

LA COMUNIDAD CAMPESINA RECLAMANDO SUS DERECHOS FUNDAMENTALES POR LA VIOLACIÓN CONSTITUCIONAL Y DE CONVENIOS INTERNACIONALES.

Augusto Medina Otazú¹
Abogado

I. INTRODUCCION

El presente trabajo muestra cómo la persona jurídica constituye un ente vivo, y es clara muestra de la titularidad de derechos fundamentales cuando se trata de defender derechos colectivos que son básicos para la supervivencia de derechos personales. Es decir carecen de valor éstos últimos si no se resguardan los derechos de aquellos.

Nuestro análisis, recurre a una interpretación constitucional de los derechos de la persona jurídica con el apoyo de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del Tribunal Constitucional y los Tratados. Pero a fin de permitir un análisis concreto partimos de las implicancias del Decreto Legislativo 1015, norma que unifica los Procedimientos para transferencias de las tierras de Comunidades Campesinas y Nativas de la Sierra y de la Selva con las de la Costa.

El D. Leg. 1015, modifica la Ley 26505 “Ley de la inversión privada en el desarrollo de las actividades económicas en las tierras del territorio nacional y de las comunidades campesinas y nativas” y nos permite introducir conceptos, de trato muy particular y especial a las Comunidades (con este términos nos referiremos a las Comunidades Campesinas y Comunidades Nativas), por cuanto su composición colectiva será fundamental para la supervivencia de sus integrantes.²

¹ Miembro de la Comisión de Derechos Humanos y de Derecho Internacional Humanitario del CAL 2005, 2006, 2007, 2008 y 2009; docente universitario; conferencista en el Centro de Derecho Internacional Humanitario de las Fuerzas Armadas, Maestría de Derecho Constitucional en la PUCP y Maestría de Derecho Laboral y Seguridad Social en la Universidad Nacional de San Marcos.. medinaotazu@yahoo.com

² “Algunos afirmaban que los comuneros gozaban de la misma condición de ciudadanos que cualquier otro individuo, y que por consiguiente se les debían reconocer iguales derechos que a los demás peruanos; y que había que abandonar las normas que, con el pretexto de proteger a los comuneros, los condenaban a seguir sumidos en la pobreza. Los dirigentes gremiales agrarios, en cambio, sostenían que al alentar el proceso de titulación individual se podría generar conflictos en el seno de las comunidades, hacer desaparecer la propiedad común y acabar finalmente con las comunidades mismas. La Ley de Tierras impulsó

La Norma en cuestión reduce el quórum y las votaciones calificadas que contenían la Ley 26505, al extremo de hacer muy sencillo el desprendimiento de tierras comunales de la sierra y selva.

Nelson Manrique al respecto señala que “en una comunidad con mil comuneros por ejemplo, ya no sería necesario el voto de 660 sino de 251. Así, la cuarta parte de los comuneros podría decidir hasta la liquidación de la comunidad. Si se juega con un poco más de malicia – si no hay quórum reglamentario hacer una segunda convocatoria para media hora después, con la cantidad de comuneros asistentes, por ejemplo - se podría reducir aun mas la valla.”³

II. PROBLEMA

Encontramos muchas incoherencias en el Decreto Legislativo 1015, después de evaluar su constitucionalidad a la luz de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los Tratados de la Convención Americana y el Convenio 169 de la OIT.

La norma en cuestión ha establecido un procedimiento para la venta de las tierras de las comunidades, con una facilidad que antes no existía y que pone en duda la labor promocional de las comunidades por parte del estado.

Un primer problema es que la legislación se ha realizado sin que se tome en cuenta las costumbres y los antecedentes de las Comunidades. Un segundo tema esta vinculado al peligro de extinción de las comunidades. Finalmente se considera que estas tierras son similares a cualquier otra propiedad del Código Civil, pero no se ha evaluado que las tierras son necesarias para la propia supervivencia de las comunidades.

No puede dejarse de lado la deuda histórica que la sociedad tiene con las organizaciones sociales campesinas, cuya existencia se remonta a tiempos anteriores a la creación del Estado peruano. Tampoco debe olvidarse que durante más de dos décadas del siglo XX, cuando la violencia social y política sacudió al Perú, la mayoría de los alrededor de 70 000 muertos causados por los enfrentamientos, según cálculos de la Comisión de la Verdad y Reconciliación, fueron pobladores rurales, sobre todo comuneros.⁴

manifiestamente el mercado de tierras en las comunidades de la Costa, pero dejó a las de la Sierra la decisión sobre el destino de las tierras de su propiedad.” <http://www.fao.org/docrep/007/y5407t/y5407t0m.htm>

³ Diario Perú 21 del 26 de mayo del 2008. pag. 8. Nelson Manrique. Comunidad Campesinas una Olímpica Puñalada.

