

**EL DERECHO A LA TIERRA Y LOS
ACUERDOS INTERNACIONALES**

EL CASO DEL PERÚ

Pedro Castillo Castañeda

Octubre 2009

Esta publicación fue posible gracias al apoyo de la International Land Coalition a través del proyecto «Impacto de la Globalización en los Derechos a la Tierra» (OC/ARNet /KP/07/06).

© CEPES, Centro Peruano de Estudios Sociales
Av. Salaverry 818, Jesús María

Lima, junio del 2009

CONTENIDO

PRESENTACIÓN	5
INTRODUCCIÓN	6
I. EL DERECHO A LA TIERRA EN EL MARCO DEL DERECHO INTERNACIONAL	7
Ideas preliminares	7
1. El derecho a la tierra	9
1.1 Los derechos humanos	9
1.2 Marco normativo internacional	16
Sistema Internacional	16
Sistema Interamericano	20
Sistema Regional	22
2. El Derecho a la Tierra y su interdependencia con otros derechos	24
2.1 El derecho a la alimentación	24
2.2 El derecho al agua	29
2.3 Pueblos indígenas	34
3. Orientaciones del Derecho a la Tierra en organismos especializados	49
3.1 Vía Campesina	50
3.2 Organización de las Naciones Unidas para la agricultura y la alimentación - FAO	53
3.3 Banco Mundial	59
3.4 Organización Internacional del Trabajo - OIT	63
II. RECONOCIMIENTO DE LOS DERECHOS HUMANOS EN LA CONSTITUCIÓN PERUANA DE 1993	66
1. Tratados sobre derechos humanos	66
2. Recursos naturales, propiedad, alimentación, agua, pueblos indígenas y tierra	71

III. POLÍTICAS AGRARIAS Y TIERRAS (1990-2008)	80
1. Políticas públicas y derechos humanos	80
2. Políticas agrarias y de tierras	83
3. Normativa Sobre La Tierra y Derecho De Propiedad	
4. Normativa de tierras y derecho de propiedad	89
4.1 Un poco de historia	90
4.2 Tierra	93
4.3 Comunidades	100
IV. CONCLUSIONES	116
BIBLIOGRAFÍA	
ANEXO	

PRESENTACIÓN

La garantía de un respeto cabal de los derechos humanos reside en que ellos se plasmen en normas de carácter obligatorio y en que su incumplimiento sea sancionado por instituciones creadas para tal propósito. La realidad, sin embargo, es más compleja e indica que, no obstante la obvia importancia de tales derechos, no bastan las leyes ni las instituciones para asegurar su cumplimiento. Son también importantes en este sentido la voluntad política de los estados, el conocimiento por los sectores más frágiles de la sociedad civil de las diferentes normas que garantizan sus derechos y su capacidad para exigir que así sea. Estas tres condiciones son particularmente relevantes en sociedades como las latinoamericanas, que tienen marcadas brechas determinadas por la desigual distribución del poder y la riqueza.

Un mecanismo que contribuye a fortalecer la vigencia de los derechos consiste en poner en evidencia cuándo y en qué circunstancias son violados, y sirve a tal propósito la vigilancia ejercida por la propia sociedad organizada. En los últimos tiempos, se ha convertido en un valioso instrumento para denunciar y rechazar su violación y, por esa vía, evitar que se sigan cometiendo abusos contra los sectores sociales más débiles.

La vigilancia de los derechos de los campesinos sobre sus recursos es una iniciativa surgida en el ámbito de la International Land Coalition (ILC), coalición mundial de organizaciones no gubernamentales, organizaciones de base y organizaciones intergubernamentales, pues corresponde directamente con su misión. CEPES, identificado desde su creación en 1976 con los campesinos y los pequeños agricultores en general, y asociado desde su fundación, en 1995, a la ILC, contribuye al ejercicio de esta vigilancia de diferentes maneras.

Con esta publicación, CEPES quiere poner en manos de las personas y las instituciones interesadas el conjunto de instrumentos internacionales —de hecho, poco difundidos— que dan fundamento al derecho a la tierra y a los cuales el Estado peruano – en su mayoría - se ha adherido y que protegen, de una manera u otra, los derechos de pequeños agricultores, campesinos y comunidades que tienen sobre sus recursos.

INTRODUCCIÓN

En estos últimos años, CEPES ha compartido con diversas instituciones la atención a los procesos que se vienen desencadenando a partir del paulatino cambio de la legislación agraria, especialmente aquella referida a la propiedad de la tierra de comunidades. Esta publicación forma parte de un proceso de sistematización de instrumentos jurídicos de carácter internacional respecto del derecho a la tierra y su relación derechos humano.

Asimismo se realiza un estudio del marco legal de políticas agrarias y el derecho a la tierra en el Perú. Ello supuso realizar una revisión analítica sobre un conjunto muy amplio de normas, correspondiente a diferentes campos del derecho (legislación agraria, ambiental, forestal, minera, internacional y sobre derechos humanos). Ese complejo conjunto de normas fue emitido en diferentes momentos, por lo que las normas legales nacionales muestran la influencia de diversos factores tales como gobiernos, ideologías, enfoques y por último, alguna legislación fue producida en el marco de dos constituciones políticas.

Más aún, el Poder Ejecutivo, en el marco las facultades delegadas para legislar en materias relacionadas con la implementación del Acuerdo de Promoción Comercial Perú-Estados Unidos (ley 29157), ha publicado cerca de 100 decretos legislativos, 26 de los cuales tienen una relación directa con el desarrollo agrario del país. Estas nuevas normas derogan y modifican las anteriores, vigentes hasta hace muy poco, y la mayor parte de ellas requieren, además, ser reglamentadas.

Este informe se ha organizado en cuatro capítulos. El primero trata del derecho a la propiedad de la tierra en el marco del derecho internacional referente a los derechos humanos. El segundo analiza el reconocimiento de estos derechos en la Constitución Política del Perú, en particular la de 1993, hoy vigente, y el tercero revisa las políticas agrarias y de tierras aplicadas entre los años 1990 y 2008. Las conclusiones constituyen el cuarto capítulo. Se incluye un anexo que contiene un cuadro resumen con los instrumentos internacionales que tienen relación con el derecho a la tierra que favorecen a su reconocimiento como un derecho humano.

I. DERECHO A LA TIERRA EN EL MARCO DEL DERECHO INTERNACIONAL

En este capítulo se revisa brevemente algunas cuestiones preliminares sobre los cambios respecto al acceso y la seguridad del derecho de propiedad sobre la tierra en América Latina.

En una segunda fase se trata sobre el derecho a la tierra, su fundamentación como derecho humano y su relación con otros derechos, con base en los instrumentos internacionales que versan sobre ellos. En particular, se revisarán los derechos a la alimentación, el agua, y la relación que tienen con los derechos de poblaciones de indígenas.

En un tercer momento se pasa revista las orientaciones respecto del derecho a la tierra en algunos organismos internacionales especializados, como la Organización de las Naciones Unidas para la agricultura y la alimentación - FAO, la Organización Internacional del Trabajo – OIT, el Banco Mundial y la Vía Campesina.

Ideas preliminares

Varias décadas después de los diferentes procesos de reforma agraria que vivió esta parte del continente, la distribución de la tierra sigue siendo una tarea pendiente. Se pensó en su momento que estos procesos serían instrumentos de transformación de la estructura agraria destinados principalmente a sustituir regímenes de latifundio y minifundio por sistemas más justos de propiedad, tenencia y explotación de la tierra. Sin embargo, varios años después, las formas de acceso a la tierra no han cambiado y más bien la tendencia actual en la región apunta al retorno de un sistema en el cual la tierra se concentra en pocas manos.

Después de todos estos años, la realidad rural de los países andinos casi no ha variado, se ha mantenido la presencia generalizada de la pobreza rural y los problemas vinculados a la defensa del derecho de propiedad sobre la tierra contribuyen de manera decisiva a esta situación. Problemas como los relacionados con la cantidad, calidad, la

disponibilidad y el uso del recurso tierra, así como los vinculados a la producción y la productividad, la rentabilidad y la posibilidad de servir como garantía para créditos,¹ siguen latentes en nuestras sociedades.

Los diversos cambios ocurridos en la región en los últimos años han instaurado nuevas “formas y reglas de juego” respecto del derecho de propiedad sobre la tierra, las cuales fueron ideadas con el fin de permitir un mayor desarrollo del mercado de esta.

En ese contexto, el aprovechamiento de la tierra ha pasado a tener una importancia muy grande en el mundo rural. La pobreza, entendida como la carencia de condiciones básicas para lograr el desarrollo, se ve confrontada con una situación en la que se pretende limitar aun más el aprovechamiento de este recurso en manos de los pobladores rurales, para ser cedido o adjudicado por el Estado en favor de grandes inversionistas privados mayormente interesados en actividades agrícolas, forestales, de extracción minera y de hidrocarburos.

El principal problema se presenta en la indefinición del derecho de propiedad, explotación, tenencia y acceso de los pobres del campo al recurso tierra, lo que genera inseguridad en sus posibilidades de defenderlo. Además, el incompleto y muchas veces incoherente marco jurídico relativo a la propiedad, producto de sucesivas modificaciones, se presenta como un problema más a resolver.

El derecho a la tierra por lo general está garantizado por las constituciones políticas de cada país. No obstante, normas de menor jerarquía (que forman el aparato jurídico relativo a la regulación de las tierras) vulneran este derecho, poniendo en entredicho la propiedad de campesinos, pobladores rurales e indígenas.

En ese sentido, y en la búsqueda de protección al derecho a la tierra, se recurre a los tratados y los convenios internacionales que delinear este derecho desde la perspectiva del respeto a los derechos humanos, con el fin de suministrar una base sólida que

¹ Del Castillo, Laureano: “Derechos de propiedad y manejo de recursos”. En: *Desafíos del desarrollo rural en el Perú*. Lima: CIES, 2000.

permita la formulación de una real defensa de este derecho de las poblaciones menos favorecidas que dependen de este recurso para su supervivencia y bienestar.²

1. Derecho a la tierra

En esta sección se analiza el marco conceptual del derecho a la tierra, desde la perspectiva del derecho internacional, lo que obliga a revisar el desarrollo de los derechos humanos a través de los instrumentos internacionales aprobados desde la Declaración Universal de los Derechos Humanos en el año 1948 hasta la fecha.

Así, se analizará, siempre en el contexto del derecho internacional, el derecho a la tierra tomando en cuenta el desarrollo de los derechos civiles y políticos y de los derechos económicos, sociales y culturales, así como las observaciones generales emitidas por los distintos comités de trabajo de Naciones Unidas y los diversos instrumentos internacionales que versan sobre el derecho a la tierra.

1.1 Los derechos humanos

Definidos como aquellos derechos que corresponden *universalmente* a todos los seres humanos en cuanto dotados del *status* de personas. Tienen en este carácter *universal* (facultad jurídica común a todos los hombres sin exclusión) el rasgo básico que marcó su origen, dado que sólo a partir del momento en el que pueden postularse derechos a todas las personas por igual es posible hablar de derechos humanos.³

Estos derechos no se sujetan al reconocimiento por un Estado ni son concesiones suyas, tampoco dependen de la nacionalidad de la persona ni de la cultura a la cual pertenezca. Son derechos *universales* que corresponden a todo habitante de la tierra.⁴

² Marques Osorio, Leticia. “El derecho humano a la vivienda adecuada en América Latina: de la teoría a la práctica” En: *Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales en América Latina, del invento a la herramienta*. (Alicia Ely Yamin – Coordinadora). IDRC, APRODHE, 2006. Pp. 235-254.

³ Pérez Luño, Antonio. *La universalidad de los derechos humanos*. 2002.

⁴ Nikken, Pedro. “El concepto de derechos humanos”. En: *Estudios Básicos de Derechos Humanos 1*, IIDH, San José, 1994.

Los derechos humanos fueron instaurados el 10 de diciembre de 1948, fecha en la cual la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó y proclamó la Declaración Universal de Derechos Humanos, a los pocos años de concluida la Segunda Guerra Mundial, lo que en definitiva fue el acontecimiento que desencadenó la internacionalización de estos, como reacción ante los horrores ocurridos en ese conflicto. Sin embargo, meses antes, en el contexto americano y durante la IX Conferencia Internacional Americana, en Bogotá, Colombia, se creó la Organización de Estados Americanos (OEA), que aprobó la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre que, al igual que la Declaración de las Naciones Unidas, es un cuerpo normativo importante en materia de derechos humanos.

Como afirma Bobbio,⁵ sólo “después de la Declaración (Universal de Derechos Humanos) podemos tener la certidumbre histórica de que la humanidad, toda la humanidad, comparte algunos valores comunes y podemos creer finalmente en la universalidad de los valores como el único sentido en que tal creencia es históricamente legítima, es decir, en el sentido que universal significa objetivamente acogido por el universo de los hombres”.

