Tribunal
Constitucional

REVISTA PERUANA DE

DERECHO CONSTITUCIONAL

Constitución Económica: Desarrollo, Medio Ambiente y Conflicto Social

5 | NUEVA ÉPOCA
Edición especial | 2012

SUMARIO

REVISTA PERUANA DE DERECHO CONSTITUCIONAL

N.º 5, NUEVA ÉPOCA
EDICIÓN ESPECIAL 2012

Constitución Económica: Desarrollo, Medio Ambiente y Conflicto Social

---

PRESENTACIÓN 13

ESTUDIOS

Oscar Súmar Albujar
Protección de libertades económicas por el Tribunal Constitucional del Perú: Un análisis estadístico y econométrico 17

Raffo Velasquez Melendez
Notas para una teoría general de garantías en la expropiación forzosa 35

Ernesto Álvarez Miranda y Carolina Canales Cama
Minería y conflicto social en el Perú: Los principios de la Constitución Económica peruana en materia de inversión 85

Daniel Yacolca Estares
Concepto jurídico de medio ambiente en el Perú 111

Eddie Cóndor Chuquiruna
Conflictividad socio-ambiental y marco constitucional 135

Roque Benavides Ganoza y Vanessa Farah Chávez
La minería en el contexto de las actividades de explotación de recursos naturales 147

Arelí Valencia Vargas
Salud, derechos y desarrollo extractivo: Revelando interconexiones apropósito del caso peruano 153

José Francisco Gálvez
El desarrollo del derecho indígena en el Perú 181

Vanessa Tassara Zevallos
¿Cuál es la finalidad constitucional que persigue el artículo 149° de la Constitución? 203

Nadia Iriarte Pamo
Derechos colectivos de los pueblos indígenas 219

Juan Ramón Rivero Mejía
Apuntes sobre el derecho a la libre determinación de nuestros pueblos indígenas 233

Juan Carlos Ruiz Molleda
Una aproximación al derecho de los pueblos indígenas a beneficiarse de la explotación de los recursos naturales en sus territorios 255

Martha Cecilia Paz
La protección constitucional de las comunidades indígenas en riesgo de extinción y la consulta previa como derecho fundamental. El caso colombiano. 287

Avigail Eisenberg
El Test de Distintividad Cultural en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Canadá 305

JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL

10 SENTENCIAS FUNDAMENTALES COMENTADAS
DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS
(2005-2012)

1) *STC 00020-2005-PI y 0021-2005-PI, de fecha 27 de setiembre de 2005. Sobre la competencia de un Gobierno Regional para legalizar el cultivo de la hoja de coca.* Por Evelyn Chilo Gutiérrez. 315

2) *STC 03343-2007-PA, de fecha 20 de febrero de 2009. El Caso Cordillera Escalera y la primera piedra sobre la consulta previa.* Por Cynthia Vila Ormeño. 325

3) *STC 04611-2007-PA, de 15 de abril de 2010. Legitimidad activa de las comunidades nativas en los procesos de tutela de derechos y titularidad del derecho al honor: aspectos procesales y sustantivos*. Por Fabiana Orihuela Silva. 333

4) *STC 00022-2009-PI, de fecha 17 de junio de 2010. Derecho de consulta: contenido, características y elementos.* Por Jaime de la Puente Parodi. 341

5) *STC 06316-2008-PA, de fecha 30 de junio de 2010. El derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas en situación de aislamiento voluntario. Caso AIDESEP I.* Por Aldo Blume Rocha. 349

6) *STC 05427-2009-PC, de fecha 23 de agosto de 2010. Sobre el control de la inconstitucionalidad por omisión en el caso de la consulta previa.* Por Victorhugo Montoya Chávez. 357

7) *STC 00025-2009-PI, de fecha 17 de marzo de 2011. Derecho de consulta de pueblos indígenas y la Ley de Recursos Hídricos N.º 29338.* Por Susana Távara Espinoza. 365

8) *STC 0001-2012-PI, de fecha 17 de abril de 2012. Conga: un problema minero aún sin solucionar.* Por Victorhugo Montoya Chávez. 369

9) *STC 00316-2011-PA, de fecha 20 de julio de 2012. Carácter autoaplicativo de las normas, prohibición de dragas y derecho de propiedad.* Por Fabiana Orihuela Silva. 377

10) *STC 1126-2011-PHC, de fecha 24 de setiembre de 2012. La garantía constitucional de la propiedad sobre la tierra de las comunidades nativas y campesinas.* Por Javier Adrian Coripuna. 385

JURISPRUDENCIA COMPARADA

Francisco Balaguer Callejón
Crisis económica y crisis constitucional en Europa 391

Rolando Luque Mogrovejo
La solución amistosa ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 409

RESEÑA BIBLIOGRÁFICA

NOTICIAS DE LIBROS

Laura Rangel Hernández
Jurisdicción Militar y Derechos Humanos. El caso Radilla ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos 443

REVISTA DE REVISTAS

Cuestiones Constitucionales 457
Revista de Derechos Humanos de la Universidad de Piura 459
Revista Española de Derecho Constitucional 461

EL DESARROLLO DEL DERECHO INDÍGENA EN EL PERÚ

JOSÉ FRANCISCO GÁLVEZ*

A Pastor Castillo Meléndez, in memoriam

SUMARIO: I. *Cultura, raza y modelo jurídico.* **II.** *La tutela de derechos en el Estado Peruano del siglo XIX.* **III.** *La reincorporación de la propiedad colectiva y las tendencias de protección del derecho en el siglo XX***. IV.** *La participación como derecho.* **V** *La vigencia del Convenio OIT 169: Jurisdicción, administración de recursos y el derecho de consulta.* **VI.** *Conclusiones.*

I. Cultura, raza y modelo jurídico

El tema referido a la tutela de derechos nos exige abordar al Derecho como sistema, tradición y facultad o *potestas* en función del tipo de sociedad. En los países andinos como el Perú, el inicio del Derecho como sistema de normas, proveniente de una cultura y tradición jurídica generó dos posturas marcadas entre los juristas: Aquella que ha considerado la existencia del Derecho Prehispánico (anterior a la llegada de los españoles) constituido por un conjunto de reglas o pautas sociales, económicas y jurídicas, de carácter consuetudinario, y que podríamos asociar con el proverbio latino: *ubi societas, ubi ius* (donde hay sociedad hay derecho)[1]. Era un sistema adscrito a una economía rural, con un carácter difuso el cual alcanzaba sólo a los miembros de la comunidad, y que tenía vigencia mientras el grupo humano tuviese control sobre la tierra, el agua

* Abogado y licenciado en Historia por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Doctor en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid. Diploma de Estudios Post Doctorales en Historia del Derecho y Filosofía Política de la Universidad Privada Antenor Orrego. Profesor de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, entre otras.

[1] Sobre el tema J. BASADRE GROHMAN, Historia del derecho peruano. Lima, Editorial Antena, 1984.

así como de la explotación de los recursos adyacentes. Sistema que a su vez se hallaba relacionado con el ejercicio de la libertad en una sociedad diferenciada y organizada por segmentos. La alteración del orden estaba contemplada, donde la comunidad podrían infringir castigos[2] a las personas, lo cual observamos de testimonios recogidos a través de la cerámica de la cultura Moche (costa norte del Perú) coleccionada por el investigador Rafael Larco Hoyle. De ello podríamos inferir que la condición de libertad y los castigos se ubicaban de acuerdo a la conveniencia de la sociedad, siendo relativa su existencia como lo era la transferencia de derechos a la generación venidera. Característica que equivaldría a la locución inter partes a diferencia de aquella Erga omnes o frente a todos, propia de un sistema que plantea un tratamiento homogéneo. Como veremos más adelante, países como Bolivia y Ecuador han recurrido al argumento de la existencia de derechos ancestrales en sus recientes Constituciones, cuya validez resulta cuestionable dentro del ordenamiento jurídico actual, cuya naturaleza rigurosa y científica los asimilaría más como una pretensión.