⁴ <http://www.fao.org/docrep/007/y5407t/y5407t0m.htm>

III. NORMATIVIDAD CONSTITUCIONAL

Los antecedentes constitucionales de las comunidades, en el siglo XX, lo vislumbramos en la Constitución de 1920 artículo 58 que “reconoce existencia legal de las comunidades indígenas”. La Constitución de 1933, artículo 207 señalaba “tienen existencia legal y personería jurídica”.

La Constitución de 1979, contenía 3 artículos⁵ que desarrollaban el tema de las Comunidades. En la Constitución de 1993 se aborda en dos artículos⁶.

- En la Constitución de 1979 se respeta y protege las tradiciones de las Comunidades, en la Constitución de 1993 se respeta la identidad cultural.
- En la Constitución de 1979 reconocen la personería jurídica de las Comunidades y en la de 1993 reconocen a las comunidades como personas jurídicas.
- En la Constitución de 1979 se reconoce la inembargabilidad, imprescriptibilidad e inalienabilidad de sus tierras. En la Constitución de 1993 solo la imprescriptibilidad.
- En la Constitución de 1979 se fomenta las empresas comunales y las empresas cooperativas. En la Constitución de 1993 señala que se garantiza la propiedad de la tierra en forma privada y comunal o cualquier otra forma asociativa.

⁵ Artículo 161. Las Comunidades Campesinas y Nativas tienen existencia legal y personería jurídica. Son autónomas en su organización, trabajo comunal y uso de la tierra, así como en lo económico y administrativo dentro del marco que la ley establece. El Estado respeta y protege las tradiciones de las Comunidades Campesinas y Nativas. Propicia la superación cultural de sus integrantes.

Artículo 162. El Estado promueve el desarrollo integral de las Comunidades Campesinas y Nativas. Fomentan las empresas comunales y cooperativas.

Artículo 163. Las tierras de las Comunidades Campesinas y Nativas son inembargables e imprescriptibles. También son inalienables, salvo ley fundada en el interés de la Comunidad, y solicitada por una mayoría de los dos tercios de los miembros calificados de esta, o en caso de expropiación por necesidad y utilidad públicas. En ambos casos con pago previo en dinero. Queda prohibido el acaparamiento de tierras dentro de la Comunidad.

⁶ Artículo 88. El Estado apoya preferentemente el desarrollo agrario. Garantiza el derecho de propiedad sobre la tierra, en forma privada o comunal o en cualquiera otra forma asociativa. La ley puede fijar los límites y la extensión de la tierra según las peculiaridades de cada zona.

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

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

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

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

- La Constitución de 1979 exigía votación calificada y razones de interés para la comunidad para desprenderse de tierras, la Constitución de 1993 declara la libre disposición de las tierras. Al respecto el Dr. Guillermo Figallo Adrianzen señala que “esta modificación reviste una gran importancia teórica, pues marca el inicio del retorno al exacerbado liberalismo de mediados del siglo XIX.”⁷

Puede apreciarse a la luz de esta apretada síntesis que la constitución de 1993 es menos proteccionista si lo comparamos con la constitución de 1979. Veremos entonces si la Constitución de 1993 resulta el único parámetro constitucional para evaluar el D. Leg. 1015.

IV.- VIGENCIA DEL CONVENIO 169 DE LA OIT

Resulta interesante saber si el Convenio 169 de la OIT, sobre “Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes” forma parte de nuestro ordenamiento jurídico. El Convenio fue aprobado mediante Resolución Legislativa N.º 26253 por el Congreso Constituyente Democrático, en diciembre de 1993, es decir cuando aun nos regía la Constitución de 1979. El Congreso Constituyente aprobó muy rápidamente y sin oposición el Convenio 169 en la sesión del viernes 26 de noviembre de 1993, sustentando el Dictamen el entonces Congresista Francisco Tudela, presidente de la Comisión de Relaciones Exteriores del Congreso. El texto de la Resolución señala:

“El Congreso Constituyente Democrático ha dado la Resolución Legislativa siguiente:

El Congreso Constituyente Democrático, **en uso de las atribuciones que le confiere los artículos 102o. y 186o. inciso 3) de la Constitución Política del Perú** y el artículo 2o. de su Reglamento, ha resuelto aprobar el "Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes", adoptado el 27 de Junio de 1989.”

Como se puede apreciar el fundamento constitucional esta referido a la Carta del 79, cuyo artículo 102⁸ y 186 inciso 3)⁹ de la Constitución establecen el procedimiento de aprobación de los Tratados.

⁷ Gaceta Jurídica. La Constitución Comentada. Pagina. Primera reimpresión 2006. pag. 1085.

⁸ Artículo 102 Const. 79. Todo tratado internacional debe ser aprobado por el Congreso, antes de su ratificación por el Presidente de la República.

⁹ Artículo 186 de la Const. 79. Son atribuciones del Congreso: (...) 3.- Aprobar los tratados o convenios internacionales de conformidad con la Constitución.