Nace así un nuevo sistema jurídico de “leyes internacionales de derechos humanos”, protector de los seres humanos, que puede ser definido como aquella legislación relativa a la protección de los individuos y los grupos contra las violaciones gubernamentales de sus derechos garantizados internacionalmente, y también al fomento de estos derechos.⁶

No obstante, la Declaración Universal, punto de partida de este nuevo sistema jurídico internacional, ni por asomo puede ser tomada o entendida como una enunciación cerrada de derechos; es sólo el comienzo de un largo proceso de reconocimiento de ellos, que gozarán de protección en un grado más alto que el Estado, que es el grado de la comunidad internacional.⁷

Efectivamente, la Declaración Universal de 1948 representa la confirmación que los derechos humanos son universales y positivos; universales en el sentido de que ya no

⁵ Bobbio, Norberto. Presente y Porvenir de los derechos humanos. En: *Anuario de derechos humanos*, N° 1. Madrid, revista de la Universidad Complutense. Instituto de Derechos Humanos, P. 7-28.

⁶ Buergenthal, Thomas. *Derechos Humanos Internacionales*. México: Gernika, pp 31-46, 1996.

⁷ Bobbio Op cit.

sólo son destinatarios de los principios allí contenidos las personas de tal o cual Estado sino por toda la comunidad internacional en su conjunto; positivos en el sentido de que ponen en marcha un proceso en cuya culminación los derechos humanos no sólo serían proclamados o idealmente reconocidos sino efectivamente protegidos incluso contra el propio Estado que los viola.⁸

Los diferentes componentes de la Declaración Universal de 1948 se dividieron en dos tratados internacionales, uno relativo a los derechos civiles y políticos y otro relativo a los derechos económicos, sociales y culturales.

El primero de ellos tutela la libertad, la seguridad y la integridad física y moral de la persona entre otros derechos. Su puesta en práctica depende sobre todo de la existencia de un orden jurídico que los reconozca y garantice. Se trata de derechos que en esencia tienen una dimensión individualista y se ejercen frente – y aún contra – el propio Estado.⁹

Los derechos económicos, sociales y culturales, versan sobre condiciones de vida y acceso a bienes materiales en términos adecuados a la dignidad de la persona y familia humana (en ese sentido el derecho a la tierra guarda relación directa con estos derechos). Su exigibilidad está condicionada a la existencia de recursos apropiados para su satisfacción, de modo que las obligaciones que asumen los Estados respecto de ellos es de medios o de comportamiento.¹⁰ En ese sentido la puesta en práctica de estos derechos no pasa por la esfera judicial de cada Estado sino más bien por la observación de los procesos de implementación y cumplimiento de políticas que tengan como objetivo garantizarlos.

Ambos cuerpos de derechos requieren necesariamente de una combinación de actos por parte de los Estados para su cabal cumplimiento. En algunos casos, para ello es necesaria la abstención del propio Estado para su cumplimiento (sobre todo en el caso de los derechos civiles y políticos) y en otros se requieren acciones positivas para su realización (este es el caso de los derechos económicos, sociales y culturales).

⁸ Bobbio Op cit.

⁹ Nikken, Pedro op cit.

¹⁰ Nikken, Pedro op cit

De allí la principal diferencia en la naturaleza de estos derechos. Mientras que los derechos civiles y políticos son inmediatamente exigibles y frente a ellos los Estados están obligados a un resultado: un orden jurídico-político que los respete y garantice; en el caso de los derechos económicos y sociales la exigencia está en función de los recursos que el Estado disponga para su satisfacción, puesto que las obligaciones contraídas son de medios o de comportamiento, de tal manera que, para establecer que un Estado ha trasgredido estos derechos no es suficiente probar la no satisfacción de estos, sino que su comportamiento en orden a alcanzar la realización de ellos no se ha adecuado a los estándares técnicos o políticos apropiados.¹¹ En ese sentido cabría preguntarse si la implementación de políticas públicas que están orientadas hacia el no cumplimiento o no respeto de derechos plenamente consagrados en estos cuerpos normativos u otro cualquiera que sea reconocido como derecho humano configuraría como vulneración de estos o no.

Se revela así que el grado de exigencia para el caso de los derechos económicos y sociales pasaría por el ámbito político, es decir, una exigencia de formulación de políticas públicas (a cada Estado Parte) encaminadas al cumplimiento de estos derechos.

Por esta razón, el nivel de garantía de estos derechos queda entonces en la formulación de planes, procedimientos, reglas, formas, medidas, directrices o normas legales que desarrollen los propios Estados y que logren progresivamente la plena efectividad de los derechos reconocidos en el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC):

Artículo 2.º: Cada uno de los Estados Partes en el presente pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos.

¹¹ Nikken, Pedro op cit

Hay que señalar que la referencia al “logro progresivo” del PIDESC viene acompañada del concepto de “no regresividad”, lo que significa no retroceder en materia de políticas públicas respecto de lo ya alcanzado.¹² Es decir, conforme a este compromiso internacional, no se aceptan los retrocesos en el proceso de implementación del Pacto.

Mencionábamos líneas arriba que el contenido de derechos de la Declaración Universal de 1948 no debía ser considerada como enunciación cerrada de derechos. En ese sentido, debido simplemente a que el mundo y la humanidad va cambiando y sus necesidades son otras, van apareciendo “nuevas generaciones” de derechos humanos y como tales deben de gozar de protección.

Así, en un principio a los derechos civiles y políticos se les llamó derechos humanos de primera generación; luego a los económicos, sociales y culturales, de segunda generación; y de tercera generación, o de avanzada, a los relativos al ambiente, el avance de la ciencia y la tecnología, los problemas alimentarios, demográficos, educacionales y ecológicos, de patrimonio cultural de la humanidad y el desarrollo a una vida digna, entre muchos más.

En efecto, se puede observar que la enumeración de derechos humanos hacia futuro puede ir en aumento, sin que ello represente un problema, dado que siempre se entiende que estos son favorables a las personas. El problema no parte por la “cantidad” de estos nuevos derechos sino de las medidas que aseguren su no violación o su implementación en busca de su satisfacción.

En ese orden de ideas, en el ámbito internacional desde hace un tiempo se va tomando conciencia de la necesidad de proteger los derechos de propiedad y promoción del acceso a la tierra. En efecto, este nuevo derecho ha cobrado una importancia inusitada en el mundo, tanto así que existe un consenso sobre las consecuencias de que una mala distribución e inseguridad de su tenencia, es decir una incorrecta administración, pueden ocasionar serias trabas para el desarrollo rural de cada nación. El negar un acceso más equitativo a la tierra y a los beneficios de una tenencia segura puede contribuir de

¹² Al respecto, se puede revisar el trabajo de Mantilla, Alejandro: “Consideraciones sobre la exigibilidad política del derecho a la tierra: ¿Hacia la superación de la reforma agraria? En: *Por el derecho a la tierra*. Bogotá: Plataforma Colombiana: Derechos Humanos, Democracia y Desarrollo, abril del 2002.

manera decisiva a la pobreza extrema, la dependencia, la inestabilidad social, incluidos los conflictos y disturbios, la migración rural, el abandono de las tierras y muchas consecuencias negativas.¹³

Una de las primeras dificultades a esta necesidad de proteger los derechos a la tierra la encontramos en la división que existe actualmente en los derechos humanos. Los derechos civiles y políticos se refieren a los individuos y los derechos económicos y sociales tienen un carácter colectivo pero es necesario que el Estado actúe para su satisfacción.

Sin embargo la tierra es diferente de cualquier otra cosa que pueda ser reclamada o exigida como derecho humano. Entendemos por ella al recurso natural necesario para la fertilización, sustento y desarrollo biológicos de las especies vegetales que sirven de alimento a especies animales (incluidos los seres humanos) y que está conformado por determinada capa de la biósfera integrada por determinado suelo, subsuelo y sobresuelo que conforman un bien productivo que al ser identificado y habilitado para la realización de actividades agrarias constituye un predio rústico susceptible de ser objeto de derecho de propiedad distinto de los predios urbanos que sirven de base física o sustento material de otras actividades humanas.¹⁴

Distinguimos entonces que es un bien necesariamente limitado y por sus características está relacionado con la sobrevivencia humana de un determinado grupo de personas, en la idea que son los pobladores rurales los que más la necesitan para continuar con sus forma de vida. Otro tipo de derechos pueden ser reclamados o exigidos con mayor facilidad. Así por ejemplo, ante la falta de libertad de un individuo se reclama por la pronta liberación, si un Estado no aplica una correcta política de salud, educación o vivienda es fácilmente identificable las formas de abordar y solucionar el tema. Sin embargo cómo hacer frente a la indefensión del derecho a un bien que es limitado, que siempre estará en el mismo lugar y en la misma cantidad. La tierra por definición no se reproduce, no aumenta; se incrementa la cantidad de personas que ven la necesidad de poseerla pero la tierra sigue siendo la misma.

¹³ FAO. 2003. "Tenencia de la tierra y desarrollo rural". Estudios sobre la tenencia de la tierra N° 3.

¹⁴ Figallo Adrianzen, Guillermo. *El nuevo régimen de propiedad de las tierras*. En: Temas de Derecho N° 2. pag 79 – 86. abril 1996.

Adicionalmente, vemos que este derecho tiene dimensiones diferentes respecto a lo que entendemos clásicamente como derechos de propiedad. En ese sentido, el derecho de propiedad de la tierra tiene una configuración diferente de lo tradicionalmente aceptado como derecho de propiedad (que faculta a usar, disfrutar, reivindicar y disponer de un bien); pero que sin embargo tampoco lo aparta o lo excluye de la clásica definición, sino que tiene implicancias que van más allá de ello (la tierra es un bien productivo que sirve como base para la alimentación tanto de animales como de los seres humanos). Esta dimensión disímil se problematiza aún más si pensamos en los derechos que tienen las comunidades de indígenas sobre este recurso, dado que el nivel de conexión que tienen sobre él va mucho más allá que el de simple pertenencia.

No obstante las dificultades, se puede observar algunos mecanismos a nivel internacional que pueden usar las personas para reivindicar su derecho a la tierra. Actualmente existen dispositivos internacionales favorables a las comunidades de indígenas respecto a estos derechos, pero son insuficientes si pensamos que existen más personas que necesitan tener derechos seguros sobre sus tierras.

El problema sigue siendo cómo proteger estos derechos, el cómo garantizarlos para que las personas que dependen del acceso y seguridad sobre la tierra puedan satisfacer todas sus necesidades sin vivir en un estado de zozobra permanente, sin temor a que sus tierras sean dispuestas para otros fines o actividades y sin un mecanismo que les garantice un mínimo de respeto a sus derechos.

Al respecto Bobbio¹⁵ es enfático: “el problema grave de nuestro tiempo respecto a los derechos humanos no es el de su fundamento, sino el de protegerlos...el problema que se nos presenta, en efecto, no es filosófico, sino jurídico y, en sentido más amplio político. No se trata tanto de saber cuáles y cuántos son estos derechos, cuál es su naturaleza cuál es su fundamento...sino cual es el modo más seguro para garantizarlos, para impedir que, a pesar de las declaraciones solemnes, sean continuamente violados”.

1.2 Marco normativo internacional

¹⁵ Bobbio Op cit

En este punto de la investigación se ubicará el derecho a la tierra dentro de los instrumentos jurídicos internacionales que versan sobre los derechos humanos, y su relación con otros derechos.

La primera constatación que puede hacerse en este campo es concluyente: no existe ningún instrumento jurídico internacional o tratado que se ocupe específica o expresamente sobre la condición jurídica del derecho a la tierra como derecho humano, lo cual podría perjudicar la posterior implementación en la normativa interna de cada país. Sin embargo, sí ha sido desarrollado e introduce dicho concepto para el caso de las comunidades de indígenas y poblaciones tribales.

No obstante lo anterior, de manera general se puede demostrar que su contenido básico se ajusta a las categorías de los derechos humanos, sobre todo porque, como se verá más adelante, el derecho a la tierra tiene relación directa e imprescindible con otros derechos que sí han merecido un enunciado positivo en la legislación internacional, como se tratará de mostrar.

Sistema Internacional

La Carta de las Naciones Unidas¹⁶ estableció, en su artículo 55, que la ONU promoverá los niveles de vida más elevados, trabajo permanente para todos, y condiciones de progreso y desarrollo económico y social; además del respeto universal a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión, y la efectividad de tales derechos y libertades. Continúa el artículo 56 de este mismo cuerpo normativo afirmando que todos los miembros de la organización se comprometen a tomar medidas conjunta o separadamente, en cooperación con esta organización, para la realización de los propósitos consignados en el artículo 55 ya señalado.

En términos generales, esta Carta resalta de manera suficiente el propósito final de los derechos humanos: la afirmación de la existencia de derechos fundamentales del

¹⁶ Se firmó el 26 de junio de 1945, en la Ciudad de San Francisco (Estados Unidos de América), y entró en vigencia el 24 de octubre del mismo año.

hombre y la necesidad de lograr un nivel de vida adecuado para su desarrollo. En ese sentido, cualquier desarrollo normativo posterior, como un eventual reconocimiento del derecho a la tierra como derecho humano, que implique una mejora en la vida de las personas, está suficientemente fundamentado en este tratado.

