacional, compatible con sus aspiraciones y formas de vida”; entre las obligaciones exigidas a los Estados se encuentran la de tomar medidas que “salvaguarden las personas, instituciones, bienes, trabajo, las culturas, y el medio ambiente de los pueblos interesados”; establece el derecho a la consulta previa⁴ cuando se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente; reconoce, entre otros, su derecho a la participación política y ciudadana; derecho de decidir sobre sus propias prioridades, a controlar su propio desarrollo económico, social y cultural; es también su derecho a contar con salvaguardas frente a la violación

⁴ La Sala Constitucional Suprema en la Acción Popular N° 2232-2012-Lima de fecha 23 de mayo de 2013, señaló el carácter convencional de este derecho, la exigencia que la consulta sea previa, adecuada, libre e informada, frente a medidas legislativas y administrativas que afecten a los pueblos indígenas.

de sus derechos, contar con vías administrativas, judiciales y otras que fueren necesarias para obtener la eficiente protección así como para recurrir para el restablecimiento y respeto de sus derechos; la adopción de mecanismos que les garanticen comprender y hacerse comprender en procedimientos legales, facilitándoles cuando sea necesario, intérpretes u otros medios eficaces.

En forma similar que otros tratados sobre derechos humanos, el convenio busca la efectividad y cumplimiento de los derechos y contenidos normativos, para lo cual resulta indispensable contar con vías y acciones que brinden la adecuada “protección contra la violación de sus derechos, iniciar procedimientos legales, personalmente o mediante organismos representativos, destinados a asegurar el respeto efectivo de sus derechos”; la adopción de medidas que les garanticen comprender y hacerse comprender en procedimientos legales, facilitándoles cuando sea necesario, intérpretes u otros medios eficaces.

En muchas ocasiones el Estado del Perú ha emitido disposiciones reglamentarias vulneratorias de derechos fundamentales, como se puede extraer del significativo número de demandas de Acción Popular que son declaradas fundadas; refiriéndonos en relación al tema de la consulta previa, al caso de Acción Popular N° 2232-2012-Lima con sentencia definitiva de fecha 23 de mayo de 2013; la demanda fue formulada contra la Resolución Ministerial N° 304-2009-MEM/DM, contra el Decreto Supremo N°

012-2008-MEM Reglamento de Participación Ciudadana para la Realización de Actividades de Hidrocarburos, y contra el Decreto Supremo N° 028-2008-MEM Reglamento de Participación Ciudadana en el Subsector Minero; la demanda fue inicialmente declarada improcedente por la sentencia de primera instancia, bajo el argumento de que la regulación del “Convenio 169 de la OIT” es aplicable sólo a los pueblos indígenas, y que las normas de la demanda no están referidas a la consulta previa sino a la participación ciudadana, las que se aplican a todo tipo de poblaciones donde se ubiquen los proyectos mineros y de hidrocarburos, por lo que no es específica a los pueblos indígenas; la sentencia de vista emitida por la Sala Constitucional Permanente de la Corte Suprema revocó la sentencia apelada y reformándola declaró fundada la demanda en parte y la nulidad de las disposiciones infralegales; sustentando que el derecho de “consulta de los pueblos indígenas y tribales” protegidos en el artículo 6° del Convenio 169 de la OIT, norma con rango constitucional, es diferente al derecho de participación ciudadana, y “reconoce el derecho de estos pueblos a ser consultados” en forma previa y adecuada cuando se adopten medidas legislativas y administrativas que los afecten, y en su caso de “obtener el consentimiento previo, libre e informado”; en el caso de los decretos supremos demandados se estableció que más allá del nombre que se les había dado sobre participación ciudadana, contenían normas sobre la consulta previa de los pueblos indígenas en el sub sector minero, señalando en su articulado que “La consulta es una forma de participación ciudadana que tiene por objeto determinar si los intereses de las poblaciones que habitan en el área de influencia directa de un proyecto de hidrocarburos podrían verse afectados (...)”, así como en su contenido

precisaba: “De los derechos de los pueblos indígenas”, que “La consulta como forma de participación ciudadana llevada a cabo por los pueblos indígenas ...”; asimismo del análisis del contenido normativo se advirtió que regulaba procedimiento irregular y no apropiado para ejercer el derecho a la consulta previa libre e informada, soslayando los requisitos y parámetros convencionales para la consulta previa, constituyendo la vulneración del derecho de los pueblos indígenas.

Continuando con el convenio, se encuentran reglas de interpretación y aplicación en la parte segunda artículo décimo tercero, al disponer que la aplicación de sus disposiciones se debe efectuar considerando la singular conexión que guardan las poblaciones interesadas con sus tierras y territorios, así como el carácter colectivo de la propiedad; significando en primer lugar que las normas convencionales especiales deben ser interpretadas en coherencia con ese vínculo cultural que existe entre los pueblos indígenas y sus tierras, en igual forma al momento de la aplicación normativa. En el término “tierras” utilizado en los artículos décimo quinto y décimo sexto, debe 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. Constituyendo un deber de los Estados en una obligación positiva de respetar y hacer respetar el valor cultural de la conexión vital de los indígenas y sus tierras; en el artículo décimo cuarto establece el deber de los Estados en coherencia con el reconocimiento del derecho fundamental a la propiedad de sus tierras que ancestralmente habitan, el respetar este derecho, adoptar los mecanismos necesarios y adecuados para su

protección, garantizándoles el derecho a usar tierras, incluso aquellas “que no estén exclusivamente ocupados por ellos, pero a las que han tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia”, así como prestar particular atención a los pueblos nómadas y de los agricultores itinerantes; igualmente es obligación de los Estados tomar medidas indispensables para lograr identificar y delimitar aquellas tierras que habitan ancestralmente los pueblos indígenas, además brindar protección al ejercicio de sus derechos de propiedad y posesión; sumando la obligación estatal de proveer vías procedimentales pertinentes a las que puedan acudir para demandar acciones reivindicatorias de sus tierras; se debe adecuar la legislación nacional, desarrollar acciones acordes al convenio, e informar periódicamente a los organismos internacionales de control de la OIT, sobre la aplicación en la práctica y legislación.

En lo que se refieren a sus tierras el artículo 4 del convenio establece el deber estatal en la adopción de mecanismos eficientes en la salvaguarda de bienes de los pueblos interesados, dichos medios no deben infringir ni contradecir las aspiraciones autónomamente manifestadas por las poblaciones indígenas; el artículo sexto, el cual ha adquirido trascendencia por los conflictos sociales producidos en los Estados Miembros, establece el derechos de dichos pueblos a la consulta previa, mediante procedimientos apropiados, a través de sus instituciones representativas, en cada caso que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente incluso cuando se trate de la posesión y propiedad de sus tierras. El

artículo sétimo reconoce el derecho de los pueblos interesados de decidir sus propias prioridades en lo referido al proceso de desarrollo en tanto les 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; garantizándoles su participación en la formulación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente en lo que se refiere a sus tierras; también establece la obligación de los Estados de cumplir con establecer mecanismos en coordinación con los pueblos indígenas que sean de utilidad para la debida protección, preservación del medio ambiente de sus territorios; estando ante normas convencionales orientadas a una efectiva protección de los derechos de propiedad y posesión de los pueblos, para lo cual imponen deberes y obligaciones a los Estados que van más allá de solo adoptar una conducta positiva en el ejercicio de tales derechos por sus titulares, requiriendo modificaciones legislativas del ordenamiento interno a efectos de que compatibilicen un sistema jurídico nacional que sea adecuado para garantizar y lograr la realización efectiva de sus derechos.

Es ineludible reiterar que las normas del convenio son vinculantes, deben hacerse efectivas y cumplirse, y que no se encuentran dirigidas en abstracto a u ente estatal, sino que cuando impone obligaciones al Estado Parte, está obligando y vinculando a todas las autoridades que componen dicho Estado, sin distinciones ni posibilidad de rehuir a su cumplimiento en los casos de derechos de los pueblos interesados;

precisamente el convenio suma disposiciones referidas a deberes de los Estados a aquellas expresadas y dirigidas directamente entre otros, a los operadores jurídicos de la administración o la actividad judicial, a las autoridades administrativas y judiciales que les corresponden aplicar la normativa nacional, a quienes se dirige y les ordena en el artículo octavo, que, en la aplicación de “la legislación nacional a los pueblos interesados, se deben tomar debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario”.

Reforzando la tesis del pluralismo jurídico, las normas convencionales de los artículos octavo y noveno prevén que en la aplicación de legislación nacional, las autoridades estatales deben atender no solo sus costumbres sino también su “derecho consuetudinario” (8.1); ratifica el derecho de los pueblos de preservar sus costumbres además de sus propias instituciones, no considerando la norma excepciones cuando se refiere a su derecho de mantener sus propias instituciones, con la sola limitación de no ser contrarias a los derechos humanos reconocidos en el sistema jurídico estatal ni los reconocidos en el derecho internacional (8.2); del mismo modo en asuntos penales la norma convencional establece que en tanto se guarde compatibilidad con el sistema jurídico estatal, se respetaran la jurisdicción indígena especial “deberán respetarse los métodos a los que los pueblos interesados recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros” (9.1); el convenio establece que en los casos de producirse conflictos en la aplicación de ambos ordenamientos, esto es en la aplicación del derecho nacional y aplicación del derecho consuetudinario, se debe

prever procedimientos adecuados para su solución (8.2), debiendo anotar al respecto que nuestra norma constitucional en el artículo 149, tiene previstos mecanismos de coordinación regulados en una ley especial, significando esta implementación de mecanismos de coordinación, más adecuados en progresividad de los derechos fundamentales involucrados, y compatibles con un pluralismo jurídico fuerte.

A continuación el convenio desarrolla normas que obliga a los Estados de establecer la protección contra vulneraciones de derechos fundamentales de los miembros y pueblos interesados en colectivo, dispone como una obligación del ente estatal de contar con procedimientos legales que aseguren sus derechos, y adoptar acciones y mecanismos que garanticen el respeto del debido procedimiento administrativo y judicial, en el sentido de verificar que se implementen todos los medios necesarios para que los integrantes de los pueblos indígenas logren una adecuada comunicación que les permita entender y hacerse entender en los procedimientos legales y procesos judiciales en que participen, además que se les debe asegurar en los casos de necesidad, la asistencia de intérpretes, u otros mecanismos de asistencia.

En el tema estrictamente vinculado a este trabajo de investigación, el convenio 169 contiene un capítulo especial con una variedad de normas que forman un conjunto normativo relativo a las tierras de los pueblos interesados, ello se ubica en la “Parte II. Tierras”, empezando con el vital elemento cultural tan estrechamente como inherente

y consustancial con las tierras, establece en el artículo décimo tercero la obligación estatal de guardar respeto más que deferencia, a trascendencia y consideración que guardan las tierras indígenas conforme a su cultura y valores espirituales, además de respetar el elemento colectivo de esa relación, entendiendo que se tiene que considerar en toda disposición legal, reglamentación y aplicación del derecho, el carácter colectivo de la propiedad de tierras comunales.

En cuanto a la delimitación del “concepto territorio”, se desprende de las normas de los artículos 15 y 16, que este se relaciona con el área que habitan, que es usada y ocupada por ellos, expresando que comprende “lo que cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna otra manera”.

Corresponde poner atención a las normas del artículo décimo cuarto, que contienen reglas y disposiciones relativas al reconocimiento de tierras indígenas, estableciendo la obligación de los Estados de reconocer el derecho de los pueblos indígenas, respecto:

1.1 La propiedad sobre tierras que ancestralmente ocupan.

1.2 El derecho de uso de tierras que “no estén exclusivamente ocupadas por ellos, pero a las que hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia”.

1.3 Lo señalado en el 1.2 también se aplica a “los pueblos nómadas y de los agricultores itinerantes”.

1.4 Es obligación del gobierno, delimitar y determinar las tierras ocupadas tradicionalmente por los pueblos indígenas, así el “garantizarles la protección efectiva de sus derechos de propiedad y posesión”.

1.5 La exigencia de que cumplan con establecer procedimientos adecuados a nivel interno, donde se puedan lograr la solución de las pretensiones reivindicatorias de tierras de los pueblos indígenas.

1.6 Es derecho de los pueblos interesados, a los recursos naturales que se encuentren dentro de sus tierras, así como a “participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos”, derecho que goza de protección por el Estado.; distinguiendo los casos como el nuestro, en que la propiedad de los minerales, de los recursos del subsuelo pertenezcan al Estado, sin perjuicio de que se debe consultar a los pueblos interesados para que no sean perjudicados en la adopción de medidas sobre los recursos existentes.

Debemos también destacar en relación a la protección convencional de la propiedad y posesión de las tierras de los pueblos interesados, que la norma del artículo décimo sexto del convenio establece la obligación de los Estados de no trasladar a los pueblos interesados de las tierras que ocupan; que solo cuando ello sea absolutamente

necesario, se deberá efectuar con su consentimiento libre y con pleno conocimiento de causa; cuando no sea posible obtener el consentimiento, el traslado y reubicación solo puede tener lugar al término de procedimientos adecuados establecidos en la legislación nacional, incluidas las encuestas públicas cuando hubiere lugar, en que los pueblos interesados tengan la posibilidad de estar efectivamente representados. La reubicación de los pueblos conlleva la obligación de los Estados de garantizar su derecho así como materializar la posibilidad de poder retornar a sus tierras tradicionales, cuando ellos lo consideren y atendiendo a la desaparición de los eventos que ocasionaron el cambio de lugar, esta garantía involucra, que cuando no sea viable el regreso, es que el Estado debe otorgarles tierras de igual calidad y condición jurídica a las que anteriormente habitaban, además estas nuevas tierras, debe permitirles la subvención de sus requerimientos y proveer a su desarrollo futuro; sin perjuicio de las indemnizaciones en los casos que correspondan.