Los Tratados de Derechos Humanos en la Constitución de 1979, artículo 105 señalaban “jerarquía constitucional. No pueden ser modificados sino por el procedimiento que rige para la reforma de la Constitución.”

Como situación anecdótica podemos decir que el hoy Ministro Rafael Rey, en 1993 era Segundo Vicepresidente del Congreso Constituyente Democrático y fue quién firmo la Referida Resolución Legislativa 169 de la OIT.

En consecuencia el Convenio 169 de la OIT, rige antes que la Constitución de 1993 y por lo tanto el estado peruano asumió un compromiso que no podía ser desconocida ni siquiera por mandato constitucional. “Según el derecho internacional las obligaciones que éste impone deben ser cumplidas de buena fe¹⁰ y no puede invocarse para su incumplimiento el derecho interno (...) aún tratándose de disposiciones de carácter constitucional”¹¹.

Si se le permitiera a los Estados invocar sus normas internas para excusarse de dar satisfacción a obligaciones internacionales, el Derecho Internacional resultaría desmembrado y sus normas se tomarían completamente ineficaces¹².

En consecuencia el Congreso de la República, al dictar las leyes, referentes a derechos humanos, no solo debe tomar en consideración la Constitución sino también las normas internacionales de derechos humanos y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Por otro lado la Convención de Viena, sobre derechos de los Tratados, en su artículo 27 proscrib, que los estados planteen excusas sobre limitaciones de su normatividad interna para no cumplir con los tratados. “No podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado.”

A pesar de esta claridad normativa, el Tribunal Constitucional se refirió en forma dudosa a su existencia y vigencia del Convenio 169 de la OIT:

¹⁰ El artículo 26. señala: "**Pacta sunt servanda**". Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe.

¹¹ Opinión Consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 09.12.94

¹² Cesar Landa. Tribunal Constitucional y Estado Democrático. Palestra Segunda Edición. Pag. Nov. 2003. pag. 785.

“En lo que importa al Convenio 169 de la OIT, éste fue aprobado mediante Resolución Legislativa N.º 26253 del Congreso Constituyente Democrático, publicada con fecha 5 de diciembre de 1993. Respecto a su aplicación dentro de nuestro ordenamiento nacional, debe tenerse presente lo expuesto en los artículos 55, 56, 57 y 200.4. de la Constitución; pues, si bien los tratados forman parte del ordenamiento nacional, su incorporación al mismo, lo es con el rango de ley ordinaria –caso contrario, no podrían ser impugnados a través del proceso de inconstitucionalidad – , salvo que regulen materia constitucional, en cuyo caso, su aprobación está sujeta al procedimiento de reforma de la Constitución antes de su ratificación por el Presidente de la República.

En ese sentido, su aplicación también está condicionada a que no colisione con los preceptos constitucionales que establecen atribuciones o competencias expresamente otorgadas por el legislador constituyente o el legislador constituyente derivado, de manera que los tratados no pueden limitarlas o mediatizarlas, dado que si su contenido es contrario a la Constitución, puede ocurrir una de dos cosas:

- Que el contenido del Tratado haya sido aprobado sin el procedimiento agravado de reforma de la Constitución previsto en el artículo 57. de la misma: En consecuencia tales tratados son inaplicables por contravenir la Constitución.
- Que el contenido del Tratado haya sido aprobado por el procedimiento agravado de reforma de la Constitución previsto en el artículo 57. de la aquella: En cuyo caso se aplica el Tratado, toda vez que la Constitución ha quedado modificada por éste.”¹³

Sin embargo debemos reiterar que el Convenio 169 de la OIT fue aprobado mediante el procedimiento que contemplaba la Constitución de 1979 y no podemos poner como parámetro la Constitución de 1993. Hacer esta evaluación nos confronta con la Convención de Viena.

Además el Tribunal Constitucional ha señalado en reiteradas jurisprudencias que “de conformidad con la IV Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política del Perú, los derechos y libertades reconocidos en la Constitución deben interpretarse de conformidad con los tratados internacionales en materia de derechos humanos suscritos por el Estado Peruano. Tal interpretación, conforme con los tratados sobre derechos humanos, contiene, implícitamente, una adhesión a la interpretación que, de

¹³ Sentencia Expediente 0033-2005.PI/TC del 14 de marzo del 2007. Gobierno Regional de Pasco.

los mismos, hayan realizado los órganos supranacionales de protección de los atributos inherentes al ser humano y, en particular, el realizado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, guardián último de los derechos en la Región".¹⁴

V. SOBRE LAS FACULTADES LEGISLATIVAS PARA DICTAR EL DECRETO LEGISLATIVO 1015.

El Poder Ejecutivo pretendía modificar la Ley 26505 y por eso presenta con carácter urgente el Proyecto de Ley 1992-2007-PE con fecha 13 de diciembre del 2007, y luego de su debate es dictaminado negativamente el 14 de abril del 2008 por la Comisión de Pueblos Andinos, Amazónicos y Afroperuanos, Ambiente y Ecología del Congreso de la Republica. El texto del Proyecto de Ley y el Decreto Legislativo 1015 son idénticos. Al no poder ser aprobado en el Congreso salió por el Poder Ejecutivo. Sin embargo existe un tema procesal no resuelto

