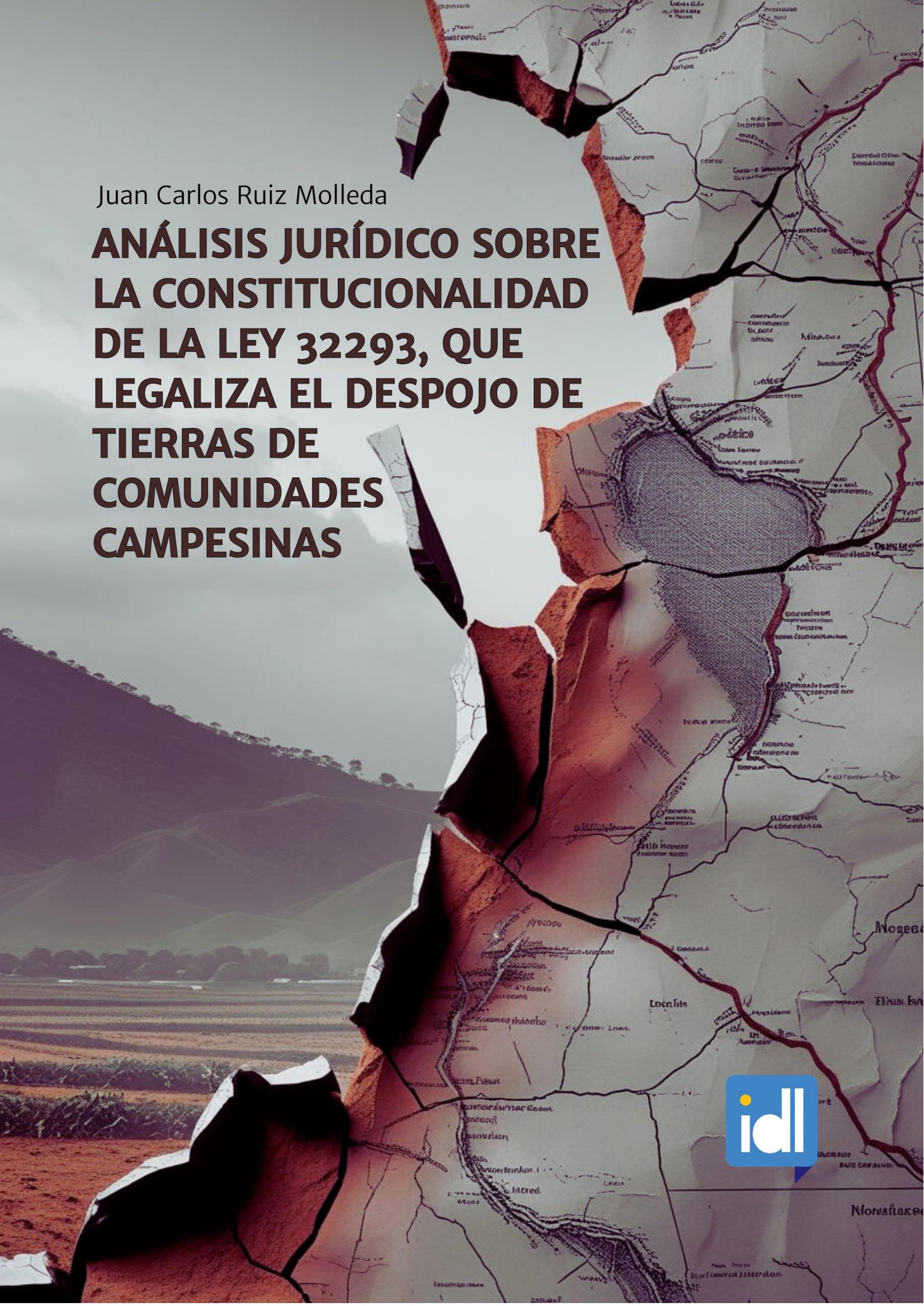

Juan Carlos Ruiz Molleda

ANÁLISIS JURÍDICO SOBRE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY 32293, QUE LEGALIZA EL DESPOJO DE TIERRAS DE COMUNIDADES CAMPESINAS

Este documento de trabajo ha sido elaborado por el Área de Justicia Constitucional y Pueblos Indígenas del Instituto de Defensa Legal (IDL), con el propósito de ofrecer un análisis jurídico crítico sobre la Ley 32293. Su contenido busca aportar a la reflexión jurídica, política y social sobre los impactos que esta norma puede tener en los derechos territoriales de las comunidades campesinas.

Lima, junio de 2025

Análisis jurídico sobre la constitucionalidad de la Ley 32293, que legaliza el despojo de tierras de comunidades campesinas

Juan Carlos Ruiz Molleda[1]

El 8 de abril de 2025 se promulgó la Ley 32293, que legaliza el despojo de tierras de comunidades campesinas. Se trata de una norma que viola el derecho de propiedad y de posesión de las comunidades campesinas sobre las tierras que han ocupado tradicionalmente, reconocido en el artículo 89 de la Constitución Política, en los artículos 13, 14, 17.3 y 18 del Convenio 169 de la OIT y en el párrafo 117 de la sentencia de la Corte IDH recaída en el caso Xucuru vs. Brasil.

Lo que hace la Ley 32293 es legalizar el despojo de tierras comunales. En otras palabras, lo que dice es que las tierras de las comunidades campesinas invadidas y ocupadas por centros poblados o asentamiento humanos, es decir por terceros, incluso si tienen saneado el título la comunidad, pasa a propiedad de los invasores que han despojado a la comunidad de su territorio.

> *Artículo único. Modificación del artículo 2 de la Ley 24657, Ley que declara de necesidad nacional e interés social el deslinde y la titulación del territorio de las comunidades campesinas*
> *Se modifica el inciso b) del artículo 2 de la Ley 24657, modificado por las leyes 26845 y 27046, en los siguientes términos:*
> *"Artículo 2.- El territorio comunal está integrado por las tierras originarias de la Comunidad, las tierras adquiridas de acuerdo al derecho común y agrario, y las adjudicadas con fines de Reforma Agraria. Las tierras originarias comprenden las que la Comunidad viene poseyendo, incluyendo las eriazas, y las que indican sus títulos. En caso de controversia sobre esos títulos, el Juez competente calificará dichos instrumentos.*
> ***No se consideran tierras de la Comunidad:***
> ***[…]***
> *b) **Las tierras de aquellas comunidades campesinas que no tengan la condición de pueblo indígena u originario que se encuentren ocupadas por centros poblados o asentamientos humanos al 31 de diciembre de 2015**, salvo aquellas sobre las que se haya interpuesto acciones de reivindicación por parte de las Comunidades Campesinas antes de dicha fecha. Las autoridades pertinentes*

[1] Abogado y magíster en Derecho Constitucional por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Actualmente, coordina el área de Justicia Constitucional y Pueblos Indígenas del Instituto de Defensa Legal (IDL), en la que lidera estrategias jurídicas en defensa de derechos fundamentales y colectivos. Ha trabajado extensamente en la promoción y defensa de los derechos de los pueblos indígenas, con énfasis en procesos constitucionales de temas de interés público, como grupos vulnerables y medio ambiente.

procederán a formalizar y registrar las tierras ocupadas por los asentamientos humanos, con el fin de adjudicar y registrar la propiedad individual de los lotes a sus ocupantes.

1. LAS COMUNIDADES CAMPESINAS ESTAN PROTEGIDAS EN SU CONDICIÓN DE PUEBLOS INDÍGENAS

1.1. Las comunidades campesinas están protegidas por el Convenio 169 de la OIT

La Ley 32293 dice que no se consideran como tierras de las comunidades campesinas las tierras de aquellas comunidades que no tengan la condición de pueblos indígenas. Sin embargo, la posición oficial del Estado peruano es que las comunidades campesinas y las comunidades nativas son colectividades similares a los pueblos indígenas y en esta medida tienen los mismos derechos étnicos y culturales que éstos.

Así lo informó el Estado a la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT (CEACR). Esta comisión se refirió a lo manifestado por el Estado y, además, reiteró que las comunidades campesinas reúnen los requisitos previstos en el artículo 1[2] del Convenio 169 de la OIT y, en consecuencia, reafirmó que están protegidas integralmente por este Convenio. A continuación, trascribimos lo que dijo la CEACR en sus observaciones individuales sobre Perú:

> La Comisión toma nota que el Gobierno informa que el reglamento de la ley núm. 28945, Ley del Instituto Nacional de Pueblos Andinos, señala en su artículo 2 las definiciones que abarcarían a los pueblos andinos, pueblos amazónicos y pueblos afroperuanos.[3] **La Comisión toma nota que según el Gobierno las comunidades campesinas y las comunidades nativas están incluidas en el reconocimiento de sus derechos étnicos y culturales como colectividades similares a los pueblos indígenas**, enfatizando los aspectos sociales, políticos y culturales. Esta afirmación parece ser positiva en el sentido de que confirma anteriores memorias del Gobierno y comentarios de la Comisión en el sentido de que las comunidades indígenas están cubiertas por el Convenio independientemente de su denominación. Sin

[2] Convenio 169 de la OIT, artículo 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] Reglamento de la Ley del Instituto Nacional de Desarrollo de Pueblos Andinos, Amazónicos y Afroperuano Artículo 2.- Definiciones. Pueblos Andinos. - *"Son pueblos originarios con identidad y organización propia, que mantienen todas sus instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas. Incluye a las comunidades campesinas de la Sierra y de la Costa"*.

> embargo, parece haber diferencias en la aplicación del Convenio, especialmente en cuanto a su alcance. La Comisión considera que, en la medida en que las comunidades campesinas reúnen los requisitos del artículo 1, párrafo 1, del Convenio, deben gozar de la protección integral del Convenio independientemente de las diferencias o similitudes con otras comunidades, e independientemente de su denominación […] La Comisión reitera que el concepto de pueblo es más amplio que el de comunidad y las engloba y que, cualquiera sea su denominación, no debe haber ninguna diferencia a efectos de la aplicación del Convenio, en la medida en que las comunidades denominadas nativas, campesinas u otras estén comprendidas en el artículo 1, párrafo 1, a) o b), del Convenio, en cuyo caso corresponde aplicarles por igual todas las disposiciones del Convenio (negrita agregada) [4].

De la legislación interna también se desprende que el Estado peruano reconoce como pueblos indígenas a aquellos que se encuentren organizados en comunidades nativas o campesinas o habiten territorios indígenas reconocidos.

En efecto, la Constitución Política del Perú[5], el Reglamento del Instituto Nacional de Desarrollo de Pueblos Andinos, Amazónicos y Afroperuanos[6], la Ley de Comunidades Nativas y Amazónicas[7] y la Ley General de Comunidades Campesinas[8] reconocen específicamente la existencia legal y la personalidad jurídica de las comunidades campesinas y nativas y señalan las características que deben presentar dichos grupos,

[4] CEACR, *Observación individual sobre el Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169)* Perú (ratificación: 1994) Publicación: 2009, párr. tercero y cuarto.

[5] Constitución Política, 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".

[6] Reglamento del Instituto Nacional de Desarrollo de Pueblos Andinos, Amazónicos y Afroperuanos, Decreto Supremo N.º 065-2005-PCM, artículo 2: Definiciones. *"Pueblos Andinos. Son pueblos originarios con identidad y organización propia, que mantienen todas sus instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas. Incluye a las comunidades campesinas de la Sierra y de la Costa. Pueblos Amazónicos. - Son pueblos originarios con identidad y organización propia, que mantienen todas sus instituciones sociales, económicas, culturales y políticas o parte de ellas. Incluye a las comunidades nativas y pueblos indígenas en aislamiento voluntario y contacto inicial. En este Reglamento a los pueblos andinos y pueblos amazónicos, se les podrá denominar pueblos indígenas".*

[7] Ley de Comunidades Nativas y de Desarrollo Agrario de la Selva y Ceja de Selva, Decreto Ley 22175, artículo 7: "El Estado reconoce la existencia legal y la personalidad jurídica de las Comunidades Nativas"; artículo 8: "Las Comunidades Nativas tienen origen en los grupos tribales de la Selva y Ceja de Selva y están constituidas por conjuntos de familias vinculadas por los siguientes elementos principales: idioma o dialecto, caracteres culturales y sociales, tenencia y usufructo común y permanente de un mismo territorio, con asentamiento nucleado o disperso".

[8] La Ley General de Comunidades Campesinas (Ley N.º 24656) señala que *"Las Comunidades Campesinas son organizaciones de interés público, con existencia legal y personería jurídica, integradas por familias que habitan y controlan determinados territorios, ligadas por vínculos ancestrales, sociales, económicos y culturales, expresados en la propiedad comunal de la tierra, el trabajo comunal, la ayuda mutua, el gobierno democrático y el desarrollo de actividades multisectoriales, cuyos fines se orientan a la realización plena de sus miembros y del país".*

como idioma, caracteres culturales y sociales, tenencia y usufructo común y permanente de un mismo territorio, con asentamiento nucleado o disperso[9].

De la misma forma, la Resolución Ministerial N°159-2000-PROMUDEH, que aprueba la Directiva N.º 012-2000-PROMUDEH[10] para promover y asegurar el respeto de la identidad étnica y cultural de los pueblos indígenas y las comunidades campesinas y nativas; la Ley General del Ambiente (Ley 28611[11]) y el Reglamento de la Ley de Áreas Naturales Protegidas (Decreto Supremo No 038-2001-AG[12]), no solo contienen disposiciones que afirman los derechos de los pueblos indígenas y comunidades campesinas y nativas sino también su derecho a la consulta como base de procesos incluyentes de toma de decisiones.

Sin embargo, será el artículo 2 de la Ley que establece el régimen de protección de los conocimientos colectivos de los Pueblos Indígenas vinculados a los Recursos Biológicos, aprobada por Ley 27811, la norma en forma clara y precisa reconoce que las comunidades campesinas son pueblos indígenas.