De manera similar, la Declaración Universal de los Derechos Humanos establece en su artículo 2, inciso 1:

Toda persona tiene los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición.

Más adelante, en esta misma declaración, el derecho a la propiedad merece un reconocimiento expreso, lo que se explica por la tradición de varios siglos en el derecho occidental de defensa del respeto de este derecho. Por ello, éste aparece contemplado en el artículo 17:

1. Toda persona tiene derecho a la propiedad, individual y colectivamente.
2. Nadie será privado arbitrariamente de su propiedad.

No obstante su importancia y al reconocimiento de la propiedad, este derecho no fue tomado en cuenta ni desarrollado en el PIDESC ni en el PIDCP.

Si el derecho a la propiedad no mereció atención alguna en ambos cuerpos normativos, no es difícil suponer que el derecho a la tierra tampoco aparezca mencionado como uno de los derechos humanos.¹⁷ Sin embargo, si se analizan las disposiciones internacionales sobre derechos humanos es posible comprobar que sí puede ser merecedor de tal categoría.

¹⁷ Monsalve afirma que vale la pena diferenciar dos aspectos distintos de los derechos a la tierra. Por un lado, asegura, están los derechos *de* la propiedad, que se refieren a los derechos que protegen los intereses de quienes son propietarios, terratenientes en la mayoría de casos; y, por otro lado, los denominados derechos *a* la propiedad, es decir, a tener tierras quienes no la tienen, o no la suficiente, o no son reconocidos ni reconocidas como dueños y dueñas de sus tierras (p. 42). Véase Monsalve, Sofía: “Derecho a la tierra y derechos humanos”. En: *El otro Derecho* nn.º 31-32 (Derecho a la Tierra: Conceptos, experiencia y desafíos). Bogotá: ILSA, 2005, pp. 41-57.

Lo primero que habría que señalar es que el mismo PIDCP admite, en su artículo 5, inciso 2, la posibilidad de no restringir derechos por el hecho de no estar reconocidos o estar reconocidos en menor grado en el pacto:

2. No podrá admitirse restricción o menoscabo de ninguno de los derechos humanos fundamentales reconocidos o vigentes en un Estado Parte en virtud de leyes, convenciones, reglamentos o costumbres, so pretexto de que el presente Pacto no los reconoce o los reconoce en menor grado.

Además, este mismo cuerpo normativo (PIDCP) ha servido para justificar acciones que reivindican el derecho a la propiedad de tierras comunales,¹⁸ y su jurisprudencia, a su vez, ha servido para que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, basándose en el artículo 27 de este tratado, falle a favor del derecho a la tierra y su relación con miembros de las comunidades indígenas. En efecto, el citado pacto afirma, en su artículo 27, lo siguiente:

En los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que les corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma.

Este artículo 27 podría pasar por inocuo para entender el problema del derecho a la tierra; sin embargo, dio lugar a un desarrollo posterior. En 1994 se publicó la observación general 23, denominada “Derechos de las Minorías”, que en efecto ha servido para sustentar luego el derecho de estas y su relación estrecha con el recurso tierra. Por cuestiones metodológicas, este acápite se desarrollará más adelante.

El caso del PIDESC es bastante particular. Si, como se afirmó, el derecho a la tierra tiene que estar configurado en algún lugar, tendría que ser necesariamente en este cuerpo normativo. Esto es así porque en este cuerpo normativo está configurado

¹⁸ Comunicación 760/1997. En: Selección de Decisiones del Comité de Derechos Humanos adoptadas con arreglo al Protocolo Facultativo-Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, volumen 7. Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos.

justamente el derecho a la alimentación, que, como se verá más adelante, tiene una relación bastante estrecha con el derecho a la tierra.

El derecho a la alimentación es reconocido expresamente en el artículo 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, tal como se vio anteriormente:

1. Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial *la alimentación* [...] (énfasis nuestro).

A su vez, el PIDESC reconoce este derecho en su artículo 11, inciso 1:

1. Los Estados parte en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia. Los Estados Parte tomarán medidas apropiadas para asegurar la efectividad de este derecho [...].

Más adelante, este artículo fue desarrollado con más detalle y precisión en la observación general n.º 12 del año 1999. Esta observación justamente realiza el papel del derecho a la tierra como un problema por resolver previamente si se quiere llegar a cumplir con el objetivo de lograr una alimentación adecuada para las personas.

Para culminar esta parte hay que mencionar dos cuerpos normativos adicionales que guardan relación directa con la materia estudiada. Primero, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (Niza, 7 de diciembre de 2000), que en su artículo 17, derecho a la propiedad, señala:

Toda persona tiene derecho a disfrutar de la propiedad de sus bienes adquiridos legalmente, a usarlos, a disponer de ellos y a legarlos. Nadie puede ser privado de su propiedad más que por causa de utilidad pública, en los casos y condiciones previstos en la ley y a cambio, en un tiempo razonable, de una justa indemnización por su pérdida. El uso de los bienes podrá regularse por ley en la medida que resulte necesario para el interés general.

En segundo lugar, se reseña el artículo 14 de la Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos (1981):

Estará garantizado el derecho a la propiedad. Éste solamente podrá ser usurpado en el interés público o general de la comunidad y de conformidad con las disposiciones de las leyes adecuadas.

En suma, se puede afirmar que si bien el derecho a la tierra¹⁹ no aparece mencionado ni desarrollado en ninguno de los instrumentos jurídicos internacionales revisados, esto no es obstáculo para que, por medio de una interpretación sistemática, se le pueda admitir como un derecho humano y, como tal, ser merecedor de protección de la legislación internacional.

Sistema Interamericano

Se debe indicar que en este sistema legal existe un mayor avance respecto del reconocimiento al derecho de propiedad sobre la tierra, tal vez no en los instrumentos legales que componen el sistema pero sí en las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sin embargo, el reconocimiento expreso al derecho a la propiedad privada sí se encuentre en él, y, lo más importante, tiene carácter vinculante entre los Estados Parte.

Así, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, DADH, de 1948, reconoce que tiene como fin principal la protección de los derechos esenciales del hombre y la creación de circunstancias que le permitan progresar espiritual y materialmente y alcanzar la felicidad. En su artículo XI reconoce que:

Toda persona tiene derecho a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales, relativas a la alimentación, el vestido, la vivienda y la asistencia médica.

Al igual que en el sistema internacional, el derecho a la alimentación tiene un reconocimiento expreso como derecho humano.

¹⁹ Nótese que los tratados internacionales vistos hasta este momento señalan en su articulado que se respeta el derecho *a* la propiedad y no el derecho *de* propiedad.

Luego, de una manera por demás significativa y que no deja dudas respecto al avance en el reconocimiento del derecho a la propiedad por parte de los Estados Americanos, la DADH afirma, en su artículo XXIII:

Toda persona tiene derecho a la propiedad privada correspondiente a las necesidades esenciales de una vida decorosa, que contribuya a mantener la dignidad de la persona y del hogar.

No obstante, el acuerdo internacional que ha ido más allá que ningún otro respecto de la defensa y reconocimiento del derecho a la propiedad es la Convención Americana sobre Derechos Humanos, suscrita en San José de Costa Rica en el año 1969. En ella se establece, en su artículo 21, el Derecho a la Propiedad Privada:²⁰

1. Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social.
2. Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley.

En efecto, este artículo de la Convención Americana ha servido para que la Corte Interamericana de Derechos Humanos defina los alcances de éste respecto del derecho a la tierra que tienen las comunidades indígenas. Señala que la Convención protege el derecho a la propiedad en un sentido que comprende, entre otros, los derechos de los miembros de las comunidades indígenas en el marco de la propiedad comunal.²¹

Sistema Regional

En el ámbito de la región andina se han dado también algunos avances al respecto. Así, durante el Seminario Subregional sobre Democracia y Derechos Humanos, convocado

²⁰ Durante el estudio y la consideración de los trabajos preparatorios de la Convención Americana sobre Derechos Humanos se reemplazó la oración: «Toda persona tiene el derecho a la propiedad privada, pero la ley puede subordinar su uso y goce al interés público» por «Toda persona tiene el derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social». Es decir, se optó por hacer referencia al «uso y goce de los bienes», en lugar de «propiedad privada». Se debe considerar que la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre del año 1948 establece: «Toda persona tiene derecho a la propiedad privada». Se puede tal vez pensar en una suerte de «evolución» de los conceptos jurídicos del sistema interamericano.

²¹ Fundamento 148 del caso de la comunidad Mayagna (Suma) Awas Tigni Vs. Nicaragua. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Se desarrollará con más detalle este acápite en la parte correspondiente a la relación del derecho a la tierra y pueblos indígenas.

por Ecuador y la Comunidad Andina y realizado en Quito en agosto de 2000, los cinco países (Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela) acordaron la elaboración de una Carta Andina sobre Derechos Humanos y encargaron a Ecuador la formulación de tal propuesta.²²

Se buscaba contar con un instrumento respetuoso de la diversidad humana a partir de la promoción y la protección de los derechos humanos desde la perspectiva de un desarrollo político, económico y social de los países de la Región Andina.

Una de las particularidades de este cuerpo normativo es que no repite el catálogo de los derechos humanos reconocido en los sistemas universal e interamericano, sino más bien se orienta a reiterar con firmeza los compromisos de los Estados de la Comunidad Andina con los instrumentos universales e interamericanos.

En resumen, la Carta destaca temas de derechos humanos que por circunstancias históricas y sociales requieren mayor atención; como, por ejemplo, los derechos de los pueblos indígenas, los derechos civiles y políticos, y los derechos económicos, sociales y culturales. Se convierte así en un instrumento de protección de estos derechos dentro del ámbito de la Comunidad Andina. De esta manera, en la Parte IV: Derechos Civiles y Políticos, artículo 19 señala que los Estados:

Reafirman su compromiso de respeto y garantía de los derechos civiles y políticos, en particular el derecho a la vida y la integridad personal, tal como están consagrados en el Pacto de los Derechos Civiles y Políticos y los instrumentos internacionales sobre la materia y las normas constitucionales de los Países Miembros.

Es igualmente importante lo reseñado en el artículo 12 de este instrumento:

[...] acuerdan desarrollar las acciones necesarias para asegurar la protección de los derechos humanos de las minorías y combatir todo acto de discriminación, exclusión o xenofobia en su contra que las afecte.

²² Véase: <<http://www.comunidadandina.org/documentos/docIA/IA3-10-02.htm>>.

En ese sentido, la Carta Andina, luego de concordar los artículos anteriores, acepta sin lugar a dudas la postura ya delineada por el PIDCP respecto de la estrecha relación entre el “derecho de las minorías” y su relación con el recurso tierra.

Igualmente, la Carta Andina, en su Parte V: Derechos Económicos, Sociales y Culturales, recoge en el artículo 24 lo siguiente:

Reafirman el compromiso de cumplir y hacer cumplir los derechos y las obligaciones consagrados en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales [...]

Lo que hace la Carta Andina es aceptar todos los derechos reconocidos en el PIDESC y garantizar su plena efectividad en esta parte del continente.

Además, es importante reseñar un artículo de la Carta Andina particularmente relevante y que abonaría a favor de configurar el derecho a la tierra como un derecho humano reconocido en el ámbito internacional. En la parte X: Otros Ámbitos de Protección de los Derechos Humanos, artículo 60, se afirma:

Reconocen que el desarrollo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos conduce a la consideración de otros temas que tienen relación con la promoción y protección de tales derechos; y que los países miembros de la Comunidad Andina deben alentar esta dinámica jurídica en los ámbitos nacionales e internacional y trabajar conjuntamente para impulsar el desarrollo normativo de los derechos humanos.

Esto significa que la Carta Andina deja abierta la posibilidad para que temas, nociones y nuevos derechos que no están reconocidos expresamente como derechos humanos puedan incorporarse a ellos y a la Carta misma. En suma, es permeable a reconocer cualquier derecho adicional que suponga la protección de otros previamente considerados.

En síntesis, es posible observar que, de manera casi análoga, los diferentes cuerpos e instrumentos normativos relacionados con los derechos humanos tienen como finalidad

la protección de los derechos esenciales del hombre, y casi todos son “partidarios” de aceptar “nuevos” derechos que sirvan y coadyuven a que el ser humano sea libre, esté exento de temor y abandone la miseria. En ese sentido, el reconocimiento como derecho humano del derecho a la tierra ayudaría a que poblaciones enteras de nuestros países intenten vivir lejos del temor a perder sus tierras y con ello logren poco a poco el bienestar que tanto merecen.

2. El Derecho a la Tierra y su interdependencia con otros derechos

En esta parte del estudio se verá cómo el derecho a la tierra tiene calidad de condición necesaria para la implementación de otros derechos que sí han merecido reconocimiento expreso en el ámbito internacional. Esta condición de derecho necesario para el cumplimiento de otros aboga a favor de este para ser reconocido como un derecho humano.