El dictamen negativo fue aprobado el 14 de abril 2008 y el Decreto Legislativo se publicó el 20 de mayo. El Poder Legislativo no puede autorizar facultades legislativas al Ejecutivo sobre materias que han sido denegadas en su fuero interno y donde existe normas procesales como el artículo 78 del Reglamento del Congreso que señalan: "Si la proposición de ley o resolución legislativa es rechazada, el Presidente ordenará su archivo. **No podrá presentarse la misma proposición u otra que verse sobre idéntica materia hasta el siguiente periodo anual de sesiones**" Esto nos advierte que el Legislativo no podía tocar el tema de modificar la Ley 26505, hasta después de julio del presente año.

El debido proceso es una derecho humano o fundamental que se encuentra protegido por la Constitución del Estado y por la Convención Americana sobre Derechos Humanos, entre otros instrumentos internacionales. Tiene una ámbito de aplicación mucho mayor que el judicial, pues se aplica a todo proceso o procedimiento en el que se vaya a resolver o prevenir un conflicto, imponer una sanción o determinar los derechos y obligaciones de las personas, sin importar que tales procesos o procedimientos sean de naturaleza judicial, administrativa, legislativa o cualquier otro carácter¹⁵.

¹⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional 0217-2002-HC/TC. Caso Crespo Bragayrac

¹⁵ Reynaldo Bustamante Alarcón. El debido proceso en los Procedimientos Parlamentarios. Revista Proceso y Justicia. N°. 4, 2003. PUCP. Pag. 95

VI. EL CONVENIO 169 DE LA OIT, LIMITA LAS FUNCIONES LEGISLATIVAS?

El Convenio 169 de la OIT en su artículo 6 inciso 1.a) indica que “Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán: a) **consultar a los pueblos interesados**, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, **cada vez que se prevean medidas legislativas** o administrativas susceptibles de afectarles directamente.”

Esta es una limitación al Poder Legislativo y similares normas también la encontramos cuando se afirma que “en los países que no han abolido la pena de muerte, ésta sólo podrá imponerse por los delitos más graves (...) dictada con anterioridad a la comisión del delito (...) Tampoco se extenderá su aplicación a delitos a los cuales no se la aplique actualmente.”¹⁶ Y existe muchas mas limitaciones a la facultad legislativa, por ejemplo referentes a la política a favor de la niñez, contra la discriminación, entre otros. La limitación a las facultas legislativas ya estaba pensada desde Jhon Locke¹⁷ es decir en los albores de esta institución.

Si el Estado Peruano acepto consultar cualquier normativa legislativa con las propias comunidades cuando aquellas las afecten, entonces se ha creado un requisito de procedibilidad legislativa que debía cumplirse, antes de la dación del D. Leg. 1015. No hacerlo afecta el debido procedimiento legislativo, que es una derecho fundamental. Ya mencionamos en el anterior punto al respecto.

El procedimiento de consulta podía realizarse mediante el mecanismo fijado en los artículo 37 al 44 de la Ley de los Derechos de Participación y Control Ciudadano tal como lo propone el Proyecto 427-2006 que aún se encuentra sin ser dictaminado en la Comisión Indígena, Amazónica del Congreso.

La Defensoría del Pueblo ha señalado que el derecho a ser consultado no significa que la población tenga derecho a vetar las políticas de estado.¹⁸

¹⁶ Opinión Consultiva de la Corte Interamericana del 08.09.83

¹⁷ Puede revisarse John Locke. Ensayo sobre el Gobierno Civil. Ediciones Orbis S.A. Aguilar editor. 1983

¹⁸ Defensoría del Pueblo. Comentarios Al Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes. Cuarta Edición. Septiembre del 2004. Pag. 28

VII. TITULARIDAD DE DERECHOS HUMANOS DE LAS COMUNIDADES CAMPESINAS

La Constitución de 1979 en su artículo 3 señalaba que “Los derechos fundamentales rigen también para las personas jurídicas peruanas, en cuanto les son aplicables.” Sin embargo en la Constitución de 1993, ya no fue consignado expresamente similar derecho en favor de las personas jurídicas.