Es un punto interesante y que no se suele poner la debida atención en la resolución de conflictos de tierras entre comunidades y sus miembros, la norma prevista en el artículo décimo sétimo, referente a la obligación del Estado de respetar las diversas formas y modos de efectuar la “transmisión de los derechos sobre la tierra a sus miembros”, ello conforme a lo establecido por los pueblos interesados. Además, se contempla la posibilidad de que los pueblos interesados puedan realizar transferencias y transmisiones de sus tierras y derechos, incluso a terceros que no son de la comunidad, para lo cual es necesario que efectúen la consulta; al respecto

consideramos tener cuidado que ello no conlleve afectaciones a la comunidad, y que requiere aprobación de su asamblea, y que más que solo verificar la capacidad para decidir, se debe establecer que la decisión se halla adoptado en forma libre y consciente.

La norma convencional contempla que se debe impedir, que personas extrañas a los pueblos interesados, puedan aprovecharse de las costumbres de esos pueblos o de su desconocimiento de las leyes por parte de sus miembros, para arrogarse la propiedad, la posesión o el uso de las tierras pertenecientes a ellos; así como tomar medidas y disponer sanciones en los casos de invasiones o intrusiones en las tierras comunales, así sancionar la utilización por terceros que no hubiere sido autorizada.

Prevé la implementación de “programas agrarios nacionales” que certifiquen o avalen, “a los pueblos interesados condiciones equivalentes a los de otros sectores de la población”, en asignación de tierras adicionales a los pueblos interesados, cuando las tierras que disponen son insuficientes para su existencia normal o enfrentar su crecimiento numérico, y el otorgamiento de los medios necesarios para el desarrollo de las tierras que dichos pueblos ya poseen.

La declaración de Atitlán del año 2002, “Consulta Global de los Pueblos Indígenas sobre el Derecho a la Alimentación”, presenta el panorama sombrío de poblaciones indígenas en territorios que alguna vez fueron parte del Imperio Maya, donde las poblaciones literalmente mueren de hambre, y no existe un programa adecuado de seguridad alimentaria, anotando entre los elementos concurrentes de las situaciones extremas, los graves atentados a sus tierras con medidas que no los protegen frente a la globalización y poderes económicos, el uso excesivo e inadecuado de pesticidas y químicos que perjudican las tierras, amén de los despojos que vienen padeciendo de sus tierras tradicionales, así como el control de semillas, entre otros; destacando de la referida Declaración, la importante relación que existe entre los pueblos indígenas y sus tierras principal sustento de su supervivencia y cultura.

3.1.4. Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas

La Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas aprobada por la Asamblea Nacional el 13 de setiembre del año 2007, parte de afirmar en concordancia con el derecho a la diversidad e identidad cultural, que “los pueblos indígenas son iguales a todos los demás pueblos, y reconocen su derecho a ser diferentes, a considerarse a sí mismos diferentes, y a ser respetados como tales”.

Entendiendo la importancia de la diversidad de culturas, y de su valiosa contribución que significan, declaran que “la diversidad y riqueza de las civilizaciones y culturas, que constituyen el patrimonio común de la humanidad”.

La declaración es muy crítica y rechaza todo acto de discriminación cultural y de ideologías de que algunas culturas son mejores o superiores de otras, lo cual carece de todo sustento no existiendo razón ni justificación para tales reprobables comparaciones, calificando la declaración como: “racistas, científicamente falsas, jurídicamente inválidas, moralmente condenables y socialmente injustas, a las doctrinas, políticas y prácticas basadas en la superioridad de determinados pueblos o individuos, que aducen razones de origen nacional, diferencias raciales, religiosas, étnicas, o culturales”.

Anotando las injusticias históricas que han sufrido los pueblos indígenas, como resultado de la colonización y desposesión de sus tierras, territorios y recursos, impidiéndoles a su derecho al desarrollo de conformidad con sus propias necesidades e intereses; y que es urgente y necesario respetar y promover sus derechos, especialmente a los que forman parte de su patrimonio cultural, como tierras, territorios y recursos.

En forma similar al Convenio 169 OIT, la declaración establece obligaciones a los Estados, así como salvaguardas y protecciones a los derechos de poblaciones indígenas, disponiendo para efectos de eliminar violaciones de sus derechos humanos que se producen en todo el mundo, también adoptan medidas para la protección de sus medios de subsistencia y de sus tierras.

En relación a sus bienes patrimoniales y específicamente al derecho de propiedad colectiva, el artículo 26 reconoce el derecho de estos pueblos “a las tierras, territorios y recursos que tradicionalmente han poseído, ocupado o utilizado o adquirido; 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”; el deber de los Estados de asegurar el reconocimiento y protección jurídicos de esas tierras, territorios y recursos, respetando esencialmente “las costumbres, las tradiciones y los sistemas de tenencia de la tierra de los pueblos indígenas”; imponen obligaciones a los entes estatales de establecer y aplicar junto con las comunidades indígenas procesos destinados al reconocimiento de su derecho consuetudinario en lo relativo de sus tierras: “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”; estando ante una norma que convoca a una participación conjunta para evaluar y reconocer aquellas

normas del derecho indígena sobre sus tierras, que serán aplicadas, una norma menos progresiva que la prevista en el Convenio 169 OIT y en el 149 de nuestra constitución, pues no se exige procedimiento de consulta de normas que se van a aceptar, sino que en contexto de pluralismo jurídico fuerte, reconoce la aplicación del derecho consuetudinario, sin que se someta a escrutinio ni evaluación sus normas.

La declaración les reconoce el derecho a la reparación, la restitución y “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”; indemnización que puede consistir en “indemnización en tierras, territorios y recursos de igual calidad, extensión y condición jurídica o en una indemnización monetaria u otra reparación adecuada”. También, contiene normas similares a las del convenio 169 que impiden el traslado de sus tierras, y obligan en toda medida que afecten a los pueblos indígenas, al cumplimiento de la consulta previa, libre e informada.

3.2. Carácter Vinculante de las Interpretaciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

En el tránsito del Estado Legal de Derecho al Estado Constitucional de derecho producido a mediados del siglo XX con el empoderamiento de los derechos fundamentales, se incorpora en el siglo XXI nuevas exigencias en la labor del operador jurídico, resultando importante anotar que en este siglo el Estado Constitucional de Derecho nos trae esencialmente tres cambios significados que penetran la labor de los operadores de derecho: 1) las nuevas condiciones de validez de las normas jurídicas (leyes, normas constitucionales), involucrando no sólo a la constitución como parámetros de validez, sino también y esencialmente a los convenios y tratados internacionales sobre derechos humanos, suscritos, ratificados y adoptados por el Perú; 2) ampliación del objeto de estudio de las ciencias jurídicas, análisis y estudio de las fuentes válidas y vinculantes del ordenamiento jurídico actual el interno - nacional, y el internacional- convenios, estándares normativos de la Corte IDH y su interpretación vinculante; 3) mayor responsabilidad del operador jurídico, exigiendo en la actualidad del estudio, interpretación y explicación de la leyes, a un estudio, interpretación y aplicación de las leyes conforme a las normas constitucionales y normas convencionales sobre derechos fundamentales; no es solo aplicación de las leyes, sino interpretar y aplicar las leyes conforme a las normas constitucionales y convencionales; dejando atrás el derecho concebido y limitado por textos y disposiciones legales, para ser un Derecho que abarca la interpretación jurídica en la construcción del sentido normativo y la concreción de normas, en compatibilidad con las normas constitucionales y convencionales, cambia asimismo el modo de entender el derecho, en un sentido que idealmente no es solo decirlo o leerlo, sino que debe ser aprehendido, asimilado y ser parte de la visión y formación desde las aulas

universitarias, en el sentido de que lo jurídicamente vinculante no está solamente en las leyes, sino además, principalmente y en forma obligatoria en las normas constitucionales, así como en las normas convencionales y en los precedentes, interpretaciones vinculantes y estándares jurisprudenciales de Corte IDH, sin posibilidad de oponer nuestro derecho interno para incumplir lo que señala el derecho convencional.

Estas nuevas circunstancias, se denominan parámetros de validez y estándares jurídicos, en la convencionalización del derecho, que resultan de un fenómeno de las últimas décadas, denominado como “la judicialización en el derecho internacional de los derechos humanos”, que a decir de Bazán V., (2008): “reconducen, por una parte, al establecimiento institucional de órganos jurisdiccionales o cuasijurisdiccionales internacionales para receptor y tramitar reclamos por violación de derechos humanos, y, por otra y ya en el dominio interno, a la cuestión del grado de permeabilidad de los tribunales domésticos respecto de los estándares tuitivos internacionales que aquellos órganos van diseñando paulatinamente”(p. 292).

Señalando Juan Carlos Hitters (2009), que de un control de constitucionalidad, desde no hace mucho tiempo algunos magistrados de la Corte Interamericana ejercitan lo que han dado en llamar a partir del caso Myrna Mack Chang el “control de convencionalidad” (p.110), habiendo señalado la Corte IDH en el caso Trabajadores

Cesados del Congreso vs Perú que “cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces también está sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin. En otras palabras, los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también de convencionalidad ex officio entre las normas internas y la Convención Americana...” (p.110).

En la sentencia “Almonacid Arellano vs Chile” de fecha 26 de setiembre de 2006, la Corte IDH tiene señalado que “los jueces tienen la responsabilidad de efectuar el control de convencionalidad”, el cual debe ser realizado “entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, que no solo es vinculante el tratado “sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, interprete última de la Convención Americana” (124).

Todas las normas jurídicas sin excepción, deben ser interpretadas conforme a la interpretación de las normas convencionales sobre derechos humanos, realizada por la Corte IDH. Las interpretaciones y estándares normativos de la Corte IDH en su papel de interprete vinculante no es solo respecto de los casos en que el Estado sea Parte del Proceso, sino en todos los casos; y sus interpretaciones no se restringen a las

normas de la Convención Americana de derechos humanos, sino también de otros tratados internacionales de la materia, como la Declaración de derechos humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, entre otros.

El carácter vinculante de las interpretaciones de la Corte IDH para un Estado soberano como el Perú, deviene en nuestro caso particular por dos actos y normas internacionales y nacionales; uno de los actos viene a ser justamente que en ejercicio de su soberanía el Perú depositó el 28 de julio de 1978 en la Secretaría General de la Organización de Estados Americanos, el instrumento de ratificación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; además de ello, el Estado Peruano el 21 de enero de 1981 presentó en la Secretaría General de la OEA el instrumento de reconocimiento de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos humanos, de manera incondicional y por plazo indeterminado; significando que el Perú no solo se sometió a la Convención Americana, sino también a la jurisdicción y competencia contenciosa de la referida Corte Interamericana, y pudiendo aceptar la jurisdicción en forma condicionada, por caso específico y por plazo determinada, la decisión fue hacerlo sin restricciones y sin plazo alguno.

En cuanto a las normas, se parte del artículo primero de la Convención Americana de Derechos Humanos, la cual contempla la obligación de los Estados de respetar y salvaguardar los derechos y libertades reconocidos en la convención a favor de toda

persona, en términos de igualdad y sin discriminaciones de ningún tipo: “se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.

La norma segunda de la referida convención, prevé la obligación de los Estados de adecuar su sistema de derecho interno que fueran indispensables en la labor de compatibilizar con el reconocimiento y materialización de los derechos y libertades reconocidas en la convención. En igual sentido las normas del artículo 29 de la convención contemplan reglas de interpretación igualmente obligatorias para los Estados Partes, proscribiendo y prohibiendo cualquier tipo de interpretación de las normas convencionales en forma que signifiquen supresión o limitación del disfrute y realización de derechos y libertades, de suprimir el goce y ejercicio de los mismos, de limitar el goce y ejercicio de derechos y libertades reconocidos en la legislación interna, u otra convención de que el Estado sea parte, norma que compatibiliza con el principio de progresividad en el reconocimiento de los derechos fundamentales; las normas convencionales contemplan la prohibición de exclusión “de derechos y garantías inherentes al ser humano, o derivado de la forma democrática representativa de gobierno, y la prohibición de excluir o limitar el efecto otros instrumentos y actos internacionales”. Otra norma convencional que consolida el carácter vinculante de la

fuerza jurídica internacional, reside en el artículo 62, que en propiedad y distinguiendo entre norma y disposición, contiene más de una norma en relación a la jurisdicción contenciosa de la Corte IDH, referidas al reconocimiento como obligatoria de pleno derecho y sin condición especial a la competencia de la Corte, en todos los casos de interpretación o aplicación de la convención, significando que el Estado no solo queda obligado a los casos en que interviniera como parte, sino a todo caso y sentencia que conozca la Corte en que trate sobre la interpretación y aplicación de la convención; dispone que la declaración igualmente puede realizarse en forma incondicional o bajo condición de reciprocidad. Señala Ariel Dulitzky, que el Perú realizó un sometimiento incondicional a la competencia de la corte, en ejercicio de su libertad y soberanía: "El acto de Perú de reconocer incondicionalmente la jurisdicción de la Corte fue un acto libre, soberano e individual de sujetar su conducta a la supervisión del Tribunal Interamericano mientras continúe siendo parte de la Convención Americana", con tal declaración de voluntad quedó sujeto a las normas de derecho internacional y a la jurisdicción de la Corte IDH.

Las disposiciones y normas de la "Convención de Viena", más conocida como "el tratado de los tratados", aportan a consolidar el carácter vinculante para los Estados cuando ratifican un tratado, señalando en su artículo 2.1.b que la ratificación, aceptación, aprobación o adhesión, es el acto por el cual un Estado hace constar en el ámbito internacional su consentimiento de obligarse por un tratado; en su artículo 26 recoge el principio *pacta sunt servanda*, en el sentido de que "Todo tratado en vigor

obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe"; en su artículo 27, prevé que un Estado no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación para incumplir un tratado.

En nuestro ordenamiento nacional el carácter vinculante se ratifica con las normas de la cuarta disposición final y complementaria de la constitución vigente, que prevé: "Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce, se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú. La norma V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, establece que el contenido y los alcances de los derechos constitucionales, deben interpretarse de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos, los tratados sobre derechos humanos, así como de las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según tratados de los que el Perú es parte. Reafirmando el ordenamiento jurídico internacional y nacional, la vinculación a los instrumentos internacionales de derechos fundamentales ratificados por el Perú, así como la competencia contenciosa de la Corte IDH.