> Artículo 2.- Definiciones
> Para los efectos del presente dispositivo se entenderá por:
> a) Pueblos indígenas. Son pueblos originarios que tienen derechos anteriores a la formación del Estado peruano, mantienen una cultura propia, un espacio territorial y se autorreconocen como tales. **En éstos se incluye a los pueblos en aislamiento voluntario o no contactados, así como a las comunidades campesinas y nativas**.
> La denominación "indígenas" comprende y puede emplearse como sinónimo de "originarios", "tradicionales", "étnicos", "ancestrales", "nativos" u otros vocablos. (Resaltado nuestro)

No obstante, la posición oficial del Estado (expresada ante la CEACR de la OIT) y la legislación interna mencionada, en Perú existe dispersión de normas y hay discursos

[9] DAR, El derecho a la consulta de los pueblos indígenas en el Perú. Últimos avances, primera edición, Lima, mayo de 2010, pág. 24.
[10] ANEXO, Directiva para promover y asegurar el respeto a la identidad étnica y cultural de los pueblos indígenas, comunidades campesinas y nativas a nivel nacional, "*IDENTIDAD ETNICA Y CULTURAL (…) El respeto a la identidad étnica y cultural de los Pueblos Indígenas, Comunidades Campesinas y Nativas, comprende: (…) c. El derecho a ser escuchados y consultados en forma previa a toda acción o medida que se adopte y que pueda afectarles".*
[11] Ley General del Ambiente (Ley 28611), Del aprovechamiento de recursos naturales y pueblos indígenas, comunidades campesinas y nativas, artículo 72°.
[12] Reglamento de la Ley de Áreas Naturales Protegidas, procedimientos de consulta para su creación, artículo 43.1 El proceso para la categorización definitiva o el establecimiento de un Área Natural Protegida, se debe realizar en base a procesos transparentes de consulta a la población local interesada, donde se incluye a las comunidades campesinas o nativas de acuerdo a los procedimientos de consulta establecidos en el "Convenio N.º 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes" de la Organización Internacional del Trabajo - OIT. En estos últimos casos dicha participación se realiza en particular a través de sus organizaciones locales y utilizando en lo posible el idioma más relevante del lugar.

estatales encontrados sobre las comunidades campesinas y nativas. Por ello, la CEACR le solicitó al Gobierno que desarrolle, en consulta con las organizaciones indígenas nacionales, un criterio unificado sobre cuáles son los pueblos indígenas que deben ser cubiertos por el Convenio, incluidas las comunidades campesinas y nativas[13].

Podemos concluir, que de conformidad con el artículo 1.1.b del Convenio 169 de la OIT, en la medida en que las comunidades campesinas acrediten que descienden de un pueblo originario, conserven todas o parte de las costumbres y se auto reconozcan como tales serán pueblos indígenas como luego veremos.

1.2. Reconocimiento de las comunidades campesinas como pueblos indígenas

El Tribunal Constitucional se ha pronunciado sobre las comunidades campesinas y nativas como pueblos indígenas. Lo que dice el TC, es que siempre y cuando reúnan los requisitos establecidos en el artículo 1.1.b del Convenio 169 de la OIT, estaremos ante pueblos indígenas. Nos referimos a descender de pueblos originarios, conservar todas o partes de las costumbres y auto percibirse como parte de un pueblo diferente y con características propias.

> *Artículo 1*
> *1. El presente Convenio se aplica:*
> *[…]*
> *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.*

Ante esto el TC precisa:

> *"Asimismo, se advierte que, en el caso peruano, tomando en consideración la normativa legal de desarrollo constitucional, son diversas las denominaciones en torno a la existencia jurídica de las comunidades campesinas y nativas, reconocidas así en la Constitución. Verbigracia, en el artículo 2, literal a) de la Ley 27811, Ley que establece el Régimen de protección de los conocimientos*

[13] CEACR, *Observación individual sobre el Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169)* Perú (ratificación: 1994) Publicación: 2009, tercer párrafo.

> *colectivos de los pueblos indígenas vinculados a los recursos biológicos, publicada el 10 de agosto de 2002, se estableció que las comunidades campesinas y nativas eran pueblos indígenas u originarios. En el artículo 7 de la Ley del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios, reconocido en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), Ley 29785 (—Ley de Consulta Previa), publicada el 7 de setiembre de 2011, además de los mecanismos para llevar a cabo este procedimiento, se establecieron los criterios de identificación de pueblos indígenas u originarios, y se precisó que las —comunidades campesinas o andinas|| pueden ser identificadas como pueblos indígenas u originarios. En ese sentido, desde setiembre de 2011, para la legislación nacional,* ***las comunidades campesinas y nativas pueden ser consideradas pueblos indígenas u originarios****". (STC No 03326-2017-AA, f. j. 23) (resaltado nuestro)*

Añade en la misma sentencia:

> *"Otro factor para tomar en cuenta es que el artículo 2 de la Ley 24656, Ley General de Comunidades Campesinas, reconoce en ellas vínculos ancestrales, culturales y territoriales, expresados en la propiedad comunal de la tierra, por lo cual, si alguien alega que una determinada comunidad campesina no constituye un pueblo indígena u originario, pese a que detenta parcialmente criterios objetivos y se autoidentifica como tal, tiene la carga de probar lo afirmado". (STC No 03326-2017-AA, f. j. 25) (Resaltado nuestro)*

Finalmente, el TC sobre el concepto de pueblos indígenas agrega:

> *"Otro aspecto para tener presente es que nuestra Constitución tampoco hace referencia al término —pueblos indígenas||, pero sí incorpora en su artículo 191 el término —pueblos originarios. Es con el Convenio 169 de la OIT que se incorpora la nomenclatura jurídica de —pueblos indígenas, utilizada prevalentemente en el derecho internacional de los derechos humanos". (STC No 03326-2017-AA, f. j. 22)*

La conclusión es que si se reúne los requisitos establecidos en el artículo 1.1.b del Convenio 169 y la comunidad se autopercibe como un pueblo indígena, es tal.

1.3. La base de datos de pueblos indígenas es declarativa y no constitutiva

La Ley 32293 también desconoce que la Resolución Ministerial 202-2012-MC, que aprobó la Directiva 03-2012/MC, que regula el funcionamiento de la base de datos oficial

de pueblos indígenas u originarios, si bien reconoce que esta base es declarativa y no constitutiva, exige otros requisitos para ser considerado pueblo indígena.

> *6.5 La Base de Datos tiene carácter declarativo y referencial. Dada su naturaleza distinta a la de un registro, no es constitutiva de derechos.*
> *7.1.5 La Base de Datos incorpora como elementos objetivos para el reconocimiento de un pueblo indígena los siguientes: lengua indígena, en tanto constituye una de las principales instituciones sociales y culturales de todo pueblo; y tierras comunales de pueblos indígenas, que establecen la existencia de conexión territorial. Ambos elementos, en conjunto, dan cuenta de "continuidad histórica" desde tiempos anteriores al establecimiento del Estado.*

Ante esta realidad el TC precisa:

> *"Las entidades promotoras cuentan con un instrumento valioso de apoyo regulado en el artículo 20 de la Ley de Consulta Previa, a saber, la Base de Datos Oficial de Pueblos Indígenas u Originarios. Dicha base de datos es accesible vía el portal electrónico https://bdpi.cultura.gob.pe/. No obstante, con base en lo indicado hasta aquí (es decir, que la inscripción es declarativa y que la existencia de un pueblo se deriva de la primacía de la realidad, o de las evidencias de su existencia o de cumplir con los criterios objetivos y subjetivos) la Base no contiene una lista cerrada o excluyente de los pueblos indígenas u originarios en nuestro país". (STC No 03326-2017-AA, f. j. 28)*

En consecuencia, estar en la base de datos no es una condición para ser considerado pueblo indígena. Lo que importa no es el reconocimiento por parte del Estado, sino que este colectivo reúna los requisitos exigidos por el artículo 1.1.b del Convenio 169 de la OIT.

1.4. La existencia jurídica de pueblos indígenas como las comunidades campesinas no deriva de su reconocimiento estatal

La Ley 32293 pretende sostener aun cuando no es claro en su redacción que las comunidades que no están inscritas en registros públicos, es decir, que las comunidades campesinas que no han sido reconocidas como tales por el Estado no son pueblos indígenas. Sin embargo, olvida que, para el TC, la existencia de pueblos indígenas no depende del reconocimiento estatal.

> *"En esa dirección, el Tribunal Constitucional afirma que la existencia de un pueblo indígena u originario no se deriva de un acto administrativo que formalice su*

> *constitución, sino de la primacía de la realidad; esto es, de la evidencia de su existencia". (STC No 03326-2017-AA, f. j. 26)*
> *"Ahora bien, la identificación de los pueblos indígenas u originarios a ser consultados, tal como manda la Ley 29785 y su Reglamento, aprobado por el Decreto Supremo 001-2012-M, es misión de la entidad pública responsable de dictar la medida legislativa o administrativa que debe consultarse12, denominada entidad promotora". (STC No 03326-2017-AA, f. j. 27)*

Luego añade el TC, y sostiene que la existencia de un pueblo no depende de su inscripción en registros públicos

> *"Al respecto, conviene recordar que este Tribunal ha puntualizado, con base en el artículo 89 de la Constitución, que cabe reconocer excepcionalmente existencia legal a las comunidades campesinas y nativas, sin necesidad de realizar una inscripción previa. Esto es así porque la inscripción es un acto administrativo declarativo, y no constitutivo, de dichas comunidades". (STC No 03326-2017-AA, f. j. 21)*

Esto en realidad ya lo había dicho el TC en otra sentencia:

> *"En consecuencia, la Norma Fundamental, en forma excepcional y privilegiada, ha otorgado a dichas comunidades personería jurídica erga omnes en forma directa, sin la necesidad de realizar la inscripción previa en algún registro para afirmar su existencia, al representar una forma de universitates personarum. El acto administrativo de inscripción es entonces, a diferencia de lo que ocurre con las personas jurídicas de derecho privado, declarativo y no constitutivo". STC No 04611-2007-AA, f. j. 25)*

Añade:

> *"Una inscripción en el registro sería útil para acreditar la existencia de la personería La falta de inscripción registral no puede desvirtuar su personería jurídica, pero sí es relevante como prueba a efectos de ejercer su capacidad procesal. Pero si la comunidad está inscrita, está obligada a presentar su registro. En caso de estarlo, bastaría con mostrar medios probatorios que fehacientemente prueben su existencia fáctica. No es posible se pueda colocar a la comunidad en una situación de indefensión tal que por temas netamente formales (incumplimiento· de acto administrativo/declarativo), terminen desconfigurando lo señalado en la Constitución (en concordancia válidamente aceptada con el Convenio No 169, sobre Pueblos Indígenas y Tribales". (STC No 04611-2007-AA, f. j. 26)*

La consecuencia es evidente: la simple existencia de una comunidad le otorga personería jurídica.

1.5. Prevalencia del criterio de la autoidentificación de los pueblos indígenas

La Ley 32293 desconoce que la condición de pueblos indígenas no depende del reconocimiento del Estado, sino de la autoidentificación de estos y de que estos cumplan con los requisitos establecidos en el artículo 1.1.b y 2 del Convenio 169 de la OIT, que es descender de pueblos originarios, conservar todas o partes de las costumbres y auto identificarse como parte de un pueblo diferente de los demás.

> Artículo 1
> 1. El presente Convenio se aplica:
> […]
> 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

La Ley 32293 desconoce la prevalencia del criterio de auto identificación. En relación con el elemento subjetivo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso de Xakmok Kásek vs Paraguay, ha señalado que

> *"no corresponde a este tribunal ni al estado determinar la pertenencia étnica … de la comunidad"* ya que este proceso *"es un hecho histórico social que hace parte de su autonomía"*, *razón por la cual la Corte y el estado deben limitarse a respetar las determinaciones que en ese sentido presente la comunidad, es decir, la forma como esta se auto-identifique"*[14]

Vale decir, según esta jurisprudencia, el criterio autoconciencia en realidad habría que entenderlo como "auto-identificación" y, por tanto, corresponde a cada pueblo identificar su propio nombre, composición y pertenencia étnica, sin *que el Estado pueda rechazarlo o convertirla*[15].

[14] Corte IDH. Caso de la Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs Paraguay. Sentencia del 24 de agosto del 2010.
[15] Documento de Trabajo de la Comisión de Derechos Humanos (COMISEDH), La ley de Consulta Previa y su Reglamento en el Perú, Análisis desde la perspectiva del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Lima, 16 de Julio de 2012, pág. 7, 1° párr.

En ese mismo sentido se pronuncia la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la cual ha concluido que para el sistema regional de protección de derechos humanos, el *"criterio de auto identificación es el principal para determinar la condición de indígena, tanto individual como colectivamente en tanto pueblos"*[16].

Sobre la base de lo señalado es posible sostener que la calificación como pueblo indígena o tribal es algo que atañe fundamentalmente a cada pueblo o comunidad, sin que los Estados puedan inferir en el proceso o contestar sus resultados. En apoyo de esta interpretación puede citarse lo señalado por la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos los Pueblos Indígenas que, en todo su articulado 33º numeral 1), prescinde de los elementos objetivos, y tan solo se limita a señalar que *"los pueblos indígenas tienen derecho a determinar su propia identidad o pertenencia conforme a sus costumbres y tradiciones"*.

Como señala la Corte Constitucional de Colombia comentando el artículo 1.2. del Convenio 169 de la OIT, que establece que la conciencia de su identidad o tribal deberá considerarse un criterio fundamental para determinar los grupos a los que se aplican las disposiciones del presente Convenio, *"Esta disposición, interpretada a la luz del derecho a la autonomía, fundamenta la prevalencia del criterio de la auto identificación".* (T-294 de 2014)

En consecuencia, si un colectivo se auto identifica como pueblo indígena, existirá una presunción que estamos ante un pueblo indígena. Si el Estado quiere controvertir y quiere cuestionar que este colectivo es un pueblo indígena, y que en consecuencia no se le aplica el Convenio 169 de la OIT, deberá demostrar que no reúne los dos requisitos objetivos, esto es que descienden de pueblos originarios y que conserven total o parcialmente sus costumbres y nada más. Por ello carece de cobertura normativa la Ley 32293 cuando invisibiliza este criterio.

2. LA LEY 32293 VIOLA EL DERECHO DE PROPIEDAD DE LAS COMUNIDADES CAMPESINAS

2.1. La Ley 32293 viola el derecho de las comunidades campesinas a la propiedad sobre sus territorios

La Ley 32293 al permitir la apropiación por terceros ajenos a la comunidad de territorios de comunidades campesinas, incluso tituladas y debidamente saneadas, viola el derecho de propiedad de las comunidades campesinas. Es decir, la Ley 32293 es incompatible

[16] Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. Disponible en: http://cidh.org/countryrep/TierrasIndigenas2009/Cap.III-IV.htm#_ftn8 (recuperado el 15 de enero de 2014).

con el derecho de propiedad sobre las tierras que han ocupado tradicionalmente como lo reconoce los incisos 1 y 2 del artículo 14 del Convenio 169 de la OIT.