Esta situación llamó la atención del Tribunal Constitucional, al señalar la “ausencia de una cláusula, como la del artículo 3.º de la Constitución de 1979, no debe interpretarse en el sentido de negar que las personas jurídicas puedan ser titulares de algunos derechos fundamentales o, acaso, que no puedan solicitar su tutela mediante los procesos constitucionales y, entre ellos, el amparo.”¹⁹ Similar ausencia se presenta en la Convención Americana “si bien la figura de las personas jurídicas no ha sido reconocida expresamente por la Convención Americana, como sí lo hace el Protocolo No. 1 a la Convención Europea de Derechos Humanos, esto no restringe la posibilidad (de) que bajo determinados supuestos el individuo pueda acudir al Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos para hacer valer sus derechos fundamentales, aun cuando los mismos estén cubiertos por una figura o ficción jurídica creada por el mismo sistema de Derecho”²⁰

A nivel constitucional se reconoce derechos fundamentales a las personas jurídicas basados en dos criterios esenciales “a) La necesidad de garantizar el antes citado derecho a la participación de toda persona en forma individual o asociada en la vida de la nación, y b) La necesidad de que el principio del Estado democrático de derecho e, incluso, el de dignidad de la persona, permitan considerar un derecho al reconocimiento y tutela jurídica en el orden constitucional de las personas jurídicas.”²¹

En apoyo a este criterio concurren también el Artículo 3. 1 del Convenio 169 de la OIT, cuando se trata de las comunidades. “Los pueblos indígenas y tribales deberán gozar plenamente de los derechos humanos y libertades fundamentales, sin obstáculos ni discriminación.”

¹⁹ **Sentencia del Tribunal Constitucional Exp. 0905-2001-AA/TC del 14 de agosto del 2000. Caja Rural de Ahorro y Crédito de San Martín.**

²⁰ Voto razonado del Juez Sergio García Ramírez en la sentencia sobre Reparaciones del Caso Masacre Plan de Sánchez, de 19 de noviembre de 2004

²¹ Sentencia Expediente 4972-2006-PA/TC del 4 de agosto del 2006. Corporación Meir SAC y Persolñar SAC.

Basados en un criterio histórico podemos decir que “Frente al individualismo que caracteriza los primeros catálogos de derechos (en especial las Declaraciones revolucionarias francesas de 1789, 1791 y 1793) propio de la ideología liberal, la progresiva extensión del derecho de sufragio y la transformación de la forma de estado (el Estado Social) supondrá una ampliación de los catálogos constitucionales de derechos que, lógicamente, habría de repercutir también en el reconocimiento de nuevos titulares de los mismos (colectivos de consumidores, trabajadores, sindicatos, universidades, personas jurídicas, minorías culturales, lingüistas, religiosa.)”²²

En consecuencia la persona jurídica no es un ente abstracto y carente de contenido, las Comunidades en este caso, son titulares de derechos fundamentales por cuanto existe “la presencia, previa y actuante de una organización de personas y de un plexo de valores que le otorgan un sentido una razón de ser.”²³

VIII. LA PERSONERIA JURIDICA Y LA PERSONA JURIDICA

Entre persona jurídica y personería jurídica existe una diferencia; la primera referida a la formalización o inscripción registral de la institución y la segunda vinculada con el derecho de acción ante instancias nacionales y extranjeras, tanto en su dimensión procesal como sustancial. Es mas importante actuar y reclamar sus derechos, que gozar de reconocimiento formal. Sin embargo una persona jurídica debe contar con personería para hacer valer sus derechos, lo contrario sería un órgano sin vida. “La idea de persona y la correspondiente noción de personalidad se hallan, pues, en el pórtico mismo del sistema jurídico, y la negación de ésta traería consigo, por fuerza, la negación o decadencia de aquélla.”²⁴ Además las Comunidades al tener existencia antes del estado republicano, sus derechos no nacen con su inscripción sino sus orígenes son mas remotos y por ende junto con ellos va sus derechos.

El artículo 3 de la Convención Americana (Pacto de San José) contiene una fórmula enfática: “Toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica” .

²² Gema Rosado Iglesias. La titularidad de Derechos Fundamentales. Tirant Lo Blanch. Valencia 2004. pag. 23.

²³ Carlos Fernández Sessarego. En el Prologo del libro de Henry Carhuatocto. La utlización Fraudulenta de la Persona Jurídica. Jurista Editores. Septiembre 2005. Pag. 15.

²⁴ Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay. Sentencia de 29 de marzo de 2006. (*Fondo, Reparaciones y Costas*). Voto razonado del Juez Sergio García Ramírez.

Vinculado a ello la “Corte considera 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. (...) el derecho a reclamar sus tierras tradicionales, son reconocidos no a la persona jurídica que debe inscribirse para cumplir con un formalismo legal, sino a la comunidad en sí misma (...)”²⁵

A las Comunidades primero se le reconoció el derecho a la personería jurídica y luego avanza al reconocimiento del derecho como persona jurídica. Así podemos apreciar que Constitución de 1933 en su artículo 207 señalaba refiriéndose a las Comunidades “tienen existencia legal y personería jurídica”. Sin embargo la Constitución de 1993 en su artículo 89 “tienen existencia legal y son personas jurídicas”.