El segunda argumento de los juristas plantea el inicio del derecho a partir del Derecho Indiano porque además de consuetudinario era sobre todo escrito, postura en la cual se adscriben la mayoría de autores peruanos: "El problema es: ¿cómo explicar un Derecho que no es Derecho en el sentido [occidental] en que usamos nosotros el término?[3] Por otro lado: "Resulta, pues, si no imposible, por lo menos muy aventurado ocuparse en detalle de las instituciones en general y especialmente de las de carácter jurídico, anteriores a los Incas". Este sistema vinculado con la llegada de Cristóbal Colón y los castellanos en 1492 generó la creación de un sistema de normas para estas tierras conocidas como Las Indias, cuyo nombre fue conservado en el ámbito legal aunque políticamente se denominará más adelante América, en honor a Américo Vespusio. Éste se caracterizó por ser casuístico (de acuerdo al Derecho de Castilla), tuitivo (por la política de la Corona a favor de los indios) y recopilatorio (acorde con el modelo casuístico que regía en la Edad Media).

Proclamada la independencia en el Perú el 28 de julio de 1821 se produjo el cambio político, sin embargo el Derecho Indiano siguió vigente hasta la expedición del primer código civil peruano en 1852. Podemos indicar que el Derecho

[2] R. LARCO HOYLE: Los Mochicas. Lima. Fundación Telefónica. 2004. http://losmochicas.perucultural.org.pe/pdf/tl_191_197.pdf (Último acceso 3 de marzo de 2010)

[3] Cfr. J. BASADRE GROHMAN, *Historia del Derecho Peruano*. Lima, Editorial Antena, 1984; p. 73. Con el punto de vista de F. DE TRAZEGNIES GRANDA: El derecho prehispánico; una aproximación al estudio de la Historia del Derecho en las culturas sin Derecho. Revista de Historia del Derecho (Buenos Aires). Nº 30. Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho. 2002; p.331; el segundo indica la complejidad del problema que debe tener un requisito preliminar, vale decir literalmente "¿Cómo explicar un derecho que no es derecho en el sentido occidental en que nosotros usamos el término?"

Indiano por su naturaleza tuitiva fueron consideradas entre sus elementos formadores las costumbres de los aborígenes o naturales, siempre que se cumplieran dos requisitos: Que no vayan *"contra Dios e contra razón"*, es decir que no sean contrarias a los parámetros dictados por la Iglesia y que no atenten contra las normas expedidas por la Corona de Castilla (aspecto muy similar al producido en este reino con el Ordenamiento de Alcalá en 1348 dentro del proceso de unificación jurídico territorial).

De esta manera las costumbres se incorporaban al ordenamiento jurídico de entonces, reconociéndose en primer lugar los curacazgos, cacicazgos (denominación para América central) o comunidades de indígenas gobernada por el curaca o cacique, proceso que estuvo acompañado por el carácter tuitivo que incluyó la protección a la raza indígena donde sus miembros eran libres en el ámbito legal (de acuerdo a lo establecido por la Escuela de Salamanca[4] como señala Luciano Pereña) aunque económica y socialmente fuesen compelidos al trabajo o explotados (como por ejemplo se ve en la *Recopilaciòn de las Leyes de las Indias*[5] *o el testimonio del oidor de la Real Audiencia de Lima Juan de Matienzoen 1567)*. Protección que también se puede observar en el desempeño del cargo de Protector de Naturales, quien verificaba que los procesos seguidos por indios -entre los cuales se encontraban además los considerados como pobres- estén de acuerdo a la parte procesal (conocimiento del mismo y sobre todo en los testimonios y probanza), caso contrario demandaba la nulidad de lo actuado ante los magistrados.

II. La tutela del derecho en el estado peruano del siglo XIX

Con el arribo del liberalismo al Perú desde finales del siglo XVIII la mentalidad de algunas autoridades, no sólo se inclinó por el cambio legal sino cortar de raíz todo lo consuetudinario. El artículo 3º de la Constitución de 1791 estableció que "no hay en Francia autoridad superior a la de la ley", con lo cual se creaba el Estado de Derecho. Legalidad que estaba acompañada de la carga ideológica que planteaba la eliminación de las corporaciones por los privilegios

[4] Vid. L. PEREÑA, *La Escuela de Salamanca: Conciencia crítica de América en el Centenario de la Reconciliación.* Salamanca, EUROPA. Artes Gráficas, S.A. Universidad Pontificia de Salamanca. Comisión Nacional del Quinto Centenario. 1992; p. 21.

[5] Congreso de la República: *Archivo Digital de la Legislación en el Perú. Recopilaciòn de las Leyes de las Indias,* VI, I, xxi; in http://www.congreso.gob.pe/ntley/LeyIndiaP.htm Visita online 8 Novembre 2010. Cf. J. DE MATIENZO, Gobierno del Perú [1567]. París-Lima. Ouvrage publiè avec le concours du Ministère des Afairez Étrangères. Institut Français D` Êtudes Andines. 1967; p. 19.

con que contaban (sea la nobleza o la iglesia) en tanto resultaban contradictorias ante el imperio de la igualdad ante la ley y contra la costumbre, a la cual los franceses le negaron el carácter de fuente del derecho ya que en el mejor de los casos querían desterrarla, sobre todo en el ámbito civil[6]. En la mentalidad de Voltaire debía sustituirse al particularismo jurídico susentado en el Derecho feudal por la ley que era igual para todos, fundamentada en la razón liberal.

Cambios que se sustentaban en consenso y legitimidad que buscaba colocar al derecho como mecanismo de control social para lo cual la seguridad jurídica anularía todo posible exceso en el manejo de poder. De esta manera la norma era redefinida como abstracta, impersonal y general –en palabras de Rousseau- e infalible –según Montesquieu-, a fin de facilitar un tratamiento igual a todo individuo por parte del Estado. Proceso que derivó también en el sometimiento de los jueces al ente político en Europa continental limitando su ejercicio a la mera aplicación jurídica considerándolos la boca de la ley[7] (la bouche de la loi). Pese a que la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789) postulaba la igualdad entre los hombres libres, en América la raza mantenía aún distingos en una sociedad corporativa donde cada cual mantenía el perfil del corpus al cual pertenecía. Más adelante las Cortes generales y extraordinarias reunidas en Cádiz en relación a los reclamos de los Diputados Americanos dieron dos medidas:

Una primera medida consistía en integrar al indígena considerándolo como español: *"Son españoles: .....Todos los hombres libres nacidos y avecinados en los dominios de las Españas y los hijos de éstos*[8] (art. 5 de la Constitución de 1812), disposición que debía favorecer la concesión de ciudadanía a los indígenas.

Sin embargo, "Entre los debates de peninsulares y criollos se manejaron alternativas como descalificar a los indígenas por su cortaedad (sic) de ingenio y propensión al ocio o por constituir un pueblo sin luces, cuyos representantes no ilustrarán acerca de las máximas de gobierno…no se aceptó la propuesta que los indígenas fuesen representados por ellos mismos, con lo cual todo se contemplaba desde afuera, propiciando medidas para este colectivo pero sin su consentimiento[9]"

---

[6] Cfr. Dictionnaire Philosophique, V, París, 1833, p. 248.