En realidad, este despojo resulta incompatible con lo establecido en los artículos 14.1, 14.2, 17.3 y 18 del Convenio 169 de la OIT y del párrafo 117 de la sentencia de la Corte IDH en el caso Xucuru. En efecto, se viola el artículo 14.1 y 14.2. del Convenio 169 de la OIT, que reconoce propiedad a los pueblos indígenas sobre los territorios que han ocupado tradicionalmente.

> *"Artículo 14*
> *1. Deberá reconocerse a los pueblos interesados el derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan. Además, en los casos apropiados, deberán tomarse medidas para salvaguardar el derecho de los pueblos interesados a utilizar tierras que no estén exclusivamente ocupadas por ellos, pero a las que hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia. A este respecto, deberá prestarse particular atención a la situación de los pueblos nómadas y de los agricultores itinerantes.*
> *2. Los gobiernos deberán tomar las medidas que sean necesarias para determinar las tierras que los pueblos interesados ocupan tradicionalmente y garantizar la protección efectiva de sus derechos de propiedad y posesión". (Resaltado nuestro)*

Como se puede advertir, los pueblos indígenas son propietarios sobre las tierras que tradicionalmente ocupan. Es decir, la simple posesión otorga propiedad como luego lo reconocerá la sentencia Xucuru de la Corte IDH. Este extremo es desconocido por la norma objeto de control constitucional, cuando legaliza el despojo y la usurpación.

El despojo de tierras de las comunidades campesinas desconoce el contenido convencional del derecho a la propiedad indígena reconocido en el párrafo 117 de la sentencia de la Corte IDH recaída en el caso Xucuru vs Brasil.

> *117. Por otra parte, el Tribunal recuerda su jurisprudencia respecto a la propiedad comunitaria de las tierras indígenas, según la cual se indica inter alia que: 1) la posesión tradicional de los indígenas sobre sus tierras tiene efectos equivalentes al título de pleno dominio que otorga el Estado; 2) la posesión tradicional otorga a los indígenas el derecho a exigir el reconocimiento oficial de propiedad y su registro; 3) los miembros de los pueblos indígenas que por causas ajenas a su voluntad han salido o perdido la posesión de sus tierras tradicionales mantienen el derecho de propiedad sobre las mismas, aún a falta de título legal, salvo cuando las tierras hayan sido legítimamente trasladadas a terceros de buena fe; 4) el Estado debe delimitar, demarcar y otorgar título colectivo de las tierras a los*

> *miembros de las comunidades indígenas; 5) los miembros de los pueblos indígenas que involuntariamente han perdido la posesión de sus tierras, y éstas han sido trasladadas legítimamente a terceros de buena fe, tienen el derecho de recuperarlas o a obtener otras tierras de igual extensión y calidad; 6) el Estado debe garantizar la propiedad efectiva de los pueblos indígenas y abstenerse de realizar actos que puedan llevar a que los agentes del propio Estado, o terceros que actúen con su aquiescencia o su tolerancia, afecten la existencia, el valor, el uso o el goce de su territorio; 7) el Estado debe garantizar el derecho de los pueblos indígenas de controlar efectivamente y ser propietarios de su territorio sin ningún tipo de interferencia externa de terceros, y 8) el Estado debe garantizar el derecho de los pueblos indígenas al control y uso de su territorio y recursos naturales. Con respecto a lo señalado, la Corte ha sostenido que no se trata de un privilegio para usar la tierra, el cual puede ser despojado por el Estado u opacado por derechos a la propiedad de terceros, sino de un derecho de los integrantes de pueblos indígenas y tribales para obtener la titulación de su territorio a fin de garantizar el uso y goce permanente de dicha tierra".*

Debemos mencionar que los pronunciamientos de la Corte IDH no solo son vinculantes, sino que tienen rango constitucional. Este carácter vinculante de sentencias de la Corte IDH, ha sido ratificado por el TC:

> *"En consecuencia, al Tribunal Constitucional, en el presente caso no le queda más que ratificar su reiterada doctrina, imprescindible para garantizar los derechos fundamentales, bien se trate de procesos jurisdiccionales, administrativos o políticos: que las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos son vinculantes para todos los poderes públicos y que esta vinculatoriedad no se agota en su parte resolutiva, sino que se extiende a la ratio decidendi, incluso en aquellos casos en los que el Estado peruano no haya sido parte en el proceso". STC N.º 00007-2007-PI/TC, f. j. 36).*

2.2. La Ley 32293 viola la regla de la imprescriptibilidad de la propiedad de las comunidades campesinas

La ley aprobada desconoce que de acuerdo con el artículo 89 de la Constitución Política, la propiedad indígena es imprescriptible. Es decir que la propiedad de las comunidades no acaba con el paso del tiempo. La Constitución es muy clara. Nunca prescribe la propiedad indígena.

> 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". (Resaltado nuestro)

Cabe recordar que la Constitución de 1920, en su artículo 40, reconoció la existencia legal de las comunidades de indígenas y declaró sus bienes como imprescriptibles. En la Constitución de 1933 se dedicó el Título XI a las comunidades de indígenas. En el artículo 208 se reiteró el reconocimiento y la garantía de la integridad de la propiedad comunal, en tanto que en el artículo 209 esta se declaró como imprescriptible, inembargable e inenajenable, salvo expropiación por causa de utilidad pública. La Constitución de 1979 reiteró el reconocimiento de la existencia legal y la personalidad jurídica de las comunidades campesinas y nativas. También previó el carácter inembargable, inalienable e imprescriptible de las tierras de las comunidades. La actual carta política lo que hace es reiterar esta regla.

Finalmente tenemos el artículo 7 de la Ley general de comunidades campesinas, aprobado por Ley 24656 que precisa:

> Artículo 7**.- Las tierras de las Comunidades Campesinas** son las que señala la Ley de Deslinde y Titulación y **son inembargables e imprescriptibles**. **También son inalienables.** Por excepción podrán ser enajenadas, 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. Dicho acuerdo deberá ser aprobado por ley fundada en el interés de la Comunidad, y deberá pagarse el precio en dinero por adelantado. El territorio comunal puede ser expropiado por causa de necesidad y utilidad públicas, previo pago del justiprecio en dinero. Cuando el Estado expropie tierras de la Comunidad Campesina con fines de irrigación, la adjudicación de las tierras irrigadas se hará preferentemente y en igualdad de condiciones a los miembros de dicha Comunidad. (Resaltado nuestro)

2.3. La Ley 32293 desconoce la relación estrecha entre los pueblos indígenas y sus territorios

La Ley 32293 desconoce que la propiedad indígena no puede ser entendida desde el Código Civil desconociendo el valor social, espiritual y cultural de la propiedad. En efecto, la propiedad indígena implica un cambio absoluto de perspectiva en nuestra manera de razonar jurídicamente. Es por ello que de conformidad con la Corte IDH, *"es la legislación nacional la que debe adecuarse al derecho consuetudinario para resolver*

los conflictos en torno a la propiedad de la tierra y el Estado deberá proveer los mecanismos institucionales y administrativos para hacer efectivo este derecho"[17].

En otras palabras, las normas jurídicas del código civil y del ordenamiento jurídico deben ser interpretadas de conformidad y en consonancia con esta jurisprudencia, de lo contrario, en caso de ser imposible su interpretación armónica, estas normas deberán de ser dejadas de lado, en aplicación del derecho internacional de los derechos humanos. Todo esto ciertamente se traduce por cierto en la obligación de los Estados de proteger y garantizar los derechos territoriales de los pueblos indígenas mediante la adopción de recursos efectivos.

Para la Corte IDH, siguiendo lo establecido en el artículo 13.1 del Convenio, la relación especial de los pueblos indígenas con las tierras es una concreción y una manifestación del derecho a la identidad cultural, es decir, del derecho a ser "diferentes" del conjunto o de la mayoría del país. Efectivamente, los pueblos indígenas *"poseen autoridades tradicionales y formas de organización comunitaria propias, centradas en el acuerdo de voluntades colectivas y el respeto. Tienen sus propias estructuras sociales, económicas y culturales"*[18]. En palabras de la Corte IDH esta singularidad, esta especificidad cultural *"se expresa por la relación espiritual que tienen con la tierra, la forma de manejo de los recursos y el profundo respeto a la naturaleza"*[19].

Como señaló con acierto la Corte IDH, *"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"*[20].

Es esta conexión entre derecho a la tierra y el derecho a la identidad cultural la que debe respetarse. Lo singular no solo está en la forma de relacionarse con la tierra, *"Las tradiciones, ritos y costumbres tienen un lugar esencial en su vida comunitaria. Su espiritualidad se refleja en la estrecha relación entre los vivos y los muertos, y se expresa a partir de la práctica de los rituales de entierro, como una forma de permanente*

[17] Claudio E. Nash Rojas, Los derechos humanos de los indígenas en la jurisprudencia de la corte interamericana de derechos humanos. Puede ser revisado en http://www.cdh.uchile.cl/articulos/Nash/Ponencia%20UFRO-%20C.%20Nash.pdf.
[18] Corte IDH. Caso Masacre Plan de Sánchez Vs. Guatemala. Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de noviembre 2004. Serie C No. 116, párr. 85.
[19] Corte IDH. Caso Masacre Plan de Sánchez Vs. Guatemala. Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de noviembre 2004. Serie C No. 116, párr. 85.
[20] Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párr. 135.

contacto y solidaridad con sus antepasados. La transmisión de la cultura y del conocimiento es un rol asignado a los ancianos y las mujeres"[21].

En otra oportunidad la Corte precisó 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. 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"*[22].

La Corte lo ha dicho con otras palabras, *"La tierra significa más que meramente una fuente de subsistencia para ellos; también es una fuente necesaria para la continuidad de la vida y de la identidad cultural de los miembros del pueblo Saramaka. Las tierras y los recursos del pueblo Saramaka forman parte de su esencia social, ancestral y espiritual. En este territorio, el pueblo Saramaka caza, pesca y cosecha, y recogen agua, plantas para fines medicinales, aceites, minerales y madera. Los sitios sagrados están distribuidos en todo el territorio, a la vez que el territorio en sí tiene un valor sagrado para ellos"*[23].

Estos diferentes pronunciamientos ayudan a entender con claridad, por qué se dice que la Corte IDH ha reinterpretado el concepto de derecho de propiedad ante de aplicarlo a los pueblos indígenas. Este concepto ha sido resignificado redimensionado de su concepción individual y privatista. Lo que hay que tener claro es que la relación ente los pueblos indígenas y sus tierras tradicionales tiene dimensiones que va más allá de la función meramente material o económica[24].

No se trata de pronunciamientos aislados, sino de una sólida línea jurisprudencial vinculante para los operadores del sistema de justica y en general para los operadores políticos. Efectivamente, el concepto de territorio ha sido utilizado por la Corte IDH en diferentes fallos. Finalmente, la cobertura normativa de la protección de esta especial relación entre los pueblos indígenas la encontramos en el artículo 21 que recoge el derecho a la propiedad y que como sabemos, ha sido reinterpretada por la Corte IDH. Como lo señala la Corte IDH, *"la estrecha vinculación de los pueblos indígenas sobre sus territorios tradicionales y los recursos naturales ligados a su cultura que ahí se*

[21] Corte IDH. Caso Masacre Plan de Sánchez Vs. Guatemala. Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de noviembre 2004. Serie C No. 116, párr. 85.
[22] Corte IDH. Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79, párr. 149.
[23] Corte IDH. Caso del Pueblo Saramaka. Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 82.
[24] Luis Rodríguez-Piñero Royo, El sistema interamericano de derechos humanos y los pueblos indígenas, en Mikel Berraondo (Coord.), Pueblos Indígenas y derechos humanos, Bilbao, Universidad de Deusto, Instituto de Derechos Humanos, 2006, pág. 187.

encuentren, así como los elementos incorporales que se desprendan de ellos, deben ser salvaguardados por el artículo 21 de la Convención Americana"[25].

Podemos concluir esta parte señalando que el artículo 21 de la Convención Americana garantiza el goce de un bien inmaterial, tal como la "especial relación" que une a los pueblos indígenas con su territorio, que no se refiere meramente a la posesión o al aprovechamiento material, sino que es *"un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras"*[26].

La consecuencia es evidente, la Ley 32293 desconoce el valor que tienen los territorios para los pueblos indígenas, ignorando que estos tienen más que un valor económico, tienen un valor cultural, espiritual y social, incompatible con la posibilidad de su transferencia y desojo en favor de terceros ajenos a la comunidad campesina.

2.4. La Ley 32293 genera una amenaza a la seguridad jurídica de las comunidades campesinas sobre su derecho a la propiedad sobre sus territorios[27]

Antes que proteger de manera efectiva y material la propiedad de los pueblos indígenas sobre sus territorios, lo que hace la Ley 32293 es abrir la posibilidad de despojo de tierras de comunidades campesinas. Efectivamente, el despojo de tierras de comunidades campesinas, es decir, la apropiación por terceros ajenos de tierras de comunidades campesinas afecta certeza jurídica el derecho de propiedad de las comunidades sobre sus territorios. El marco jurídico debe proveer a las comunidades indígenas la seguridad efectiva y la estabilidad jurídica de sus tierras[28]. Ello implica que el título jurídico de propiedad de los pueblos indígenas y tribales sobre la tierra *"debe ser reconocido y respetado, no sólo en la práctica, sino que, en el derecho, a fin de salvaguardar su certeza jurídica"*[29].

Añade que, *"La inseguridad jurídica sobre estos derechos hace a los pueblos indígenas y tribales "particularmente vulnerables y proclives a conflictos y violaciones de derechos"*[30]. El derecho a la certeza jurídica de la propiedad territorial requiere que

[25] Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párr. 66. C*fr. Caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni*, *supra* nota 176, párr. 144, y *Caso Ivcher Bronstein, supra* nota 176, párr. 122

[26] Corte IDH. Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79, párr. 149.

[27] CIDH, Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales: normas y jurisprudencia del sistema interamericano de derechos humanos. Disponible en: http://cidh.org/countryrep/TierrasIndigenas2009/Tierras-Ancestrales.ESP.pdf.

[28] CIDH, Segundo Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en el Perú. Doc. OEA/Ser.L/V/II.106, Doc. 59 rev., 2 de junio de 2000, párr. 19

[29] Corte IDH. Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párr. 115.

[30] 2 CIDH, Quinto Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Guatemala. Doc. OEA/Ser.L/V/II.111, Doc. 21 rev., 6 de abril de 2001, Capítulo XI, párr. 57.

existan mecanismos especiales, rápidos y eficaces para solucionar los conflictos jurídicos existentes sobre el dominio de las tierras indígenas[31]. Los Estados están, en consecuencia, obligados a adoptar medidas para establecer tales mecanismos[32].