2.1 El derecho a la alimentación

Como ya se señaló, el 10 de diciembre de 1948 la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó la Declaración Universal de Derechos Humanos, cuyo artículo 25 reconoce expresamente el derecho a la alimentación como un derecho humano:

Sobre la base del reconocimiento a la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana:

Artículo 25:

1. Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial *la alimentación* [...] (énfasis nuestro).

El artículo transcrito muestra que el derecho a la alimentación fue reconocido desde un principio como uno de los derechos humanos por la Asamblea General de las Naciones Unidas.

El derecho a la alimentación, como tal, forma parte del PIDESC, aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1966 y que entró en vigor a partir de 1976.

El PIDESC convino en su artículo 11 en lo referente al derecho a la alimentación:

1. Los Estados en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, *incluso la alimentación* [...].
2. Los Estados Partes en el presente Pacto, reconociendo el derecho fundamental de toda persona a estar *protegida contra el hambre* [...]” (énfasis nuestros).

El derecho a la alimentación fue desarrollado luego con mayor precisión por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas, en su observación general n.º 12 del año 1999.²³ Esa observación (así se denominan las declaraciones que aclaran o precisan algunos aspectos de este pacto) se ocupa del artículo 11 del PIDESC. El Comité consideró que este es un derecho que está inseparablemente vinculado a la dignidad inherente a la persona humana y es indispensable para el disfrute de otros derechos humanos, además, que tiene una especial relación con el tema del *derecho a la tierra* y a la soberanía alimentaria.²⁴

Se han aprobado también, durante los años siguientes, diversos tratados que reconocen el derecho a la alimentación, en los cuales existe una mención expresa a su relación con el derecho a la tierra, los que por razones de espacio no se desarrollan aquí.²⁵

²³ El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales es un órgano de la Organización de Naciones Unidas compuesto por expertos independientes que supervisa la puesta en práctica del PIDESC por sus estados partes.

²⁴ Uribe Muñoz, Alirio: “La tierra y el derecho humano a la alimentación” En: *Por el derecho a la tierra*. Bogotá: Plataforma Colombiana-Derechos Humanos, Democracia y Desarrollo, abril del 2002.

²⁵ Acuerdos internacionales que versan sobre el derecho a la alimentación: Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948); Declaración de los Derechos del Niño (1959); Soberanía Permanente sobre los Recursos Naturales (1962); Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966); Declaración Universal sobre la Erradicación del Hambre y la Malnutrición (1974); Convención de los Derechos del Niño (1990); Confederación Internacional de Nutrición (1991); Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y Desarrollo (1992): Agenda 21 (1992); Declaración de Roma sobre la Seguridad Alimentaria Mundial (1996): El Derecho a una Alimentación Adecuada (desarrollo del artículo 11.º del PIDESC, 1999); Declaración sobre el derecho y el deber de los individuos, los grupos y las instituciones de promover y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales universalmente reconocidos (1999); Declaración del Milenio (2002); Declaración de la Cumbre Mundial sobre la Alimentación, Cinco años después (2002).

Alimentación adecuada

El derecho a la alimentación adecuada, afirma la observación general n.º 12 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas, se ejerce cuando todo hombre, mujer o niño, ya sea solo o en común con otros, tiene acceso físico y económico, en todo momento, a la alimentación adecuada o a medios para obtenerla.

Este derecho está dirigido al individuo mismo y a toda su familia es decir, no existe limitación en cuanto a su aplicación.

El derecho a la alimentación adecuada no debe interpretarse, afirma la mencionada observación general, en forma estrecha o restrictiva, asimilándolo a un conjunto de calorías, proteínas y otros elementos nutritivos concretos. Por ello, cualquier medida o política pública desde el Estado no solo debe considerar atender este derecho con políticas asistencialistas de repartición de alimentos, sino que debe estar orientada más bien a asegurar y respetar derechos que se relacionen necesariamente con el de alimentación, como el acceso y respeto de la propiedad de las tierras.

El considerando 6 de la observación general n.º 12 señala que el concepto de adecuación es particularmente importante en relación con el derecho a la alimentación, puesto que sirve para poner de relieve una serie de factores que deben tenerse en cuenta al determinar si puede considerarse que ciertas formas de alimentos o regímenes de alimentación a los que se tiene acceso son los más adecuadas en determinadas circunstancias, a los fines de lo dispuesto en el artículo 11 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

El concepto de sostenibilidad está íntimamente vinculado al concepto de alimentación adecuada o de seguridad alimentaria, que entraña la posibilidad de acceso a los alimentos por parte de las generaciones presentes y futuras.

Finaliza el Comité señalando que el significado preciso de “adecuación” viene determinado en buena medida por las condiciones sociales, económicas, culturales,

climáticas, ecológicas y de otro tipo; mientras que el de “sostenibilidad” entraña el concepto de disponibilidad y accesibilidad a largo plazo.

De acuerdo con lo anterior, el contenido básico del derecho a la alimentación comprendería lo siguiente:

- La disponibilidad de alimentos en cantidad y calidad suficientes para satisfacer las necesidades alimentarias de los individuos, sin sustancias nocivas, y aceptables para una cultura determinada.
- La accesibilidad de esos alimentos en formas que sean sostenibles y que no dificulten el goce de otros derechos humanos.

El derecho a la alimentación adecuada, como cualquier otro derecho humano, impone tres tipos o niveles de obligaciones a los Estados Partes: las obligaciones de *respetar*, *proteger* y *realizar*.

La *obligación de respetar* significa que los estados no adopten medidas de ningún tipo que tengan por resultado impedir el acceso a una alimentación adecuada, entendida como un derecho. La obligación de *proteger* requiere que el Estado adopte medidas para que los particulares no priven a las personas o grupos de personas del acceso a este derecho.

La obligación de *realizar* (en un primer aspecto referido a *facilitar*) significa que se debe procurar iniciar actividades con el fin de fortalecer el acceso y la utilización por parte de la población de los recursos y medios que aseguren sus medios de vida, incluida la seguridad alimentaria. Por último, cuando un individuo o un grupo sea incapaz, por razones que escapen a su control, de disfrutar el derecho a una alimentación adecuada por los medios a su alcance, los estados tienen la obligación de *realizar* (esto es, de *hacer efectivo*) ese derecho directamente.

Sobre las obligaciones de los estados respecto del derecho a la alimentación, la Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación (FAO)

sostiene, a manera de ejemplo, que el *respeto* a este derecho significa que un gobierno no confisque tierras o desvíe el agua utilizada para la agricultura en zonas con déficit de alimentos sin una razón válida y una compensación adecuada.

Proteger el derecho significa, por ejemplo, que antes de expedir permisos o concesiones para una actividad industrial, como la explotación maderera, una autoridad pública debe asegurarse de que esas actividades no tendrán como resultado impedir el acceso a los alimentos. Sin embargo, en el país actualmente se viene promoviendo con fuerza la producción de los biocombustibles o agrocombustibles, lo que significaría usar grandes extensiones de tierra y agua para producir este tipo de energía. El Banco Mundial en un reporte último, afirma que el encarecimiento de alimentos, entre otras causas, se debe a que grandes extensiones de tierra están siendo utilizadas para la siembra de biocombustibles, lo que ha hecho que los alimentos suban de precio hasta en un 75%.

Un punto adicional, que creemos es fundamental para el desarrollo del derecho a la alimentación desde la perspectiva del concepto de derecho a la tierra, es el referente al considerando 26 de la observación general n° 12. En él se afirma que la estrategia para desarrollar el derecho a la alimentación debe prestar una atención especial a la necesidad de prevenir la discriminación en el acceso a los alimentos o *a los recursos destinados a alimentos*. Esto debe incluir los siguientes elementos: garantías de un acceso completo y equitativo a los recursos económicos, especialmente para las mujeres, incluido *el derecho a heredar y a poseer tierras* y otros bienes, y mantener *registros sobre los derechos a la tierra* (incluidos los bosques).

Sin embargo, este acápite no ha sido del todo desarrollado, lo que confunde el derecho a la alimentación con la sola ingesta de las calorías necesarias para dejar de lado la desnutrición.

2.2 El derecho al agua

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales supervisa la puesta en práctica del PIDESC por sus Estados Partes. El 27 de noviembre de 2002, aprobó la observación general n.º 15, que interpretó los alcances de los artículos 11 y 12 del

PIDESC. Este documento empieza destacando que: “El agua es un recurso natural limitado y un bien público fundamental para la vida y la salud”.

Este enunciado tiene mucha importancia. Por un lado, afirma que el recurso agua no alcanza para todos, pues es escaso; pero, sobre todo, afirma que tiene un carácter de dominio público (bien público²⁶), es decir, puede ser *usado por todos* y resulta incompatible con el uso exclusivo que un derecho de propiedad privada comportaría. Este es un enunciado trascendente, en especial si se piensa en el concepto de derecho a la tierra, dado que este implica el acceso y control sobre recursos naturales como el agua y la tierra, no como uso exclusivo de pocos sino más bien con un carácter colectivo.

A continuación, transcribimos íntegramente el primer párrafo de la introducción de la observación general n.º 15, para ubicar de manera adecuada el diagnóstico preciso y descarnado del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales este derecho:

El agua es un recurso natural limitado y un bien público fundamental para la vida y la salud. El derecho humano al agua es indispensable para vivir dignamente y es condición previa para la realización de otros derechos humanos. El Comité ha constatado constantemente una denegación muy generalizada del derecho al agua, tanto en los países en desarrollo como en los países desarrollados. Más de 1.000 millones de personas carecen de un suministro suficiente de agua y varios miles de millones no tienen acceso a servicios adecuados de saneamiento, lo cual constituye la principal causa de contaminación del agua y de las enfermedades relacionadas con el agua. La polución incesante, el continuo deterioro de los recursos hídricos y su distribución desigual están agravando la pobreza ya existente. Los Estados Partes deben adoptar medidas eficaces para hacer efectivo el derecho al agua sin discriminación alguna, como se establece en la presente observación general.

El reconocimiento de condición previa para la realización de otros derechos le da a este derecho un carácter de indispensable y, en esa medida, esencial. Dicho con otras palabras, de poco vale preocuparse por la vigencia de otros derechos fundamentales si no se asegura el derecho al agua, pues es la base de la existencia de los humanos en

²⁶ Guillermo Cabanellas, en su conocido *Diccionario enciclopédico de derecho usual* (12.ª edición, 1979), define bien público como: “Los que, en cuanto a la propiedad, pertenecen a un pueblo, provincia o nación; y, en cuanto al uso, a todos los individuos de su territorio”.

tanto seres vivos. Dicho en términos de la propia observación general lo expresa así (párrafo 2):

Un abastecimiento adecuado de agua salubre es necesario para evitar la muerte por deshidratación, para reducir el riesgo de las enfermedades relacionadas con el agua y para satisfacer las necesidades de consumo y cocina y las necesidades de higiene personal y doméstica.

Se señala además en esta parte introductoria de la observación general n.º 15 que la contaminación del agua y su continuo estropicio agravan finalmente la pobreza. Lo que significa la mala gestión del agua y el poco cuidado con que se la trata son generadoras de más diferencias, con lo cual los pobres que no gozan de este derecho ven acrecentadas sus necesidades.

Sobre una declaración expresa al derecho al agua como tal, hay que indicar que, al igual que en el derecho a la tierra, no ha merecido un reconocimiento expreso en ninguno de los dos cuerpos normativos más significativos en materia de derechos humanos, el PIDCP y el PIDESC. Sin embargo, analizando varias disposiciones internacionales sobre derechos humanos, tal se hizo en referencia al derecho a la tierra, se puede constatar que sí es merecedor de tal categoría.

Más aun: en el párrafo 4 de la propia observación general n.º 15 se aborda este tema, concluyendo que la consagración del derecho al agua ha sido objeto de tratamiento no solo por el Comité sino también de otros convenios internacionales de carácter vinculante:

El derecho al agua ha sido reconocido en un gran número de documentos internacionales, tales como tratados, declaraciones y otras normas. Por ejemplo, en el párrafo 2 del artículo 14 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer se dispone que los Estados Partes asegurarán a las mujeres el derecho a “gozar de condiciones de vida adecuadas, particularmente en las esferas de [...] el abastecimiento de agua”. En el párrafo 2 del artículo 24.º de la Convención sobre los Derechos del Niño se exige a los Estados Partes que luchen contra las enfermedades y la malnutrición mediante “el suministro de alimentos nutritivos adecuados y agua potable salubre”.

Sobre este último tema, es decir el reconocimiento del derecho al agua, cabe señalar que aunque la observación general n.º 15, sobre el derecho al agua, es una interpretación del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU, esta no constituye propiamente un pacto internacional, por lo que no tiene naturaleza vinculante. Sin embargo, en la medida en que dicha observación general se basa en lo establecido por el PIDESC, así como en la aceptación general de los derechos humanos fundamentales como el derecho a la vida y a la salud y, por último, en la medida en que es aprobada por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, se le reconoce valor e importancia.