[7] F.NEUMANN: *El cambio del rol del Derecho en la sociedad moderna.* En: F. DE TRAZEGNIES GRANDA: *Introducción a la Filosofía del Derecho y a la Teoría General del Derecho.* Lima. Pontificia Universidad Católica del Perú. 1977, p. 307.

[8] Cfr. Constitución de 1812, capítulo II: de los españoles. Sobre el tema ver D. GARCÍA BELAUNDE, *Las Constituciones del Perú.* Tomo I. Lima. Fondo Editorial de la Universidad de San Martín de Porres. 2006; p. 32.

[9] J.F. GÁLVEZ: *Las Comunidades de Indígenas en el Constitucionalismo Iberoamericano.* En: José Manuel Pérez Prendes Muñoz-Arraco (Dir.) La violencia y los enfrentamientos de las culturas. Madrid. Iustel. 2004; p. 313.

Como corolario de la primera medida, los legisladores con el ánimo de garantizar la ilustración de los habitantes, en el artículo 335º, inciso 10 de la Constitución de 1812 dispusieron que: "Las diputaciones de las provincias de ultramar velarán sobre la economía, orden y progresos de las misiones para la conversión de los indios infieles, cuyos encargados les darán razón de sus operaciones en este ramo, para que se eviten los abusos: todo lo que las diputaciones pondrán en noticia al Gobierno".

Obligación que se insertaba en la prédica que sin educación no había defensa de derechos de los que gozaba, pero por otro lado dicha educación era impartida en el idioma castellano para uniformizar el uso de un idioma oficial, postura que más adelante adoptaría el Estado peruano. Por otro lado en 1813, las Cortes abolieron la contribución de indígenas (o mita). Medidas que terminaron por ser declarativas al no ser implementadas y no fue de extrañar que posteriormente continuasen con otros nombres y modalidades. El libertador y Protector del Perú José de San Martín dictó dos medidas significativas en relación al colectivo indígena: Declaró que en adelante los naturales o aborígenes se llamaran peruanos (28 de agosto de 1821) y abolió el servicio realizado por los indígenas, conocido como mita o pongo. Medidas de carácter reivindicatorio que tuvieron resultados efímeros. Asignar el nombre de peruanos sólo a los indios generó una discordia entre los criollos y mestizos, en los libros de registro que manejaban las parroquias se sustituyó el nombre de indio por peruano, persistiendo la clasificación por cuerpos.

En cuanto al proceso de codificación que hemos indicado, el cambio entre el modelo casuístico por el legalista se fue dando en forma gradual. A ello contribuyeron las normas oficiales expedidas por el naciente Estado peruano, donde los legisladores peruanos aplicaron la filosofía de la Ilustración y del liberalismo, de manera tal que el Derecho Indiano iba cediendo paso al Derecho Peruano, de una fuerte injerencia francesa el cual incorporaba el carácter sistemático o legalista, no faltando la visión dogmática de algunos juristas que quisieron desterrar todo lo hispano por considerarlo vetusto. Sin embargo, debemos señalar que en la codificación se produjo una superposición y mixtura de ambos sistemas ya que el establecimiento de los derechos naturales e individuales (incluyendo los de los indígenas) recogió en su aplicación la tradición Indiana con la nueva tendencia jurídica. De tal manera que el Código Civil peruano de 1852 nos presentaba a través de sus tres libros dicha mixtura: Personas (Derecho Canónico), Reales (Derecho francés) y Contratos (Derecho francés); además del título preliminar que también tiene influencia gala[10].

[10] Cfr. J. F. GÁLVEZ: Historia del Derecho Peruano. Lima. Universidad Inca Garcilaso de La Vega. 2008; p. 209.

En cuanto al servicio de los indios, la crítica situación económica del Estado peruano obligó a la restitución de la contribución de los indígenas a las mismas cantidades del año 1820 por considerarse productivo; lo cual se mantendría hasta la abolición legal el 5 de julio de 1854, sustituyendo el monto que representaba el veinte por ciento de los ingresos impositivos del Presupuesto de la República por las ganancias generadas por la venta del guano o estiércol de las aves guaneras usado como fertilizante para la agricultura.

Respecto a la tierra, cuya propiedad era considerada como derecho sagrado e inviolable del individuo de acuerdo a la influencia francesa, tuvo en el Perú un resultado distinto y adverso. Bajo el gobierno del libertador Simón Bolívar, éste observó en el mantenimiento de una institución corporativa como el curacazgo o la comunidad de indígenas constituía un atentado contra el liberalismo, y por ello decretó su abolición el 7 de julio de 1825[11], desconociendo así a una institución originaria. Ello evidenciaba un contrasentido en la aplicación del discurso liberal importado ya que su elaboración había concebido el contexto del país originario con el establecimiento de los derechos naturales e instituciones sociales y jurídicas. Bolívar pretendía individualizar la propiedad otorgando a cada indígena una parcela de tierra, para lo cual asumió que ésta era de un solo uso, desconociendo la rotación de cultivos. De ahí que fuese discutible repartir las tierras de comunidad sin analizar antes el aprovechamiento de recursos de manera colectiva y en diferentes altitudes, lo que más adelante se conocería como la teoría de los pisos ecológicos. Dos años después, el gobierno suspendió la venta de tierras de comunidad, mientras se resolviera lo conveniente de la materia. Circunstancia que demostraba el divorcio entre el país legal y el país real ya que las comunidades en el ámbito social subsistieron y sus tierras también. El Código de Santa Cruz de 1836 estableció en el artículo 297º que los bienes de dominio público eran aquellos vacantes y sin dueño; comprendiendo también en esta categoría a los que tuviesen un derecho adquirido sobre la propiedad o producto en favor de los habitantes de una o varias comunidades. Dicho código quedó sin efecto con el derrocamiento del gobierno de Andrés Santa Cruz y la disolución de la Confederación Perú Boliviana (1839). Más adelante el gobierno peruano protegió a los pobladores que aprovecharan la tierra, al modo indiano, es decir, utilizando el método de asignación y composición de tierras el cual reconocía a la ocupación como forma de adquisición; lo que fue ratificado en la Ley del 24 de mayo de 1845 con el añadido de hacerlo extensivo a los extranjeros y bajo una autoridad designada por el régimen que gobierne de un modo paternal los nuevos pueblos[12], lo que nos indica

[11] *Decreto del 4 de julio de 1825*. Véase Juan de Oviedo: *Colección de Leyes, Decretos y Órdenes*. Lima. Felipe Bailly. 1861-1870. Tomo II, p. 129.

[12] H. OMAR NOEJOVICH: *"Las relaciones del Estado peruano con la población indígena en el siglo XIX a través de su legislación"*. En: HISTÓRICA (Lima). Vol. XV, Nº1, Julio 1991; p. 51.

que el proceso otorgar el derecho sobre la tierra dependía de la administración y por ende del gobierno de turno.

En el libro de reales del Código Civil de 1852 la noción de bienes comunes fue limitada al otorgarse dichos bienes en forma colectiva sólo a una corporación legalmente reconocida (artículo 459º), con lo cual las comunidades de indígenas quedaban excluidas más no del todo desamparadas por la actitud gubernativa paternalista que continuaba.