Como añade la CIDH, *"La certeza jurídica de los títulos de propiedad territorial también tiene manifestaciones prácticas que han sido resaltadas por el sistema interamericano de protección. La falta de delimitación y demarcación efectiva de los territorios indígenas, aun cuando exista un reconocimiento formal del derecho a la propiedad comunal de sus miembros, causa "un clima de incertidumbre permanente" en el cual los miembros de las comunidades "no saben con certeza hasta dónde se extiende geográficamente su derecho de propiedad comunal y, consecuentemente, desconocen hasta dónde pueden usar y gozar libremente de los respectivos bienes"*[33].

Añade que, "*Un sistema legal que no reconoce el derecho a la propiedad de los miembros de los pueblos indígenas y tribales en relación con su territorio mediante el otorgamiento de títulos de pleno dominio, sino que les reconoce simples intereses, privilegios, o permisos de uso y ocupación de las tierras a discreción del Estado, pone al Estado correspondiente en situación de incumplimiento de su deber de hacer efectivo a nivel interno ese derecho a la propiedad bajo el artículo 21 de la Convención, en conexión con los artículos 1.1 y 2"*[34].

La Ley N.º 32293 resulta incompatible con el bien jurídico de seguridad jurídica, pues considera que el paso del tiempo vuelve constitucional el despojo de tierras.

2.5. La Ley 32293 desconoce la jurisprudencia de la Corte IDH en caso de invasión de colonos en territorios de pueblos indígenas

En el caso Garífuna contra Honduras de la Corte IDH, que es un conflicto entre pueblos indígenas y colonos, este tribunal encontró responsabilidad en el Estado por no prevenir las invasiones, optando por proteger el derecho de propiedad de los pueblos indígenas invadidos. Esta sentencia se aplica al presente caso toda vez que la Ley 32293 busca legalizar precisamente la invasión de terceros, que tienen la misma posición que los colonos en la mencionada sentencia, es decir, ocupantes precarios, usurpadores de tierras de comunidades campesinas.

[31] CIDH, Democracia y Derechos Humanos en Venezuela. Doc. OEA/Ser.L/V/II, Doc. 54, 30 de diciembre de 2009, párr. 1137 – Recomendación 3
[32] 5 CIDH, Quinto Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Guatemala. Doc. OEA/Ser.L/V/II.111, Doc. 21 rev., 6 de abril de 2001, párr. 66 – Recomendación 4.
[33] Corte IDH. Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79, párr. 153.
[34] Corte IDH. Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párr. 116.

¿Cómo debe procederse cuando colonos o mestizos invaden y se asientan en los territorios ancestrales de pueblos indígenas, con la aquiescencia y tolerancia del Estado? ¿Debe protegerse a los colonos o debe protegerse a los PPII? ¿Qué interés y derecho prevalece jurídicamente? ¿Puede el Estado cruzarse de brazos tal como ocurre en nuestro país? ¿Qué hacer en esos casos? Estas y otras son las preguntas que la sentencia de la Corte IDH acaba de responder en la sentencia recaída en el Caso Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus miembros vs. Honduras.

Según la propia sentencia, se trata de un pueblo indígena que mantienen su identidad y que tienen un estrecho vínculo espiritual con su territorio ancestral. No obstante, ello, colonos ingresaron en sus territorios y se asientan en sus territorios, y se dedican a actividades agrícolas. La sentencia da cuenta de conflictos y hasta del asesinato de líderes indígenas por defender su territorio. En palabras de la Corte IDH, *"el presente caso se relaciona con la responsabilidad internacional del Estado por la violación del derecho a la propiedad de la Comunidad Garífuna de Punta Piedra (…) como consecuencia del incumplimiento del deber de garantía por haber otorgado títulos de dominio pleno en 1993 y 1999 a favor de la Comunidad sin haber efectuado un proceso de saneamiento adecuado, a pesar del conocimiento de la ocupación por parte de personas no indígenas en las tierras y territorios titulados".*

El problema fundamental de análisis constitucional es *"determinar el alcance de la obligación del Estado en garantizar el uso y goce de la propiedad titulada a favor de la Comunidad Garífuna de Punta Piedra frente a terceros, con motivo de la alegada falta de posesión pacífica de su territorio tradicional".* (Párrafo 163). La Corte IDH recuerda estándares de tres de sus más emblemáticas sentencias. Como puede advertirse, se establece la clara obligación de garantizar que los pueblos indígenas controlen efectivamente sus territorios y sus recursos naturales, sin ningún tipo de interferencia externa de terceros.

> *"Asimismo, en el Caso Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua la Corte señaló que los Estados deben garantizar la propiedad efectiva de los pueblos indígenas y abstenerse de realizar actos que puedan llevar a que los agentes del propio Estado, o terceros que actúen con su aquiescencia o su tolerancia, afecten la existencia, el valor, el uso o el goce de su territorio. En el Caso del Pueblo Saramaka Vs. Suriname se estableció que los Estados deben garantizar el derecho de los pueblos indígenas de controlar efectivamente y ser propietarios de su territorio sin ningún tipo de interferencia externa de terceros. En el Caso Sarayaku del Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador se dispuso que los Estados deben garantizar el derecho de los pueblos indígenas al control y uso de su territorio y recursos naturales. La Comisión Interamericana también se ha pronunciado al respecto". (Párrafo 172) (Resaltado nuestro)*

Sobre dos temas es necesario llamara la atención. La Corte IDH toma nota que el Estado sabía de la ocupación de terceros y no hizo nada (párrafo 185), *"el Estado tuvo noticia en diversas ocasiones más de la continua y creciente ocupación de terceros en parte del territorio titulado y reclamado, sin que el mismo actuara con la debida diligencia para tutelar dicho territorio y/o arribar a una solución definitiva* ". (Párrafo 185). Añade que *"el Estado no deslindó claramente las zonas que supuestamente se encontrarían ocupadas por terceros, a fin de prever y resolver los problemas de la ocupación progresiva, a través de medidas destinadas a garantizar el uso y goce del territorio previo a su titulación"* (Párrafo 186). Incluso reconoce la obligación de titular de oficio: *"Dicha obligación correspondía ejercerla al Estado de oficio y con extrema diligencia, tutelando también los derechos de terceros". (Párrafo 186)*

Otro elemento fundamental en la sentencia de la Corte IDH, es la obligación del Estado de prevenir las violaciones a los derechos humanos, y cuando esta es exigible al estado. *"La Corte recuerda que el deber de garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos humanos se proyecta más allá de la relación entre los agentes estatales y las personas sometidas a su jurisdicción, abarcando asimismo el deber de prevenir, en la esfera privada, que terceros vulneren los bienes jurídicos protegidos. Sin embargo, es claro que un Estado no puede ser responsable por cualquier violación de derechos humanos cometida entre particulares dentro de su jurisdicción. En este sentido, las obligaciones convencionales de garantía a cargo de los Estados no implican una responsabilidad ilimitada de los Estados frente a cualquier acto o hecho de particulares, pues sus deberes de adoptar medidas de prevención y protección se encuentran condicionados al conocimiento de una situación de riesgo real e inmediato para un individuo o grupo de individuos determinado, y a las posibilidades razonables de prevenir o evitar ese riesgo. Es decir, aunque un acto u omisión de un particular tenga como consecuencia jurídica la violación de determinados derechos humanos de otro particular, aquél no es automáticamente atribuible al Estado, pues debe atenderse a las circunstancias particulares del caso y a la concreción de dichas obligaciones de garantía". (Párrafo 261)*

Lo que en buena cuenta establece la Corte IDH es que el Estado no solo debe respetar los derechos fundamentales, sino crear condiciones para que estas violaciones no se produzcan. Estas reglas se aplican a nuestro país, primero porque existe una situación de riesgo real e inmediato para el derecho al territorio de las comunidades campesinas.

En el caso de la Corte IDH, antes que titular, el Gobierno entregara diferentes tipos de derechos sobre territorios de comunidades campesinas y nativas, en vez de realizar procesos de demarcación y titulación de las tierras de estos pueblos indígenas. En efecto, diferentes niveles de gobierno entregan concesión de recursos naturales, concesiones de conservación bajo distinto nombre y modalidad, servidumbres mineras y petroleras, derechos de paso, así como certificados de posesión respeto de territorios

de pueblos indígenas que no han sido titulados. Incluso se realizan ventas, alquiler, donación, cesión de uso, permuta y en general disposición de territorios ancestrales de comunidades campesinas, nativas y demás pueblos indígenas que estén pendientes de titulación.

En segundo lugar, las autoridades competentes, sea el Ministerio de Agricultura, Ministerio de Energía y Minas y los Gobiernos Regionales conocen o debían tener conocimiento de dicho riesgo, y, en tercer lugar, no se adoptaron las medidas necesarias dentro del ámbito de sus atribuciones que, juzgadas razonablemente, podían esperarse para prevenir o evitar ese riesgo. Todo lo contrario, el Gobierno ha dejado en el limbo las tierras de los pueblos indígenas. Incluso, como acota la Corte IDH, la *"verificación deberá tomar en consideración la posible situación de especial vulnerabilidad, la causa de muerte y el correspondiente nexo causal entre éstos"*. (Párrafo 265)

Otro momento destacado de la sentencia es cuando la Corte considera que estas invasiones son consecuencia de la falta de titulación, e incluso que esto trae como consecuencia, las amenazas y la muerte de personas:

> *"la falta de saneamiento tuvo como consecuencia la creación de una situación de riesgo general en el territorio de la Comunidad Garífuna de Punta Piedra, caracterizada por amenazas y actos de hostigamiento entre particulares. En dicho contexto se produjo la muerte del señor Félix Ordóñez Suazo. Sobre la base de lo anterior, el Tribunal procederá a determinar el grado de conocimiento que tenía el Estado de la situación de riesgo observada"*. (Párrafo 270)

En atención a estos argumentos, la Corte IDH reconoce responsabilidad del Estado Hondureño:

> *El Estado es responsable por la violación del derecho a la propiedad colectiva, reconocido en el artículo 21 de la Convención Americana, y de los artículos 1.1 y 2 de la misma y del derecho a la identidad cultural, en perjuicio de la Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus miembros, en los términos de los párrafos 162 a 202, y 215 a 224 de la presente Sentencia"*. (Punto 4 de parte resolutiva)

Sin embargo, lo más interesante son las medidas que la Corte IDH dicta:

> *"a) adoptar todas las medidas administrativas, legislativas, financieras y de recursos humanos necesarias para restituir de manera integral a la Comunidad de Punta Piedra su territorio titulado, garantizando su uso y goce pacífico de manera plena y efectiva, en el plazo no mayor a 30 meses, a partir de la notificación de la presente Sentencia.*

b) garantizar de manera inmediata y efectiva que el territorio que actualmente se encuentra en posesión de la Comunidad de Punta Piedra, no sufra ninguna intrusión, expansión adicional, interferencia o afectación de parte de terceros o agentes del Estado que pueda menoscabar la existencia, el valor, el uso o el goce de su territorio.

c) proceder con el pago de mejoras y la reubicación de los terceros pobladores con las debidas garantías, en el plazo no mayor a dos años posteriores a la notificación del presente Fallo.

d) en el supuesto que se acredite la existencia de títulos legítimos de propiedad en la Aldea de Río Miel, anteriores a la entrega del segundo título a la Comunidad de Punta Piedra, conforme a la jurisprudencia de la Corte, el Estado deberá valorar la posibilidad de su compra o la expropiación de esas tierras, por razones de utilidad pública o interés social". (Párrafo 324).

Como podemos advertir, antes que legalizar o promover la invasión de tierras de los pueblos indígenas, en el caso de Perú de invasión de las comunidades campesinas, lo que la Corte IDH exige a los Estados es la protección de las tierras de las comunidades campesinas, y medidas de prevención de las invasiones. Todo lo opuesto a lo que hace el Estado en el caso de la ley 32293.

3. ESTADO PERUANO NO HA JUSTIFICADO LAS RESTRICCIONES DE LA PROPIEDAD DE LAS COMUNIDDES CAMPESINAS CONTENIDAS EN LA LEY 32293

El Estado peruano desconoce cuándo puede restringir el derecho de propiedad indígena. Desconoce que solo cumpliendo ciertos requisitos se puede restringir el derecho de propiedad de los pueblos indígenas. En el caso de la Ley 32293, el Estado no ha justificado, no ha fundamentado la constitucionalidad de la restricción que en esta ley establece, razón por la cual no nos encontramos ante una restricción idónea, necesaria y proporcional. A continuación, los criterios que deben ser observados para restringir la propiedad indígena, y que el Estado ha incumplido al momento de aprobar y promulgar la Ley 32293:

3.1. ¿Cuáles son los requisitos exigidos por la Corte IDH para restringir el derecho de propiedad?

Tenemos en primer lugar criterios exigidos por la Corte IDH en general, cada vez que se restrinja el derecho de propiedad, sean o no indígenas. En realidad, se tratan de criterios referidos al test de proporcionalidad.

"Por ello, la Corte ha sostenido en otras ocasiones que, 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 democrática122. En consonancia con esta disposición, el Estado podrá restringir, bajo ciertas condiciones, los derechos de los integrantes del pueblo Saramaka a la propiedad, incluidos sus derechos sobre los recursos naturales que se encuentren en el territorio". (Corte IDH, Caso Saramaka, fondo, párrafo 127)*

Lo que la Corte IDH plantea para el derecho de propiedad en general, no es otra cosa que el test de proporcionalidad, reconocido y desarrollado por el Tribunal Constitucional, como a continuación veremos. En este caso, no se advierte en la exposición de motivos la realización del test.

En efecto, no toda restricción de derechos fundamentales es inconstitucional. Hay restricciones que están justificadas, pues buscan proteger y concretar bienes jurídicos constitucionales de mayor relevancia e importancia, de aquellos bienes jurídicos que se está restringiendo y sacrificando. En tal sentido, para que una medida sea constitucional se debe cumplir con las exigencias del principio de proporcionalidad, es decir, solo será válida esta restricción, si ella representa una limitación o afectación *idónea, necesaria y ponderada*.

Toda medida administrativa e incluso legislativa propuesto por el Gobierno nacional, por los Gobiernos Regionales y locales, debe cumplir las exigencias del principio de proporcionalidad[35]. En otras palabras, las medidas restrictivas del derecho de propiedad solo serán válidas si ellas representan una limitación o afectación idónea, necesaria y ponderada. Efectivamente, el análisis de idoneidad implica el examen de si la medida es idónea para la protección de otros derechos y bienes constitucionales. En el análisis de necesidad, la medida será constitucional sólo si no existe otra medida alternativa que no restrinja los derechos de los pueblos originarios.