Resultando abundante la jurisprudencia de la Corte IDH, citaremos algunas de ellas rescatando los argumentos medulares de su análisis jurídico, y las interpretaciones

jurídicas de las normas convencionales que le sirven para fijar los estándares internacionales.

La Corte IDH en el caso de la Comunidad indígena Yakye Axa Vs. Paraguay, de 17 de junio de 2005, sobre la violación del derecho a la vida, derecho a la propiedad privada, y protección judicial, en perjuicio de la Comunidad indígena Yakye Axa del Pueblo Enxet-Lengua y sus miembros; se sustentó que “el Estado no garantizó el derecho de propiedad ancestral de la Comunidad indígena Yakye Axa”, acarreando “la imposibilidad de la Comunidad y sus miembros de acceder a la propiedad y posesión de su territorio, y mantenerla en un estado de vulnerabilidad alimenticia, médica y sanitaria, que amenaza en forma continua la supervivencia de los miembros de la Comunidad y la integridad de la misma”.

- Atendiendo que se trata de un asunto sobre “derechos de los miembros de una comunidad indígena”, de acuerdo a las normas convencionales se debe “garantizar efectivamente estos derechos, al interpretar y aplicar su normativa interna”, que se debe considerar “las características propias que diferencian a los miembros de los pueblos indígenas de la población en general y que conforman su identidad cultural” (fundamento 51).
- Verificó en relación al “reconocimiento de la personería jurídica de la Comunidad Yakye Axa”, un retraso en el trámite de “tres años, seis meses y 19

días”, en un trámite sencillo que no justificada la excesiva dilación, que fue considerada “desproporcionada” (fundamento 73).

- Sobre la personería jurídica, estableció “que el otorgamiento de personería jurídica sirve para hacer operativos los derechos ya existentes de las comunidades indígenas, que los vienen ejerciendo históricamente y no a partir de su nacimiento como personas jurídicas” (fundamento 81, 82).

- Sobre los reclamos reivindicatorios advirtió la excesiva demora, habiendo pasado “11 años 8 meses y 12 días”, que “una demora prolongada como la que se ha dado en este caso, constituye en principio, por sí misma, una violación de las garantías judiciales”. Que, “la falta de razonabilidad en la excesiva demora, puede ser desvirtuada por el Estado, si éste expone y prueba que la demora tiene directa relación con la complejidad del caso o con la conducta de las partes en el mismo” (fundamento 86).

- Señaló que, en relación a la obligación de adaptación de su ordenamiento interno, que “De conformidad con el artículo 2 de la Convención deberán instituirse procedimientos adecuados en el marco del sistema jurídico nacional para procesar las reivindicaciones de tierras de los pueblos indígenas interesados” (fundamento 100).

- Que, en el procedimiento legal de reivindicación de tierras “se desconoció el principio del plazo razonable y se mostró abiertamente inefectivo, todo ello en violación de los artículos 8 y 25 de la Convención Americana, en concordancia con los artículos 1.1 y 2” (fundamento 89, 96, 98).

- Sobre la relación cultural tiene señalado que, “atiende la significación especial de la propiedad comunal de las tierras ancestrales para los pueblos indígenas, inclusive para preservar su identidad cultural y trasmitirla a las generaciones futuras”; que “la estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe de ser reconocida y comprendida como la base fundamental de su cultura, vida espiritual, integridad, supervivencia económica y su preservación y transmisión a las generaciones futuras” (fundamento 131, 135, 136, 137, 140).

- Interpreta que “la propiedad privada de los particulares como la propiedad comunitaria de los miembros de las comunidades indígenas tienen la protección convencional que les otorga el artículo 21 de la Convención” (fundamento 143).

- Establece pautas aplicables cuando “la propiedad comunal indígena y la propiedad privada particular entran en contradicciones reales o aparentes, la propia Convención Americana y la jurisprudencia del Tribunal proveen las pautas para definir las restricciones admisibles al goce y ejercicio de estos derechos” (fundamento 144, 145, 146).

- Interpreta en relación a las restricciones del derecho a la propiedad, se pueden dar cuando se den los supuestos de necesidad, y para lograr “el objetivo colectivo de preservar las identidades culturales en una sociedad democrática y pluralista en el sentido de la Convención Americana; y proporcional”, sin perjuicio de la obligación de indemnizar ello conforme al “artículo 21.2 de la Convención” (fundamento 148).

En el caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam, sentencia de fecha 28 de noviembre de 2007, por presuntas violaciones cometidas “contra los miembros del pueblo Saramaka - comunidad tribal que vive en la región superior del Río Surinam”; proceso relacionado al derecho a tierras ancestrales, que tiene como antecedente el desplazamiento obligado por “la inundación proveniente de la construcción de una reserva hidroeléctrica”; tiene señalado la Corte:

- Reitera su jurisprudencia “que la estrecha vinculación de los pueblos indígenas con sus tierras tradicionales y los recursos naturales ligados a su cultura que ahí se encuentren, así como los elementos incorporales que se desprendan de ellos, deben ser salvaguardados por el artículo 21 de la Convención Americana” (fundamento 88).

- Interpreta en relación a la propiedad de las tierras indígenas, el artículo 21 de la Convención protege el derecho a “la propiedad en un sentido que comprende, entre otros, los derechos de los miembros de las comunidades indígenas en el marco de la propiedad comunal” (fundamento 89).
- Sobre la propiedad colectiva señala que “los conceptos de propiedad y posesión en las comunidades indígenas pueden tener una significación colectiva, en el sentido de que la pertenencia de ésta no se centra en un individuo sino en el grupo y su comunidad” (fundamento 89).
- Ratifica la obligación de respetar el nexo cultural con sus tierras “conforme al artículo 21 de la Convención, los Estados deben respetar la especial relación que los miembros de los pueblos indígenas y tribales tienen con su territorio a modo de garantizar su supervivencia social, cultural y económica” (fundamento 91).
- Señalando en relación a la defensa de los territorios tradicionales “que dicha protección de la propiedad en los términos del artículo 21 de la Convención, leído en conjunto con los artículos 1.1 y 2 de dicho instrumento, le asigna a los Estados la obligación positiva de adoptar medidas especiales para garantizar a los integrantes de los pueblos indígenas y tribales el ejercicio pleno e igualitario

del derecho a los territorios que han usado y ocupado tradicionalmente” (fundamento 91).

- Debido a que Surinam no reconocía en su legislación “el derecho a la propiedad comunal de los miembros de sus pueblos tribales y no ha ratificado el Convenio OIT No. 169”, lo vincula a sus interpretaciones y normas convencionales en razón de que si había ratificado el PIDCP y el PIDESC, que en la norma primera y de acuerdo al “derecho a la autodeterminación de los pueblos indígenas”, es que determina con carácter vinculante para el Estado emplazado, que “los pueblos podrán “proveer a su desarrollo económico, social y cultural y pueden disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales para que no se los prive de sus propios medios de subsistencia” (fundamento 93).
- Señala la Corte, que de acuerdo a la norma 27 del PIDCP, "no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que les corresponde, en comunidad con los demás miembros de su grupo, a gozar de su propia cultura, la cual podrá consistir en un modo de vida que está fuertemente asociado con el territorio y el uso de sus recursos naturales. Esto podría ser particularmente cierto de los miembros de comunidades indígenas que constituyen una minoría” (fundamento 94).

- En interpretación normativa del artículo convencional 21, establece que “el derecho de los integrantes de los pueblos indígenas y tribales a que determinen y gocen, libremente, de su propio desarrollo social, cultural y económico, el cual incluye el derecho a gozar de la particular relación espiritual con el territorio que han usado y ocupado tradicionalmente” (fundamento 82).
- Concluyendo, que “el derecho a la propiedad protegido conforme al artículo 21 de la Convención Americana, e interpretado a la luz de los derechos reconocidos en los artículos 1 en común y 27 del PIDCP, los cuales no podrán ser restringidos al interpretar la Convención” (fundamento 95).
- Reitera en relación a la propiedad colectiva, que “el Estado tiene el deber de reconocer el derecho a la propiedad de los miembros del pueblo Saramaka, en el marco de su sistema colectivo de propiedad, y establecer los mecanismos necesarios para hacer efectivo a nivel interno el derecho consagrado en la Convención, según lo ha interpretado este Tribunal en su jurisprudencia” (fundamento 102).
- Sobre la propiedad indígena señala que “el reconocimiento estrictamente jurídico o abstracto de las tierras, territorios o recursos de los indígenas pierde verdadero significado cuando no se ha establecido ni delimitado físicamente la propiedad” (fundamento 115).

- Señala en relación a su jurisprudencia que, “los integrantes de los pueblos indígenas y tribales tienen el derecho de ser titulares de los recursos naturales que han usado tradicionalmente dentro de su territorio por las mismas razones por las cuales tienen el derecho de ser titulares de la tierra que han usado y ocupado tradicionalmente durante siglos” (fundamento 121).
- Anota que los Estados deben “garantizar que podrán continuar viviendo su modo de vida tradicional y que su identidad cultural, estructura social, sistema económico, costumbres, creencias y tradiciones distintivas serán respetadas, garantizadas y protegidas” (fundamento 121).
- Establece que cuando se encuentra involucrados intereses sociales, “de conformidad con el artículo 21 de la Convención, el Estado podrá restringir el uso y goce del derecho a la propiedad siempre que las restricciones: a) hayan sido previamente establecidas por ley; b) sean necesarias; c) proporcionales y d) que tengan el fin de lograr un objetivo legítimo en una sociedad democrática” (fundamento 127).
- Señala “parámetros, las salvaguardas o garantías que deben observarse en contra de restricciones al derecho a la propiedad que denieguen la subsistencia del pueblo indígena”, lo cual realiza en base a la norma del artículo convencional 1.1, “el Estado debe asegurar la participación efectiva de los miembros del

pueblo Saramaka, de conformidad con sus costumbres y tradiciones”; que “debe garantizar que los miembros del pueblo Saramaka se beneficien razonablemente del plan que se lleve a cabo dentro de su territorio”; que “que no se emitirá ninguna concesión dentro del territorio Saramaka a menos y hasta que entidades independientes y técnicamente capaces, bajo la supervisión del Estado, realicen un estudio previo de impacto social y ambiental” (fundamento 129).

La sentencia data del 27 de junio de 2012 del Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador, en que el emplazado autorizó labores de “exploración y explotación petrolera en territorio del Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku en la década de 1990, sin que se hubiere efectuado la consulta previa y obtenido el consentimiento”, la Corte señaló:

- Una especial descripción de la identidad cultural del pueblo indígena: “La autodefinición de los Kichwa de la provincia de Pastaza como Runas (personas o seres humanos) marca su adscripción y pertenencia al mismo espacio identitario intraétnico frente a los otros Pueblos indígenas no Kichwa”; su forma de percibir la naturaleza y sus lugares sacros: “de acuerdo con la cosmovisión del Pueblo Sarayaku, el territorio está ligado a un conjunto de significados: la selva es viva y los elementos de la naturaleza tienen espíritus (Supay), que se

encuentran conectados entre sí y cuya presencia sacraliza los lugares”, señala que “únicamente los Yachaks pueden acceder a ciertos espacios sagrados e interactuar con sus habitantes” (fundamento 51).

- La Corte identifica que los pueblos indígenas tienen una concepción sobre el derecho a la propiedad muy especial y que difiere de la clásica concepción “estas nociones del dominio y de la posesión sobre las tierras no necesariamente corresponden a la concepción clásica de propiedad, pero merecen igual protección del artículo 21 de la Convención” (fundamento 145).
- Resulta relevante para el tema de estudio, que la Corte ha establecido que no es posible “desconocer las versiones específicas del derecho al uso y goce de los bienes, dadas por la cultura, usos, costumbres y creencias de cada pueblo”, señalando como graves consecuencias que “ello confrontaría con un enfoque de interculturalidad, pues equivaldría a sostener que sólo existe una forma de usar y disponer de los bienes, lo que a su vez significaría hacer ilusoria la protección de tal disposición para millones de personas” (fundamento 145).
- Reiterando lo señalado por su jurisprudencia que “debido a la conexión intrínseca que los integrantes de los pueblos indígenas y tribales tienen con su territorio, la protección del derecho a la propiedad, uso y goce sobre éste es necesaria para garantizar su supervivencia” (fundamento 146).

- Atendiendo la especial y vital importancia de sus territorios, anota que “la falta de acceso a los territorios puede impedir a las comunidades indígenas usar y disfrutar de los recursos naturales necesarios para procurar su subsistencia”, que ello puede traer consecuencias nefastas: “exponerlos a condiciones de vida precarias o inhumanas, a mayor vulnerabilidad ante enfermedades y epidemias, así como someterlos a situaciones de desprotección extrema que pueden conllevar varias violaciones de sus derechos humanos, además de ocasionarles sufrimiento y perjudicar la preservación de su forma de vida, costumbres e idioma” (fundamento 147).
- Un claro estándar internacional vinculante para los Estados, es el que fija criterios “para determinar la existencia de la relación de los pueblos y comunidades indígenas con sus tierras tradicionales: que ella puede expresarse de distintas maneras según el pueblo indígena del que se trate y las circunstancias concretas en que se encuentre, y que la relación con las tierras debe ser posible” (fundamento 148).
- En el análisis de la cultura, identidad cultural y espiritual, la Corte toma en referencia las declaraciones de un comunero, el cual manifestó que “Sarayaku es una tierra viva, es una selva viviente; ahí existen árboles y plantas medicinales, y otros tipos de seres”; describe que “en el subsuelo, ucupacha, igual que aquí, habita gente. Hay pueblos bonitos que están allá abajo, hay

árboles, lagunas y montañas. Algunas veces se escuchan puertas cerrarse en las montañas, esa es la presencia de los hombres que habitan ahí”; comenta que “el caipacha es donde vivimos; en el jahuapacha vive el poderoso, antiguo sabio; ahí todo es plano, es hermoso; arriba donde están las nubes es un pacha, donde está la luna y las estrellas es otro pacha”; , llama la atención sus manifestaciones y concepciones, de que “es intolerable el exterminio de la vida; con la destrucción de la selva se borra el alma, dejamos de ser indígenas de la selva”; refieren que en “esa selva viviente hay ruidos y fenómenos especiales”, expresan su sentir cultural y que los anima y fortalece “es la inspiración que cuando están en esos lugares, sienten una forma de suspiro, de emoción, y así cuando regresan a su pueblo, a la familia, se sienten fortalecidos; esos espacios son los que les dan la potencia, la potencialidad y la energía vital para poder sobrevivir y vivir” (fundamento 150).