III. La reincorporación de la propiedad colectiva y las tendencias de protección del derecho en el siglo XX

En 1919 el gobierno de Augusto B. Leguía en su proyecto político La Patria Nueva reivindicó al indio con dos actos significativos: Incorporó en la Constitución de 1920 las tierras de las comunidades de indígenas otorgándoles personería jurídica y protección a sus tierras. Para ello éstas fueron equiparadas como si fueran bienes del Estado, al considerarlas imprescriptibles e inalienables frente a terceros o erga omnes. En segundo lugar, creó la Oficina de Asuntos Indígenas para supervisar el trabajo con las comunidades y como correlato estableció el Día del Indio. La autoridad se reservaba el reconocimiento de la personería jurídica, el sistema de elección de las autoridades comunales, el régimen de propiedad, entre otros aspectos, lo cual fue considerado en el Registro de Comunidades de Indígenas que empezó a funcionar desde 1926[13]. Pese a esta voluntad política, mayormente mediática, el Estado, en los hechos, carecía de presencia al interior del país lo que propició que las haciendas cercanas a las comunidades usurparan tierras comunales, burlando la seguridad jurídica que el propio Estado regulaba.

Durante este régimen, el legislador optó por establecer las tipificaciones en función del poblador ante las diferentes culturas que tenía el país: Semi civilizado relacionado con la sierra y el salvaje o bárbaro vinculado con el habitante de la selva o Amazonía en el Código Penal peruano de 1924, o también conocido

[13] Se trata del registro hecho hasta el año 2004, según el Programa Especial de Titulación de Tierras (PETT) representan cerca de 5 mil 756 comunidades repartidas de la siguiente manera: **Comunidades Campesinas** 5 mil 576; **Comunidades nativas** 1 mil 345 y **Rondas Campesinas** 8 mil. De éstas últimas, el libro Rondando por nuestra de la Ley indica que dicha cifra involucra entre 200 mil y 250 mil ronderos, entre los cuales se considera además a los miembros de los Comités de Autodefensa (establecidos por el gobierno de Alberto Fujimori para luchar contra el terrorismo) así como las Rondas que forman parte de las Comunidades Campesinas. Agradezco al ex alumno y colega Dr. Aníbal Gálvez Rivas, por esta información.

como Código Maúrtua, en alusión a don Víctor M. Maúrtua quien cumplió labores diplomáticas del Perú en Europa y que tuvo como elementos formativos a los códigos suizos de 1915-1916 y 1918 y complementado con el proyecto Ferri de 1921 y el código Zanardelli de 1889 (ambos italianos)[14].

El código mencionado conservaba la previsión fundamental del tema. El art. 44 establecía que: "Tratándose de delitos perpetrados por salvajes, los jueces tendrán en cuenta su condición especial, y podrán sustituir las penas de penitenciaría y prisión por la colocación en una colonia penal agrícola, por tiempo indeterminado que no excederá de veinte años. Cumplidos dos tercios que según la ley correspondería al delito si hubiere sido cometido por un hombre civilizado, podrá el delincuente obtener libertad condicional si su asimilación a la vida civilizada y su moralidad lo hacen apto para conducirse. En caso contrario, continuará en la colonia hasta que se halle en esta situación o hasta el vencimiento de los veinte años. Un reglamento del poder ejecutivo determinará las condiciones de vida de los salvajes colocados en colonia penal, que serán organizados en el propósito de adaptarlos en el menor tiempo posible al medio jurídico del país". Sobre el tema se precisaba que: "Tratándose de delitos perpetrados por indígenas semi-civilizados o degradados por la servidumbre y el alcoholismo, los jueces tendrán en cuenta su desarrollo mental, su grado de cultura y sus costumbres y procederán a reprimirlos, prudencialmente, conforme a la regla del artículo 90. Podrán asimismo en estos casos, sustituir las penas de penitenciaría y de relegación por la colocación en una colonia penal agrícola por tiempo indeterminado no mayor que el correspondiente al delito, señalando el plazo especial en que el condenado está autorizado a obtener libertad condicional con arreglo al título VII. Podrán también reemplazar la pena de prisión según el procedimiento permitido por el art. 42." (art. 45).

Tratamiento que fue admitiendo la complejidad del sujeto de derecho en el Perú y donde la aculturación bajo el esquema del Estado Nación generó la incorporación de consideraciones antropológicas incipientes en materia punitiva. Fundamento que desde entonces ha permanecido, siendo superado con nuevos criterios de valoración como se aprecia de un extracto de la siguiente sentencia, acorde con el Código penal de 1991:"Que debe tenerse en cuenta que la comunidad campesina de Pampallacta **[Cuzco]**, no obstante estar situada a escasos kilómetros de la ciudad de Calca, capital de la provincia del mismo nombre, está constituido por un grupo étnico que no ha logrado integrarse definitivamente a la civilización, analfabetos con costumbres y estilos de vida propios, que no han tenido variaciones desde tiempos inmemoriables, aborígenes que ignoran los cambios sociales, políticos i económicos de la Nación, sumidos en

[14] J. HURTADO POZO, *Manual de Derecho Penal*. Parte General. Lima. Sesator. 1978; p. 44.

la miseria, incapaces de forjar su propio progreso, situación que los ubica en un plano diferente a los otros ciudadanos i los coloca dentro del marco del artículo 15° de Código Penal que prevé la atenuación de la pena[15]"

Este procedimiento de valoración luego incorporó nuevos elementos en forma acelerada a los procesos de migración ocurridos desde la década de los cuarenta de diferentes zonas del país en dirección a Lima, Arequipa y Trujillo. Manifestaciones a las cuales el historiador Jorge Basadre Grohmann denominó la "Revolución silenciosa", la que incidió más adelante en las grandes reformas estructurales, promoviendo una mejora económica y una ampliación social a favor de las grandes mayorías[16].

En 1960, el Estado peruano suscribió el Convenio 107 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) referido a la protección e integración de las poblaciones indígenas, el cual obligaba al Estado a legitimar las formas tradicionales de control social de la comunidad nativa. Para lo cual, el convenio preconizaba la aculturación partiendo que las poblaciones indígenas se encontraban en un atraso, situación que exigía respeto y reconocimiento al derecho consuetudinario hasta que las colectividades o comunidades lograsen superarse para que se incorporen a la vida jurídica del país de manera plena, posteriormente. Como puede apreciarse si bien la iniciativa del cambio era otorgada a las poblaciones civilizadas sobre el resto de la población, pero el proceso consideraba al indígena como sujeto pasivo o necesitado de protección y bajo la lógica del Estado-Nación lo que obligaba a convertir su bagaje cultural a la "nación criolla".

Fue durante el Gobierno Revolucionario de la Fuerza Armada (GRFA), período comprendido entre 1968 y 1980, que se produjo un nuevo sistema de redistribución de tierras con la Reforma Agraria iniciada desde el 24 de junio de 1969. Ello implicó un proceso de afectación y traspaso de las haciendas de la costa y sierra a cooperativas integradas por los propios campesinos; sin embargo en el caso de los indígenas de la selva el resultado hasta entonces había sido adverso por las políticas de colonización que incluían el despojo de sus terrenos autorizado por los gobiernos anteriores.

Desde 1957 se habían establecido políticas estatales en el tema del régimen de tierras, promulgándose una serie de leyes especiales que comprendieron las

---

[15] Sentencia del 23 de diciembre de 1998. Corte Superior del Cuzco. Citada en: N. GARAY MONTAÑEZ: *"Vacío de poder en las zonas Urbano Marginales de la Gran Lima: Los Casos de Linchamiento"*. Lima, 1999. Texto inédito, p. 14. Es oportuno precisar lo indicado por el Código Penal peruano 1991, artículo 15º Error culturalmente condicionado: "El que por su cultura o costumbres comete un hecho punible sin poder comprobar el carácter delictuoso de su acto o determinarse de acuerdo a esa comprensión, será eximido de responsabilidad. Cuando por igual razón, esa posibilidad se halla disminuida, se atenuará la pena".