Por último, la medida será ponderada sólo si se demuestra que la intensidad de la afectación de estos derechos es menos gravosa en comparación con la intensidad de afectación que sufriría el derecho o bien constitucional que promueva la medida a implementarse; de lo contrario, si la intensidad de la afectación del derecho del pueblo originario es más grave, entonces, la medida deberá ser prohibida y excluida su implementación.

a. El análisis de sub principio de idoneidad

El análisis de idoneidad comprende dos momentos, primero analizar si con la restricción se persigue una finalidad constitucional o convencional, es decir, que se busque

[35] Pedro P. Grández Castro, El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del TC peruano, disponible en:https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/observatorio/article/download/394/268.

concretar un bien jurídico constitucional como puede ser un derecho fundamental, un principio, un valor o directriz constitucional, o un derecho contenido en un instrumento de protección internacional de los derechos humanos. En segundo lugar, que la medida sea idónea para la protección de otros derechos y bienes constitucionales o convencionales. Es decir que la medida propuesta sea idónea para alcanzar la finalidad. En tal sentido, el análisis de idoneidad supone, *"(…) de un lado, que ese objetivo sea legítimo; y, de otro, que la idoneidad de la medida examinada tenga relación con el objetivo, es decir, que contribuya de algún modo con la protección de otro derecho o de otro bien jurídico relevante"*[36].

En la práctica, la aplicación de esta regla exige realizar cuatro operaciones sucesivas, las cuales se desarrollarán de la siguiente manera: i) se identificará la medida sometida a control; ii) se determinará el o los fines perseguidos por la misma; iii) se evaluará su idoneidad teleológica; y iv) se analizará su idoneidad técnica. Para efectos de esta evaluación se debe tener presente que el examen de proporcionalidad solo se aplica si la medida implica la lesión de un derecho fundamental[37].

b. El análisis del sub principio de necesidad

Conforme al análisis de necesidad, la medida será constitucional sólo si no existe otra medida alternativa, que buscando la misma finalidad restrinja menos los derechos afectados. La regla de necesidad evalúa la constitucionalidad de una medida restrictiva de derechos fundamentales en dos niveles. En primer lugar, se debe determinar si la medida sometida a control es la única idónea para favorecer la finalidad pretendida con su aplicación -lo que se denominará necesidad teleológica-; y, en segundo lugar, se debe analizar si dicha medida es la que implica una menor afectación en los derechos fundamentales -lo que se denomina necesidad técnica-.

En la identificación del grado de afectación de derechos fundamentales se debe examinar y determinar la intensidad que causa la medida que limita un derecho fundamental. Luego, en la identificación de medios alternativos, debe evaluarse si hay otra manera de proteger el recurso forestal, que no sea sacrificando y vaciando de contenido el derecho restringido. En consecuencia, la regla de necesidad se satisface con la verificación de la falta o ausencia de medios alternativos al empleado concretamente por el Estado. En consecuencia, se deberá precisar si es posible identificar un medio alternativo que, en atención al caso concreto, hubiere resultado menos gravoso a la restricción del derecho.

[36] STC No 003-2005-AI/TC, f.j. 69.
[37] Seguimos el esquema del test de proporcionalidad desarrollado por el Poder Judicial en la sentencia del caso del Baguazo, emitida Sala Penal de Apelaciones Transitoria Liquidadora de Bagua de la Corte Superior de Justicia de Amazonas, recaída en el expediente No 00194-2009. Link a sentencia: https://ia601505.us.archive.org/32/items/SentenciaBagua22092016/Fallo_Bagua_Caso_Curva_del_Diablo.pdf

Si bien muchas veces estas restricciones buscan un objetivo legítimo como es proteger recursos naturales y recursos forestal, promover actividades agrícolas o actividades extractivas, en consonancia con los artículos 66, 44 y 59 de la Constitución, no se ha acreditado la necesidad de esta medida, y la inexistencia de otros medios para concretar esos bienes jurídicos constitucionales, que no sea restringiendo y vaciando de contenido constitucional o convencional el derecho de propiedad de las comunidades campesinas afectadas sobre sus territorios ancestrales.

c. El análisis de sub principio de proporcionalidad en sentido estricto

Por último, la medida será proporcional sólo si se demuestra que la intensidad de la afectación de los derechos fundamentales y o bienes jurídicos constitucionales restringidos, es menos gravosa en comparación con la intensidad de la satisfacción del derecho o bien jurídico constitucional que se intenta concretar con la medida propuesta. De lo contrario, si la intensidad de la afectación del derecho es más grave, entonces, la medida deberá ser prohibida y excluida su implementación.

Se deberá acreditar que la intervención al derecho a la propiedad restringido es de menor importancia y trascendencia constitucional, y que la concreción del derecho o bien jurídico que se busca satisfacer con la restricción, resulta fundamental y de primera importancia, para el ordenamiento constitucional. La regla de ponderación exige evaluar en función al caso concreto la importancia o prevalencia de los intereses constitucionales en conflicto, donde uno precede o tiene más valor que el otro, es decir, se busca determinar el bien jurídico que es preferido y el que debe ceder en atención a las circunstancias propias de cada caso.

En este caso, ni el Gobierno ni el Congreso ha acreditado que estamos ante una restricción idónea, necesaria y proporcional, en consecuencia, estamos ante una restricción ilegítima.

3.2. La subsistencia de los pueblos indígenas como límite para la restricción a los pueblos indígenas el derecho al uso y goce de sus tierras y del derecho a sus recursos naturales

Al momento de restringirse el derecho de propiedad indígena debe tenerse presente que el límite de la restricción de la propiedad indígenas es precisamente la subsistencia de los derechos de los pueblos indígenas. Estos criterios tampoco han sido tomados en cuenta, tal como a continuación pasamos a explicar.

Dice la Corte IDH, que *"conforme al artículo 21 de la Convención, el Estado podrá restringir el derecho al uso y goce de los Saramaka respecto de las tierras de las que tradicionalmente son titulares y los recursos naturales que se encuentren en éstas, únicamente cuando dicha restricción cumpla con los requisitos señalados anteriormente*

y, además, cuando no implique una denegación de su subsistencia como pueblo tribal" (Corte IDH, caso Saramaka, sentencia de fondo, párr. 128) (Resaltado nuestro)

La "subsistencia" de los pueblos indígenas es un límite de la restricción de su derecho de propiedad sobre sus territorios ancestrales[38]. Esto es fundamental de entender. Según la Corte IDH los EIA son *"salvaguardas para garantizar que las restricciones impuestas a las comunidades indígenas o tribales, respecto del derecho a la propiedad por la emisión de concesiones dentro de su territorio, no impliquen una denegación de su subsistencia como pueblo"* (Corte IDH, Caso Sarayaku, párr. 205)

Un tema central en la defensa de los derechos de los pueblos indígenas es el tema de la "subsistencia" de los pueblos indígenas, toda vez que constituye el límite de las actividades extractivas, como lo son la actividad minera, petrolera, forestal etc., y se entiende de las obras de infraestructura pública (represas, carreteras, redes eléctricas, Hidrovías, etc.), ciertamente, cuando estas se realizan en territorios de los pueblos indígenas. En ese sentido resulta clave comprender qué entiende la Corte Interamericana de Derechos Humanos cuando habla de subsistencia. La discusión de fondo es en concreto analizar, si la Corte IDH se refiere a la subsistencia física como "no morir", o va más allá, y qué es ese más allá.

Esta discusión no es abstracta sino muy concreta. Por ejemplo, habrá que preguntarse en qué medida la exploración del lote 116 (sísmica 2D y 3D, pozos, gasoducto, etc.) en el territorio del pueblo Awajun y Wampis en la Región de Amazonas, pone en peligro el acceso a los recursos naturales indispensables para la subsistencia; o por ejemplo, en qué medida el dragado del río Marañón[39], impulsada por Proinversión para promover una hidrovía, pone en peligro la actividad de pesca del pueblo Kukama en Nauta, principal y fundamental fuente de alimentación de estos; o en qué medida el transvase de agua de Cusco a Arequipa en el marco del Proyecto Majes Siguas II, pondrá en peligro el acceso al agua de las comunidades campesinas de Espinar, indispensable para el cultivo de pastos, condición indispensable para la ganadería, principal si es que no única actividad económica y de desarrollo en esta localidad, que está por los 4,000 msnm .

Y para analizar este aspecto, debemos necesariamente revisar la jurisprudencia vinculante de la Corte IDH[40], y de manera especial la sentencia de interpretación de la sentencia de fondo expedida en el caso Saramaka vs Surinam[41], pues en ella, esta intenta

[38] Retomamos lo desarrollado en nuestro artículo: La "subsistencia" de los pueblos indígenas como límite a las actividades extractivas, disponible en: http://www.justiciaviva.org.pe/notas/05-15-05-2014.php.
[39] Nos referimos al Proyecto: "Hidrovía Amazónica: Ríos Marañón y Amazonas, tramo Saramiriza - Iquitos - Santa Rosa; río Huallaga, tramo Yurimaguas - Confluencia con el río Marañón; río Ucayali, tramo Pucallpa - confluencia con el río Marañón". Esto no se menciona. Y tampoco se cita a Proinversión, la información de este proyecto está disponible en su portal web.
[40] Ver artículo V de la Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, aprobado por Ley No 28237.
[41] Corte IDH, Caso Saramaka vs. Suriname, sentencia del 12 de agosto de 2008, Interpretación de la sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, párrafos 28 y sgts.

definir *"el nivel de impacto que es aceptable en aras de seguir protegiendo la supervivencia de los Saramaka"*. (párr. 28). A continuación, una selección de los estándares establecidos:

a. **Necesidad de analizar la amenaza a la subsistencia en "cada caso en concreto".** Precisa la Corte IDH que, *"En respuesta a la pregunta del Estado respecto a cuál es un nivel aceptable de impacto, demostrado a través de los EISAs, que permitiría al Estado otorgar una concesión, la Corte observa que lo que constituye un nivel aceptable de impacto puede diferir en cada caso"*. (Corte IDH, Caso Saramaka, sentencia de interpretación, párr. 42). (Resaltado nuestro)

b. **La amenaza es a la subsistencia "colectiva" como pueblo indígena.** Señala la Corte IDH que *"No obstante, el principal criterio con el cual se deben analizar los resultados de los EISAs es que el nivel de impacto no niegue la capacidad de los miembros del pueblo Saramaka a sobrevivir como un pueblo tribal*". (Corte IDH, Caso Saramaka, sentencia de interpretación, párr. 42).

c. **La supervivencia como algo más que subsistencia "física".** La Corte enfatizó que "*el término "supervivencia" significa, en este contexto, mucho más que supervivencia física"*. (Corte IDH, Caso Saramaka, sentencia de interpretación, párr. 37). (Resaltado nuestro)

d. **La amenaza a la subsistencia cuando hay "denegación de las tradiciones y costumbres".** Establece la Corte IDH que, *"[al analizar si] las restricciones [al] derecho [a la propiedad] de los miembros de los pueblos indígenas y tribales [son permisibles, especialmente en cuanto] al uso y goce de las tierras y los recursos naturales que han poseído tradicionalmente, un factor [adicional] a considerar es […] si la restricción implica una denegación de las tradiciones y costumbres de [tal] modo que ponga en peligro la propia subsistencia del grupo y de sus integrantes"*. (Corte IDH, caso Saramaka, sentencia de fondo, párr. 128) (Resaltado nuestro)

e. **Obligación de garantizar la "supervivencia social, cultural y económica".** El Estado debe respetar *"la especial relación que los miembros del pueblo Saramaka tienen con su territorio en una forma que garantice su supervivencia social, cultural y económica*" (Sentencia de interpretación, párrafo 32). Esto significa que se debe garantizar a los pueblos indígenas *"[…] 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 por los Estados"*. (Corte IDH, Caso Saramaka, sentencia de fondo, párr. 121). (Resaltado nuestro)

f. La supervivencia como "capacidad de preservar, proteger y garantizar la relación especial de los pueblos indígenas con su territorio". La Corte enfatizó que *la frase "supervivencia como una comunidad tribal" debe ser entendida como la capacidad de los Saramaka de "preservar, proteger y garantizar la relación especial que [ellos] tienen con su territorio", de tal forma que puedan "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 […]"*. (Corte IDH, Caso Saramaka, sentencia de interpretación, párr. 37). (Resaltado nuestro)

***g.* La conexión entre acceso a los recursos naturales, la economía de subsistencia y la supervivencia.** Señala el artículo 23.1 del Convenio 169 de la OIT, que *"las actividades tradicionales y relacionadas con la economía de subsistencia de los pueblos interesados, como la caza, la pesca, la caza con trampas y la recolección, deberán reconocerse como factores importantes del mantenimiento de su cultura y de su autosuficiencia y desarrollo económicos. Con la participación de esos pueblos, y siempre que haya lugar, los gobiernos deberán velar por que se fortalezcan y fomenten dichas actividades".*

h. La obligación del Estado de proteger el pluralismo cultural. Precisa el artículo 2.19 de la Constitución que *"El Estado reconoce y protege la pluralidad étnica y cultural de la Nación",* y añade en el artículo 44 *"garantizar la plena vigencia de los derechos humanos; proteger a la población de las amenazas contra su seguridad".* Esto implica dos cosas, primero, que, si un pueblo desaparece o se extingue, el Estado incumple con su obligación de proteger la diferencia cultural porque este país deja de ser tan plural como antes, y en segundo lugar, que la protección del pluralismo es un asunto de interés público.