En efecto, en la medida en que el PIDESC se ha ocupado de distintos derechos, es posible hacer una interpretación que permite reconocer el derecho al agua. Así, en la observación general n.º 15 se señala que el primer párrafo del artículo 11 del PIDESC consagra atributos que se derivan del derecho a un nivel de vida adecuado:

Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia.

Se señala también en la observación general n.º 15 que la utilización de la palabra “incluso” indica que esta enumeración de derechos no pretendía ser absoluta, en la idea de que: “[...] el derecho al agua se encuadra claramente en la categoría de las garantías indispensables para asegurar un nivel de vida adecuado, en particular porque es una de las condiciones fundamentales para la supervivencia”.

Con el propósito de relacionar el derecho al agua con otros derechos, la misma observación general n.º 15, en el párrafo 3 de su introducción, lo desarrolla:

El derecho al agua también está indisolublemente asociado al derecho al más alto nivel posible de salud y al derecho a una *vivienda* y una *alimentación adecuada* (énfasis nuestros). Este derecho también debe considerarse conjuntamente con otros derechos consagrados en la Carta Internacional de

Derechos Humanos, en primer lugar el derecho a la vida y a la dignidad humana.

Una vez más se puede comprobar que el derecho al agua tiene relación directa y está “indisolublemente asociado” al derecho a la alimentación; y, como se vio en la parte correspondiente, este mismo derecho a la alimentación está íntimamente ligado al acceso a la tierra. Por lo que, adelantando una conclusión de este estudio, se puede decir que estos tres derechos (alimentación adecuada, tierra y agua) están estrechamente vinculados, y la negativa al reconocimiento de uno de ellos implica necesariamente el impedimento en su cumplimiento de los otros dos restantes; por lo que es necesario siempre un escenario donde se les respete en el más alto nivel jurídico.

Continuando con el desarrollo del derecho humano al agua, es también pertinente destacar que la observación general n.º 15, en su párrafo 6, destaca que el agua es imprescindible para diversos fines:

El agua es necesaria para producir alimentos (el derecho a una alimentación adecuada) y para asegurar la higiene ambiental (el derecho a la salud). El agua es fundamental para procurarse medios de subsistencia (el derecho a ganarse la vida mediante un trabajo) y para disfrutar de determinadas prácticas culturales (el derecho a participar en la vida cultural).

Este enunciado de la observación general grafica que el agua (sin tierra suficiente) no ayuda al “derecho a ganarse la vida mediante el trabajo” ni a procurarse medios de subsistencia suficientes. Pensemos sobre todo en pequeños agricultores y comunidades campesinas y nativas, que son siempre los más afectados cuando se trata de impulsar políticas públicas que apoyan actividades económicas de carácter extractivo. Repasemos sobre todo el caso de la minería y, recientemente, la explotación de la tierra vía biocombustibles; ambas actividades afectan claramente la tierra y al agua, por lo que el derecho a procurarse medios de subsistencia y producir alimentos y, para el caso de las comunidades, disfrutar de determinadas prácticas culturales se verían seriamente afectados.

En un intento más por relacionar el derecho al agua (y otros derechos) y el derecho a la tierra, a continuación se transcribe el párrafo 7 de la observación general n.º 15:

El Comité señala la importancia de garantizar un acceso sostenible a los recursos hídricos con *finés agrícolas* para el ejercicio del derecho a una alimentación adecuada. Debe hacerse lo posible para asegurar que los agricultores desfavorecidos y marginados, en particular las mujeres, tengan un acceso equitativo al agua y a los sistemas de gestión del agua, incluidas las técnicas sostenibles de recogida del agua de lluvia y de irrigación. Tomando nota de la obligación establecida en el párrafo 2 del artículo 1 del Pacto, que dispone que no podrá privarse a un pueblo “de sus propios medios de subsistencia”, los Estados Partes deberían garantizar un acceso suficiente al agua *para la agricultura de subsistencia y para asegurar la de subsistencia de los pueblos indígenas*” (énfasis nuestro).

Este párrafo se refiere a una alimentación adecuada, el deber de asegurar que los agricultores marginados y sobre todo las mujeres tengan acceso a los recursos naturales.

Asimismo, en el párrafo citado se usa la noción de “pueblos”, y se afirma, por último, que los estados firmantes del pacto se deben comprometer a asegurar una agricultura que permita sostener la vida humana de los pueblos indígenas, lo que necesariamente implica la producción de alimentos con el fin de impedir el hambre en estas poblaciones.

Por otra parte, en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y Desarrollo de 1992 se aprobó la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo. Tal vez más conocido que la propia Declaración es el llamado Programa 21, llamado también Agenda 21, cuyo capítulo 18 se dedicó a la protección de la calidad y el suministro de los recursos de agua dulce: aplicación de criterios integrados para el aprovechamiento, ordenación y uso de los recursos de agua dulce. En ese capítulo se considera al agua como “[...] un recurso natural y un bien social y bien económico cuya cantidad y calidad determina la naturaleza de su utilización” (numeral 18.8).

En el mismo capítulo 18 de la Agenda 21 se mencionan a distintos sectores de la sociedad, considerados como los más débiles y, por lo mismo, objeto de atención

especial por parte de los estados. Allí se pone mayor énfasis en la situación de las mujeres, sobre todo rurales, pero también se hace referencia a los pueblos indígenas.

2.3 Pueblos indígenas

Importa en este punto del estudio determinar la relación de los pueblos indígenas con el derecho a la tierra. Se empezará revisando la relación de este grupo de personas con derechos que el sistema internacional ha reconocido y que han servido para salvaguardar sus derechos de propiedad sobre la tierra.

En este sentido, se inicia este acápite con el derecho a la libre determinación. Derecho que fue reconocido desde un inicio por la comunidad internacional. Así, la Carta de las Naciones Unidas lo reconoce en su artículo 1.2:

Fomentar entre las naciones relaciones de amistad basadas en el respeto al principio de la igualdad de derechos y al de la libre determinación de los pueblos, y tomar otras medidas adecuadas para fortalecer la paz universal.

Posteriormente fue materia de reconocimiento tanto por el PIDCP como por el PIDESC, que comparten la misma redacción del artículo 1:

1. Todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación. En virtud de este derecho establecen libremente su condición política y proveen asimismo a su desarrollo económico, social y cultural.
2. Para el logro de sus fines, todos los pueblos pueden disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales, sin perjuicio de las obligaciones que derivan de la cooperación económica internacional basada en el principio del beneficio recíproco, así como del derecho internacional. En ningún caso podrá privarse a un pueblo de sus propios medios de subsistencia.

Igualmente, este derecho se reconoce en el Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), de 1989. Se puede leer en el artículo 7.1:

1. Los pueblos interesados deberán tener el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural. Además, dichos pueblos deberán participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente.

Continuando con el derecho a la libre determinación, la Declaración y el Programa de Acción de Viena, aprobados por la Conferencia Mundial de Derechos Humanos el 25 de junio de 1993, señalan en su parte considerativa:

Considerando los cambios fundamentales que se han producido en el escenario internacional y la aspiración de todos los pueblos a un orden internacional basado en los principios consagrados en la Carta de las Naciones Unidas, en particular la promoción y el fomento de los derechos humanos y las libertades fundamentales de todos y el respeto del principio de la igualdad de derechos y de la libre determinación de los pueblos, en condiciones de paz, democracia, justicia, igualdad, imperio de la ley, pluralismo, desarrollo, niveles de vida más elevados y solidaridad.

Se extiende un poco más el artículo 2 de la misma Declaración de Viena:

2. Todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación. En virtud de este derecho, determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural. Habida cuenta de la situación particular de los pueblos sometidos a dominación colonial o a otras formas de dominación u ocupación extranjeras, la Conferencia Mundial de Derechos Humanos reconoce el derecho de los pueblos a adoptar cualquier medida legítima, de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, encaminada a realizar su derecho inalienable a la libre determinación. La Conferencia considera que la denegación del derecho a la libre determinación constituye una violación de los derechos humanos y subraya la importancia de la realización efectiva de este derecho.

Con arreglo a la Declaración sobre los principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, nada de lo anterior se entenderá en el sentido de que autoriza o fomenta acción alguna encaminada a quebrantar o menoscabar, total o parcialmente, la integridad territorial o la unidad política de Estados soberanos e independientes que se conduzcan de conformidad con el principio de la igualdad de derechos y de la libre determinación de los pueblos y estén, por tanto, dotados de un gobierno que represente a la totalidad del pueblo perteneciente al territorio, sin distinción alguna.

A su turno, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, del 13 de setiembre de 2007, establece:

Reconociendo que la Carta de las Naciones Unidas, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, así como la Declaración y el Programa de Acción de Viena afirman la importancia fundamental del derecho de todos los pueblos a la libre determinación, en virtud del cual éstos determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural.

Continúa el artículo 3 de esta misma Declaración:

Los pueblos indígenas tienen derecho a la libre determinación. En virtud de ese derecho determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural.

En resumen, este derecho afirma la autodeterminación de los pueblos a decidir sus propias formas de desarrollo económico, social y cultural y a estructurarse libremente, en función de sus riquezas y sus recursos naturales.

En palabras de Urteaga:²⁷

²⁷ Urteaga Crovetto, Patricia: *Informe sociojurídico sobre decretos legislativos vinculados a derechos de pueblos indígenas*. Lima: IBIS-Derechos, Educación y Desarrollo, agosto del 2008.

El derecho a la libre determinación significa que los indígenas tienen el derecho a decidir sobre su economía, gobierno, normas y leyes, autoridades y formas de solucionar conflictos, su educación y salud. De allí se desprende el derecho a controlar su territorio y recursos, así como a decidir cómo se autogobiernan y cómo se debe transmitir su cultura. El derecho de autogobernarse incluye el de asociarse para crear organizaciones que les representen y también a resolver sus conflictos con sus normas y derechos propios.

En su momento este derecho fue uno de los más controvertidos,²⁸ dado que en un principio se entendía la libre determinación como un derecho que versaba sobre reivindicaciones de soberanía que reclamaban pueblos conquistados o colonizados. Sin embargo, poco a poco este concepto fue cambiando o, mejor dicho, ampliándose en su significado, tanto así que la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas ya reconoce su contenido especial a favor de los pueblos indígenas.

En efecto, era necesaria una reinterpretación de este derecho, no solo ceñirlo a su contenido externo (procesos de independencia y descolonización) sino también llevarlo a una esfera o contenido interno, que pasa más bien por reconocer derechos a estos pueblos sobre su desarrollo económico, social y cultural, y a no ser privados de sus medios de vida por el Estado.²⁹

Lo singular de este derecho fue que en un primer momento se lo utilizó para reivindicar derechos de propiedad sobre tierras comunales³⁰ ante el Comité de Derechos Humanos (órgano encargado de velar por el cumplimiento del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos), alegando que se había perdido la forma de autogobierno frente a los estados donde pertenecían esas comunidades y, si bien se aceptó que los pueblos tienen el derecho a la libre determinación, el problema para este comité versaba sobre el contenido del vocablo *pueblo*. La solución a la que se llegó fue aceptar que el artículo 1

²⁸ Aparicio Wilhelmi, Marco: “El derecho de los pueblos indígenas a la libre determinación”. En Mikel Berraondo, coordinador: *Pueblos indígenas y derechos humanos*. Bilbao: Instituto de Derechos Humanos. Serie Derechos Humanos, volumen 14. Univesidad de Deusto, 2006, pp. 399-421.

²⁹ Monsalve, *op. cit.*

³⁰ Caso 167/1984 (Ominayak c. El Canadá), aprobado el 26 de marzo de 1990. Comunicación 760/1997 (comunidad Rehoboth Baster, Nabibia) aprobado el 20 de julio del 2000.

del PIDCP (libre determinación) podía interpretarse sobre otros derechos protegidos por el PIDCP, por ejemplo, el derecho a las minorías.

Efectivamente, el PIDCP, en su artículo 27, establece lo que la comunidad internacional denominó “derecho a las minorías”:

En los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que les corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma.

Este artículo fue luego materia de mayor desarrollo por la observación general n.º 23 del PIDCP, publicada en el año 1994. Esta observación señala que el artículo 27 del pacto dispone que en los estados en los que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, no se negará a las personas que pertenezcan a ellas el derecho que les corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural. Este disfrute de una determinada cultura, guarda relación con modos de vida estrechamente asociados al territorio y el uso de sus recursos. Se afirma igualmente que la cultura se manifiesta de muchas formas, inclusive un modo particular de vida relacionado con el uso de recursos terrestres, especialmente en el caso de los pueblos indígenas.

En un punto importante de esta misma observación general n.º 23 se afirma que si bien el artículo 27 del PIDCP es de carácter individual, estos derechos a su vez dependen de la capacidad del grupo minoritario para conservar su cultura, con lo que le otorga un carácter colectivo.

En suma, esta observación establece el derecho a conservar la cultura de estos denominados “grupos minoritarios” y recalca que este está estrechamente relacionado con el disfrute y uso de su territorio y recursos naturales, como la tierra.