[16] Cfr. A. BARNECHEA, La República Embrujada: un caso en la pobreza de las naciones, Lima, Aguilar, 1995, p.23.

bases para el diseño de los estatutos de las comunidades nativas y amazónicas, limitándose al reconocimiento de la vigencia de las costumbres relacionadas con los modos de posesión y uso de los recursos: las tierras, pastos, agua, sus servidumbres y linderos, así como lo relacionado con la prestación de servicios en las faenas comunales y servicios comunitarios. Durante los años setenta el GRFA reivindicó la costumbre siempre y cuando se ajustara a los planes gubernamentales (Plan Inca y posteriormente el Plan Túpac Amaru). Las organizaciones comunales gozaban así de un espacio más libre para el aprovechamiento de recursos, permitiéndoles "revitalizar las normas y valores tradicionales, compatibles con el desarrollo nacional"; "promover el desarrollo de las diferentes formas de ayuda mutua y de cooperación tradicional tendientes al establecimiento de las organizaciones cooperativas[17]"

En cuanto a las etnias amazónicas[18] se generó un verdadero cambio al asignarse la facultad jurisdiccional al gobierno comunal que resolvía conflictos y controversias en materia civil por mínima cuantía y las faltas originadas entre los miembros de una Comunidad Nativa en materia penal, con el carácter de cosa juzgada. Podía la comunidad alegar las costumbres, tradiciones, creencias y valores socio-culturales de las Comunidades[19]" para los juicios civiles y penales en instancias superiores. Gálvez Revollar sostiene que la selva se vio beneficiada por "… las presiones ejercidas por los propios indígenas animados por los vicariatos amazónicos imbuidos algunos por el accionar del Concilio Vaticano II y el entusiasmo de científicos sociales, trabajando para el estado, sensibilizados por la declaración de la "liberación del indígena de la Declaración de Barbados (1971)[20]", y en donde los antropólogos tuvieron mucha decisión.

La transición del etnocentrismo a la pluriculturalidad aunque denotaba un avance no fue continuado en su totalidad por los legisladores de la Asamblea Constituyente de 1978, pese a que este congreso fue convocado para incorporar en la nueva Constitución los cambios estructurales implementados por el régimen. Esto debido a que algunos mantuvieron su visión clásica del Estado-Nación, no faltando además un rechazo a los cambios por provenir de un gobierno de facto. Pese a ello, además de ratificar lo dispuesto en las Cartas anteriores, dicha Asamblea introdujo el reconocimiento a las tradiciones culturales en el artículo 161º de la Constitución de 1979: "Las Comunidades Campesinas y Nativas tienen existencia

[17] *Estatuto de Comunidades Campesinas del Perú. Decreto Supremo Nº 37-70-A del 17 de febrero de 1970;* art. 8 incisos d) y e).

[18] *Ley de Comunidades Nativas y de Promoción Agropecuaria de Regiones de Selva y Ceja de Selva, Decreto-Ley Nº 20653, del 24 de junio de 1974.*

[19] Decreto Ley Nº 20653 de 1974, art. 16º.

[20] C. GÁLVEZ REVOLLAR: "El derecho consuetudinario indígena en la legislación indigenista republicana del siglo XX". En: BIRA (Boletín del Instituto Riva-Agüero) 28, Lima, 2001, p. 285.

legal y personería jurídica. "Son autónomas en su organización, trabajo comunal y uso de la tierra, así como en lo económico y administrativo dentro del marco que la ley establece". El Estado respeta y protege las tradiciones de las Comunidades Campesinas y Nativas. Propicia la superación cultural de sus integrantes[21]".

Dicho texto en el Diario de Debates de la Asamblea Constituyente nos indica que la discusión del tema estuvo relacionada con la reforma agraria, la adjudicación de tierras y su uso eficiente, lo que permite observar que debate partiera de la visión monista del Estado[22]. Con la llegada del régimen de Alberto Fujimori fue variando gradualmente el carácter tuitivo sobre las tierras y recursos de las comunidades, planteando las condiciones para el retorno del latifundio con la expedición del Decreto Legislativo 653[23] o Ley de Promoción de Inversiones en el Sector Agrario de 7 de enero de 1991. Acto que se condice con las medidas económicas conducentes a recuperar al país del estado de postración iniciado en los años ochenta y que tuvo en la hiperinflación del gobierno de Alan García Pérez, el pico más alto. De esta manera. se liberalizaba el uso de recursos naturales, rompiendo con la tradición política y jurídica protectora de las tierras de las comunidades rurales desde 1920, dando lugar a su vez a la reaparición de elementos desterrados por la Reforma Agraria de 1969 como la eliminación de la conducción indirecta de la propiedad y la concentración de la tierra en pocas manos. Para ello, la autoridad era la que calificaba como abandonadas las tierras rústicas, las mismas que pasaban al dominio público, susceptibles de ser privatizadas por el Estado (artículo 22º), desconociendo que las tierras podían hallarse en descanso debido al sistema rotativo de cultivos propios de la zona. Abandono que más tarde fue señalada expresamente la Carta de 1993, artículo 88°: "El Estado apoya preferentemente el desarrollo agrario. Garantiza el derecho de propiedad sobre la tierra, en forma privada o comunal o en cualquiera otra forma asociativa. La ley puede fijar los límites y la extensión de la tierra según las peculiaridades de cada zona. Las tierras abandonadas, según previsión legal, pasan al dominio del Estado para su adjudicación en venta"[24].

Como apreciamos, desde las últimas décadas han ido desapareciendo los elementos de inalienabilidad e imprescriptibilidad que protegían a las tierras comunales, lo cual muestra un doble discurso del Estado, ya que por un lado

---

[21] D. GARCIA BELAUNDE: *Las Constituciones del Perú*. Lima. Edición Oficial Ministerio de Justicia. 1993, p. 460.

[22] Comisión Principal de Constitución de la Asamblea Constituyente 1978-1979: *Diario de los Debates.* Lima. Publicación Oficial. 1979, Tomo V, p.90

[23] Congreso de la República: *Archivo Digital de la Legislación en el Perú. Legislación Contemporánea en el Perú desde 1904,* http://www.congreso.gob.pe/ntley/Imagenes/DecretosLegislativos/00653.pdf Último acceso 3 de marzo de 2010.

[24] El artículo 88 proviene del Capítulo VI *(Del Régimen Agrario y de las Comunidades Campesinas y Nativas)* Cfr. Constitución Política del Perú. 1993. http://www.tc.gob.pe/legconperu/constitucion.html Último acceso 3 de marzo de 2010.

garantiza la propiedad que termina siendo relativa por su condicionamiento al ser declarada en abandono. Circunstancia que hace posible la concurrencia de la inversión privada sea extranjera o nacional, para fomentar la rentabilidad de los terrenos. Inversión que contaba con seguridad jurídica al otorgársele igualdad legal y económica.