- La debida protección de la propiedad comunal indígena, ha sido interpretada por la CIDH en “los términos del artículo 21 de la Convención en relación con los artículos 1.1 y 2, extrayendo que impone a los Estados la obligación positiva de adoptar medidas especiales para garantizar a los pueblos indígenas y tribales el ejercicio pleno e igualitario del derecho a los territorios que han usado y ocupado tradicionalmente” (fundamento 171).

- Los “derechos a la consulta y a la propiedad comunal” son vinculados por la Corte con el derecho a la identidad cultural, reitera que: “desconocerse el derecho ancestral de las comunidades indígenas sobre sus territorios, se podrían estar afectando otros derechos básicos, como el derecho a la identidad cultural y la supervivencia misma” (fundamento 212).
- En este caso concreto, determina que el Estado, al no consultar al Pueblo Sarayaku sobre la ejecución del proyecto que impactaría directamente en su territorio, incumplió sus obligaciones, conforme a los principios del derecho internacional y su propio derecho interno, de adoptar todas las medidas necesarias para garantizar que Sarayaku participara a través de sus propias instituciones y mecanismos y de acuerdo con sus valores, usos, costumbres y formas de organización, en la toma de decisiones sobre asuntos y políticas que incidían o podían incidir en su territorio, vida e identidad cultural y social, afectando sus derechos a la propiedad comunal y a la identidad cultural; “considera que el Estado es responsable por la violación del derecho a la propiedad comunal del Pueblo Sarayaku, reconocido en el artículo 21 de la Convención, en relación con el derecho a la identidad cultural, en los términos de los artículos 1.1 y 2” (fundamento 126).
- Finalmente, reconociendo la existencia de diferentes y a veces nuevos actores sociales, la Corte señala en su jurisprudencia, que la democratización del

Estado y de la sociedad que prescribe la Constitución, se encuentra ligada a un esfuerzo progresivo de construcción histórica, durante el cual es indispensable que la esfera de lo público, y con ella el sistema político, estén abiertos al reconocimiento constante de nuevos actores sociales; que sólo puede hablarse de una verdadera democracia, representativa y participativa, allí donde la composición formal y material del sistema guarda una correspondencia adecuada con las diversas fuerzas que conforman la sociedad, y les permite, a todas ellas, participar en la adopción de las decisiones que les conciernan (en referencia a la sentencia C-169-01 de la Corte Constitucional de Colombia, p. 177).

3.3. Estándares Internacionales de la Corte IDH sobre la Propiedad de las Tierras de los Pueblos Indígenas

Los estándares internacionales sobre derechos fundamentales desarrollados por la Corte IDH, vienen a constituir en sí normas jurídicas, normas adscritas identificadas por la Corte como resultado de sus interpretaciones jurídicas, que funcionan como reglas jurídicas que gozan de carácter vinculante al igual que las normas contenidas en los tratados vinculantes para el Estado Peruano, pues las normas de los tratados son normas constituidas, y los estándares internacionales son normas adscritas y

resultado de las interpretaciones realizadas por la Corte a partir de las normas de los tratados y convenios sobre tales derechos fundamentales.

Los estándares, contienen criterios, contenidos y alcances sobre determinados derechos, también de los supuestos que vienen a constituir el incumplimiento de los Estados y la violación de los derechos fundamentales; dichos estándares se encuentran en las sentencias y, opiniones consultivas, las que son de carácter vinculante y deben ser observadas bajo responsabilidad de los Estados Partes; de los cuales nos vamos a centrar a aquellos esenciales que se vinculan con la posesión y propiedad de territorios y tierras de los pueblos indígenas.

Estándar sobre la Autoidentificación de los Pueblos Indígenas

El sustento convencional del criterio de autoidentificación se encuentra en la norma del artículo 1.2 del Convenio 169 de la OIT, del artículo 33.1 de la “Declaración de la ONU sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas”, y artículo 1.2 de la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas; la autoidentificación que como hemos señalado antes, se compone de elementos objetivos y subjetivos, y

funciona a nivel individual y colectivo, y ha sido precisado por la Corte IDH⁵ en el sentido que la identificación colectiva de un pueblo es “un hecho histórico social y que reafirma su autonomía”; teniendo derecho los pueblos de determinar su propia identidad y pertenencia, se ha señalado en la jurisprudencia internacional que “la Corte y el Estado deben limitarse a respetar las determinaciones que en este sentido presente la Comunidad, es decir, la forma cómo ésta se autoidentifique”.

Estándar sobre la libertad de determinación y definir su particular desarrollo de los pueblos indígenas.

Constituye un derecho fundamental de carácter esencial por su vinculación con la dignidad humana, significando el disfrute de la libertad de determinación la erradicación de toda forma de imposición o direccionamiento en la vida y decisiones de la persona humana; este derecho guarda relación inescindible con otros derechos, como el derecho a la vida con dignidad, a la libertad y tomar sus propias decisiones, interpretando la Corte IDH el reconocimiento del derecho colectivo a la libre determinación y modelos propios de desarrollo de los pueblos indígenas, los cuales son necesarios para asegurar su propia existencia, subsistencia y bienestar; derecho

⁵ Jurisprudencia abundante de la Corte IDH: “Caso de la Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No. 214”, Sentencia (2010, párr. 37). “Caso de la Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay”. Serie C No. 214, Sentencia (2010, párr. 37); CIDH: “Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. OEA/Ser.L/V/II.Doc.56/09”, (2009, párr. 31).

que les corresponde ejercer en condiciones y parámetros de igualdad con los demás, tratando de una exigencia de adoptar y determinar su propio destino, así como la adopción de sus decisiones con libertad, especialmente cuando se trata de afectaciones a sus derechos e intereses; el cual se debe tener en cuenta ante cualquier medida o proyecto que vaya adoptar el Estado o sus funcionarios, siendo en estos casos que resulta exigible e ineludible cumplir con el procedimiento de “consulta previa, libre e informada”, no realizado de cualquier manera, sino con las exigencias del ordenamiento convencional, que garanticen la adecuada y suficiente información, en forma previa, transparente, y cumpliendo las reglas para recoger la respuesta de los pueblos interesados y sus integrantes; ciertamente para la mayoría de las personas puede parecer que es inmanente a sus derechos y así se respeta el que cada uno pueda tomar sus propias decisiones, empero ello no sucede así en todos los casos, y en muchas ocasiones se requiere estar bien alertas para que subrepticamente no se ingresen disposiciones legislativas y reglamentarias bajo diferentes denominaciones y fines variados (de nombre), destinados a obtener consentimientos no informados y encubiertos, siendo muchos los casos en que los Estados han inobservado el derecho fundamental a la consulta, como lo ha advertido la Corte IDH, por citar el del Pueblo Kichwa entre otros; y no se trata de tomar una decisión o cualquier decisión, sino esencialmente que se respete su derecho a decidir, a participar, y a establecer en la adopción de sus decisiones, cuáles son sus prioridades y prevalencias. El derecho a la libre determinación y modelos propios de desarrollo de los pueblos indígenas, tiene especial énfasis cuando se trata del ejercicio de su derecho a poseer, usar, y ejercer “la propiedad colectiva de sus tierras”, debido a fuerte vinculación con sus territorios y

tierras, y por constituir estos, un valor de su cultura, de su historia, vida espiritual (consideran algunos lugares como sagrados y parte de sus orígenes), alimentación y sostenimiento social y económico. La Corte IDH, ha reconocido sus derechos a sus territorios que han ocupado y utilizado ancestralmente, y que son necesarios para la continuidad de su subsistencia, y desarrollo; asimismo ha señalado que los pueblos indígenas tienen derecho a ser reconocidos legal y jurídicamente como los dueños de sus territorios, a obtener el título jurídico formal de la propiedad de sus tierras, incluso obtener la inscripción registral, precisando que no se trata de una titulación individual, sino que requiere ser colectiva⁶.

Estándar sobre reglas a seguir en casos de conflictos jurídicos de propiedad territorial con terceros.

Existen criterios importantes fijados por la Corte IDH en relación a las tierras de los pueblos indígenas, que deben ser aplicados como estándares internacionales por el sustento que cuentan en las normas convencionales; es el caso de las pautas o reglas a seguir cuando se produzcan conflictos jurídicos de propiedad territorial con terceros⁷,

⁶ Criterios e interpretaciones acogidas por la Corte IDH en su jurisprudencia: Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Fondo Reparaciones y Costas. Serie C No. 125, Sentencia (2005); Caso de la Comunidad Moiwana Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No. 124, Sentencia 15 de junio de 2005.; Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No. 146, Sentencia (2006).

⁷ Criterios e interpretaciones acogidas por la Corte IDH en su jurisprudencia: Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No. 125, Sentencia (2005. párr. 144); CIDH: “Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y

habiendo interpretado que en principio no se admite afectación de su derecho a la propiedad de sus tierras, sin embargo como no existen derechos absolutos, y dado situaciones de conflictos con otros, es que excepcionalmente se pueden admitir limitadas “restricciones al goce y ejercicio”, bajo las siguientes pautas: i) solo aquellas restricciones previstas en normas legales, cumpliendo el requisito de estar “establecidas por ley”; ii) debe tratarse de restricciones “necesarias”, que justifiquen y sustenten razonablemente su imposición; iii) las restricciones deben ser “proporcionales”, a fin de evitar excesos, abusos y arbitrariedades es necesario verificar la proporcionalidad aplicando a las medidas en control de constitucionalidad y convencionalidad, el test de proporcionalidad; iv) deben tener por objetivo la consecución de una “finalidad legítima” conforme a “una sociedad democrática”.

Estándar sobre reglas a seguir en relación a las actividades de extracción, explotación y desarrollo.

En relación a las actividades de extracción, explotación y desarrollo, la Corte IDH ha establecido que surgen obligaciones positivas del Estado de cumplir con la debida “protección de derechos humanos de los pueblos indígenas” en tales contextos, estas obligaciones se orientan a evitar abusos y a encauzar la actividad estatal en

jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos”. “OEA/Ser.L/V/II.Doc.56/09”, (2009, párr. 117).

compatibilidad con los derechos fundamentales de los indígenas, por ello la exigencia que cuando se traten de tales actividades vinculadas a la minería, hidrocarburos y otros sectores que involucren extracción, explotación y desarrollo que afecten derechos de los pueblos indígenas, se requieren cumplir los siguientes parámetros:

- a) Previamente el Estado debe haber cumplido diligentemente con delinear, aprobar y aplicar un ordenamiento regulativo que sea adecuado y compatible con la protección de los derechos fundamentales de los indígenas.
- b) En principio no se admiten afectaciones de los derechos humanos, es por ello que la Corte responsabiliza e impone la obligación a los Estados y sus autoridades de “prevenir, mitigar y suspender los impactos negativos sobre los derechos humanos”.
- c) El control es un aspecto importante en este tipo de actividades, por ello se exige al Estado adoptar dispositivos de control adecuados, que involucren la supervisión y fiscalización eficiente y no afecten derechos culturales.
- d) La coordinación y la transparencia son esenciales para evitar conflictos sociales y afectaciones a la propiedad y posesión, por ello se requieren promover la participación y fluido acceso a la información.

- e) Es obligación de los Estados, prevenir la realización de acciones ilícitas, como sucede con la tala ilegal, extracción no autorizada de recursos, etc.

- f) En lo que se refiere a vulneraciones de derechos fundamentales, es obligación del Estado brindar tutela jurisdiccional efectiva en su expresión de “acceso a la justicia”, el seguimiento e investigación de los casos por las autoridades competentes, así como la imposición de condenas y medidas reparatorias que sean necesarias según cada caso⁸.

Criterios a utilizar en la determinación de “la relación de los pueblos y comunidades indígenas con sus tierras tradicionales”.

De gran trascendencia para definir y establecer políticas estatales compatibles con el derecho fundamental a la identidad cultural y su vinculación con las tierras tradicionales, constituyen los criterios establecidos como estándares internacionales por la Corte, para identificar los aspectos y características de la relación cultural de los pueblos con sus tierras, para ello se debe tener en consideración:

⁸ Criterios e interpretaciones acogidas por la Corte IDH en su jurisprudencia: Corte IDH. Caso del Pueblo Saramaka. Vs. Surinam. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No. 172, Sentencia (2007. párrs. 127, 128). Corte IDH. Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador. Fondo y reparaciones. Serie C No. 245.Sentencia (2012. párrs. 159-167).

- a. La forma de relación cultural de los pueblos indígenas con sus tierras, dependerá de cada pueblo y de la situación que se produzcan, ello sucede en razón de la gran diversidad cultural que también se da entre los varios pueblos indígenas.

- b. Se debe respetar los modos en que manifiesten las relaciones, que igualmente pueden variar en cada caso, no tratándose de formas estatuidas igualmente para la generalidad, sino de la forma que adopte cada cultura, habiendo casos en que las relaciones pueden ser en razón de vínculos espirituales, ceremoniales, tradiciones heredadas, costumbres, entre otras.

- c. Se debe examinar las actividades realizadas en sus territorios y tierras para la subsistencia “caza, pesca o recolección estacional o nómada, uso de recursos naturales ligados a sus costumbres u otros elementos característicos de su cultura”.