En consecuencia para la Corte Interamericana será más importante el reconocimiento de la personalidad jurídica²⁶ que la persona jurídica: “El derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica representa un parámetro para determinar si una persona es titular o no de los derechos de que se trate, y si los puede ejercer. La violación de aquel reconocimiento supone desconocer en términos absolutos la posibilidad de ser titular de esos derechos y contraer obligaciones, y hace al individuo vulnerable frente a la no observancia de los mismos por parte del Estado o de particulares.”²⁷

El hecho que constitucionalmente se regule la situación de las comunidades a partir de 1920 no significa que las Comunidades existieron a partir de dicho periodo, ya hemos visto que una cosa es la persona jurídica formal e inscrita en los registros públicos como una asociación y otra es una comunidad que ya goza de personería por que su existencia se remonta antes de la era republicana y sus derechos procesales y sustanciales se retrotraen al espacio histórico. La propiedad sobre sus tierras están garantizados por ese bagaje precolombino.

²⁵ Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Comunidad indígena Yakye Axa Vs. Paraguay del 17 de junio de 2005 *Fondo, Reparaciones y Costas*) parrafo 132

²⁶ En la Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay. Sentencia de 29 de marzo de 2006. (*Fondo, Reparaciones y Costas*). *Parte resolutiva se puede apreciar en la parte resolutiva que: **El Estado violó el Derecho a la Personalidad Jurídica consagrado en el artículo 3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos** (...).*

²⁷ Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay. Sentencia de 29 de marzo de 2006. (*Fondo, Reparaciones y Costas*) parrafo 188.

IX. LA PROPIEDAD DE LAS TIERRAS DE LAS COMUNIDADES COMO DEBE SER ENTENDIDO DESDE LA OPTICA DEL CONVENIO 169

La propiedad de las tierras comunales no podemos confundirlo con la propiedad común que conocemos; es un error hacer esa similitud porque nos lleva a graves consecuencias. El Juez Sergio García en un voto razonado en la Corte Interamericana señaló que: “Cuando se habla de propiedad (...) de comunidades (...) a las que asocian, además, tradiciones y convicciones, relaciones espirituales que van más allá de la posesión escueta y el aprovechamiento patrimonial, (...) se alude a un derecho que no se confunde necesariamente con el dominio pleno característico del derecho civil ordinario. La propiedad de los indígenas es diferente (...) de esta otra forma de dominio instituida por el derecho europeo de raíz liberal. Más aún, la introducción forzada de los conceptos de propiedad oriundos del Derecho romano y acogidos, con determinadas modalidades, por el Derecho decimonónico que se aclimató en América, determinó un amplio proceso de despojo y dispersión de las comunidades, cuyas consecuencias aún se hallan a la vista.”²⁸

Las Comunidades “constituyen pueblos en la medida que tiene una población claramente definida, una identidad y lengua propia y habitan territorios que reconocen como propios. Hay en ese sentido, una relación muy vital entre estos pueblos y las tierras y territorios que habitan.”²⁹

Ese cambio de imponer un derecho de propiedad en la cultura ancestral genero como es lógico profundos cambios y conflictos que hasta la fecha “late ese fenómeno de exclusión de las antiguas formas de tenencia de la tierra y su relevo por nuevas expresiones de dominio, amparadas con el concepto occidental de propiedad privada”.³⁰

Una de las características es que la propiedad “no se centra en un individuo sino en el grupo y su comunidad”^{31 32}. La relación de los miembros de la comunidad con la tierra

²⁸ Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay. Sentencia de 29 de marzo de 2006. (*Fondo, Reparaciones y Costas*). Voto razonado del Juez Sergio García Ramírez.

²⁹ Manuel Ruiz Muller. La Protección Jurídica de los Conocimientos Tradicionales. Algunos avances Políticos y Normativos en America Latina. UICN. Peru 2006. Pag. 30

³⁰ Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay. Sentencia de 29 de marzo de 2006. (*Fondo, Reparaciones y Costas*). Voto razonado del Juez Sergio García Ramírez.

³¹ Cfr. *Caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni*, *supra* nota 184, párr. 149.

es muy intensa y que debe ser entendida como la “base fundamental de su cultura, vida espiritual, integridad, supervivencia económica y su preservación y transmisión a las generaciones futuras.”³³ La relación entre tierra y la comunidad contiene elementos incorporales que no podemos desconocer, porque “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.”³⁴ “Consideramos necesario ampliar este elemento conceptual con un énfasis en la *dimensión intertemporal* de lo que nos parece caracterizar la relación de los indígenas de la Comunidad con sus tierras.”³⁵

Para las comunidades “la tierra no es meramente un objeto de posesión y producción, menos de compra venta. La relación integral de los pueblos indígenas con sus tierras, tiene muchas implicancias colectivas profundas. En el caso de las sociedades indígenas, la tierra y el territorio se vinculan mas bien al pueblo como un colectivo humano. La propiedad de la tierra vista desde nuestro ordenamiento civil tiene carácter individual; pero para los pueblos indígenas es un derecho colectivo.”³⁶