IV. La participación como derecho

Frente a este hecho de probable desprotección del Estado de las tierras comunales podemos observar la aparición de un derecho fundamental en el escenario constitucional y que podría fortalecer a las instituciones, incluso a las campesinas. La redacción de una nueva Constitución en 1979 fue la oportunidad para que los legisladores introdujeran la participación como derecho en forma incipiente y gradual (artículo 16º la Constitución de 1979) y transcrita en la de 1993 (artículo 17º), la misma que se desarrolló en los siguientes aspectos: A nivel **administrativo**, al plantearse la modificación de la demarcación política regional que requería el pronunciamiento de los afectados (260º Constitución de 1979) y a nivel de control de la actividad pública, con la participación:

- Directa o por intermedio de sus representantes libremente elegidos de la ciudadanía en cuestiones de relevancia pública (articulo 64º Constitución de 1979), bajo la afirmación de la tutela de los intereses difusos.
- El segundo cuestión que proviene del mismo espíritu constitucional se halla en el Decreto Legislativo 611, del 7 de setiembre de 1990, o Código del Medio Ambiente y los Recursos Naturales[25] que señaló la siguiente disposición preliminar:
- Título Preliminar, artículo VI: "Toda persona tiene el derecho de participar en la definición de la política y en la adopción de las medidas de carácter nacional, regional y local relativas al medio ambiente y los recursos naturales. De igual modo, a ser informado de las medidas o actividades que puedan afectar directa o indirectamente la salud de las personas o de la integridad del ambiente y los recursos naturales. Todos están obligados a proporcionar a las autoridades las informaciones que estas requieran en el ejercicio de sus atribuciones para el control y vigilancia del medio ambiente".

[25] Congreso de la República: *Archivo Digital de la Legislación en el Perú. Legislación Contemporánea en el Perú desde 1904*. http://www.congreso.gob.pe/ntley/Imagenes/DecretosLegislativos/00611.pdf. Último acceso 3 de marzo de 2010.

– Capítulo VII: De la acción educativa, los medios de comunicación y la participación ciudadana., artículo 34: "La comunidad participa directa o indirectamente en la definición de la política ambiental y en la ejecución y aplicación de los instrumentos de dicha política."

Al carácter genérico del texto de la norma de la Constitución de 1979 dedicado a la participación del ciudadano como derecho fundamental, su sucesora la Constitución de 1993[26] realizó aportes sustanciales que están en camino de seguir siendo implementados: "Artículo 2 Toda persona tiene derecho: (..) 17. A participar en forma individual o asociada en la vida política económica social y cultural de la Nación. Los ciudadanos tienen conforme a ley los derechos de elección de remoción o revocación de autoridades de iniciativa legislativa y de referéndum."

Aquí es importante precisar la magnitud del derecho que se le otorga a la ciudadanía en general a efectos que sea una participación real y efectiva donde el referéndum[27] puede ser usado para reforma total o parcial de la Constitución, aprobación de normas con rango de ley, las ordenanzas municipales y las materias relativas al proceso de descentralización. (Artículo 32º), no siendo de extrañar esta Carta fuera sometida a referéndum en noviembre de 1993.

De esta lectura de este derecho se pueden contemplar normas dirigidas a resaltar el papel fiscalizador en la Ley 28611 o Ley General del Ambiente[28] del 15 de octubre del 2005 derogó el Decreto Legislativo 611, mejorando el acceso a la información como al derecho a la participación en esta materia.

– En el Título Preliminar: Derechos y Principios, Artículo III: Del derecho a la participación en la gestión ambiental. "Toda persona tiene el derecho a participar responsablemente en los procesos de toma de decisiones, así como en la definición y aplicación de políticas y medidas relativas al ambiente y sus componentes, que se adopten en cada uno de los niveles de gobierno. El Estado concerta con la sociedad civil las decisiones y acciones de la gestión ambiental".

---

[26] Constitución Política del Perú. 1993. http://www.tc.gob.pe/legconperu/constitucion.html (Último acceso 3 de marzo de 2010).

[27] *Constitución de Colombia* (1991): Título IV, De la participación democrática y de los partidos políticos, capítulo 1, de las formas de participación democrática, art. 103: "Son mecanismos de participación del pueblo en ejercicio de su soberanía: el voto, el plebiscito, el referendo, la consulta popular, el cabildo abierto, la iniciativa legislativa y la revocatoria del mandato. La ley los reglamentará. http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Colombia/colombia91.pdf Último acceso 3 de marzo de 2010.

[28] Congreso de la República: *Archivo Digital de la Legislación en el Perú. Legislación Contemporánea en el Perú desde 1904.* http://www.congreso.gob.pe/ntley/Imagenes/Leyes/28611.pdf Último acceso 3 de marzo de 2010.

- Capítulo 4: Acceso a la información ambiental y participación ciudadana. Artículo 46º "Toda persona natural o jurídica, en forma individual o colectiva, puede presentar opiniones, posiciones, puntos de vista, observaciones u aportes en los procesos de toma de decisiones de la gestión ambiental y en las políticas y acciones que incidan sobre ella, así como en su posterior ejecución, seguimiento y control."
- Artículo 50º De los deberes del Estado en materia de participación ciudadana. "Las entidades públicas tienen las siguientes obligaciones en materia de participación ciudadana: a) Promover el acceso oportuno a la información relacionada con las materias objeto de la participación ciudadana. b) Capacitar, facilitar asesoramiento y promover la activa participación de las entidades dedicadas a la defensa y protección del ambiente y la población organizada en la gestión ambiental. c) Establecer mecanismos de participación ciudadana para cada proceso de involucramiento de las personas naturales y jurídicas en la gestión ambiental. d) Eliminar las exigencias y requisitos de forma que obstaculicen, limiten o impidan la eficaz participación de las personas naturales o jurídicas en la gestión ambiental. e) Velar por que cualquier persona natural o jurídica, sin discriminación de ninguna índole, pueda acceder a los mecanismos de participación ciudadana. f) Rendir cuenta acerca de los mecanismos, procesos y solicitudes de participación ciudadana, en las materias a su cargo".

En este ámbito político y bajo el espíritu constitucional se promulgó la Ley 26300[29] o Ley de Participación Ciudadana del 18 de abril de 1994 que añadió a lo estipulado por el artículo 32º de la Carta, la iniciativa en la formación de las normas municipales y regionales así como mecanismos de participación y de control. Se precisaron que sólo entre el tercer año del mandato se podía llevar a cabo el proceso de revocatoria de autoridades ediles y regionales, lo cual debía ser corroborado con el voto de la mitad más uno de los electores. Para la disolución del Concejo Municipal o al Consejo de Coordinación Regional era necesario haber revocado a un tercio de sus miembros, procediendo luego a su renovación política. Un tema sensible ha sido el relacionado con la rendición de cuentas, para lo cual los ciudadanos, a través de la solicitud que reúna un máximo de cincuenta mil firmas, gozan del derecho de interpelar a la autoridad en referencia a la ejecución presupuestal y al uso de fondos propios. Lo cual

[29] Congreso de la República: *Archivo Digital de la Legislación en el Perú.* Legislación Contemporánea en el Perú desde 1904. http://www.congreso.gob.pe/ntley/Imagenes/Leyes/26300.pdf Último acceso 3 de marzo de 2010.

va acompañado de un pliego interrogatorio donde en forma clara se formulan preguntas; sin embargo no existe sanción si la autoridad se rehusara a rendir las cuentas:

- Artículo 39o.- Procede el Referéndum en los siguientes casos: a) La reforma total o parcial de la Constitución, de acuerdo al Artículo 206o. de la misma. b) Para la aprobación de leyes, normas regionales de carácter general y ordenanzas municipales. c) Para la desaprobación de leyes, decretos legislativos y decretos de urgencia, así como de las normas a que se refiere el inciso anterior. d) En las materias a que se refiere el artículo 190o. de la Constitución, según ley especial.
- Artículo 40o.- No pueden someterse a referéndum las materias y normas a que se refiere el segundo párrafo del artículo 32o. de la Constitución.