No obstante, especialistas señalaban al respecto que realizar una aproximación a los derechos de los pueblos indígenas mediante este concepto no era del todo apropiado, pues no se lograba un reconocimiento a su especificidad propia y diferenciada de otros

grupos de personas, por lo que era necesario lograr un reconocimiento de sus derechos, pero como grupo humano particular y con características ajustadas a su realidad. Esto se trató de corregir en la Declaración de Viena de 1993, que separa la condición de pueblo indígena (artículo 20) de la de grupo minoritario (artículo 19):

20. La Conferencia Mundial de Derechos Humanos reconoce la dignidad intrínseca y la incomparable contribución de las poblaciones indígenas al desarrollo y al pluralismo de la sociedad y reitera firmemente la determinación de la comunidad internacional de garantizarles el bienestar económico, social y cultural y el disfrute de los beneficios de un desarrollo sostenible. Los Estados deben garantizar la total y libre participación de las poblaciones indígenas en todos los aspectos de la sociedad, en particular en las cuestiones que les conciernan. Considerando la importancia de las actividades de promoción y protección de los derechos de las poblaciones indígenas y la contribución de esas actividades a la estabilidad política y social de los Estados en que viven esos pueblos, los Estados deben tomar medidas positivas concertadas, acordes con el derecho internacional, a fin de garantizar el respeto de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales de las poblaciones indígenas, sobre la base de la igualdad y la no discriminación, y reconocer el valor y la diversidad de sus diferentes identidades, culturas y sistemas de organización social.

19. Considerando la importancia de las actividades de promoción y protección de los derechos de las personas pertenecientes a minorías y la contribución de esas actividades a la estabilidad política y social de los Estados en que viven esas personas.

La Conferencia Mundial de Derechos Humanos reafirma la obligación de los Estados de velar por que las personas pertenecientes a minorías puedan ejercer plena y eficazmente todos los derechos humanos y las libertades fundamentales sin discriminación alguna y en condiciones de total igualdad ante la ley, de conformidad con la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas.

Las personas pertenecientes a minorías tienen derecho a su propia cultura, a profesar y practicar su religión y a emplear su propio idioma

en público y en privado, con toda libertad y sin injerencia ni discriminación alguna.

Si bien esta Declaración sirvió para diferenciar claramente los “derechos de las personas pertenecientes a minorías” de “las poblaciones indígenas”, no tuvo la misma utilidad para garantizar sus derechos sobre la tierra y el uso de sus recursos naturales, dado que en su articulado no se hace ninguna mención al respecto.

Por tanto, el derecho de los pueblos indígenas no contaba con un convenio o tratado internacional promovido por los órganos u organismos internacionales sobre derechos humanos, ni en el sistema internacional ni en el sistema interamericano, salvo el caso del sistema regional que ha aprobado un documento vinculante a favor de los pueblos indígenas, como es la Declaración de Machu Picchu del año 2001.

Es recién con la intervención de un organismo internacional como la Organización Internacional del Trabajo (OIT) que se establece en favor de las poblaciones indígenas un documento favorable a sus derechos. En base a la experiencia de haber desarrollado convenios referentes al trabajo rural, la OIT reconoció la necesidad de “[...] contar con una normativa jurídica centrada exclusivamente en los pueblos indígenas y tribales, para poder así tratar las características propias e importantes de dichos pueblos”.³¹ Por esta razón, en 1957 se aprobó el Convenio sobre Poblaciones Indígenas y Tribales (n.º 107), que constituyó el primer tratado de derecho internacional sobre el tema, y en el que se abordan muchos asuntos importantes para dichos pueblos, como los derechos sobre la tierra, el trabajo y la educación.³²

Sin embargo, el convenio internacional de mayor trascendencia para esta parte de la investigación es el aprobado en el año 1989, el Convenio 169 de la OIT, Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes.

De acuerdo con el Manual sobre el Convenio 169 de OIT, este representa un paso adelante en el tratamiento de los derechos de estos pueblos:

³¹ Organización Internacional del Trabajo: *Convenio Número 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales: Un manual*. Francia, 2003, p. 4.

³² Del Castillo, Laureano: *Políticas públicas referidas a los pueblos indígenas, comunidades campesinas y comunidades nativas*, Lima: Programa de Comunidades Nativas-Defensoría del Pueblo, 2005.

El Convenio núm. 169 revisa el núm. 107 y señala un cambio en la concepción de la OIT sobre los pueblos indígenas y tribales. Su protección continúa siendo el objetivo principal, pero basada en el respeto de sus culturas, formas de vida, tradiciones y costumbres propias. Otro de sus fundamentos es la convicción de que los pueblos indígenas y tribales tienen derecho a continuar existiendo sin pérdida de su propia identidad y con la facultad de determinar por sí mismos la forma y el ritmo de su desarrollo.³³

En la estructura misma del Convenio 169, el derecho a la tierra está considerado como una cuestión sustantiva, y comprende los artículos 13 al 19 inclusive, correspondientes a la parte II. En efecto, el artículo 13 recoge la importancia de la tierra para los pueblos interesados:

1. Al aplicar las disposiciones de esta parte del Convenio, los gobiernos deberán respetar la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados *reviste su relación con las tierras o territorios, o con ambos, según los casos, que ocupan o utilizan de alguna otra manera, y en particular los aspectos colectivos de esa relación* (énfasis nuestro).

Se afirma en el Manual sobre el Convenio 169 que muchos pueblos indígenas y tribales guardan una relación especial con la tierra que suele abarcar todo el territorio que utilizan (bosques, ríos, montañas, mares) que comprende tanto la superficie como el subsuelo. Se indica a continuación que la tierra es base de su subsistencia económica, su bienestar y su identidad cultural, por lo que una eventual pérdida de ella amenaza su supervivencia misma como comunidad y como pueblo.

En esta misma parte del Convenio 169 se afirma que a los pueblos interesados deben reconocérseles derechos de propiedad y de posesión de sus tierras y, dependiendo del caso, deberán tomarse medidas especiales para salvaguardar este derecho (artículo 14):

³³ *Convenio Número 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales: Un manual*, p. 5.

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* (énfasis nuestros).

La garantía que indica el Manual para llevar a cabo la protección del derecho de propiedad a la tierra es la demarcación de las que tradicionalmente ocupan y, si en algunas situaciones esta demarcación se torna conflictiva por reivindicaciones conjuntas, los estados deberán asegurar procedimientos y mecanismos que ayuden a solucionar estos conflictos.

Un par de normas adicionales, sobre la protección del derecho a la tierra y su reconocimiento como derecho humano, están contenidas en los artículos 6 y 7 del mismo Convenio 169:

Artículo 6

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.

Artículo 7

1. Los pueblos interesados deberán tener el derecho de *decidir sus propias prioridades* en lo que atañe al proceso de desarrollo, *en la medida en que éste afecte* a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y *a las tierras* que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural. Además, dichos pueblos deberán participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente (énfasis nuestros).

En efecto, la obligación de los estados de consultar a las poblaciones tiene como contrapartida el derecho de estas a participar en la toma de decisiones que las afectan, con la finalidad de que los pueblos participen en la gestión del Estado y puedan ver que este garantiza sus propias opciones de desarrollo.³⁴

Para el caso de la Región Andina, igualmente se han suscrito hasta dos convenios favorables a los pueblos indígenas: la Declaración de Machu Picchu sobre la Democracia, los Derechos de los Pueblos Indígenas y la Lucha Contra la Pobreza, de 2001 y la Carta Andina sobre Derechos Humanos de 2002.

La Carta Andina, como ya se señaló, no crea ningún tipo de derecho humano adicional a los ya reconocidos, sino que reafirma el compromiso de los países de la región para velar su cumplimiento. Esta norma es producto de la Declaración de Machu Picchu, que sí es bastante específica en lo referente a los derechos de los pueblos indígenas. Firmada por los presidentes de los países miembros de la Comunidad Andina y en presencia de

³⁴ Defensoría del Pueblo: Demanda de Inconstitucionalidad del Decreto Legislativo N° 1015, presentada ante el Tribunal Constitucional peruano el 30 de mayo de 2008.

los presidentes de Argentina, Brasil, Chile, Costa Rica, Panamá, Paraguay, República Dominicana, Uruguay, entre otras personalidades, se declaró lo siguiente:

Consideramos que la diversidad cultural y étnica que caracteriza a nuestras naciones es una fuente de gran riqueza y unión entre nuestras sociedades. El ejercicio democrático en nuestros pueblos exige el respeto y la promoción de su diversidad. Expresamos, en ese sentido, nuestra decisión de continuar desarrollando estrategias y políticas dirigidas a revalorizar la pluralidad étnica y la multiculturalidad de nuestras naciones, con el fin de promover la plena participación de los pueblos indígenas y las minorías étnicas.

Luego continúa la Declaración mencionando derechos específicos de los pueblos indígenas (nótese en el párrafo anterior que esta declaración distingue entre pueblos indígenas y minorías étnicas). Dadas las características de este instrumento internacional, los estados miembros o firmantes estarían en la obligación de respetar los derechos indígenas que a continuación se exponen:

7. En ese sentido, apoyamos firmemente todos los esfuerzos encaminados a la promoción y protección de los derechos y libertades fundamentales de los pueblos indígenas, entre ellos: el derecho a su identidad y tradiciones en lo espiritual, cultural, lingüístico; social, político, cultural y económico; individual y colectiva; a no ser desplazados, como pueblos, de su patrimonio cultural histórico; a sus sistemas, conocimientos y prácticas de medicina tradicional, incluido el derecho a la protección de sus lugares rituales y sagrados; a la educación en la diversidad; a ser elegidos y desempeñar cargos públicos. Expresamos nuestra voluntad de resguardar estos derechos dentro del orden público y en cumplimiento de nuestras disposiciones constitucionales y legales vigentes.
8. Nuestros Estados tienen el deber de cautelar y garantizar la aplicación de las disposiciones de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la Convención Americana sobre Derechos Humanos y los demás instrumentos existentes en los ámbitos regional y universal, con la finalidad de asegurar el ejercicio pleno de los derechos humanos de las poblaciones indígenas, conforme al principio de no discriminación. Impulsaremos, en ese sentido, la elaboración y

aprobación de la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

9. La consolidación de la vida democrática y el estado de derecho en nuestros países demanda políticas que aseguren la participación activa de las poblaciones indígenas en todos los ámbitos de la vida nacional. A ese efecto, los cancilleres propondrán la creación de una mesa de trabajo sobre los derechos de los pueblos indígenas en el marco institucional de la Comunidad Andina de Naciones, con la participación de las organizaciones indígenas, organizaciones de derechos humanos, de la sociedad civil y representantes de cada uno de los Estados miembros, con el propósito de integrar plenamente a los pueblos indígenas a la vida económica, social y política de nuestros países, respetando y promoviendo al mismo tiempo su diversidad cultural. La mesa realizará su primera reunión, a la brevedad posible, en la ciudad del Cuzco.

Es rescatable el compromiso de los estados andinos de respetar los derechos anteriormente declarados y aceptar la naturaleza multicultural y pluriétnica de la región, reconociéndoles a los pueblos indígenas ser un factor esencial en la formación de las nacionalidades y la identidad histórica de cada uno de nuestros países. No obstante, la mayor de las fuerzas “jurídicas” favorables al reconocimiento de los pueblos indígenas y su derecho sobre la tierra en la que habitan proviene de las decisiones o fallos jurisdiccionales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Así en la sentencia del 31 de agosto de 2001, en el caso de la Comunidad Mayanga (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua, se marcó un paso importante para la protección de los derechos de las poblaciones indígenas. En este fallo se reconoció el derecho a la tierra y a la propiedad en favor de la Comunidad Mayanga (Sumo) Awas Tingni, que había sido perjudicada por el Estado de Nicaragua, al ser sus tierras entregadas en concesión sin su consentimiento y al no haber garantizado un recurso efectivo para que la comunidad pueda defender sus derechos de propiedad.

La Corte Interamericana señala en sus fundamentos (148 y 149) al respecto:

148. Mediante una interpretación evolutiva de los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos, tomando en cuenta las normas de interpretación aplicables y, de conformidad con el artículo 29.b de la Convención —que prohíbe una interpretación restrictiva de los derechos—, esta Corte considera que el artículo 21 de la Convención protege el derecho a la propiedad en un sentido que comprende, entre otros, los derechos de los miembros de las comunidades indígenas en el marco de la propiedad comunal, la cual también está reconocida en la Constitución Política de Nicaragua.
149. Dadas las características del presente caso, es menester hacer algunas precisiones respecto del concepto de propiedad en las comunidades indígenas. Entre los indígenas existe una tradición comunitaria sobre una forma comunal de la propiedad colectiva de la tierra, en el sentido de que la pertenencia de ésta no se centra en un individuo sino en el grupo y su comunidad. Los indígenas por el hecho de su propia existencia tienen derecho a vivir libremente en sus propios territorios; la estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe 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.

Ese razonamiento es sumamente importante para efectos de este estudio. Se puede desprender de él que considerar el derecho a la tierra como un derecho humano sí sería posible, dado el carácter evolutivo “de los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos”. Añadiendo que se “[...] protege el derecho a la propiedad en un sentido que comprende, entre otros, los derechos de los miembros de las comunidades indígenas en el marco de la propiedad comunal”.