***i.* El acceso a la salud, a la alimentación y a la salud, como condiciones del derecho a una "existencia digna".** Según la Corte IDH, *"Las afectaciones especiales del derecho a la salud, e íntimamente vinculadas con él, las del derecho a la alimentación y el acceso al agua limpia impactan de manera aguda el derecho a una existencia digna y las condiciones básicas para el ejercicio de otros derechos humanos, como el derecho a la educación o el derecho a la identidad cultural". (Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay, Fondo, párr. 167).*

j. El derecho a la vida como pleno y libre ejercicio de los derechos humanos. La Corte IDH ha señalado *"que el cumplimiento de las obligaciones impuestas por el artículo 4 de la Convención Americana, relacionado con el artículo 1.1 de la*

*misma, no sólo presupone que ninguna persona sea privada de su vida arbitrariamente (obligación negativa), sino que además, a la luz de su obligación de garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos humanos, requiere que los Estados adopten todas las medidas apropiadas para proteger y preservar el derecho a la vida (obligación positiva) de todos quienes se encuentren bajo su jurisdicción" (*Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Fondo, párr. 152).

k. La obligación del Estado de garantizar condiciones de vida compatibles con la dignidad humana. Por último, la Corte IDH establece que *"Una de las obligaciones que ineludiblemente debe asumir el Estado en su posición de garante, con el objetivo de proteger y garantizar el derecho a la vida, es la de generar las condiciones de vida mínimas compatibles con la dignidad de la persona humana y a no producir condiciones que la dificulten o impidan. En este sentido, el Estado tiene el deber de adoptar medidas positivas, concretas y orientadas a la satisfacción del derecho a una vida digna, en especial cuando se trata de personas en situación de vulnerabilidad y riesgo, cuya atención se vuelve prioritaria". (*Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Fondo, párr. 166).

l. **La especial protección diferenciada de los pueblos indígenas en atención a su mayor vulnerabilidad.** Para la Corte IDH *"en lo que respecta a pueblos indígenas, es indispensable que los Estados otorguen una protección efectiva que tome en cuenta sus particularidades propias, sus características económicas y sociales, así como su situación de especial vulnerabilidad, su derecho consuetudinario, valores, usos y costumbres"*. (Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Fondo, párr. 63.). Esto lo ratifica el artículo 59 de la Constitución cuando precisa que *"El Estado brinda oportunidades de superación a los sectores que sufren cualquier desigualdad".*

Es evidente que el Estado tiene la obligación del Estado a proteger la supervivencia de los pueblos indígenas, pero no de cualquier manera. No basta asegurar el derecho a la vida, sino de asegurar condiciones mínimas, que aseguren una existencia digna, lo cual no es posible, sin el pleno ejercicio de los derechos humanos. Ello exige de manera especial asegurar y garantizar la relación de los pueblos indígenas con sus territorios y con los recursos naturales que hacen posible su supervivencia. Todo ello demanda del Estado una protección diferenciada y efectiva, en atención a la mayor vulnerabilidad de los pueblos indígenas.

Estamos ante un conjunto de reglas jurídicas de cumplimiento obligatorio establecidas en el Corte Interamericana de Derechos Humanos, que sistemáticamente vienen siendo

desconocidas e incumplidas en el Perú. En relación con el carácter vinculante de la jurisprudencia de las reglas establecidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), el Tribunal Constitucional ha establecido en sentencia vinculante, de conformidad con el artículo 81 del Nuevo Código Procesal Constitucional, aprobado por Ley 31307, *"En consecuencia, al Tribunal Constitucional, en el presente caso no le queda más que ratificar su reiterada doctrina, imprescindible para garantizar los derechos fundamentales, bien se trate de procesos jurisdiccionales, administrativos o políticos: que las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos son vinculantes para todos los poderes públicos y que esta vinculatoriedad no se agota en su parte resolutiva, sino que se extiende a la ratio decidendi, incluso en aquellos casos en los que el Estado peruano no haya sido parte en el proceso"*. STC N.º 00007-2007-PI/TC, f. j. 36).

Podemos concluir esta parte que la Ley 32293 implica una restricción inconstitucional e inconvencional, en la medida en que el Estado y el Congreso NO ha fundamentado que estemos ante una restricción idónea, necesaria y proporcional.

4. LA LEY 32293 VIOLA EL DERECHO A LA CONSULTA PREVIA

Las disposiciones de la Ley 32293 que legalizan la apropiación de tierras propiedad de las comunidades campesinas debieron ser consultadas como lo exige el artículo 6 del Convenio 169 de la OIT, la Ley de consulta previa aprobada por ley 29785 y la jurisprudencia de la Corte IDH y del Tribunal Constitucional, toda vez que esta norma promueve el despojo de tierras de las comunidades campesinas.

4.1. La norma debió ser consultada con las organizaciones indígenas nacionales pues les afecta directamente[42]

En la medida en que esta ley solo puede afectar el derecho al territorio de los pueblos indígenas, es decir de las comunidades campesinas, sino privarlo de la propiedad a dichos pueblos como lo establece la Ley 32293, a pesar del reconocimiento que el Convenio 169 de la OIT y la jurisprudencia vinculante de la Corte IDH hace de ellos, resulta evidente que por lo menos esta ley debió ser consultada con los pueblos indígenas, susceptibles de ser afectados.

Como todos sabemos, el derecho a la consulta de los actos normativos ha sido reconocido en el artículo 6 del Convenio 169 de la OIT. En este asunto, el tema de fondo es cuando un acto normativo afecta directamente a los pueblos indígenas. Entendemos por afectación toda limitación o menoscabo de los derechos de los pueblos indígenas y cualquier realización u optimización de su contenido constitucional o ejercicio, originada por una medida estatal. Habrá afectación negativa cuando se limita o menoscaba los

[42] Ver nuestro artículo "La consulta previa de los actos normativos: ¿dónde está el problema?", disponible en: http://www.justiciaviva.org.pe/notihome/notihome01.php?noti=967.

derechos de los pueblos indígenas, y habrá afectación positiva cuando se protege, realiza, beneficia u optimiza tales derechos. De igual manera, el criterio para determinar si una norma afecta derechos de los pueblos indígenas no es la denominación de la disposición, sino el análisis específico de los efectos que ella ocasiona en tales derechos. En este caso, por medida normativa se entiende toda disposición general que pueda afectar, negativa o positivamente, derechos de los pueblos originarios.

En este caso, resulta claro que la Ley 32293 "afecta directamente" a las comunidades campesinas, en su condición de pueblos indígenas. Como señala el Tribunal Constitucional (TC) en la sentencia 00022-2009-PI/TC, en el f. j. 19, es sencillo precisar cuándo una medida administrativa afecta directamente a los pueblos indígenas, sin embargo, no es sencillo precisar cuándo las medidas legislativas estando dirigido a una "generalidad de personas", afectan directamente a los pueblos indígenas.

Según el TC en su sentencia 00022-2009-PI (f. j. 21), hay tres tipos de medidas normativas: 1) las normas que están específicamente referidas a los pueblos indígenas; 2) las normas generales que afectan directamente a los pueblos indígenas; y las 3) las normas generales que afectan indirectamente a los pueblos indígenas. A manera de ejemplo, en el primer grupo tenemos la Ley general de comunidades campesinas, en el segundo grupo tenemos la ley forestal y en el tercer grupo tenemos la ley de títulos valores. Ciertamente, las normas específicas sobre pueblos indígenas se deben consultar, las normas generales que afectan directamente a los pueblos indígenas también. No se consultan las normas generales que afectan "indirectamente" a los pueblos indígenas[43].

En este caso estamos ante una norma específica que afecta a las comunidades campesinas, pues amenaza con privarles de lo más importante para ellos: el territorio ancestral. Incluso, podríamos sostener que la Ley 32293 es una norma general pues también está dirigida a comunidades campesinas que no son pueblos indígenas, como pretende hacer creer la Ley 32293. En este caso, se aplica el segundo criterio. En estos casos, el TC también fijó un criterio vinculante —según el artículo 81 del Nuevo Código Procesal Constitucional—, que ha sido repetido en reiterada jurisprudencia: *"En tales casos, si es que con dichas referencias normativas se modifica directamente la situación jurídica de los miembros de los pueblos indígenas, sobre temas relevantes y de una*

[43]Todo parece indicar que el origen de estas reglas está en las sentencias de la Corte Constitucional Colombiana. Así, por ejemplo, en la sentencia C-030/08 sobre consulta de la Ley General Forestal, la Corte Colombiana señaló que "La consulta, resulta obligatoria cuando las medidas que se adopten sean susceptibles de afectar específicamente a las comunidades indígenas en su calidad de tales, y no aquellas disposiciones que se han previsto de manera uniforme para la generalidad de los colombianos". Igualmente, precisó que "en cada caso concreto sería necesario establecer si opera el deber de consulta, bien sea porque se esté ante la perspectiva de adoptar una medida legislativa que de manera directa y específica regula situaciones que repercuten en las comunidades indígenas y tribales, o porque del contenido material de la medida se desprende una posible afectación de tales comunidades en ámbitos que les son propios".

manera sustancial, es claro que tales puntos tendrán que ser materia de una consulta"(00022-2009-PI, f. j. 21). (Subrayado nuestro).

Este criterio debe ser leído en consonancia con lo establecido por el TC en su sentencia 00025-2009-PI, cuando precisa que *"En abstracto es imposible reducir a una fórmula clara y precisa cuándo una medida "afecta" directamente los derechos colectivos de los pueblos indígenas. Aun así, no es difícil entender que en ella se encuentran comprendidas cualesquiera medidas estatales (administrativas o legislativas) cuyo efecto sea el menoscabar, perjudicar, influir desfavorablemente o provocar una alteración directa en los derechos e intereses colectivos de los pueblos indígenas*". (f. j. 25) (Subrayado nuestro).

A través de estas normas, en los hechos, el Gobierno "dispone" de un bien preciado y fundamental para las comunidades campesinas y nativas como es su territorio. En consecuencia, debieron y deben ser consultadas. En este caso no solo los va a afectar, sino que esta ley los dejara sin sus tierras. Que mayor y más nefasto impacto se puede exigir. Se entrega *"de facto"* los territorios no saneados a pesar de que muchos de estos territorios son de los pueblos indígenas.

4.2. El Estado ha incumplido su obligación no solo de consultar sino de obtener el consentimiento toda vez que la implementación de la Ley afecta el acceso de estos pueblos a los recursos que garantizan su subsistencia[44]

Si tomamos en cuenta que la Ley 32293 privara a las comunidades campesinas de una parte de su territorio y que incluso esto puede afectar el acceso de las comunidades campesinas a los recursos naturales que garantizan su subsistencia, es evidente que la Ley solo debe ser consultada, sino que debe obtener el consentimiento de estas poblaciones indígenas afectadas.

Esto lo exige en primer lugar el artículo 16.2 del Convenio 169 de la OIT que establece: *"Cuando excepcionalmente el traslado y la reubicación de esos pueblos se consideren necesarios, sólo deberán efectuarse con su consentimiento, dado libremente y con pleno conocimiento de causa"*. Esta misma regla también puede ser encontrada en el artículo 10 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, el cual establece que *"Los pueblos indígenas no serán desplazados por la fuerza de sus tierras o territorios. No se procederá a ningún traslado sin el consentimiento libre, previo e informado de los pueblos indígenas interesados, ni sin un acuerdo previo sobre una indemnización justa y equitativa y, siempre que sea posible, la opción del regreso"*.

[44] Ver nuestro artículo "El derecho de los pueblos indígenas del cual nadie quiere hablar: El derecho al consentimiento". Disponible en: http://servindi.org/actualidad/88116.

Esta norma debe ser interpretada de conformidad con los artículos 7, 8 y 9 de la Ley N.º 28223, más conocida como Ley sobre los desplazamientos internos. Según el artículo 7, inciso 1, *"Todo ser humano tiene derecho a la protección contra desplazamientos arbitrarios que le alejen de su hogar o de su lugar de residencia habitual"*. En el inciso 2 letras "c" del mismo se precisa que la prohibición de los desplazamientos arbitrarios incluye los desplazamientos: *"En casos de proyectos de desarrollo en gran escala, que no estén justificados por un interés público superior o primordial".*

Por último, esta regla ha sido reconocida en la letra "a" de la sétima disposición complementaria, transitoria y final del reglamento de la ley de consulta previa aprobada por Decreto Supremo 001-20012-MC. Esta norma precisa que se trata de una garantía a la Propiedad comunal y del derecho a la tierra de los pueblos indígenas. Esta norma precisa que *"Cuando excepcionalmente los pueblos indígenas requieran ser trasladados de las tierras que ocupan se aplicará lo establecido en el artículo 16 del Convenio 169 de la OIT, así como lo dispuesto por la legislación en materia de desplazamientos internos"*.

Por su parte, la Corte IDH también reconoce el desplazamiento de poblaciones indígenas como un supuesto de consentimiento. La Corte IDH ha señalado en la sentencia Saramaka vs Surinam que *"cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala que tendrían un mayor impacto dentro del territorio Saramaka, el Estado tiene la obligación, no sólo de consultar a los Saramakas, sino también debe obtener el consentimiento libre, informado y previo de éstos, según sus costumbres y tradiciones"* (párrafo 133).

Luego, al hacer suyo el pronunciamiento del Relator Especial de la ONU, desarrolla 8 supuestos de mayor impacto donde se exige consentimiento precisamente: "*[s]iempre que se lleven a cabo [proyectos a gran escala] en áreas ocupadas por pueblos indígenas, es probable que estas comunidades tengan que atravesar cambios sociales y económicos profundos que las autoridades competentes nos son capaces de entender, mucho menos anticipar. [L]os efectos principales […] comprenden la pérdida de territorios y tierra tradicional, el desalojo, la migración y el posible reasentamiento,".* (Párrafo 134).

Estamos en consecuencia ante la violación de la obligación del Estado de obtener el consentimiento de los pueblos indígenas en caso de desplazamiento de sus territorios de los pueblos indígenas (arts. 16.2 del Convenio 169 de la OIT y fundamento 133 y 134 de la sentencia de fondo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos caso Saramaka vs. Surinam).

5. LA OBLIGACIÓN DEL ESTADO DE PROTEGER LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

La ley 32293 antes que optimizar la protección de las tierras de los pueblos indígenas los despoja de ellos, lo que resulta incompatible con la obligación de garante del Estado de los derechos de los pueblos indígenas.

5.1. El Estado incumple su obligación de proteger en forma "efectiva" los derechos fundamentales a la propiedad sobre sobre el territorio

Como bien sabemos, la protección del Estado no debe ser formal sino efectiva y material. Como dice la Corte IDH en su jurisprudencia vinculante (Caso Velásquez Rodríguez), el Estado tiene la obligación *"de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos (...) y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos"* (párrafo 166). Añade la Corte IDH que *"La obligación de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos no se agota con la existencia de un orden normativo dirigido a hacer posible el cumplimiento de esta obligación, sino que comporta la necesidad de una conducta gubernamental que asegure la existencia, en la realidad, de una eficaz garantía del libre y pleno ejercicio de los derechos humanos"* (párr. 167)[45].