Más adelante la ley 26670[30], del 11 de octubre de 1996, derogó el inciso c) del referido artículo 39º, con lo cual más allá del cuestionamiento a la inseguridad jurídica, pudo haber contribuido al sistema democrático mismo. Para Walter Albán Peralta,[31] el derecho de participación ciudadana ha sido considerado como un derecho fundamental al reunir un conjunto de valores y operar erga omnes. Supone una manifestación directa de la dignidad humana ya que es una garantía indispensable para la realización de otros derechos fundamentales y condición básica para el control de la actuación del Estado. El carácter del derecho fundamental encuentra en el planteamiento de Gregorio Peces-Barba su sustento: "tanto los presupuestos éticos como los componentes jurídicos, significando la relevancia moral de una idea que compromete la dignidad humana y sus objetivos de autonomía moral, y también la relevancia jurídica que convierte a los derechos en norma básica material del Ordenamiento, y es instrumento necesario para que el individuo desarrolle en la sociedad todas sus potencialidades. Los derechos fundamentales expresan tanto una moralidad básica como una juridicidad básica.[32]"

Para que el derecho fundamental se equipare a un derecho subjetivo deben cumplir tres características o ser de naturaleza triádica (en palabras de Carlos

[30] Congreso de la República: Archivo Digital de la Legislación en el Perú. *Legislación Contemporánea en el Perú desde 1904.*

[31] W. ALBÁN PERALTA: *Participación en la vida política, económica, social y cultural de la Nación.* En: La Constitución Comentada. Análisis Artículo por Artículo. Director: W. GUTIERREZ. Primera Ed., diciembre 2005, Gaceta Jurídica S.A. Tomo I, pp. 181-182.

[32] G. PECES BARBA, *Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General.* Madrid: Universidad Carlos III de Madrid. Boletín Oficial del Estado, 1999, pág. 37

Bernal Pulido)[33]: El titular del derecho, que recaiga en la persona como sujeto de derecho y que con su desarrollo haya ido incorporando a las instituciones del Estado y personas jurídicas privadas, otorgando el carácter de universalidad a este concepto. El contenido u objeto del derecho, originalmente referido a la propiedad, seguridad y las libertades en el discurso liberal. Más adelante, con las crisis del constitucionalismo a lo largo del siglo XIX y XX, se fueron agregando los derechos sociales y económicos y más adelante los derechos culturales. Finalmente, el destinatario o sujeto pasivo que recaía en el Estado llamado a garantizar la vigencia de la seguridad jurídica, imponiendo la norma y velando por su cumplimiento. En la actualidad, los sujetos privados también se convierten en destinatarios debido a la fuerza del Derecho que bajo el discurso de la filosofía de los derechos humanos involucra a todos.

V. La vigencia del convenio OIT 169: jurisdicción, administración de recursos y el derecho de consulta

Como hemos señalado anteriormente, la tutela de derechos ha sufrido vaivenes en la conceptualización y aplicación del aspecto garantista recogido en la tradición constitucional peruana desde 1979, produciéndose un cambio de enfoque sobre el tratamiento de los pueblos. A ello ha contribuido la suscripción y ratificación del Convenio 169[34] de la OIT o Convenio sobre los pueblos indígenas y tribales en países independientes[35] cuyo contenido modificó el modelo etnocéntrico recogido en las anteriores Cartas peruanas sustituyéndolo con uno de carácter pluralista, que partía del reconocimiento del indígena como sujeto diferente pero articulado con un Estado que lo debía proteger.

El artículo 8, 2 de la convención señala que: "Dichos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Siempre que sea necesario, deberán establecerse procedimientos para solucionar los conflictos que puedan surgir en la aplicación de este principio". Circunstancia que en su aplicación nos propone un acceso más fluido al Estado en los diferentes niveles de representación política, en el gobierno y en la administración de justicia.

[33] C. BERNAL PULIDO, Los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Poder judicial de la Federación. México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2009, p. 16.

[34] Texto del Convenio OIT 169: http://www.prodiversitas.bioetica.org/doc8.htm (Último acceso 3 de marzo del 2010).

[35] Ratificado por el Perú mediante Decreto Legislativo Nº 26253 del 2 de diciembre de 1993.

El reconocimiento al derecho de autonomía nos muestra la existencia de la jurisdicción indígena que resuelve el conflicto con el respeto de la siguiente limitación: "En la medida que ello sea compatible con el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, deberán respetarse los métodos a los que los pueblos interesados recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros." (art.9,1).

Ello demandaba la reformulación de la política estatal planteando la compatibilidad de las maneras de regulación comunales con las de derecho interno a través de la vigencia de los derechos humanos así como la creación de sus mecanismos protectores en la mira que más adelante los comuneros tengan dominio en sus propias decisiones haciéndolos activos y responsables. La Constitución de 1993 ha reconocido (art. 2°, n.19) que toda persona tiene derecho "A su identidad étnica y cultural. El Estado reconoce y protege la pluralidad étnica y cultural de la Nación. Todo peruano tiene derecho a usar su propio idioma ante cualquier autoridad mediante un intérprete. Los extranjeros tienen ese mismo derecho cuando son citados por cualquier autoridad."

De su lectura se desprenden junto a los derechos concebidos para todo nacional, el uso del idioma nativo como vehículo de integración en el territorio nacional y cuyo acervo depende no sólo del gobierno nacional sino de los de carácter regional como Cuzco, Puno y Loreto, en referencia a los idiomas quechua, aymara y de los dialectos de la selva, respectivamente. Lo cual se complementa con el otorgamiento de facultad jurisdiccional a las Comunidades Campesinas y Nativas, la cual gradualmente ha ido buscando compatibilidad y relación con las autoridades oficiales (el Estado). Jurisdicción que implicaba tener conocimiento de los asuntos de faltas, en materia penal y de comparendo en materia civil, recabar las pruebas aportadas por las partes, resolver acorde con el derecho consuetudinario y aplicar las medidas necesarias para la ejecución del fallo. Con ello, la vigencia del pluralismo jurídico buscaba el acercamiento de la autoridad estatal con la sociedad mediante una concertación, que terminaría por ser obligatoria. A ello se agregaría la coordinación con los niveles administrativos acorde con las instancias judiciales, la que fue admitida en la Constitución de Perú de 1993: "Las autoridades de las Comunidades Campesinas y Nativas con el apoyo de las Rondas Campesinas, pueden ejercer las funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial de conformidad con el derecho consuetudinario siempre que no violen los derechos fundamentales de la persona. La ley establece las formas de coordinación de dicha jurisdicción especial con los Juzgados de Paz y con las demás instancias del Poder Judicial." (art. 149)

Tal cuadro nos obliga a contemplar un tema actual relacionado con la facultad tradicional que posee el Estado al administrar, entregar en concesión y explotar por sí o a través de terceros los recursos en beneficio del país y que encuentra en el Convenio 169 una nueva manera de hacerlo al someter a consulta

popular previamente dichas alternativas. Según el espíritu de este tratado los indígenas, nativos o comuneros del territorio que ocupan, deben gozar de una mayor participación en la toma de decisiones que los involucra además en ser los destinatarios de los ingresos económicos que impliquen para la comunidad o región.

En modo particular el art. 6 de la Convención 169 precisa "1. Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán: a) consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente; b) establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente, por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población, y a todos los niveles en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan; c) establecer los medios para el pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas de esos pueblos, y en los casos apropiados proporcionar los recursos necesarios para este fin. 2. Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas[36]".