Importante es igualmente la distinción que se hace del derecho de propiedad de una comunidad respecto del derecho de propiedad “occidental”, al afirmarse que existe una “estrecha relación” entre los indígenas y su tierra, siendo esta no solamente de carácter económico sino también cultural, material y espiritual.

A esta sentencia fundamental se sumó un documento más que abogaría por el reconocimiento como derecho humano del derecho a la tierra: la recientemente aprobada (el 13 de setiembre de 2007) Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas, la “Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas”. Este documento reafirma el compromiso de la comunidad internacional por el respeto a los derechos de los pueblos indígenas. Sin embargo, hay que destacar que este instrumento no es de carácter obligatorio entre los estados parte de las Naciones Unidas, pero “[...] sí representa la elaboración dinámica de normas jurídicas internacionales y refleja el compromiso de los Estados de avanzar en una cierta dirección y de respetar determinados principios”.³⁵

Así, esta Declaración hace en su parte considerativa un conjunto muy claro de afirmaciones:

Reafirmando también que, en el ejercicio de sus derechos, los pueblos indígenas deben estar libres de toda forma de discriminación,

Preocupada por el hecho de que los pueblos indígenas hayan sufrido injusticias históricas como resultado, entre otras cosas, de la colonización y enajenación de sus tierras, territorios y recursos, impidiéndoles ejercer, en particular, su derecho al desarrollo de conformidad con sus propias necesidades e intereses,

Reconociendo la urgente necesidad de respetar y promover los derechos intrínsecos de los pueblos indígenas, que derivan de sus estructuras políticas, económicas y sociales y de sus culturas, de sus tradiciones espirituales, de su historia y de su concepción de la vida, especialmente los derechos a sus tierras, territorios y recursos.

Convencida de que si los pueblos controlan los acontecimientos que los afecten a ellos y a sus tierras podrán mantener y reforzar sus instituciones, culturas y tradiciones y promover su desarrollo de acuerdo con sus aspiraciones y necesidades.

Reconociendo y reafirmando que los indígenas tienen sin discriminación todos los derechos humanos reconocidos a nivel internacional, y que los pueblos indígenas poseen derechos colectivos que son indispensables para su existencia, bienestar y desarrollo integral como pueblos [...]

³⁵ Véase <<http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/es/declaration.html>>.

Revisando el articulado mismo de la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas se pueden encontrar hasta cuatro artículos que tratan el tema del derecho a la tierra:

Artículo 18

Los pueblos indígenas tienen derecho a participar en la adopción de decisiones en las cuestiones que afecten a sus derechos, por conducto de representantes elegidos por ellos de conformidad con sus propios procedimientos, así como a mantener y desarrollar sus propias instituciones de adopción de decisiones.

Artículo 19

Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por medio de sus instituciones representativas para obtener su consentimiento libre, previo e informado antes de adoptar y aplicar medidas legislativas y administrativas que los afecten.

Artículo 26

1. Los pueblos indígenas tienen derecho a las tierras, territorios y recursos que tradicionalmente han poseído, ocupado o de otra forma utilizado o adquirido.
2. Los pueblos indígenas tienen derecho a poseer, utilizar, desarrollar y controlar las tierras, territorios y recursos que poseen en razón de la propiedad tradicional u otra forma tradicional de ocupación o utilización, así como aquellos que hayan adquirido de otra forma.
3. Los Estados asegurarán el reconocimiento y protección jurídicos de esas tierras, territorios y recursos. Dicho reconocimiento respetará debidamente las costumbres, las tradiciones y los sistemas de tenencia de la tierra de los pueblos indígenas de que se trate.

Artículo 27

Los Estados establecerán y aplicarán, conjuntamente con los pueblos indígenas pertinentes, un proceso equitativo, independiente, imparcial, abierto y transparente, en el que se reconozcan debidamente las leyes, tradiciones, costumbres y sistemas de tenencia de la tierra de los pueblos indígenas, para reconocer y adjudicar los derechos de los pueblos indígenas en relación con sus tierras, territorios y recursos, comprendidos aquellos que tradicionalmente han poseído u ocupado o

utilizado. Los pueblos indígenas tendrán derecho a participar en este proceso.

Este documento es producto de más de veinte años de negociación, concertación y búsqueda de consensos de pueblos indígenas del mundo y constituye un instrumento que ayuda a cumplir los principios de la Declaración Universal de Derechos Humanos. Asimismo, se comprueba con este documento que la comunidad internacional continúa en la promoción y protección de los derechos a la tierra que les corresponden a las poblaciones indígenas, un sector social que empieza a tener reconocimiento luego de décadas e incluso siglos en los cuales sus derechos fueron desconocidos.

En suma, la satisfacción del derecho a la tierra se constituye en un patrón fundamental para la garantía de otros derechos. Por consiguiente, el derecho a la tierra constituye lo que podríamos llamar un derecho humano social y económico transversal,³⁶ de vital importancia.

3. Orientaciones del Derecho a la Tierra en organismos especializados

Las nuevas orientaciones respecto del derecho a la tierra son abordadas actualmente no solo desde un discurso oficial, como lo hacen organismos internacionales como la FAO, el Banco mundial y la OIT, sino al interior de instituciones privadas, organizaciones campesinas e indígenas, organizaciones no gubernamentales, organismos sociales, académicos y por investigadores particulares.

El caso más interesante, es el concepto que introdujo La Vía Campesina como alternativa a la concepción de seguridad alimentaria, denominado Soberanía Alimentaria, mucho más cargado de contenido político.

En las siguientes páginas se revisa el desarrollo de las ideas en torno al recurso tierra en estas instituciones y los diferentes documentos que sobre él se han elaborado. Si bien no tienen carácter vinculante para los Estados, sirven para demostrar que la noción de

³⁶ Mantilla, Alejandro: "Consideraciones sobre la exigibilidad política del derecho a la tierra: ¿Hacia la superación de la reforma agraria?". En: *Por el derecho a la tierra*. Bogotá: Plataforma Colombiana: Derechos Humanos, Democracia y Desarrollo, abril del 2002.

derecho a la tierra va ganando un lugar en el discurso internacional como un derecho necesario y vital para el desarrollo de otros.

3.1 Vía Campesina³⁷

Luego de varios años de discusión y como alternativa al concepto de seguridad alimentaria, esta institución presento en la I Cumbre Mundial de la Alimentación (1996) la noción de Soberanía Alimentaria. Señaló en la declaración “Soberanía Alimentaria: Un Futuro sin Hambre”:

[...] que la seguridad alimentaria no puede lograrse sin tomar totalmente en cuenta a quienes producen alimentos. Cualquier discusión que ignore nuestra contribución, fracasará en la erradicación de la pobreza y el hambre en las áreas rurales y urbanas.

Continúa, la Declaración afirmando que:

[...] esta agenda corporativa no toma en cuenta la seguridad alimentaria de los pueblos. Es un sistema económico inequitativo que amenaza tanto a la naturaleza como a la gente, con el único fin de generar ganancias para unas cuantas personas y transnacionales. A los campesinos y pequeños productores se les niega el acceso y **control de la tierra**, el agua, las semillas y los recursos naturales (énfasis nuestro).

En seguida, *La Vía Campesina* desarrolla el concepto de soberanía alimentaria que, como ya se señaló, marcó el inicio de esta nueva corriente:

Soberanía alimentaria es el derecho de cada nación para mantener y desarrollar su propia capacidad para producir los alimentos básicos de los pueblos, respetando la diversidad productiva y cultural. Tenemos el derecho a producir

³⁷ *La Vía Campesina* (Internacional Peasant Movement) se define como un movimiento internacional de campesinos y campesinas, pequeños y medianos productores, mujeres rurales, indígenas, gente sin tierra, jóvenes rurales y trabajadores agrícolas. Es un movimiento autónomo, plural, multicultural, independiente, sin ninguna afiliación política, económica o de otro tipo. Fue constituida como una organización mundial en Mons, Bélgica, en mayo de 1993.

nuestros propios alimentos en nuestro propio territorio de manera autónoma. La soberanía alimentaria es una precondición para la seguridad alimentaria genuina.

Hasta la fecha se han realizado varios encuentros mundiales que han desarrollado este concepto, entre los que destacan tres. El primero fue el Foro Mundial sobre Soberanía Alimentaria, realizado entre el 3 y el 7 de septiembre de 2001, en Cuba. En dicho evento se afirmó que:

El hambre, la desnutrición y la exclusión de millones de personas al acceso a bienes y recursos productivos tales como **la tierra**, el bosque, el mar, el agua, las semillas, la tecnología y el conocimiento, no son efecto de la fatalidad, de un accidente, de un problema de la geografía o de los fenómenos climatológicos. Ante todo son una consecuencia de determinadas políticas económicas, agrícolas y comerciales a escala mundial, regional y nacional que han sido impuestas por los poderes de los países desarrollados y sus corporaciones en su afán de mantener y acrecentar su hegemonía política, económica, cultural y militar en el actual proceso de reestructuración económica global (énfasis nuestro).

En un segundo encuentro – el Forum de ONG/OSC para la Soberanía Alimentaria Roma 2002 – se aprobó la declaración «Soberanía alimentaria: un derecho para todos».

[...] el derecho de los pueblos, comunidades y países a definir sus propias políticas agrícola, laboral, pesquera, alimentaria y de **tenencia de la tierra** de forma ecológica, social, económica y culturalmente adecuada a sus circunstancias únicas. Esto incluye el verdadero derecho a la alimentación y a producir los alimentos, lo que significa que todos los pueblos tienen el derecho a una alimentación sana, nutritiva, y culturalmente apropiada, y a la capacidad para mantenerse a sí mismos y a sus sociedades (énfasis nuestro).

El tercero de estos eventos en importancia fue el que se realizó en Sélingué, Malí (África), en febrero de 2007, denominando como el Foro por la Soberanía Alimentaria de Nyéléni. En él se aprobó la Declaración de Nyéléni afirmando que:

... la soberanía alimentaria sea considerada un derecho humano básico, reconocido y respetado por las comunidades, los pueblos, los estados y las instituciones internacionales;

... podamos conservar y rehabilitar los entornos rurales, zonas pesqueras, los paisajes y los alimentos tradicionales, **basándose en una gestión sostenible de la tierra**, del suelo, **el agua**, las semillas, el ganado y biodiversidad;

... exista una verdadera reforma agraria integral que garantice a los campesinos plenos **derechos sobre la tierra**, defienda y recupere los territorios de los pueblos indígenas, garantice a las comunidades pesqueras el acceso y el control de las zonas de pesca y ecosistemas, **que reconozca el acceso y el control de las tierras** [...] (énfasis nuestros).

Continúa la Declaración afirmando sobre el derecho a la tierra y la definición de soberanía alimentaria:

La soberanía alimentaria promueve el comercio transparente, que garantiza ingresos dignos para todos los pueblos, y los derechos de los consumidores para controlar su propia alimentación y nutrición. **Garantiza que los derechos de acceso y a la gestión de nuestra tierra, de nuestros territorios, nuestras aguas, nuestras semillas, nuestro ganado y la biodiversidad, estén en manos de aquellos que producimos los alimentos.**

La soberanía alimentaria supone nuevas relaciones sociales libres de opresión y desigualdades entre los hombres y mujeres, pueblos, grupos raciales, clases sociales y generaciones (énfasis nuestros).

Como puede observarse este concepto introducido por la Vía Campesina resalta la importancia del derecho a la tierra como necesario para la erradicación del hambre y desnutrición en el mundo. Este es un concepto todavía en construcción sin embargo su importancia radica porque se presenta como alternativa a discursos oficiales que no consideran que tener derechos seguros sobre la tierra significarían un paso adelante para superar problemas como el derecho a la alimentación o para superar la pobreza.

3.2 Organización de las Naciones Unidas para la agricultura y la alimentación - FAO³⁸

Para la FAO la importancia del derecho a la tierra se resume de la siguiente manera “Aparte de la mano de obra, la tierra es el factor más importante de la producción agrícola. Sin derechos de acceso a la tierra claramente definidos -tenencia de la tierra – es más difícil llevar a cabo la producción y se debilitan los incentivos a invertir a largo plazo en la tierra con el fin de aumentar su productividad. La tenencia de la tierra es también uno de los pilares organizativos de las economías y sociedades rurales, que ayudan a definir relaciones económicas y contractuales, formas de cooperación y relaciones sociales.....El tema del acceso a la tierra es relevante para el alivio de la pobreza, en parte porque ésta normalmente está más extendida en las zonas rurales. También es pertinente porque la distribución de la propiedad de la tierra, o del acceso a la misma, es uno de los factores principales que determinan el grado de la pobreza rural. Por extensión también es un determinante de la pobreza urbana, cuando las condiciones económicas en el campo obligan a grandes cantidades de familias a migrar a las ciudades, aún sin perspectivas seguras de empleo”.³⁹

El contenido que le da esta institución internacional a este derecho es por demás importante, lo reviste de forma tal que robustece su condición necesaria para enfrentar otros tipos de problemas como son: la producción agrícola, economías rurales, pobreza, propiedad de la tierra y migración.