Estándares sobre la posesión y propiedad de las tierras de los pueblos indígenas

La Corte IDH, ha señalado estándares sobre la posesión y propiedad de las tierras de los pueblos indígenas, en sus sentencias de la Comunidad indígena Yakye Axa Vs. Paraguay, del Pueblo Saramaka vs. Surinam, del Pueblo Indígena Kichwa de

Sarayaku Vs. Ecuador; en vía interpretativa de normas convencionales, que sirven para resolver conflictos derivados de la posesión y propiedad de tierras de las poblaciones indígenas, pautas extraídas de las consideraciones y precisiones anotadas por la Corte en las citadas sentencias; asimismo debemos precisar que si bien estas normas o estándares se encuentran dirigidas a los Estados, al referirse a ellos se comprenden a todas las autoridades de tales Estados, como responsables de su atención y cumplimiento:

- 1) La obtención de personería jurídica: jurídica ha resaltado que ésta no es exigible a los pueblos indígenas en los procedimientos o procesos en los que pretendan reivindicar sus tierras, anotando que si bien se requiere personería para actos de transferencias, sin embargo ello no es exigible cuando pretendan iniciar trámites de reivindicación, distinguiendo entre la formalidad y los derechos preexistentes que detentan; habiendo aclarado la Corte, que los pueblos indígenas en sí no requieren de los Estados que les otorguen personería conforme a sus sistemas jurídicos, que si bien en ciertas circunstancias facilitan la identificación y realización de algunos actos y actividades, se debe tener presente que estos pueblos son históricamente preexistentes, y no requieren de la formalización de una personería para ejercitar y reclamar sus derechos.
- 2) Sobre los reconocimientos de derechos: Distingue que la titularidad de los derechos no son reconocidos a las personas jurídicas por inscribir o inscrita,

sino a la propia comunidad, ello en relación a aquellos derechos derivados de la “organización política, social, económica, cultural y religiosa”, así como la elección de líderes; debiendo puntualizar en relación al derecho a reivindicar y reclamar sus tierras ancestrales y tradicionales, el reconocimiento es para el pueblo o comunidad indígena y no en sí a la persona jurídica que se hubiere formalizado: “son reconocidos no a la persona jurídica que debe inscribirse para cumplir con un formalismo legal, sino a la comunidad en sí misma que la propia Constitución y las normas convencionales reconocen”.

- 3) En relación al plazo razonable en un procedimiento de reivindicación de tierras: el rezago procesal así como la excesiva demora, por si sola constituye grave vulneración a las garantías del sistema de justicia , en tal caso para examinar dicha vulneración, cabe la aplicación de los criterios ya desarrollados por la Corte para determinar la afectación del derecho fundamental al plazo razonable, entre ellos examinar si las causas de la demora se debe a conductas asumidas por algunas de las partes, en cuyo caso ellas e incluso el Estado puede acreditar su irresponsabilidad por la demora, debiendo para ello sustentarlo así y presentar medios probatorios, en relación a las conductas procesales o procedimentales, o sobre la complejidad de los asuntos materia de decisión judicial.

- 4) Establece que los compromisos convencionales asumidos por los Estados, los obliga a cumplir determinadas medidas conforme a sus procedimientos constitucionales y normas convencionales:
- i. Adecuar su derecho interno con normas legislativas o de otra naturaleza que habiliten el ejercicio de los derechos y libertades reconocidas convencionalmente.
 - ii. Incorporar o contar con procedimientos y/o procesos en el sistema jurídico, donde los pueblos indígenas puedan formular pretensiones reivindicatorias de sus tierras.
 - iii. Estos procesos y procedimientos deben cumplir con los estándares requeridos y compatibles con el derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva, no solo en la posibilidad de acceso, sino que concreten decisiones efectivas en el reconocimiento y recuperación de sus tierras.
 - iv. Conforme al principio de “effet utile”, la obligación de los Estados de adecuar su derecho interno a los parámetros convencionales, requiere una especial diligencia, adoptando los medios y mecanismos para que el contenido y lo previsto en la Convención, sea materializado real y efectivamente, tratándose de una exigencia de diligencia cualificada.
- 5) Sobre el derecho a reivindicar tierras ancestrales: En forma igual que las demás personas y culturas, la Corte tiene fijado como estándar en el caso de los

pueblos indígenas, que de acuerdo a la norma convencional veintiuno de la Convención Americana de Derechos Humanos, tienen derecho a usar y disfrutar de sus bienes entre ellos, a sus tierras, que igualmente se encuentran sometidos a la ley, en relación al interés social, sin embargo no está permitido que se les pueda despojar de sus bienes, salvo que se trate afectaciones previstas legalmente y acompañadas del previo pago de una compensación o suma indemnizatoria.

- 6) Sobre la identidad cultural y las tierras comunales: Señala, que esa estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe de ser reconocida y comprendida como la base fundamental de su cultura, vida espiritual, integridad, supervivencia económica y su preservación y transmisión a las generaciones futuras. Que, la cultura de los miembros de las comunidades indígenas corresponde a una forma de vida particular de ser, ver y actuar en el mundo, constituido a partir de su estrecha relación con sus territorios tradicionales y los recursos que allí se encuentran, no sólo por ser estos su principal medio de subsistencia, sino además porque constituyen un elemento integrante de su cosmovisión, religiosidad y, por ende, de su identidad cultural.

- 7) La Corte reconoce la conexión cultural y espiritual que los pueblos indígenas mantienen con sus tierras, territorios, recursos naturales, desprendiendo de la norma 21 de la Convención, el deber de los Estados de salvaguardarlos.

- 8) Obligación de protección efectiva de las tierras y recursos naturales: La corte ha interpretado sobre la relación cultural de los pueblos con ciertos bienes, como sucede con sus tierras ancestrales y recursos naturales que han pasado a constituir bienes y valores culturales, así como “elementos incorporales”, que es obligación de los Estados de protegerlos y establecer las salvaguardas necesarias para ellos, conforme lo previsto en la norma convencional veintiuno.
- 9) Sobre la propiedad privada: La Corte ha reconocido que cuentan con protección de la convención la “propiedad privada de los particulares”, y la “propiedad comunitaria de los miembros de las comunidades indígenas”, conferidas por las normas convencionales del artículo veintiuno; sin embargo es un elemento fundamental la delimitación e identificación física de las tierras y territorios indígenas, pues de lo contrario carece de sentido cualquier reconocimiento y se vulneran las normas convencionales.
- 10) Establece pautas a seguir por los Estados en caso de conflictos y colisiones entre “la propiedad comunal indígena y la propiedad privada particular”, reglas desarrolladas de la Convención Americana y de la jurisprudencia de la Corte IDH; estas pautas permiten identificar “las restricciones admisibles al goce y ejercicio de estos derechos”:
- Deben estar previstas mínimamente en normas legales.

- Deben tratarse de limitaciones legales de carácter indispensable.
- Las limitaciones o medidas de intervención, deben cumplir con el principio de proporcionalidad.
- La finalidad y objetivo legítimo conforme a parámetros constitucionales y convencionales, es consustancial en la justificación de la intervención.

11) Sobre la proporcionalidad de las medidas de afectación de los derechos de propiedad a las tierras: Ha interpretado la Corte, que “La proporcionalidad radica en que la restricción debe ajustarse estrechamente al logro de un legítimo objetivo”, en igual modo cuando se trata de conflictos en la aplicación de principios o derechos fundamentales, se debe examinar que sea mínima la afectación del derecho intervenido a la par que sea mayor el disfrute del otro derecho; dependiendo la compatibilidad convencional de la restricción, en que está se encuentre debidamente justificada en “objetivos colectivos que, por su importancia, preponderen claramente sobre la necesidad del pleno goce del derecho restringido”.

12) Sobre la verificación de los conflictos: Ha señalado que en la aplicación de los “estándares internacionales a los conflictos entre propiedad privada y reclamos de reivindicación de propiedad ancestral de los miembros de comunidades indígenas”, se impone la obligación estatal y de sus autoridades de examinar cada particular situación concreta, para identificar “las restricciones que resultarían del reconocimiento de un derecho por sobre el otro”.

13) Sobre los derechos de los indígenas a sus territorios: Es deber de las entidades estatales y de sus autoridades, atender que se tratan de derechos colectivos vinculados a su identidad cultural, que los distinguen a otras formas de ejercer propiedad, que también se encuentran conectados a su propia subsistencia y existencia, atender “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. La propiedad sobre la tierra garantiza que los miembros de las comunidades indígenas conserven su patrimonio cultural”; es por ello que cuando no se brinda una adecuada protección o se niega su derecho a sus territorios ancestrales, se vulneran además derechos esenciales, como el derecho a la vida, a la dignidad, a subsistir, tanto a los miembros como a la comunidad como grupo colectivo.

14) Sobre las restricciones a la propiedad privada de particulares: Hay situaciones en que las restricciones a este derecho pueden ser justificadas por la necesidad de “preservar identidades culturales”, en cuyo caso, se debe cumplir con las reparaciones con el pago indemnizatorio justo y adecuado, de acuerdo a la norma convencional veintiuno, inciso segundo. Deja en claro, que, en todos los casos de ese tipo de conflictos por tierras en contexto de multiculturalidad, no se va a aplicar en el mismo sentido, pues en algunos van prevalecer “los intereses territoriales particulares o estatales” sobre los de los pueblos indígenas dependiendo de cada situación concreta.

- 15) Sobre la afectación de tierras indígenas: En los casos que no se pudiere recobrar o retornar territorios tradicionales o recursos naturales de los pueblos indígenas, es obligación de los Estados verificar una justa y adecuada compensación, considerando el especial sentido que tienen sus tierras para las poblaciones indígenas.
- 16)) Profundizando en la conexión con sus tierras, la Corte tiene señalado que una interpretación materialmente correcta de la norma convencional 21, reside en que deben ser los miembros de las poblaciones indígenas quienes deben determinar libremente “su propio desarrollo social, cultural y económico, el cual incluye el derecho a gozar de la particular relación espiritual con el territorio que han usado y ocupado tradicionalmente”.
- 17) Sobre el disfrute de la propiedad comunitaria: En interpretación normativa de la disposición convencional veintiuno, en compatibilidad con derechos fundamentales acogidos en las normas primera y veintisiete del PIDCP, es derecho de las poblaciones indígenas y de sus integrantes “al goce de su propiedad de conformidad con su tradición comunitaria”.
- 18) Sobre el sistema colectivo de propiedad: La Corte ha establecido que es un deber del Estado, de incorporar en su derecho interno el “sistema colectivo de propiedad”, además de adoptar medios e instrumentos para que este derecho

colectivo, se efectivicen conforme a los parámetros fijados en la jurisprudencia convencional.

19) Sobre el derecho de los miembros de los pueblos tribales al uso y goce de la propiedad comunal: Ha fijado en forma especial e interpretativamente en su jurisprudencia, la protección convencional encuentra sustento en la norma veintiuno, debiendo ser garantizados y protegidos “la estrecha vinculación de los pueblos indígenas con sus tierras tradicionales y los recursos naturales ligados a su cultura (...), así como los elementos incorporales que se desprendan de ellos”.

20) Propiedad y posesión: La norma del artículo 21 de la Convención protege estos derechos conforme a la propiedad comunal y colectiva debido a sus especiales características que imprimen en su ejercicio y disfrute, que sobrepasan la individualidad a una forma especial de ejercerla en razón y sentido del colectivo, así “propiedad y posesión en las comunidades indígenas pueden tener una significación colectiva, en el sentido de que la pertenencia de ésta no se centra en un individuo sino en el grupo y su comunidad”.

21) Sobre restricciones a la propiedad colectiva, incompatibles convencionalmente: Ha establecido la Corte como parámetros y garantías la proscripción de “restricciones al derecho a la propiedad que denieguen la subsistencia del

pueblo indígena”, debido a los varios derechos involucrados en la propiedad colectiva y subsistencia de los indígenas, que gozan de protección convencional conforme a la norma primera inciso primero.

22) Sobre las concesiones en territorios indígenas: Tiene señalado, que cuando se trate de emisiones de concesiones ubicadas al interior de territorios indígenas, éstas no deben constituir amenaza a sus derechos fundamentales, ni afectación a su “subsistencia como pueblo tribal”; situaciones en las que los entes estatales asumen el cumplimiento de las salvaguardas o garantías que se indican a continuación:

- Tiene que verificar “la participación efectiva de los miembros del pueblo, de conformidad con sus costumbres y tradiciones”; ello respecto a “todo plan de desarrollo, inversión, exploración o extracción”, los que se realicen en el territorio o tierras indígenas.
- En tales casos, se debe verificar que los integrantes de las poblaciones indígenas sean compensados con beneficios razonables, de las actividades que se lleven en sus territorios o tierras.
- Deben tener presente la importancia de los “estudios de impacto ambiental y social realizados por entidades independientes y

técnicamente capaces, bajo la supervisión del Estado”, en tanto estos no se hayan realizado, verificado y evaluados los resultados, evitando perjuicios para los pueblos, es que no se podrá autorizar o disponer concesión alguna dentro de esos territorios.

En las últimas décadas se ha producido un abundante desarrollo jurisprudencial del tribunal internacional de la Corte IDH sobre los derechos de los pueblos indígenas y tribales, y en variadas oportunidades la vulneración de derechos denunciados ante dicha instancia internacional, guarda directa vinculación con los territorios y tierras comunales, llevando a la Corte a fijar estándares, normas adscritas resultantes de la interpretación de las normas de los tratados de derechos fundamentales, utilizando además de las clásicas estrategias de interpretación jurídica, los principios de interpretación evolutiva y pro homine, y uno muy especial de interpretación cruzada acudiendo a varias normas convencionales así como a lo establecido en su propia jurisprudencia, con métodos denominados como “fertilización cruzada y diálogo judicial” (López, 2017, pp. 133-189).

Del prolifero trabajo de la Corte IDH y de sus estándares internacionales sobre los territorios y tierras indígenas, se ha formado tanto material normativo que integra un nuevo cuerpo normativo igual o en mayor forma vinculante para todas las entidades y funcionarios estatales y políticas, del Poder Ejecutivo, Legislativo y Poder Judicial, en razón del sometimiento del Estado Peruano a los tratados, a la jurisdicción de la Corte

IDH y a sus sentencias interpretativas, que constituyen argumentos e interpretaciones de autoridad; que por cierto pertenecen en conjunto al Sistema de Derecho Internacional que hoy en día se aplica y coexiste con el Sistema de Derecho Interno, además cabe señalar que el Derecho Internacional desarrollado en este capítulo, ratifica la validez y aplicación del Derecho Consuetudinario, corroborando la pluralidad de sistemas en un solo Estado.