La propia noción de desarrollo dieciochesca ha cedido paso al aprovechamiento de recursos en forma sostenible por parte del Estado o de particulares. En los últimos años el auge en la explotación de recursos en el Perú creó la necesidad de solicitar un informe de impacto ambiental, para determinar la posibilidad de deterioro del habitat durante la explotación. La organización política implementó el derecho del canon, originalmente adscrito al ámbito minero y que en la actualidad se extiende a petróleo y gas. Práctica que no ha sido bien dirigida, demandado que el gobierno central en el año 2004 limite los egresos por dicho concepto a infraestructura, previa aprobación de proyecto de inversión pública por parte del Ministerio de Economía. Caso contrario el dinero no es entregado a las municipalidades ni gobiernos regionales. El derecho de canon es formulado por el gobierno central para beneficio directo de las comunidades, aunque según Rosemary Thorpe[37] sea empleado para comprar la paz. Encontrándose en la actualidad la paradoja que pese a la pobreza existente en el Perú, municipios respectivos no lo hayan gastado, probablemente por el celo del gobierno nacional en su uso. Pese a la suscripción de este Convenio, han pasado

[36] Texto del Convenio OIT 169. http://www.prodiversitas.bioetica.org/doc8.htm Último acceso 3 de marzo del 2010.

[37] R. THORPE, *El canon minero no sirve para atender problemas estructurales*, en: *El Comercio* (Lima). Sábado 20 de marzo del 2010. Sección B, página 8.

17 años en que el Estado peruano no lo ha implementado dentro del ordenamiento nacional, dando lugar al incremento de conflictos sociales en la región, debido a la débil tutela estatal para verificar que la explotación de recursos sea la adecuada. El derecho a la consulta no resulta sencillo no sólo por la falta del diseño estatal para su ejecución de manera planificada sino porque se requiere de la presencia de comunidades ilustradas en el tema a debatir, que alejen a los agitadores e infiltrados que azuzan a la gente para obtener beneficio propio. La riqueza sobre todo en el Amazonas a vista de las comunidades también requiere de protección sino estatal o comunal, más adelante con el fin evitar que investigadores u organizaciones no gubernamentales (ONG) que trabajan en las zonas de la selva como en las rurales del país registren la tecnología, el conocimiento y hasta las especies rurales como suyas para gozar del derecho de patente.

Un caso reciente ilustra el desencuentro entre la noción de Estado conservada con parámetros del esquema del siglo XIX y donde las instituciones sociales ponen en tela de juicio el papel de estatal como garante de la paz social donde se dirimen los conflictos de interés. La entrada en vigor del Tratado de Libre Comercio (TLC) del Perú con los Estados Unidos de Norteamérica, motivó que el gobierno solicitase al Congreso facultades delegadas para expedir una serie de normas mediante Decretos Legislativos acorde con dicho tratado, lo cual fue concedido por el Congreso mediante la Ley 29157 del 19 de diciembre del 2007. De un conjunto de casi 100 normas expedidas, merece nuestra atención los Decretos Legislativos 1015 y 1073, del 19 de mayo del año 2008, afectando la regulación de los recursos naturales como "tierras", "agua" y derechos sobre recursos mineros en zonas declaradas a favor de comunidades nativas. Dos meses después surgieron los cuestionamientos al no estar acorde con las facultades solicitadas, debatiéndose la legalidad y legitimidad de los mismos por parte de las comunidades de la selva. La llegada de Yehude Simons Munaro[38] como nuevo Presidente del Consejo de Ministros propició un aparente clima de cordialidad para la derogatoria de dichos decretos legislativos, lo que finalmente no prosperó y que culminó con los lamentables hechos en la localidad de Bagua en la Amazonía, (6 de junio de 2009) y la posterior crisis ministerial. Esta ambivalencia en el plano teórico y legal demuestra el entorpecimiento del Estado y sobre todo del gobierno en mantener un clima ciudadano en la aplicación del derecho a la consulta que contribuya a la desaparición de las brechas existentes entre los diferentes grupos de la sociedad. La violencia y el resentimiento de las colectividades afectadas en Bagua, la presión de la Defensoría del Pueblo así como de los medios de comunicación nacionales y extranjeros motivaron la derogación de los decretos legislativos antes mencionados, restituyendo la

[38] *"SIMONS dice que matará leyes que afecten a los nativos"* El Comercio (Lima), miércoles 27 de mayo de 2009. Sección A, pag. 1.

Ley Nº 26505 del 17 de julio de 1995. Esta experiencia muestra la necesidad de recuperar el liderazgo político ante la sociedad y la Organización Internacional del Trabajo, cuya oficina en Lima ha iniciado una campaña denominada Pro 169 con el fin de promover la aplicación del Convenio 169 en 14 países de Latinoamérica y contrarrestar su incumplimiento por parte de países signatarios como Argentina, Brasil, Colombia, Guatemala, Paraguay y Perú en el 2009[39].

Según Jürgen Schuldt, mientras los efectos de Bagua aún persisten, el gobierno no ha cesado en proseguir con su política de concesiones: "…al 31 de diciembre del año pasado, ha logrado conseguir concesiones hidrocarburíferas que abarcan nada menos que 322.000 kilómetros cuadrados de la Amazonía peruana, que equivalen al 41,2% del área total, cuando en 2003 apenas cubrían el 7,1%. Se trata de 52 concesiones de gas y petróleo activas, siete de las cuales están en fase de explotación y el resto en la de exploración.[40]"

Hecho que demuestra la necesidad de un plan estructural diseñado por el Estado y sometido a la consulta del poblador ilustrado, a quien le asiste no sólo el interés mediático de los ingresos captados por la explotación sino en la preservación de su medio ambiente para las generaciones venideras.

VI. Conclusiones

La existencia de grupos distintos en la sociedad ha sido y sigue siendo un tema relevante en el reconocimiento y protección de los derechos humanos. En este breve ensayo hemos recorrido las variaciones que acontecieron en el sistema jurídico peruano, observando una constante entre la postura tuitiva y otra de carácter liberal frente al aprovechamiento de las libertades. La presencia de diferentes colectividades o comunidades ha mostrado la heterogeneidad desde el punto de vista cultural, social, económico y jurídico. Si bien hemos puesto el énfasis en este último, no es posible obtener un estudio integral del sistema legal sin considerar que sus elementos formativos provengan de los otros ámbitos sociales. La constitucionalidad del Derecho implementada desde 1979 en el Perú exige un análisis de cómo las normas decantaron en otros tiempos la aplicación y ejecución de facultades del régimen bajo la lógica de la presunción de la buena fe en los actos de la administración estatal. En la actualidad la comple-

[39] OIT promoverá el Convenio 169 en Latinoamérica. http://noticias.aol.com/articulos/_a/oit-promovera-convenio-169-en/n20100219174409990008 (Último acceso 3 de marzo de 2010).

[40] J. SCHULDT: El Perro del Abuelo. Martes 09 de marzo de 2010. En: Memorias de Gregorio Samsa. http://www.jurgenschuldt.com/ (último acceso 3 de marzo de 2010)

mentación requiere de implementar una serie de medidas destinadas a renovar el pacto social que como sociedad nos debemos, las que otorgan legitimidad a dichos actos. En este nuevo discurso, la representación se verá fortalecida con la participación y consulta del ciudadano que logre el Estado, integrándolo al complejo mundo de la marcha estatal desde la sociedad. En ese sentido, la ratificación del Convenio Nº 169 de la OIT a la legislación nacional plantea el reto de hacer compatible la tradición jurídica y gubernativa peruana con el nuevo escenario que reivindica a los pobladores ilustrados y capacitados de las comunidades para asumir su compromiso con la nación.

* * * * *