Esta obligación de protección "efectiva" encuentra también cobertura normativa en la obligación de los Estados de remover los obstáculos legales y no legales que impiden el ejercicio de los derechos fundamentales, contenida en el artículo 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, obligación que ha sido ampliamente desarrollada por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH)[46]. El artículo 2 inciso 1 se titula "Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno", y precisa que, *"Si en el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades*". (subrayado nuestro). En este caso, el derecho a la propiedad indígena.

En el presente caso, es evidente que el Estado y el Congreso al aprobar la Ley 32293 ante que proteger el derecho a la propiedad sobre sus territorios, lo que ha hecho es

[45] Esta jurisprudencia es vinculante de conformidad con el artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional (Ley 28237).
[46] Esta jurisprudencia es vinculante de conformidad con el artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional (Ley 28237).

convalidar el despojo de las tierras de las comunidades, es decir convalidar las violaciones de los derechos de los invasores de los territorios de las comunidades campesinas.

5.2. Estado viola su obligación del Estado de proteger la "vida digna" de los pueblos indígenas, toda vez que desprotege los territorios de los pueblos indígenas

Si tenemos en cuenta que la supervivencia de los pueblos indígenas puede también ser entendido como la "capacidad de preservar, proteger y garantizar la relación especial de los pueblos indígenas con su territorio", la Ley 32293 al legalizar el despojo, afecta el derecho de las comunidades campesinas a una vida digna.

La Corte enfatizó que *la frase "supervivencia como una comunidad tribal" debe ser entendida como la capacidad de los Saramaka de "preservar, proteger y garantizar la relación especial que [ellos] tienen con su territorio", de tal forma que puedan "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 […]"*. (Corte IDH, Caso Saramaka, sentencia de interpretación, párr. 37). (Resaltado nuestro)

En efecto, si bien del artículo 4 de la Convención Americana se desprende una visión negativa del derecho a la vida, como obligación de no privar a una persona de su vida, la jurisprudencia y doctrina contemporánea ya han reconocido la doble vertiente de este derecho, la cual incluye a su vez una "noción positiva del derecho a la vida"[47]. En tal sentido, no será suficiente evitar privar a una persona de su derecho a la vida, sino que se deberá garantizar a toda persona humana una vida "digna", o una vida "en libertad, paz y seguridad como pueblos distintos". Este criterio será importante, a la hora de evaluar la constitucionalidad de la Ley.

En esa línea, la Corte IDH rechaza enfoques restrictivos del derecho a la vida. Así sostendrá que *"El derecho a la vida es un derecho humano fundamental, cuyo goce pleno es un prerrequisito para el disfrute de todos los demás derechos humanos. De no ser respetado, todos los derechos carecen de sentido. En razón de dicho carácter, no son admisibles enfoques restrictivos del mismo. De conformidad con el artículo 27.2 de la Convención este derecho forma parte del núcleo inderogable, pues se encuentra consagrado como uno de los que no puede ser suspendido en casos de guerra, peligro público u otras amenazas a la independencia o seguridad de los Estados Partes"*[48].

[47] Elizabeth Salmón, Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Tomo 3 Los derechos de los pueblos indígenas, Idehpucp, Lima, 2010, pág. 78.
[48] Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146, párr. 150.

A continuación la Corte IDH *"ha señalado en su jurisprudencia constante que el cumplimiento de las obligaciones impuestas por el artículo 4 de la Convención Americana, relacionado con el artículo 1.1 de la misma, no sólo presupone que ninguna persona sea privada de su vida arbitrariamente (obligación negativa), sino que además, a la luz de su obligación de garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos humanos, requiere que los Estados adopten todas las medidas apropiadas para proteger y preservar el derecho a la vida (obligación positiva) de todos quienes se encuentren bajo su jurisdicción"*[49]. (Resaltado nuestro)

Siguiendo a Elizabeth Salmón, el concepto de vida digna incorpora los derechos económicos, sociales y culturales, y pone de manifiesto la especial vulnerabilidad de ciertos sectores, especialmente de los pueblos indígenas ante la falta de goce de estos derechos, *"Dentro del contexto de las precarias condiciones de vida y salud descritas, los miembros de la Comunidad Sawhoyamaxa, en especial niños, niñas y ancianos, son vulnerables a enfermedades y epidemias, y muchos han fallecido a causa de tétanos, neumonía y sarampión, graves cuadros de deshidratación, caquexia y enterocolitis, o supuestos accidentes de tránsito y trabajo sin ningún control estatal"*[50].

Por último, la Corte IDH establece que *"Una de las obligaciones que ineludiblemente debe asumir el Estado en su posición de garante, con el objetivo de proteger y garantizar el derecho a la vida, es la de generar las condiciones de vida mínimas compatibles con la dignidad de la persona humana y a no producir condiciones que la dificulten o impidan. En este sentido, el Estado tiene el deber de adoptar medidas positivas, concretas y orientadas a la satisfacción del derecho a una vida digna, en especial cuando se trata de personas en situación de vulnerabilidad y riesgo, cuya atención se vuelve prioritaria"*[51].

En tal sentido, si tenemos en cuenta que el territorio es una condición mínima de subsistencia para los pueblos indígenas, es decir, si tenemos en cuenta la relación de las comunidades campesinas con su territorio es una condición mínima para la vida digna de las personas, la Ley 32293 afecta el derecho a una vida digna.

5.3. El paso del tiempo no vuelve constitucional un acto inconstitucional que viole derechos fundamentales

Si uno revisa la Ley 32293 advierte que este proyecto busca beneficiar a los invasores de las tierras de las comunidades campesinas. La tesis entre líneas que estos propugnan es que el paso del tiempo convertiría lo inconstitucional en constitucional, que el paso del tiempo borra la trasgresión al ordenamiento jurídico constitucional.

[49] Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párr. 152.
[50] Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146, párr. 73.74.
[51] Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párr. 166.

Frente a ellos debemos decir, que el paso del tiempo no convierte en constitucional un acto ilegal e inconstitucional, tal como lo ha establecido este tribunal. En ese caso, se pretende legalizar invasiones de territorios de comunidades campesinas. En palabras del Alto Tribunal:

> *"Debe tenerse en cuenta que el paso del tiempo no convalida un agravio constitucional permanente. Valores constitucionales como la seguridad jurídica pueden prestar singular fuerza a institutos jurídicos como la prescripción o la caducidad cuando de la afectación de derechos constituidos por la ley se trata. No obstante, en los supuestos de afectación continuada de derechos fundamentales, la fuerza normativa de la Constitución obliga a dispensar al asunto un tratamiento cualitativamente distinto. La razón de ello estriba en que, a diferencia de lo que ocurre con los derechos legales, los derechos fundamentales no tienen soporte en la voluntad de un poder constituido, sino en el reconocimiento que de su superioridad axiológica realiza el Poder Constituyente al incorporarlos en la Norma Fundamental. En tal sentido, la pervivencia de su afectación, exige, cuando menos prima facie, que su contenido normativo se imponga frente al valor de la seguridad jurídica basada en una norma infraconstitucional, impidiendo que el paso del tiempo evite la declaración jurisdiccional de nulidad del acto lesivo permanente". (STC Exp. N.º 00014-2007-AI/TC, f. j. 19)*

Tal como lo ha señalado el Tribunal Constitucional, la seguridad jurídica no es el único bien jurídico que hay que proteger. Es decir, no es el criterio cronológico el que debe resolver estos casos, sino la importancia del bien jurídico protegido, en este caso, la propiedad indígena.

> *"Al respecto, debe considerarse que las ANP son creadas por decreto supremo, con la aprobación del Consejo de Ministros, refrendado por el Ministro de Agricultura, lo que implica una serie de procedimientos previos entre la región interesada en la protección especial de cierta área con el Ejecutivo. Pero el fundamento por el cual el argumento planteado por el demandante debe ceder es la relevante valoración que se debe hacer de una ANP y la profunda incidencia que una afectación grave en su entorno puede provocar en la sociedad. A ello cabría sumar las demás incidencias sociales que tal daño, de ser irreversible, generaría en la dinámica social, económica y cultural de la región.* ***No es, entonces, un criterio temporal o cronológico el que brinda una respuesta satisfactoria en el presente caso, sino que debe preferirse un criterio más amplio y comprensivo de los elementos que significan la creación de una ANP. De lo contrario, la normativa consentiría incoherencias que importarían un***

***gran costo para la legitimidad de la jurisdicción**". (STC No 03343-2007-PA, f. j. 49)*

La consecuencia es evidente, el paso del tiempo no vuelve constitucional las violaciones a los derechos humanos. No convierte al despojo de tierras de comunidades en legales y constitucionales.

5.4. Se viola la cláusula del *Estado Social de Derecho,* de la *Economía Social de Mercado* y la obligación de proteger a los sectores sociales más vulnerables a la violación de sus derechos

Se viola la cláusula del Estado social de derechos reconocida en el artículo 43 de la Constitución y el principio de la obligación del Estado de favorecer a los sectores excluidos, contenida en el artículo 59 de la Constitución, cuando se aprueban leyes como la Ley 32293, que antes que proteger los derechos de los grupos vulnerables, de legaliza el despojo de sus tierras.

En efecto, el artículo 43 de la Constitución reconoce que el Estado peruano es *"social y democrático de derecho"*. A su vez, el artículo 58 de la misma, precisa que la *"iniciativa privada es libre"* y que se *"ejerce en una economía social de mercado".* Habría que agregar el artículo 59 de la Carta Política, que precisa que *"El Estado brinda oportunidades de superación a los sectores que sufren cualquier desigualdad"*. Este último consagra el principio del favorecimiento de sectores excluidos, sustentando la adopción de medidas típicas de discriminación positiva, la cual, a su vez, tiene estrecha relación con el principio de igualdad sustancial, desarrollado por un sector de la doctrina. Según ésta, tratar igual a los que son materialmente desiguales es tan violatorio del derecho a la igualdad y a la no discriminación, como tratar desigual a los que son material y sustancialmente similares[52].

En relación con el contenido material de la fórmula del Estado Social[53], debemos precisar que el fundamento del Estado social parte de una premisa, *"que no es posible un*

[52] Luis Prieto Sanchis. "Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial". En: Derechos Sociales y derechos de las minorías. Segunda edición. México D.F.: Editorial Porrúa, 2001, pp. 17-68.

[53] La cláusula del Estado Social de derecho recogía en el artículo 43 de nuestra Constitución, no puede entenderse de espaldas al derecho comparado. Nos referimos fundamentalmente al artículo 13 de la Constitución Colombiana y al artículo 3 de la Constitución Italiana, sobre todo cuando establece la obligación del Estado de ir cerrando las brechas de desigualdad, y de adoptar un conjunto de medidas de discriminación positiva de aquellos sectores que sufren mayor vulnerabilidad en sus derechos fundamentales.
Constitución de la República Italiana: "Artículo 3 Todos los ciudadanos tendrán la misma dignidad social y serán iguales ante la ley, sin distinción de sexo, raza, lengua, religión, opiniones políticas ni circunstancias personales y sociales. Constituye obligación de la República suprimir los obstáculos de orden económico y social que, limitando de hecho la libertad y la igualdad de los ciudadanos, impiden el pleno desarrollo de la persona humana y la participación efectiva de todos los trabajadores en la organización política, económica y social del país". (Resaltado nuestro)
Constitución de la República de Colombia
"Artículo 13. Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica. El Estado

ejercicio real de la libertad si su establecimiento y garantías formales no van acompañadas de unas condiciones de existencia mínimas, de modo que el Estado asume la función de distribuir bienes jurídicos de contenido material, a través de un sistema de prestaciones sociales de diverso signo"[54]. En esa misma línea, Pérez Luño habla de una *"procura existencial",* señala que *"en el Estado social de Derecho, los poderes públicos asumen la responsabilidad de proporcionar a la generalidad de los ciudadanos las prestaciones y servicios públicos adecuados para subvenir sus necesidades vitales, es decir, vela por lo que la doctrina germana ha calificado de procura existencial"*[55]. Estas medidas concretas que materializan esta procura existencial pueden ser muy variadas[56].

Como muy bien lo ha reconocido el propio TC, el reconocimiento de que la República del Perú es Social y Democrática de Derecho, superando de este modo la concepción de un Estado Liberal de Derecho, implica un *"redimensionamiento de la función del propio Estado"*[57]. Añade con sutileza el TC que *"si bien es cierto que los valores básicos del Estado liberal eran, precisamente, la libertad, la propiedad individual, la igualdad, la seguridad jurídica y la participación, en todo ámbito, de los ciudadanos en la formación de la voluntad estatal, también lo es que «(...) el Estado social democrático y libre no sólo no niega estos valores, sino que pretende hacerlos más efectivos dándoles una base y un contenido material y partiendo del supuesto de que individuo y sociedad no son categorías aisladas y contradictorias, sino dos términos en implicación recíproca de tal modo que no puede realizarse el uno sin el otro»"*[58].

Son precisamente la desprotección y la indefensión de las comunidades campesinas a través de la Ley 32293 lo que exige de parte del Estado y en concreto de parte del sistema de justicia, a través del amparo, una intervención y una participación. En palabras del TC *"el reconocimiento del Estado Social y Democrático de Derecho como un espacio plural para la convivencia, hace posible que la labor del máximo intérprete de la*

promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados. El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que, por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan". (Resaltado nuestro)

[54] Beatriz González Moreno, El Estado Social. Naturaleza jurídica y estructura de los derechos sociales, Civitas, Madrid, 2002, pág. 46.

[55] Antonio Pérez Luño, Los derechos fundamentales, 5 edic. Tecnos, Madrid, 1993, pág. 193.

[56] "estas incluyen el desarrollo de sistemas o el control de sistemas sin los cuales no es posible la vida humana en la actual civilización, la seguridad de los distintos aspectos vitales en la sociedad nacional, que incluye no solo la defensa exterior, sino también la seguridad interior frente al delito y la subversión, la prevención de situaciones de necesidad de carácter global: la degradación del medio ambiente, el agotamiento de los recursos naturales, las situaciones de conflicto y las tensiones sociales, etc. Y la garantía de ciertas prestaciones sociales, más allá de su simple reconocimiento: la fijación de un salario vital mínimo; el acceso a un puesto de trabajo en el marco de una política de pleno empleo: la atención a los colectivos más débiles: discapacitados, ancianos, niños, desempleados, etc.; y el acrecentamiento de las posibilidades vitales de la población mediante una justa distribución de ingresos, de acuerdo con las posibilidades de la situación económica general; mediante el progresivo acceso a los bienes culturales, con especial atención a la innovación y la posesión de los conocimientos tecnológicos (requisitos para la reproducción del sistema); y por la expansión y perfeccionamiento de los servicios sociales y de los sistemas de previsión social". Manual García Pelayo, Las transformaciones del Estado contemporáneo, 2da edic. Alianza. Madrid, 1985, págs. 29-30.