De este cuerpo de reglas jurídicas internacionales vinculantes y relacionadas con el tema de investigación, es importante destacar la construcción de nuevos conceptos jurídicos como el fortalecimiento de otros ya existentes, me refiero en primer lugar a la “propiedad colectiva indígena y tribal”, que ha sido desarrollado en reiteradas ejecutorias de la instancia convencional, como en procesos internacionales ya mencionados, casos Pueblos Kaliña y Lokono vs Surinam, en que resolvió condenando a dicho Estado por violar la propiedad colectiva, que conforme a la Corte se encuentra protegida por norma convencional número veintiuno. Lo interesante en ese caso y aquellos que se sucedieron es el desarrollo y el resultado interpretativo de la norma citada, extrayendo sólidamente que la propiedad en ella protegida no se limita a la propiedad individual, sino también a la propiedad colectiva indígena.

Desarrollando los varios elementos y aspectos de la propiedad colectiva indígena, la Corte ha señalado de acuerdo a una interpretación evolutiva del artículo 21 citado, que

la disposición protege el derecho a la propiedad comprendiendo no solo la propiedad individual, sino al igual aquellos derechos comunales a la propiedad colectiva (párrafo 148 Awas Tingni); a partir de ello apertura la protección de otras formas de propiedad, como la propiedad colectiva indígena y la propiedad colectiva tribal; cabe anotar que éstas formas de propiedad tienen sus propias características en relación a como se produce el uso, actos de posesión, administración y en algunos casos, cuando está permitido de acuerdo a las reglas no solo del sistema jurídico predominante, sino especialmente del colectivo protegido, actos de disposición.

No solo se ha establecido la protección jurídica a la propiedad colectiva sino también a la posesión comunal de las poblaciones indígenas, en su derecho de recobrar y mantener sus territorios ancestrales y los que ocupan, los que les sirven para su subsistencia y supervivencia, así como para su desarrollo económico; ello se entiende por el valor y bagaje cultural que tiene la tierra para los indígenas, la tradición comunitaria en la forma comunal de uso colectivo de la tierra, el cual dista mucho del tradicionalmente conocido, siendo una posesión y propiedad que no se circunscribe a una persona ni al individuo, sino que se proyecta a todo el grupo, y en mayor amplitud a las generaciones pasadas que aportaron y le dieron sentido, a las generaciones actuales que viven y encuentran su sentido, refugio y protección en sus tierras, y a las generaciones futuras a quienes transmitirán sus tierras para que igualmente éstas cumplan su propósito de fuente de vida y sostenimiento, en una concepción cultural que se proyecta a sobrevivir y subsistir en el tiempo. La Corte ha señalado que los

pueblos indígenas tienen una fuerte relación con sus tierras, que no solo se trata de posesión y producción, sino esencialmente hay un elemento material y espiritual, que sirve y consiste en mantener y conservar “su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras” (Awas Tingni, fundamento 149).

De modo ineludible es necesario conocer las normas jurídicas desarrolladas por la Corte IDH, para su debida aplicación y consideración en la adecuación de la legislación nacional, así en la resolución de casos de contención administrativa o judicial; pues se han variado conceptos, criterios y disposiciones, por ejemplo en nuestro ordenamiento jurídico se brinda una especial protección y preferencia jurídica en los casos de conflictos de propiedad, a aquellas cuyos títulos se encuentran inscritos con mayor antigüedad; no sucede lo mismo a nivel del ordenamiento convencional, los pueblos indígenas no requieren reconocimiento oficiales para ejercer sus derechos, no requieren inscribir en nuestros registros públicos para que su propiedad sea reconocida y opuesta a terceros, cuando se tratan de tierras ancestrales pre-existentes a la formación de los Estados; habiendo señalado la Corte que “la posesión de la tierra debería bastar para que las comunidades indígenas que carezcan de un título real sobre la propiedad de la tierra obtengan el reconocimiento oficial de dicha propiedad y el consiguiente registro” (Awas Tingni párrafo 151). La obligación es de los Estados quienes asumen responsabilidad por no delimitar, demarcar ni otorgar títulos de propiedad, por otorgar concesiones de explotación a empresas vulnerando las tierras comunales (el caso Awas Tingni vs Nicaragua), y en algunos casos sin realizar el

procedimiento de consulta previa, libre e informada. En cuanto a las reglas aplicables para resolver conflictos con terceros, ya las hemos mencionado en los estándares fijados por la Corte, las que consideran elementos objetivos sometidos a prueba y entre ellos evaluar la necesidad, el perjuicio a cada uno de los involucrados, así como elementos subjetivos relacionadas con el vínculo con las tierras.

IV CONCLUSIONES

Del resultado final de esta investigación, se presentan las siguientes conclusiones:

1. El Perú es un país con multiculturalidad, con presencia de diversidad cultural, pluriculturalidad y pluralismo jurídico con pueblos indígenas provenientes de poblaciones ancestrales que tienen su propia identidad cultural, valores, bienes culturales y sistema de derecho que regula sus relaciones y actividades, autoridades que ejercen funciones jurisdiccionales, rondas campesinas que ejercen funciones de gobierno local, jurisdicción y actúan como órganos ejecutores.

2. Coexisten varios ordenamientos jurídicos en un mismo campo social y Estado, uno estrictamente estatal con sistema jurídico jerarquizado y centralizado, otros provenientes de la pluralidad cultural; ocurriendo comportamientos que obedecen a más de un ordenamiento jurídico, produciendo enfrentamientos y confrontaciones que se manifiestan en conflictos sociales, demandas e impugnaciones contra autoridades y normas jurídicas del Estado; ordenamientos que no se pueden unir ni asimilar, habiendo uno de carácter generalizado y otros de grupos o subgrupos, el primero se sustenta en sus propios principios y normas constitucionales, el segundo se sustenta en sus valores y principios provenientes de su cultura e identidad cultural, tradiciones, costumbres, valores, bienes, derecho consuetudinario; generando un pluralismo fuerte que va más allá del reconocimiento constitucional de diversidad e identidad cultural, la autonomía, jurisdicción y autoridades de los pueblos indígenas, dándose una relación de respeto del derecho y sistemas, como se traduce en el desarrollo jurisprudencial.

3. Las normas constitucionales, como el desarrollo jurisprudencial del más alto nivel de nuestro país, reconoce la diversidad cultural, así como el pluralismo jurídico sin secesiones ni separaciones, coexistiendo un sistema jurisdiccional y normativo de derecho consuetudinario, con el derecho Estatal, que es parte de nuestra realidad social, política y jurídica, con un elemento común en ambos

sentidos, obligando a unos y otros, a respetar y no vulnerar los derechos fundamentales de los otros.

4. Se produce una especial vinculación de la “identidad étnica y cultural de los pueblos indígenas con sus territorios y tierras comunales”; los pueblos indígenas en el Perú, ocupan sus tierras de manera distinta al sector no indígena de la sociedad. Sus asentamientos se dispersan en razón de buscar de mejor manera la utilización de los recursos naturales, respetando el equilibrio ecológico y disfrutando de una relación espiritual tierra-indígena, poco comprendida en la concepción tradicional de propiedad.
5. Los pueblos indígenas ejercen sistemas de derecho de propiedad y posesión colectiva muy peculiares, teniendo por titulares a la comunidad, quienes en forma conjunta e individual ejercen y disfrutan de esos derechos, reafirmando “la coexistencia de la dimensión colectiva con la dimensión individual”, las que gozan de protección convencional.
6. La identidad cultural igualmente se manifiesta en las formas de ejercer la propiedad, expresándose en forma colectiva en su especial forma de relacionarse con sus tierras y recursos, que adquieren connotaciones de valores y bienes culturales, en los que pueden expresar su cultura, ritos, ceremonias,

costumbres y su propio entendimiento y sentido de su identidad cultural. En ese orden, gozan de reconocimiento, protección convencional y constitucional.

7. Resulta un notable avance en progresividad de derechos humanos, la interpretación normativa del artículo 21 de la Convención en el sentido que forma parte de su contenido, el reconocimiento y protección en el derecho internacional, brindada a “los derechos de los pueblos indígenas a administrar, distribuir y controlar efectivamente su territorio ancestral, de conformidad con su derecho consuetudinario y sistemas de propiedad comunal”.

8. En específico, en relación a la regulación jurídica de la posesión y propiedad colectiva de las tierras de las comunidades indígenas en el Perú, se da una situación de pluralismo jurídico rígido, con más de un sistema de derecho con reconocimiento constitucional; coexistiendo y aplicándose distintos ordenamientos jurídicos; uno de derecho interno del sistema estatal con un Código Civil de 1984 de naturaleza en estricto civilista (y que no contempla la propiedad y posesión colectiva de los pueblos, ni su vinculación con la identidad cultural), sumado a leyes especiales a las comunidades campesinas e indígenas; otro, con propias autoridades con facultades jurisdiccionales, con facultades de coerción y de ejecución, bajo un derecho consuetudinario perteneciente a los comunidades campesinas, nativas e indígenas, proveniente de sus reglas, valores, usos y costumbres ancestrales; otro de derecho

internacional con sus propias normas convencionales y tratados de derechos humanos, con una corte con jurisdicción y competencia, así como una comisión, ambas de competencia internacional y que por la ratificación y sometimiento, vinculan al Estado Peruano, estando desarrollado este sistema de derecho a través de las interpretaciones, jurisprudencia e informes, un ordenamiento con reglas y estándares internacionales más especializado y específico sobre varios temas, como el derecho colectivo de los territorios y tierras de las poblaciones indígenas, su protección y consecuencias, concordado con los tratados internacionales de derechos humanos.

9. El derecho estatal se valida y legitima en un sistema de pluralismo jurídico, cuando sus autoridades en la interpretación y aplicación de las normas, las compatibilizan y armonizan con el derecho internacional de derechos fundamentales; lo cual resulta con mayor exigencia en los casos de los jueces al momento de aplicar y resolver conflictos sobre tierras comunales; advirtiendo en el nuevo siglo una posición de mayor apertura a nivel de las instancias y Corte Suprema, con el desarrollo de plenos jurisdiccionales, precedentes vinculantes y sentencias orientadas a respetar la jurisdicción de las poblaciones indígenas, establecer pautas, e ir descriminalizando las actuaciones de las autoridades indígenas.

10. La aplicación de las normas civiles del Estado a asuntos de tierras de comunidades campesinas e indígenas, resulta muy lesiva e incompatibles con la diferente forma de ejercer y usar la propiedad y posesión colectiva de las tierras comunales, así como su componente de identidad cultural, además de vulnerar el derecho consuetudinario e internacional sobre derechos humanos.

11. De acuerdo al sistema de derecho internacional sobre derechos humanos y tratados y en específico la Convención Americana de Derechos del Hombre, el derecho preferente para la regulación de tierras comunales y solución de conflictos, es el Derecho Consuetudinario. Ello también se desprende de la norma del artículo 149 de la constitución, y de la Ley General de Comunidades Campesinas y Nativas, coincidiendo y existiendo un reconocimiento del Estado de la aplicación preferente de normas de derechos consuetudinario.

12. Resulta correcto acudir a las normas del Convenio 169 de la OIT cuando se tratan asuntos de tierras de comunidades campesinas e indígenas; así como verificar el cumplimiento sustentado en la norma del artículo 13 del Convenio que contiene la obligación del Estado de “respetar la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados, reviste su relación con las tierras o territorios, o con ambos, que ocupan o utilizan de alguna manera y los aspectos colectivos de esa relación”; asimismo a la norma del artículo 14.1 establece la obligación de los Estados de reconocer a los pueblos

indígenas y tribales, "el derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan", a adoptar medidas para salvaguardar su derecho a utilizar tierras que no estén ocupadas exclusivamente por ellos, pero a las que han tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia.

13. La propiedad y posesión colectivas de las tierras de las comunidades campesinas, indígenas y nativas, cuenta con protección convencional, constitucional y legal, en ese sentido, si bien se prevé la inscripción registral para su personería jurídica, además que por disposición legal la inscripción de la comunidad produce presunción de propiedad sobre las tierras de la comunidad; no es convencional ni constitucionalmente válido, requerir dicha inscripción para ejercitar ni para reclamar sus derechos.

14. En cuanto a la transferencia de la propiedad comunal, la regla general es la protección de la integridad del territorio y de las tierras, guardando compatibilidad con la protección convencional a las relaciones e identidad cultural de los pueblos con dichos bienes resguardar la integridad de las tierras y recursos; resultando una excepción la enajenación, que si bien por sus derechos de propiedad y de autodeterminación, están permitidas las transferencias, se requiere la observancia de un procedimiento sujeto a reglas y garantías que aseguren la adecuada información y entendimiento para

adoptar debidamente las decisiones y acuerdos al interior de la Asamblea General que trasmitan la auténtica decisión de la Comunidad.

V. RECOMENDACIONES

1. Existe una actual problemática en relación a la diversidad e identidad cultural, no obstante los esfuerzos y algunos avances en la jurisprudencia, pues aún no se logra interiorizar que hay varias culturas en un solo Estado; como consecuencia, persisten tendencias a tratar de unificar y asimilar pretendiendo borrar rasgos de identidad cultural diferentes a la de la cultura dominante, o de soslayar sus derechos; lo cual se refleja en sentencias vulneratorias del artículo 149 de la Constitución, y la dación de normas legales orientadas a desconocer derechos como la propiedad de las tierras y la consulta previa a los pueblos indígenas; lo cual trasciende y se traduce en el incremento de los conflictos sociales, cuando se pierde la confianza en el sistema y la gran cantidad de litigios de territorios y tierras comunales en los procesos judiciales civiles, penales, contencioso administrativos, no logran una solución adecuada y eficiente; por lo que es recomendable a las autoridades de entidades e instituciones públicas, llámese Poder Judicial, Ministerio Público, Academia de

la Magistratura, Ministerio de Cultura, Defensoría del Pueblo, entre otros, a desarrollar actividades de capacitación a sus funcionarios, autoridades, y campañas de difusión sobre derechos fundamentales a la propiedad colectiva y diversidad e identidad cultural, estándares internacionales y normas de derecho consuetudinario.