³² En el Voto razonado del Juez Sergio García Ramírez en la sentencia de la Corte Interamericana sobre Reparaciones del caso Masacre Plan de Sánchez, de 19 de noviembre de 2004, se señala: “Subrayo que esta forma de interpretar la Convención y las resoluciones que el Tribunal emite con fundamento en ella, no desconoce ni disminuye, en modo alguno, los derechos colectivos de los grupos indígenas, ampliamente acogidos en instrumentos internacionales y leyes nacionales, que pretenden hacer justicia a los habitantes originales de América, víctimas de un inveterado despojo. Por el contrario, destacan esos derechos comunitarios en su elevado valor jurídico, ético e histórico y reconocen que son fuente de derechos individuales y que éstos, provenientes de aquéllos o nutridos por ellos, son a su vez derechos humanos con el mismo rango que cualesquiera otros previstos en las disposiciones convencionales.”

³³ Cfr. *Caso Masacre Plan de Sánchez. Reparaciones* (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sentencia de 19 de noviembre 2004. Serie C No. 116, párr. 85, y *Caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awás Tingni, supra* nota 176, párr. 149.

³⁴ Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Comunidad indígena Yakye Axa Vs. Paraguay del 17 de junio de 2005 *Fondo, Reparaciones y Costas*). Parágrafo 135.

³⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awás Tingni Vs. Nicaragua. Sentencia de 31 de agosto de 2001. (*Fondo, Reparaciones y Costas*). Voto razonado conjunto de los Jueces A.A. Cançado Trindade, M. Pacheco Gómez y A. Abreu Burelli

³⁶ Defensoría del Pueblo. Comentarios Al Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes. Cuarta Edición. Septiembre del 2004. Pág. 48

Esa interpretación se condice con el artículo 17 de la Constitución, donde el estado “Preserva las diversas manifestaciones culturales y lingüísticas del país. Promueve la integración nacional.”

Incluso la amenaza del despojo de sus tierras pueden generar vulneración al derecho vida. “En los últimos años, se han deteriorado notoriamente la condiciones de vida de amplios segmentos de la población de los Estados Partes en la Convención Americana, y una interpretación del derecho a la vida no puede hacer abstracción de esta realidad,”³⁷ sobre todo cuando se trata de personas vulnerables: niños, niñas, ancianos, indigentes.

La Corte Interamericana ha considerado para evaluar el tema de propiedad de las Comunidades hacer una interpretación desde el Convenio 169, relacionándolo con el artículo 21 la Convención Interamericana: “El Convenio No. 169 de la OIT contiene diversas disposiciones que guardan relación con el derecho a la propiedad comunal de las comunidades indígenas (...) disposiciones que pueden ilustrar sobre el contenido y alcance del artículo 21 de la Convención Americana.”³⁸

El Convenio 169 de la OIT contiene artículos vinculados a la propiedad de sus tierras en los artículos 14, 15 y 17³⁹. Estos artículos permitirán interpretar adecuadamente el

³⁷ Caso “*Villagrán Morales y otros* (Niños de la Calle) vs. Guatemala. Voto Concurrente de los Jueces A.A. Cancado Trindade y A. Abreu Burelli.

³⁸ Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Comunidad indígena Yakye Axa Vs. Paraguay del 17 de junio de 2005 *Fondo, Reparaciones y Costas* parrafo 130.

³⁹ **Artículo 14.** 1. Deberá reconocerse a los pueblos interesados el derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan (...). 2. Los gobiernos deberán tomar las medidas que sean necesarias para determinar las tierras que los pueblos interesados ocupan tradicionalmente y garantizar la protección efectiva de sus derechos de propiedad y posesión.

Artículo 15. 1. Los derechos de los pueblos interesados a los recursos naturales existentes en sus tierras deberán protegerse especialmente. Estos derechos comprenden el derecho de esos pueblos a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos. 2. En caso de que pertenezca al Estado la propiedad de los minerales o de los recursos del subsuelo, o tenga derechos sobre otros recursos existentes en las tierras, los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados, y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras. Los pueblos interesados deberán participar siempre que sea posible en los beneficios que reporten tales actividades, y percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades.

Artículo 17. 1. Deberán respetarse las modalidades de transmisión de los derechos sobre la tierras entre los miembros de los pueblos interesados establecidas por dichos pueblos. 2. Deberá consultarse a los pueblos interesados siempre que se considere su capacidad de enajenar sus tierras o de transmitir de otra forma sus derechos sobre estas tierras fuera de su comunidad.

concepto de propiedad contenido en el artículo 21 de la Convención Americana: “*Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes.*” En consecuencia el Artículo 2 inciso 16 de la Constitución “*Toda persona tiene derecho la propiedad y a la herencia*”, así como el Artículo 70 “El derecho de propiedad es inviolable. El Estado lo garantiza.” deben ser entendidos en su componente corporal e incorporal. Así lo entiende también el Dr. Jorge Avendaño, en referencia al artículo 2 inciso 16 de la Carta Política “la propiedad no debe entenderse circunscrita o limitada a las cosas singulares, tal como la define el artículo 923 del Código Civil. Debe entenderse en su acepción amplia, es decir, vinculada a la noción de patrimonio, el cual es una universalidad jurídica (...)”⁴⁰.