[57] STC 00048-2004-AI, f. j. 1.

[58] Ibidem.

Constitución sea la de un auténtico componedor de conflictos sociales, función que se canaliza, en forma institucional, a través de los procesos constitucionales"[59].

Como muy bien lo explica el TC *"la Constitución de 1993 ha adoptado un modelo de Estado social y democrático de Derecho y no por un Estado liberal de Derecho. Esto es importante en la medida que las Constituciones de los Estados liberales presuponían una sociedad integrada, en abstracto, por personas iguales y, por lo tanto, su mayor preocupación fue asegurar la libertad de las personas. Por el contrario, el establecimiento del Estado social y democrático de Derecho parte, no de una visión ideal, sino de una perspectiva social de la persona humana. El enfoque social de la persona humana se condice con el hecho que, en el Estado peruano, los ciudadanos pertenecen a una sociedad que es heterogénea tanto en sus costumbres como en sus manifestaciones culturales. Por ello, 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"[60]*.

Todo esto exige mirar e interpretar la situación de indefensión del derecho al territorio de los pueblos indígenas, ya no desde una perspectiva formal sino desde una perspectiva material. En efecto, una concepción formal está emparentada con la teoría liberal, que parte del supuesto que todos somos iguales ante la ley. Una concepción material en cambio guarda relación con el Estado social del Derecho, la cual parte de reconocer las diferencias sociales, económicas y de diferente tipo. En esa línea, *"el error del liberalismo en su doctrina misma, es decir, que todo contrato se forma y se cumple bajo el signo de la libertad. Si los dos contratantes no están en igualdad de fuerzas, el más potente encuentra en el contrato una victoria sumamente fácil. Impulsado por el interés, que es el móvil más frecuente de las acciones humanas, sacrifica el bien ajeno para su propia satisfacción"[61]*.

La situación de indefensión ocasionada por el despojo de tierras de las comunidades campesinas a través de la Ley 32293, exige del Estado su participación a efectos de garantizar sus derechos, y esta intervención del Estado se encuentra plenamente justificada en el marco del Estado Social de Derecho y la obligación del Estado de proteger a los sectores más excluidos como las comunidades campesinas.

[59] Ibidem, f. j. 2.
[60] STC Nº 00042-2004-AI, f. j. 1.
[61] Georges Ripert. El régimen democrático y el derecho civil moderno, Editorial José M. Cajica Jr., México, 1951, pág. 1948. Citado por Carlos Cárdenas Quiroz, La supuesta santidad de los contratos y el artículo 62 de la Constitución Política del Perú, en: Contratación contemporánea. Teoría General y Principios, Lima, Palestra Editores, 2000, pág. 268.

5.5. Ley 32923 incurre en un supuesto de fraude a la ley por parte del Estado[62]

El Congreso y el Gobierno al aprobar y promulgar la Ley 32293, incurren en un supuesto de "fraude a la ley" proscrito en un Estado de Derecho y por la jurisprudencia del TC, al utilizar el Congreso la constitucional y legítima facultad de legislar para promover el despojo de tierras de comunidades campesinas y otros derechos conexos[63].

En Teoría general del derecho se le denomina "fraude a la ley" a *"una conducta que aparentemente es conforme a una norma (a la llamada norma cobertura), pero que produce un resultado contrario a otra u otras normas o al ordenamiento jurídico en su conjunto (norma defraudada)"*[64]. En concreto, siguiendo al TC en jurisprudencia vinculante[65], la figura de fraude a la ley se produce *"mediante la utilización de una norma jurídica válidamente posible, pero a la vez aparente, para lograr con ella fines contrarios a los previstos por el ordenamiento jurídico"*[66].

El fraude a la ley, junto con el abuso del derecho y la desviación de poder, entendidos como ilícitos atípicos en la filosofía del derecho, tienen los siguientes cuatro elementos en común: a) la existencia, *prima facie*, de una acción permitida por una regla; b) la producción de un daño como consecuencia, intencional o no, de esa acción; c) el carácter injustificado de ese daño a la luz del balance entre los principios relevantes del sistema; y d) la generación, a partir de ese balance, de una nueva regla que limita el alcance de la primera, al calificar como prohibidos comportamientos que, de acuerdo con aquella, aparecerían como permitidos[67].

Tenemos en primer lugar una norma cobertura del fraude a la ley. En este caso, la norma que reconoce la facultad legislativa del Congreso (art. 102.1 de la Constitución) y la facultad de promulgar las autógrafas del Congreso del Gobierno (art. 108 de la Constitución), y el mandato de promover el desarrollo (art. 44 de la Constitución).

Luego tenemos que esta norma produce un resultado contrario a otra u otras normas o al ordenamiento jurídico en su conjunto. En este caso la "norma defraudada" sería en principio los artículos 14 y 17del Convenio 169 de la OIT en relación con el derecho a la propiedad sobre su territorio. En otras palabras, el argumento parece correcto y

---

[62] Ver nuestro artículo "Otro argumento contra el monopolio de "El Comercio" de la prensa escrita nacional: El "fraude a la Constitución". Disponible en http://www.justiciaviva.org.pe/notihome/notihome01.php?noti=1254.

[63] Ver artículo "La historia de la operación entre El Comercio y Epensa", en: http://elcomercio.pe/actualidad/1682597/noticia-historia-operacion-entre-comercio-epensa_1.

[64] Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan. Ilícitos atípicos. Editorial Trotta, Madrid, segunda edición 2006, pág. 74.

[65] Según artículo 82 del Código Procesal Constitucional (aprobado por Ley No 28237), las reglas desarrolladas por el TC en procesos de inconstitucionalidad no solo vinculan a todos los poderes públicos, sino que tienen efectos generales.

[66] STC 00018-2009-AI/TC, f. j. 12.

[67] Atienza Manuel y Ruiz Manero, Juan. Ilícitos atípicos. Sobre el abuso del derecho, el fraude de ley y la desviación de poder, Madrid: Trotta. 2000, pág. 42.

aparentemente es convincente, sin embargo, es inconstitucional, pues los artículos 14 y 17 prohíben expresamente la disposición de las tierras que las comunidades campesinas y nativas han ocupado ancestralmente. Estas disposiciones del Convenio y de la Constitución, incluyendo el desarrollo jurisprudencial de ambas, serían las normas defraudadas.

En tercer lugar, esta disposición de las tierras de las comunidades mencionadas es injustificada en atención a la relevancia de los bienes jurídicos sacrificados, sumamente importantes para los pueblos indígenas.

Pero el fraude a la ley en este caso es más grave y lesivo al ordenamiento jurídico pues la norma defrauda no es legal sino de rango constitucional como es el Convenio 169 de la OIT y en el otro caso, constitucional. Es decir, se intenta hacer fraude a la una norma jurídica que tiene el mismo rango que la Constitución Política. Es por ello que más que "fraude a la ley", en realidad nos encontramos con un "fraude a la Constitución". No se trata de un concepto exótico. El propio TC lo ha reconocido.

Como señala el propio TC, *"la renuencia de las autoridades y funcionarios a sujetarse a los mandatos de la Constitución puede originar verdaderas figuras de "fraude a la Constitución" o "Constituciones nominales", que a lo único que conducen es al descrédito del modelo del Estado Constitucional de Derecho, las instituciones democráticas y el gobierno de las leyes, con el riesgo que ello conlleva de proliferación de la violencia social o de propuestas políticas que descreen de la democracia y que sólo pueden terminar en la anulación de todo el sistema de libertades de las personas"*[68]. (Resaltado nuestro)

Se advierte un acto con un objetivo fraudulento, el evidente propósito de despojar de sus tierras a las comunidades campesinas, resultado absolutamente contrario a lo establecido en los artículos 14 y 17 del Convenio 169 de la OIT.

6. CONCLUSIONES

1. La Ley 32293 desconoce que de conformidad con el artículo 1.1.b del Convenio 169 de la OIT, en la medida en que las comunidades campesinas acrediten que descienden de un pueblo originario, conserven todas o parte de las costumbres y se auto reconozcan como tales serán pueblos indígenas.

2. La Ley 32293, desconoce que en consonancia con el artículo 89 de la Constitución, la simple existencia de una comunidad le otorga personería jurídica.

[68] STC 05427-2009-AC/TC, f. j. 16.

3. Si un colectivo se auto identifica como pueblo indígena, existirá una presunción que estamos ante un pueblo indígena. Si el Estado quiere controvertir y quiere cuestionar que este colectivo no es un pueblo indígena, y que en consecuencia no se le aplica el Convenio 169 de la OIT, deberá demostrar que no reúne los dos requisitos objetivos, esto es que descienden de pueblos originarios y que conserven total o parcialmente sus costumbres y nada más. Por ello carece de cobertura normativa la Ley 32293 cuando invisibiliza este criterio.

4. La Ley 32293 al permitir la apropiación por terceros ajenos a la comunidad de territorios de comunidades campesinas, incluso tituladas y debidamente saneadas, viola el derecho de propiedad de las comunidades campesinas. Es decir, la Ley 32293 es incompatible con el derecho de propiedad sobre las tierras que han ocupado tradicionalmente como lo reconoce los incisos 1 y 2 del artículo 14 del Convenio 169 de la OIT.

5. La Ley 32293 aprobada desconoce que de acuerdo con el artículo 89 de la Constitución Política, la propiedad indígena es imprescriptible. Es decir que la propiedad de las comunidades campesinas no acaba con el paso del tiempo. La Constitución es muy clara. Nunca prescribe la propiedad indígena. Esto implica que el paso del tiempo no genera derecho de propiedad en los terceros que invaden y ocupan de manera precaria territorio de las comunidades.

6. La Ley 32293 desconoce que de acuerdo con la jurisprudencia vinculante del Tribunal Constitucional y de la Corte IDH, la propiedad indígena no puede ser entendida desde el Código Civil desconociendo el valor social, espiritual y cultural de la propiedad. La propiedad indígena implica un cambio absoluto de perspectiva en nuestra manera de razonar jurídicamente.

7. La Ley 32293 permite la apropiación por terceros de tierras de comunidades campesinas afecta certeza jurídica el derecho de propiedad de las comunidades sobre sus territorios. El marco jurídico debe proveer a las comunidades indígenas la seguridad efectiva y la estabilidad jurídica de sus tierras.

8. La Ley 32293 desconoce la jurisprudencia de la Corte IDH, en concreto desconoce que en el caso Garífuna contra Honduras de la Corte IDH, que es un conflicto entre pueblos indígenas y colonos. En este caso, este tribunal encontró responsabilidad en el Estado por no prevenir las invasiones, optando por proteger el derecho de propiedad de los pueblos indígenas invadidos. Esta sentencia se aplica al presente caso toda vez que la Ley 32293 busca legalizar precisamente la invasión de terceros, que tienen la misma posición que los

colonos en la mencionada sentencia, es decir, ocupantes precarios, usurpadores de tierras de comunidades campesinas.

9. El Estado peruano desconoce cuándo puede restringir el derecho de propiedad indígena. Desconoce que solo cumpliendo ciertos requisitos se puede restringir el derecho de propiedad de los pueblos indígenas de forma legítima. En el caso de la Ley 32293, el Estado no ha justificado, no ha fundamentado la constitucionalidad de la restricción que en esta ley establece. En este caso, ni el Gobierno ni el Congreso ha acreditado que estamos ante una restricción idónea, necesaria y proporcional, en consecuencia, estamos ante una restricción ilegítima.

10. La Ley 32293 al momento de restringir el derecho de propiedad indígena desconoce que el límite de la restricción de la propiedad indígenas es precisamente la subsistencia de los derechos de los pueblos indígenas. Estos criterios tampoco han sido tomados en cuenta, tal como a continuación pasamos a explicar.

11. Las disposiciones de la Ley 32293 que legalizan la apropiación de tierras propiedad de las comunidades campesinas debieron ser consultadas como lo exige el artículo 6 del Convenio 169 de la OIT, la Ley de consulta previa aprobada por ley 29785 y la jurisprudencia de la Corte IDH y del Tribunal Constitucional, toda vez que esta norma promueve el despojo de tierras de las comunidades campesinas.

12. En la medida en que esta ley solo puede afectar el derecho al territorio de los pueblos indígenas, es decir de las comunidades campesinas, sino privarlo de la propiedad a dichos pueblos como lo establece la Ley 32293, a pesar del reconocimiento que el Convenio 169 de la OIT y la jurisprudencia vinculante de la Corte IDH hace de ellos, resulta evidente que por lo menos esta ley debió ser consultada con los pueblos indígenas, susceptibles de ser afectados.

13. Si tomamos en cuenta que la Ley 32293 privara a las comunidades campesinas de una parte de su territorio y que incluso esto puede afectar el acceso de las comunidades campesinas a los recursos naturales que garantizan su subsistencia, es evidente que la Ley solo debe ser consultada, sino que debe obtener el consentimiento de estas poblaciones indígenas afectadas.

14. La ley 32293 antes que optimizar la protección de las tierras de los pueblos indígenas los despoja de ellos, lo que resulta incompatible con la obligación de garante del Estado de los derechos de los pueblos indígenas. El Estado incumple

su obligación de proteger en forma “efectiva” los derechos fundamentales a la propiedad sobre sobre el territorio

15. Si uno revisa la Ley 32293, advierte que este proyecto busca beneficiar a los invasores de las tierras de las comunidades campesinas. La tesis entre líneas que estos propugnan es que el paso del tiempo convertiría lo inconstitucional en constitucional, que el paso del tiempo borra la trasgresión al ordenamiento jurídico constitucional. Frente a ellos debemos decir, que el paso del tiempo no convierte en constitucional un acto ilegal e inconstitucional, tal como lo ha establecido este tribunal.

16. Se viola la cláusula del Estado social de derechos reconocida en el artículo 43 de la Constitución y el principio de la obligación del Estado de favorecer a los sectores excluidos, contenida en el artículo 59 de la Constitución, cuando se aprueban leyes como la Ley 32293, que antes que proteger los derechos de los grupos vulnerables, de legaliza el despojo de sus tierras.

17. El Congreso y el Gobierno al aprobar y promulgar la Ley 32293, incurren en un supuesto de “fraude a la ley” proscrito en un Estado de Derecho y por la jurisprudencia del TC, al utilizar el Congreso la constitucional y legítima facultad de legislar para promover el despojo de tierras de comunidades campesinas y otros derechos conexos.