2. Es necesario que los operadores jurídicos manejen adecuadamente los conceptos de cultura e interculturalidad y contribuyan a difundir y orientar hacia políticas esencialmente de respeto y aceptación de las diferencias, e implementación en esa línea de medidas y estrategias de solución de los conflictos sociales que se producen cuando confrontan la propiedad colectiva reclamada de los pueblos indígenas y comunidades campesinas, con la propiedad privada de las empresas y terceros, bajo un trasfondo de diversidad cultural en pugna; considerando que un gran aporte al cambio, lo pueden brindar las universidades fortaleciendo el aprendizaje en las facultades de derecho, conforme a nuestra realidad de multiculturalidad y el respeto de los derechos fundamentales de todos, sin exclusiones.
3. Se requiere compatibilizar la legislación superando las contradicciones legislativas existentes, y armonizar con las normas convencionales de derechos fundamentales de las poblaciones indígenas y sus miembros, en relación a la protección de sus territorios, de sus tierras, de la propiedad colectiva, ésta última requiere ser protegida y promocionada en su ejercicio, a fin de evitar el

desmembramiento de territorios comunales que luego repercuten negativamente en su cultura y economía; lo cual se podría llevar a cabo con la formación de comisiones en el Congreso, que con la seriedad y calificación debida, se trabaje en las modificaciones legislativas.

4. El destacable trabajo y desarrollo de interpretaciones, estándares, normas por la Corte IDH sobre la propiedad, posesión de tierras de los pueblos indígenas, sumado al desarrollo doctrinario, a la jurisprudencia y precedentes de las Salas Supremas Penales, Constitucional y del Tribunal Constitucional, resulta recomendable por lo menos (pues en lo más, sería la emisión de un cuerpo normativo, lo cual aún requiere mayor conocimiento y comprensión del tema por los legisladores), la organización de un texto guía, en el sentido de una recopilación de normas, disposiciones, interpretaciones, estándares y precedentes vinculantes, aplicables a los casos de territorios y tierras de los pueblos indígenas, comprendiendo normas de derecho consuetudinario.

5. En la resolución judicial de casos sobre tierras de los pueblos y comunidades indígenas, y con la desaparición de los juzgados y tribunales agrarios se ha contribuido a una pérdida de la especialidad, y suele obviarse los principios, derechos fundamentales, normatividad especial prefiriendo aplicar las disposiciones del Código Civil bajo una formación y enfoque legal y civilista; incurriendo en graves infracciones normativas y violaciones de derechos

fundamentales, lo cual repercute en más problemas y conflictos sociales; resultando necesario el desarrollo de pautas y directivas por el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, a considerar en la resolución de conflictos de casos sobre territorios y tierras indígenas, dirigidas a los jueces de todas las instancias y de todo el país; además que el Centro de Investigaciones del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, promueva mayor desarrollo de plenos jurisdiccionales a nivel nacional y de la Corte Suprema, sobre temas jurídicos en vinculación con la multiculturalidad y el derecho consuetudinario.

VI. FUENTES DE INFORMACION

Referencias Bibliográficas

Aylwin, J., (2001). *Derechos humanos y pueblos indígenas: tendencias internacionales y contexto chileno*, Chile: Instituto de Estudios Indígenas.

Alva, L., (2004). *Bolívar en La Libertad*, Bolivia: Biblioteca Digital Andina, Universidad Andina Simón Bolívar.

Bazán, V., (2008). *La Judicialización de los Derechos Humanos*. Asociación Argentina de Derecho Internacional. Sección de Derechos Humanos. Argentina: Ediciones Legales.

Berraondo, M., (2006). *Pueblos Indígenas y Derechos Humanos*, Bilbao: Universidad de Deusto, Bilbao.

Boas, F., (1992). *The Mind of Primitive Man (La mentalidad del hombre primitivo)*, Buenos Aires: Almagesto. Traducción Martha García.

Borda, G., (2001). *Manual de Derechos Reales*. Buenos Aires: Abledo-Perrot.

Burga, M., (2005). *La Historia y los Historiadores en el Perú*, Lima: Fondo Editorial UNMSM.

Castillo, L., (2006). *El Derecho de Propiedad como Objeto de Protección del Proceso de Amparo*, Perú: Universidad de Piura, Repositorio Institucional Pirhua.

Cruz, A., (2010). *Pueblos Originarios en América, Guía Introductoria de su Situación*, Pamplona – Iruña: Editorial Aldea Alternativa de Desarrollo.

Chávez, G., (2016). *El Control Constitucional de la Justicia Indígena en el Estado Plurinacional*, México: Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional.

Del Val, J., (2006). *Identidad y Nación*, México: Universidad Autónoma de México.

Engle Merry, Sally. Griffiths, John, Tamanaha, Brian Z. (2007). *Pluralismo Jurídico*, Bogotá-Colombia: Siglo del Hombre Editores.

Griffiths, Anne. Griffiths, John. Von Benda-Beckmann, Franz. Von Benda-Beckmann, Keeber, Hocke, André. (2014). *Pluralismo Jurídico e Interlegalidad. Compilación y Traducción*: Guevara Gil, Armando. Gálvez Rivas, Aníbal. Lima- Perú. Pontificia Universidad Católica del Perú.

Grossi, P., (1992). *La Propiedad y las Propiedades. Un Análisis Histórico*, Madrid: Civitas.

Hall, P., (2003). *Cuestiones De Identidad Cultural*, Buenos Aires: Amorrortu Editores.

Herbert, M., Bolívar, (2009). *Libertador y Enemigo N° 1 del Perú*, Lima: Editor Jaime Campodónico.

Hiper, C., Abreut, L., Causse, F., Humphrey, E., Loaiza, M., Malizia, R., Pettis, C., Zelaya, M., (2015). *Derechos Reales*, Buenos Aires: Editores Rubinzal Culzoni.

Jiménez A., R, G., Rojo, J., Saucedo, G., Serrano, L., (2001). *Bienes Y Derechos Reales*, México: Universidad Nacional Autónoma De México.

Kuper, A., (2001). *La Versión De Los Antropólogos*, Barcelona, Barcelona, Buenos Aires, México: Editorial Paidós, Traducción De Albert Roca.

Layard, A., (2016). *Nínive, Historia De Los Descubrimientos En Mesopotamia*, Almería: Edición y Traducción De Josefina De Diego Y José Luis Pellicer Mor, Editorial Confluencias.

López, F., (2005). *Autonomía Y Derechos Indígenas*, México D.F.: Ediciones Coyoacán.

López, F., (2016). *Con la Vida en los Linderos – Derechos Territoriales y Conflictos Agrarios entre los Ñuú Savi*, México: Editorial Coapi.

Mahecha, D., (Ed.). (2012). *Pueblos Indígenas en Aislamiento Voluntario y Contacto Inicial*, Aecid: Iwgja-Ipes, Producción Editorial Parellada A.

Matos, J., (1976). *Yanaconaje y Reforma Agraria en el Perú*, Lima: Instituto de Estudios Peruanos.

Matos, J., (1976). *Hacienda, Comunidad y Campesinado en el Perú*, Lima: Instituto de Estudios Peruanos.

Ochoa, O., (2008). *Derecho Civil: Bienes y Derechos Reales*, Volumen 2, Caracas: Universidad Católica Andrés Bello.

Oes Capdequi, J., (2018). *El Estado Español en las Indias*, Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes.

Oliver Lalana, Daniel. (2019). *La Legislación en serio. Estudios sobre derecho y legisprudencia*. España: Tirant lo Blanch.

Peña, A., (2009). Multiculturalidad y Constitución. El caso de la Justicia Comunal Aguaruna en el Alto Marañón. Lima: Edición Centro de Estudios Constitucionales Tribunal Constitucional.

Remy, M., (2012). *Historia de las Comunidades Indígenas y Campesinas del Perú, documento de trabajo N° 202*, Lima: Instituto de Estudios Peruanos.

Survival, (2014). *Pueblos Indígenas para el Mundo del Mañana, Una Guía de Stephen Corry*, Espña: Editorial Círculo Rojo. Amazon.

Vigo, L., (2005). *De la Ley al Derecho, México*: Editorial Porrúa, Segunda Edición.

Referencias hemerográficas

Abugattas Giadalah, Gattas, (2006). Sistemas de incorporación monista y dualista: ¿tema resuelto o asignatura pendiente? *Agenda Internacional*, Año XII, N° 23, pp. 439-461.

Baeza, G., (2008). Reseña de Los pueblos indígenas y sus derechos de Rodolfo Stavenhagen. *Estudios Sociológicos*, XXVI (78): 752-758.

Carranza, C., Ternera, F., (2010). Posesión y Propiedad Inmueble, Historia de dos conceptos colindantes. *Estudios SocioJurídicos*. 12(2): 87-108.

Castillo Córdova, Luis (2008). Justificación y Significación de los Derechos Constitucionales Implícitos. *Gaceta constitucional: Jurisprudencia de observancia obligatoria para abogados y jueces*. (5). 31-48.

Congresos Internacionales sobre Justicia Intercultural en Pueblos Indígenas, Comunidades Andinas y Rondas Campesinas. (2010). *Construyendo un País con Justicia Social*. Perú: (2010). Fondo Editorial del Poder Judicial.

Ferrer, M., (1994). El Concepto de Propiedad Inmueble en el Derecho Común y su Influencia en los Fueros Valencianos. *Glossae Revista de Historia del Derecho Europeo*, 5-6, 1993-94: 391-398.

Gaona, G., (2013). El Derecho a la Tierra y Protección del Medio Ambiente por los Pueblos Indígenas. *Nueva Antropología*, 26 (78): 141-161.

Gonzales, C., (2012). Caracterización del concepto Cultura en la didáctica de las lenguas. *Cartaphilus Revista de Investigación y Crítica Estética*. 10: 84-108.

Hernando Nieto, Eduardo, (2009). Pluralismo Jurídico: ¿Moda o realidad? *Foro Jurídico* 9. 63-69.

Hitters, Juan Carlos, (2009). Control de Constitucionalidad y Control de Convencionalidad. Comparación. *Estudios Constitucionales*. Año 7, N° 2: 109-128.

López, L., (2009). Puntos de Partida. *Atlas Sociolingüístico de Pueblos Indígenas en América Latina*. 1: 21-35.

López, S., (2017). Un Derecho Jurisprudencial. La Propiedad Colectiva Y La Corte Interamericana. *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte Sección: Estudios*. 24(1): 133-189.

López, F., (2006). El Derecho a la Propiedad Privada como Derecho Fundamental, *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, XXXIX: 335-362.

Luzzati, Claudio (1999). Más Allá de Kelsen. Monismo y Pluralismo en el Derecho Internacional. *Doxa* N° 22, 135-170.

Memoria VIII. (1981). Reunión Interamericana de Ejecutivos de Reforma Agraria. Sub Tema 1, Página 1. *Serie Ponencias, Resultados, Recomendaciones, Eventos Técnicos*, N° 237.

Molano, O., (2017). Identidad Cultural un Concepto que Evolucionara. *Revista Opera*. 7, 17(5): 69-84.

Oris, B., (2015). Los Indígenas en el Proceso Colonial: Las Leyes Jurídicas y la Esclavitud. *Anuario del Centro de la Universidad Nacional de Calatayud*. 21: 189-206.

Peña Jumpa, Antonio. (2012). La Propiedad Originaria en América: El derecho de propiedad en las Comunidades Andinas y Amazónicas del Perú. *Revista Ius Et Veritas*. N° 45: 12.2012: p. 254-272.

Plant, R., Hvalkof, S., (2002). Titulación de Tierras y Pueblos Indígenas. *Serie de informes técnicos del Departamento de Desarrollo Sostenible. Banco Interamericano de Desarrollo*. 2(1): 1-84.

Varsi, E., (2019). Las Características del Derecho de Propiedad. Propiedad y Derechos Reales, Análisis Jurídico. *Gaceta Jurídica Civil & Procesal Civil*. 68: 71-79.

Vergara, I., Vergara, J., Gundermann, H., (2012). Tramas y Laberintos: Sociología e Identidad Cultural Latinoamericana. *Revista Atenea*. 506: 13-27.

Vidal, R., (2016). El Sistema de Transferencia de la Propiedad Inmueble en el Derecho Civil Peruano. *Materiales de Estudios de la AMAG*. 1-38.

Yrigoyen, R., (2002). Hacia un Reconocimiento Pleno de las Rondas Campesinas y el Pluralismo Legal. *Revista Alpanchis, Justicia Comunitaria en los Andes*. 59, 60: 31-81.

Yrigoyen, R., (2000). Tratamiento judicial de la diversidad cultural y la jurisdicción especial en el Perú. *El Otro Derecho*. 25: 229 - 258.

Yrigoyen, R., (2004). Pluralismo Jurídico, Derecho Indígena y Jurisdicción Especial en los Países Andinos. *El Otro Derecho*. 30: 171-195.

Stavenhagagen, R., (2007). *Los Pueblos Indígenas y sus Derechos*, México: Unesco. 752-758.

Stavenhagagen, R., (2010). La Diversidad Cultural En El Desarrollo De Las Américas. Los pueblos indígenas y los estados nacionales en Hispanoamérica. *Serie de Estudios Culturales OEA*. 9: 1-48.

Referencias electrónicas

Ariza Higuera, Libardo. Bonilla, Daniel (2007). "El Pluralismo Jurídico, contribuciones, debilidades y retos de un concepto polémico" En: Pluralismo Jurídico. Extraído de la World Wide Web:

<https://www.palermo.edu/derecho/eventos/pdf/Estudiopreliminar-ArizayBonilla-VersionparaAngel.pdf>

Avendaño, J., (1994). *Derechos Reales*. THEMIS - Revista de Derecho. Extraído de la World Wide Web:

<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/11406/11921>

Núm. 30 (1994): 10 Años del Código Civil. Edición de Aniversario

Bazán Cerdán, Fernando (2005). Estado del arte del derecho consuetudinario: El caso de Perú. Extraído de la World Wide Web: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r08062-2.pdf>.