X.- CUESTIONAMIENTO CONSTITUCIONAL DEL DECRETO LEGISLATIVO 1015

El cuestionamiento constitucional del Decreto Legislativo esta vinculado por el principio de jerarquía normativa, luego de hacer una interpretación sistemática de la Constitución, por cuanto se equipara el Convenio 169 de la OIT (norma de derechos humanos) con los artículos propiamente de la Carta Magna e igualmente con las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. El artículo V del Código Procesal Constitucional señala:

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.

Dentro de esa interpretación sistemática existe una violación material de la Constitución, la que consideramos mucho mas grave de la violación formal de la Constitución vinculada a los excesos de las facultades legislativas.

Las Comunidades pueden perder su naturaleza y esencia, si es que se mantiene en el ordenamiento jurídico. El Congreso de la República dentro de su actividad de control

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

⁴⁰ La Constitución Comentada. Gaceta Jurídica. Primera reimpresión febrero 2006. Pag. 1085

puede dejar sin efecto la norma, de acuerdo al artículo 90 del Reglamento del Congreso de la República:

Artículo 90°.- (...) c). La Comisión informante presenta dictamen, obligatoriamente, en un plazo no mayor de 10 días. **En el caso que el o los decretos legislativos contravengan la Constitución Política o excedan el marco de la delegación de facultades otorgado por el Congreso, recomienda su derogación o su modificación para subsanar el exceso o la contravención,** sin perjuicio de la responsabilidad política de los miembros del Consejo de Ministros.

Sin embargo hasta la fecha el Congreso de la República no ha realizado ningún control político a través de la Comisión de Constitución y Reglamento, abdicando su misión de tutela del orden constitucional. Sin embargo la Defensoría del Pueblo ya ha presentado un Proceso de Inconstitucionalidad para dejar sin efecto la norma, entonces será el Tribunal Constitucional el último guardián de la Constitucionalidad.

XI. CONCLUSION

PRIMERA: Los conceptos de propiedad deben ser entendidos en sus dimensiones corporales e incorporeales, sobre todo cuando nos referimos a las tierras de las Comunidades. El Convenio 169 de la OIT permite interpretar adecuadamente el artículo 21 de la Convención Americana y el artículo 2 inciso 16 y el artículo 70 de la Constitución. La relación de propiedad y comunidad está íntimamente ligado como el hombre lo está al oxígeno que respira.

SEGUNDO: Las Comunidades deben ser consultadas cuando se dicten normas legales que los afecten, pudiendo utilizarse los mecanismos de la Ley 26300, Ley de los Derechos de Participación y Control Ciudadano. La participación de estos sectores, muchas veces marginados, consolida la democracia y le da legitimidad.

TERCERO: La materia que contempla el Decreto Legislativo 1015, no podía ser debatido legislativamente hasta después de Julio del 2008, ya que el Proyecto del Ejecutivo fue archivado en el Congreso, razón suficiente para que el Ejecutivo no pueda tratarlo. Si el ente habilitador esta imposibilitado, en mayor medida lo estará el ente habilitado.

CUARTO: El Convenio 169 de la OIT al ser ratificado durante la vigencia de la Constitución de 1979, dota de una jerarquía constitucional a su normativa. La

Constitución de 1993 no puede ser una excusa para desoír el Convenio Internacional, en tal caso su primacía queda respaldada por su antigüedad y por la jerarquía constitucional clara que le brindaba la Carta Política anterior. Además nunca ha sido denunciado su contenido. Finalmente ya es pacífico que los Tratados de Derechos Humanos tienen jerarquía constitucional.

QUINTO: La personería jurídica de las Comunidades le da una connotación ancestral en el ejercicio y exigencia de los derechos sobre su tierra o más profundamente sobre su territorio. Los reconocimientos formales de la era republicana especialmente a partir de 1920, no anulan, ni disminuyen sus derechos y títulos histórico, que esta claramente garantizado por la jurisdicción internacional.

SEXTO: Las personas jurídicas son titulares de derechos fundamentales y el mejor ejemplo de ello son las Comunidades que lo ejercen, no desde su reconocimiento formal, sino con mucha anterioridad, para la protección de sus tierras.

SEPTIMO: La Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha pronunciado reiteradamente sobre la particularidad de las comunidades en su esfera colectiva y ha desarrollado sus características, con bastante creatividad.

OCTAVO: El Congreso de la República dentro de su facultad de control político debe dejar sin efecto el Decreto Legislativo, de lo contrario el Tribunal Constitucional tendrá que hacer una evaluación abstracta de la norma para sacarla del ordenamiento jurídico.