Boletín, (2007). *Los Pueblos Indígenas y Tribales. Tema Discriminación. Proyecto Para Promover la Política de la OIT para los Pueblos Indígenas y Tribales, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra*. Extraído de la World Wide Web: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@ed_norm/@normes/documents/publication/wcms_100544.pdf

BRASIL, (2019). *Pueblos Indígenas y Soberanía Nacional*. Extraído de la World Wide Web: <https://pib.socioambiental.org/es/c/0/1/2/indios-e-militares>

Calvo García, Manuel. Oliver-Lalana, Daniel. Por Qué No Cabe el Pluralismo Jurídico en la Teoría del Derecho Estándar. Congreso de Filosofía del Derecho. Extraído de la World Wide <http://iusfilosofiamundolatino.ua.es/download/Calvo%20&%20Oliver%20-%20Pluralismo.pdf>

Cenerini, C., (2012). *Una Visión del Tema de la Tierra y el Territorio Orientada hacia los Pueblos Indígenas, Un Enfoque Posible*. Documento de Trabajo de la División de Tierras y Aguas 02, Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación, Junio. Extraído de la World Wide Web: <http://www.fao.org/docrep/015/md974s/md974s00.pdf>

Censos Nacionales: 2007 XI de Población y VI de Vivienda; *II Censo de Comunidades Indígenas*, de fecha enero de 2009. Extraído de la World Wide Web: <http://proyectos.inei.gob.pe/web/biblioineipub/bancopub/Est/Lib0862/index.htm>

Censo Nacional III Comunidades Campesinas y Nativas (2017). Extraído de la World Wide Web:

https://www.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/publicaciones_digitales/Est/Lib1598/TOMO_01.pdf

<http://censo2017.inei.gob.pe/resultados-definitivos-de-las-comunidades-nativas-y-campesinas-2017/>

Cimadamore, E., Eversole, R., McNeish, J., (2006). *Pueblos Indígenas y Pobreza*, Buenos Aires, Julio. Extraído de la World Wide Web: <http://biblioteca.clacso.edu.ar/clacso>

Comisión Interamericana De Derechos Humanos, (2009). *Derechos De Los Pueblos Indígenas Y Tribales Sobre Sus Tierras Ancestrales Y Recursos Naturales Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, Organización de

los Estados Americanos, Doc. 56/09, 30 de diciembre. Extraído de la World Wide Web:
<https://www.oas.org/es/cidh/indigenas/docs/pdf/tierras-ancestrales.esp.pdf>

Comisión Interamericana De Derechos Humanos, OEA, *Derechos De Los Pueblos Indígenas Y Tribales Sobre Sus Tierras Ancestrales Y Recursos Naturales, Derechos De Propiedad Indígenas Y Tribales*; Consideraciones Generales, La Relación Especial Entre Los Pueblos Indígenas Y Tribales Y Sus Territorios. Extraído de la World Wide Web: <https://www.oas.org/es/cidh/indigenas/docs/pdf/tierras-ancestrales.esp.pdf>

Comisión Interamericana De Derechos Humanos, (2009). *Derechos De Los Pueblos Indígenas Y Tribales Sobre Sus Tierras Ancestrales Y Recursos Naturales. Normas Y Jurisprudencia Del Sistema Interamericano De Derechos Humanos. Derechos De Propiedad Indígenas Y Tribales: Consideraciones Generales. La Relación Especial Entre Los Pueblos Indígenas Y Tribales Y Sus Territorios.* Extraído de la World Wide Web:
[Http://Cidh.Org/Countryrep/Tierrasindigenas2009/Cap.V-Vi.Htm#:~:Text=El%20derecho%20colectivo%20de%20propiedad,De%20organizaci%C3%B3n%20interna%20de%20los](http://Cidh.Org/Countryrep/Tierrasindigenas2009/Cap.V-Vi.Htm#:~:Text=El%20derecho%20colectivo%20de%20propiedad,De%20organizaci%C3%B3n%20interna%20de%20los)

Corte Interamericana De Derechos Humanos, *Pueblos Indígenas Y Tribales*, Cuadernillo De Jurisprudencia De La CIDH N° 11. Extraído de la World Wide Web:
https://www.corteidh.or.cr/cf/corteidh_movil/cuadernillos.cfm

Datos del Anexo I, *Pueblos Indígenas: El Marco Internacional*. Extraído Setiembre 2017 de la World Wide Web: <http://www.fao.org/docrep/013/i1857s/i1857s02.pdf> 2019 Instituto Nacional de Estadísticas e Informática. IV Censo Nacional Agropecuario (2012). INEI. Extraído de la World Wide Web: <http://censos.inei.gob.pe/Cenagro/redatam/>

Del Val, J., (2000). *Entender y comprender al otro. Diversidad cultural y tolerancia*. México: Gobierno de la Ciudad de México, Delegación Coyoacán. Extraído de la World Wide Web: http://www.nacionmulticultural.unam.mx/portal/cultura_politica/jose_delval_20070606.html

Fernández, G., *La Obligación de Enajenar y el Sistema de Transferencia de la Propiedad Inmueble en el Perú*. Extraído de la World Wide Web: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5109862.pdf>

García, C., (2002), *“Patrimonio etnológico, cultura y memoria”*, Extraído de la World Wide Web: www.rural-europe.aeidl
http://www.oas.org/es/sla/cji/docs/cji_agenda_derecho_identidad.pdf

Grupo Internacional De Trabajo Sobre Asuntos Indígenas, (2016). *El Tpp y los Derechos de los Pueblos Indígenas en América Latina, IWGIA*, octubre. Extraído de la

World Wide Web: <https://www.iwgia.org/es/recursos/publicaciones/317-libros/3221-el-tpp-y-los-derechos-de-los-pueblos-indgenas-en-amrica-latina.html>

Grupo Internacional De Trabajo Sobre Asuntos Indígenas, Defensoras Y Defensores De Derechos Humanos En El Chaco Paraguayo (2015). *La Lucha Por La Tierra*, IWGIA, octubre. Extraído de la World Wide Web: https://www.iwgia.org/images/publications/0734_Defensoras-y-Defensores-de-Derechos-Humanos-en-el-Chaco-Paraguay.pdf

Guastini, Riccardo. 2013. Estudios Sobre Interpretación Jurídica. Extraído de la World Wide Web: <https://isisbollbastos.wordpress.com/2013/04/23/estudios-sobre-la-interpretacion-juridica-guastini-riccardo/>

Historia de Ninive. Extraído de la World Wide Web: https://www.libreriacaballero.es/es/libro/ninive-historia-descubrimientos-en-mesopotamia_W900110004

Ianello, Pablo (2015), Pluralismo Jurídico. En Libro Electrónico: Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho, Volumen I, capítulo 22. Editores Zafra Zamora, Núñez Vaquero. México. UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas. Extraído de World Wide Web: http://biblioteca.juridicas.unam.mx:8991/F/?func=direct&doc_number=1872845

INEI. Datos estadísticos del INEI según los Censos Nacionales 2007: *XI de Población y VI de Vivienda y el II Censo de Comunidades Indígenas, enero de 2009*. Extraído de World Wide Web:

https://www.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/publicaciones_digitales/Est/Lib0789/Libro.pdf

Informe de Defensoría del Pueblo en Conflictos Sociales. (Julio 2020). Reporte de Conflictos Sociales N° 197. Extraído de la World Wide Web:

<https://www.defensoria.gob.pe/wp-content/uploads/2020/08/Reporte-Mensual-de-Conflictos-Sociales-N%C2%B0-197-julio-2020.pdf>

Informe Sobre *La Situación De Los Pueblos Indígenas Aislados Y La Protección De Los Conocimientos Tradicionales*. Extraído de la World Wide Web:

<https://www.cbd.int/doc/meetings/tk/acpow8j-02/official/acpow8j-02-05-es.pdf>

Informe sobre la *Situación de Derechos Humanos en Ecuador*, OAS/Ser.L/V/II.96 Doc.10 rev 1, 25 abril de 1997. Extraído de la World Wide Web:

<http://www.oas.org/es/cidh/informes/pais.asp>

Lara A., Luisa Fernanda (2012). La Relación entre Derecho y Sociedad. En: Derecho Comparado. Extraído de la World Wide Web:

<http://derechocomparado-uniandes.blogspot.com/2012/05/la-relacion-entre-derecho-y-sociedad.html>

Memoria VIII Reunión Interamericana de Ejecutivos de Reforma Agraria. Sub Tema 1, p. 1. Serie Ponencias, Resultados, Recomendaciones, Eventos Técnicos, N° 237. República Dominicana, 1981. Extraído de la World Wide Web:
[https://www.oas.org/consejo/sp/grupostrabajo/Reflexion%20sobre%20Fortalecimient
o.asp](https://www.oas.org/consejo/sp/grupostrabajo/Reflexion%20sobre%20Fortalecimient
o.asp)

Naciones Unidas, *Los Pueblos Indígenas – Tierras, Territorios y Recursos Naturales*.
Extraído de la World Wide Web:
[http://www.un.org/es/events/indigenousday/2008/pdfs/Backgrounder LTNR FINAL
SP.pdf](http://www.un.org/es/events/indigenousday/2008/pdfs/Backgrounder_LTNR_FINAL
SP.pdf)

National Geographic, Historia. Magníficos Hallazgos en Perú de la Cultura Caral.
Extraído de la World Wide Web:
[https://historia.nationalgeographic.com.es/a/magnificos-hallazgos-peru-cultura-
caral_9477/1](https://historia.nationalgeographic.com.es/a/magnificos-hallazgos-peru-cultura-
caral_9477/1)

OEA, OAS/Ser.L/V/II, Doc, 176, 29 de Setiembre 2019, Página 18. Extraído de la World
Wide Web: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r39391.pdf>

Organización Internacional del Trabajo (2009). *En los derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales en la Práctica*, Programa Para Promover El Convenio Núm. 169 De La Oit (Pro 169), Departamento de Normas Internacionales del Trabajo. Extraído

de la World Wide Web: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---normes/documents/publication/wcms_113014.pdf

Políticas Culturales Organización De Estados Americanos —OEA— Vancouver, Canadá, (2002). *La Cultura Como Finalidad del Desarrollo*. Documento Para El Seminario De Expertos. Extraído de la World Wide Web: En <http://www.oas.org/udse/espanol/documentos>

Pavajeau, G., Comunidades Indígenas, *Tierra y Recursos Naturales Frente a las Políticas Públicas del Estado Colombiano*. Extraído de la World Wide Web: <http://www.unilibre.edu.co/verbaiuris/25/comunidades-indigenas-tierra-y-recursos-naturales-frente-a-las-politicas-publicas-del-estado-colombiano.pdf>

Registro de Comunidades. Extraído de la World Wide Web: <http://bdpi.cultura.gob.pe/busqueda-de-comunidades>

Resolución N° 217°. Extraído de la World Wide Web: <http://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/>

Ruiz, J., *Pueden los PPII Parcelar o Vender su Territorio Ancestral?*, SERVINDI. Extraído de la World Wide Web: <https://www.servindi.org/actualidad-opinion/09/04/2016/pueden-los-ppii-parcelaro-vendersu-territorio-ancestral>

Shady, Ruth. (2006). LA Civilización Caral: Sistema Social y Manejo del Territorio. Su trascendencia en el Proceso Cultural Andino. Extraído de la World Wide Web: file:///C:/Users/pjudicial/Downloads/1642-Texto%20del%20art%C3%ADculo-6363-1-10-20120330.pdf

Stavenhagagen, R., (2002). *La Diversidad Cultural En El Desarrollo De Las Américas. Los Pueblos Indígenas y Los Estados Nacionales En Hispanoamérica*, Washington. Extraído de la World Wide Web:

<http://www.oas.org/udse/documentos/stavenhagen.doc>

Yrigoyen, R., (2003). El Convenio Número 169 de la OIT y su Aplicación en Perú. *Diez Preguntas sobre el Convenio 169 y su aplicación en Guatemala*. Extraído S de la World Wide Web: <https://www.dar.org.pe/documentos/RYF-Convenio169OIT%20suaplicacionenPeru-2009.pdf>

Zamudio, T. *Derechos de los Pueblos Indígenas, Tierras y Territorios Indígenas*, Extraído de la World Wide Web: <http://indigenas.bioetica.org/mono/inves60.htm>

Bibliografía:

Borda, Guillermo, (2001), *Manual de Derechos Reales*, Buenos Aires: Editorial Abeledo Perrot.

Blume, E., (2009). *El Proceso de Inconstitucionalidad en el Perú*. Perú: Editorial Adrus.

Castillo, L., (2003). *Elementos de una Teoría General de los Derechos Constitucionales*. Perú: Ara Editores.

Castillo, L., (2008). *Derechos Fundamentales y Procesos Constitucionales*. Perú: Editorial Grijley.

Comisión Andina de Juristas. (1997). *Protección de los Derechos Humanos. Definiciones Operativas*. Promoción y Defensa de Derechos Humanos/Derechos Civiles y Políticos. Lima: CAJ.

Ferrajoli, L., (2000). *El Garantismo y la Filosofía del Derecho*. Trad. Pisarello, G., Colombia: Universidad Externado de Colombia.

Gascón, M., (2015). *La Argumentación en el Derecho. Algunas Cuestiones Fundamentales*. Lima: Editorial Palestra.

García, J., (2012). *El Test de Proporcionalidad y los Derechos Fundamentales*. Perú: Editorial Adrus.

Martínez, C., (2006). *La Teoría Evolutiva de las Instituciones*, España: Tecnología Gráfica S.L.

Ortiz, I., (2010). *El Derecho de Propiedad y la Posesión Informal*, Lima: Facultad de Derecho, Prosode, PUCP.

Rubio, M., (2001). *Título Preliminar, Vol. III Biblioteca Para Leer el Código Civil*. Perú: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Rubio, M., (2012). *El Sistema Jurídico. Introducción al Derecho*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica.

Rueda, S., (2015). *Garantías del Proceso Civil en un Estado Constitucional de Derecho*. Lima: Editorial Idemsa.

Steiner, C., Uribe, P. (ed). (2016). *Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentario*. Perú: Servicios Gráficos JMD S.R.L.

Vega, L., (2015). *Introducción a la Teoría de la Argumentación. Problemas y Perspectivas*. Lima: Editorial Palestra.

Vigo, R., (2008). *La Injusticia Extrema no es Derecho (De Radbruch a Alexy)*. México: Fontamara S.A.

Waldron, J., (2005). *Derecho y Desacuerdos. Filosofía y Derecho*. Trad. Martí J.,
Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A.