Sin embargo la FAO tiene una larga tradición respecto al reconocimiento de este derecho. En su Conferencia Mundial sobre la Reforma Agraria y el Desarrollo Rural en 1979, adoptó la Declaración de Principios y Programa de Acción conocido como la *Carta del Campesino*. Esta Declaración señaló que el desarrollo rural es un problema global, que debe abordarse simultáneamente en diversos frentes conexos entre sí, uno de ellos es el acceso a los recursos tierras y aguas para las poblaciones rurales pobres, en la idea de eliminar su pobreza.

³⁸ Fundada en 1945, conduce actividades encaminadas a alcanzar la seguridad alimentaria tanto de países desarrollados como países en desarrollo. Tiene como misión mejorar la nutrición, aumentar la productividad agrícola, elevar el nivel de vida de la población rural y contribuir al crecimiento de la economía mundial

³⁹ Política de desarrollo agrícola, concepto y principios. FAO 2004.

Al respecto el principio VIII de esta Declaración señala:

VIII) **La distribución equitativa y la utilización eficaz de la tierra**, el agua y otros recursos productivos, teniendo debidamente en cuenta el equilibrio ecológico y la protección del medio físico, **constituyen un factor indispensable para el desarrollo rural**, la movilización de los recursos humanos y el aumento de la producción para aliviar la pobreza.” (subrayado nuestro)

Los Programas de Acción que esta Carta propone respecto al acceso a la tierra, el agua y otros recursos naturales se dividen en: reorganización de la tenencia de la tierra, reforma de tenencia y reglamentación de los salarios rurales, reglamentación de los cambios en la tenencia consuetudinaria, concertación parcelaria, fomento de la explotación agrícola en común, las cooperativas y las granjas asociativas y estatales, control de la comunidad sobre recursos naturales, colonización de tierras públicas sin ocupar y reducción de las desigualdades interregionales e intercomunales.

De forma más precisa en la sección “Reorganización de la tenencia de la tierra”, en los países donde se requiere organizar la tenencia de la tierra y su redistribución a los campesinos sin tierras y los pequeños, como parte de una estrategia de desarrollo rural, se sugiere que los gobiernos deberían de tomar en cuenta adoptar las siguientes disposiciones:

1. Imponer límites al tamaño de las propiedades privadas y adquirir tierras, agua y otros recursos naturales y bienes agrícolas con arreglo a las políticas nacionales y a la Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados.
2. Adquirir y habilitar extensiones de agua y tierras improductivas aptas para la acuicultura y distribuir las en condiciones favorables entre los agricultores y pescadores para su aprovechamiento.
3. Dar preferencia en la distribución de los bienes adquiridos a los arrendatarios, pequeños propietarios y trabajadores agrícolas sin tierras, con particular atención a los grupos más desfavorecidos, y reforzar esta distribución con programas para aumentar la productividad, entre ellos la constitución de cooperativas y otras formas de asociaciones de campesinos con amplia asistencia del Estado.

4. Efectuar la redistribución con rapidez y determinación y con el respaldo de regulaciones jurídicas preventivas para evitar la desinversión y las transferencias evasivas.
5. Crear y apoyar instituciones para consolidar la reforma, entre ellas asociaciones de campesinos, cooperativas, granjas asociativas y estatales, y actividades de desarrollo con la participación más amplia posible de los beneficiarios, a fin de evitar la aparición de nuevas formas de concentración de recursos o de explotación.

Adicionalmente en esta Declaración se afirma que la reforma agraria es un factor decisivo del desarrollo rural, y la FAO tiene la obligación de cumplir una función directiva en su promoción a favor de los países en desarrollo.

Luego de unos años, la FAO aprobó en noviembre de 2004 en su 127 Periodo de Sesiones, en apoyo de la realización progresiva del derecho a una alimentación adecuada en el contexto de la seguridad alimentaria un conjunto de pautas denominadas *Las directrices voluntarias de la FAO*. Estas directrices representan un intento de los gobiernos de interpretar un derecho económico, social y cultural y de recomendar medidas que deberían adoptarse para su realización

Se señala que el objetivo de estas directrices es proporcionar orientación práctica a los estados respecto de sus esfuerzos por lograr la realización progresiva del derecho a una alimentación adecuada, con el objeto de alcanzar los objetivos del Plan de Acción de la Cumbre Mundial sobre la Alimentación. Estas directrices abarcan las diferentes medidas que deben considerar los gobiernos en el plano nacional con el fin de establecer un entorno propicio para que su población pueda alimentarse con dignidad.

Las 19 directrices abarcan, entre otros aspectos, la política de desarrollo económico, cuestiones legales e institucionales, política agrícola y de alimentación, nutrición, inocuidad de los alimentos, y protección del consumidor. Por ello, se afirma que constituyen un buen marco para una política nacional que respete el derecho a la alimentación.

Así, la primera directriz pone énfasis en “la Democracia, Buena Gestión pública, derechos humanos y el Estado de derecho” y engloba lo que todo Estado debería

considerar previamente para la aplicación correcta del concepto a una alimentación adecuada:

- 1.1 Los Estados deberían promover y salvaguardar una sociedad libre, democrática y justa a fin de proporcionar un entorno económico, social, político y cultural pacífico, estable y propicio en el cual las personas puedan alimentarse y alimentar a sus familias con libertad y dignidad.

La directriz 2, “Políticas de desarrollo económico”, pone en relieve la necesidad de articular políticas económicas favorables, sobre todo pensando en la población rural, por medio de medidas diseñadas para mejorar su acceso a la tierra y el agua:

- 2.5 Los Estados deberían poner en práctica políticas económicas, agrícolas, pesqueras, forestales, de uso de la tierra y, cuando convenga, *de reforma agraria*.
- 2.6 Cuando la pobreza y el hambre afectan fundamentalmente a la población rural, los Estados deberían concentrarse en el *desarrollo agrícola y rural sostenible*, por medio de medidas encaminadas a *mejorar el acceso a la tierra*, el agua [...] (énfasis nuestros).

En cuanto a las estrategias que cada Estado debería emprender para lograr una alimentación adecuada, este cuerpo normativo recomienda en la directriz 3:

- 3.2 La elaboración de estas estrategias debería comenzar con una evaluación detenida de la legislación, las políticas y las medidas administrativas nacionales.

Esta directriz recomienda igualmente consultar cualquier estrategia a desarrollar, es decir, cumplir con un derecho a la consulta, con el objetivo de promover la participación activa en todos los aspectos de las estrategias por aplicar:

- 3.8 Al elaborar estas estrategias, se alienta a los Estados a consultar a organizaciones de la sociedad civil y otras partes interesadas

fundamentalmente en los planos nacional y regional, con inclusión de las asociaciones de agricultores que practican una agricultura tradicional en pequeña escala [...].

En la directriz 8, “Acceso a los recursos y bienes”, respecto al recurso tierra se señala:

- 8.1 Los Estados deberían facilitar el acceso a los recursos y su utilización de manera sostenible, no discriminatoria y segura de acuerdo con su legislación nacional y con el derecho internacional y deberían proteger los bienes que son importantes para la subsistencia de la población. *Los Estados deberían respetar y proteger los derechos individuales relativos a los recursos como la tierra, el agua, los bosques [...]* Cuando sea necesario y apropiado, los Estados deberían emprender una reforma agraria así como otras reformas de políticas en consonancia con sus obligaciones en materia de derechos humanos y de conformidad con el estado de derecho a fin de *asegurar un acceso eficaz y equitativo a las tierras y reforzar el crecimiento en favor de los pobres*. Se podría prestar especial atención a grupos como los pastores nómadas y los pueblos indígenas y su relación con los recursos naturales (énfasis nuestro).

La directriz 8B de la FAO es más específica respecto a este recurso:

- 8.10 Los Estados deberían adoptar medidas para promover y proteger la *seguridad de la tenencia de la tierra*, especialmente con respecto a las mujeres, los pobres y los segmentos desfavorecidos de la sociedad, *mediante una legislación que proteja el derecho pleno y en condiciones de igualdad a poseer tierra* y otros bienes, incluido el derecho a la herencia. Según convenga, los Estados deberían estudiar la posibilidad de establecer mecanismos jurídicos y otros mecanismos de políticas, en consonancia con sus obligaciones internacionales en materia de derechos humanos y de conformidad con el estado de derecho, que permitan avanzar en la reforma agraria para mejorar el acceso de las personas pobres y las mujeres a los recursos. *Tales mecanismos deberían promover también la conservación y la utilización sostenible*

de la tierra. Debería prestarse particular atención a la situación de las comunidades indígenas (énfasis nuestro).

Para finalizar con esta referencia a las directrices de la FAO se debe reseñar la última de estas, que es igualmente importante, la directriz 19 referida a la “Dimensión Internacional”:

- 19.1 Los Estados deberían aplicar las medidas, las acciones y los compromisos de alcance internacional descritos en la Sección III *infra*, en apoyo de la aplicación de las Directrices Voluntarias, que ayuden a los Estados en sus esfuerzos nacionales encaminados a lograr la realización progresiva del derecho a una alimentación adecuada en el contexto de la seguridad alimentaria nacional, de conformidad con lo establecido en la Cumbre Mundial sobre Alimentación y la Cumbre Mundial sobre la Alimentación: Cinco años después, en el contexto de la Declaración del Milenio.

Interesaba llamar la atención sobre este cuerpo normativo por su relevancia para la materia investigada, sobre todo porque diversos estados americanos son firmantes de estas directrices de la FAO.

En resumen, se puede constatar, que para esta institución el recurso tierra tiene una importancia real para la erradicación de la pobreza rural y para el cumplimiento del derecho humano a la alimentación. El contenido que le otorga es tal que se puede afirmar que lo configura como un derecho garante de otros derechos que están expresamente reconocidos en instrumentos jurídicos internacionales.

3.3 Banco Mundial⁴⁰

A mediados de la década de 1970 el Banco Mundial publicó el texto “Reforma de Tenencia de la Tierra” que contenía la posición del Banco respecto al problema de la tierra de aquellos años.

Se entendía esta reforma como una modificación en la estructura vigente de la propiedad, el control y uso de la tierra con el fin de aumentar su productividad y ampliar la distribución de los beneficios de su uso.

Teniendo en cuenta la pobreza y la falta de empleo en el sector rural, el documento destacaba la importancia de garantizar el acceso a la tierra a las familias más pobres para aumentar la eficiencia económica y la equidad social.⁴¹

Sin embargo esta sola reforma – según el texto - era insuficiente si es que no iba acompañada de la provisión de insumos necesarios y prestación de servicios a los usuarios de las tierras. Lo que en buena medida significa que el solo hecho de otorgar nuevos derechos de propiedad no es suficiente si es que no hay un compromiso de los Estados de llevar a cabo medidas como la concesión de créditos, suministro de insumos (como los fertilizantes para mejorar la producción) y la prestación de servicios técnicos, incluidos la investigación agrícola, entre otros. Adicionalmente se destaca la necesidad de la creación de instituciones para hacer cumplir las leyes después de su promulgación para garantizar el traspaso efectivo de la tierra.

En base a un estudio de 40 casos en diferentes países se llegó a la conclusión que “la productividad de la tierra, definida como el rendimiento por hectárea, suele ser mayor en las explotaciones más pequeñas que en las más grandes. Esto a causa de que en las primeras se emplea más mano de obra que en las segundas.⁴²”

⁴⁰ Organización internacional propiedad de 186 países miembros, formada por dos instituciones de desarrollo: el Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento (BIRF) y la Asociación Internacional de Fomento (AIF). Tiene como objetivo ayudar a los países en desarrollo a erradicar la pobreza que los afecta.

⁴¹ Campaña Global por la Reforma Agraria. FIAN y Vía Campesina.2003.

⁴² Reforma de Tenencia de la Tierra. Documento de política sectorial. Banco Mundial 1975.

Continúa el texto afirmando que “la concentración del control de la tierra constituye una base de poder para muchos grupos en los países en desarrollo. La tierra es un símbolo de autoridad y una fuente de poder político, especialmente en los casos que los propietarios controlan el acceso de los campesinos a la única fuente de seguridad que hay para ellos, que es la tierra”.

Dentro de los lineamientos generales a nivel país, que el Banco promovía porque los encontraba compatibles con sus objetivos, se afirmaba que:

5. La reforma de la tenencia de la tierra encaminada a lograr una mayor equidad debe programarse de tal forma que (i) el límite máximo efectivo del tamaño de las explotaciones sea pequeño; (ii) los beneficiarios pertenezcan al grupo más pobre; (iii) los sistemas de servicios de extensión y de suministro de insumos (distintos de las tierras) sean favorables a los beneficiarios, y (iv) se redistribuyan tanto las tierras explotadas por el propietario como las arrendadas.

Para mediados de la década del setenta del siglo pasado el Banco entendía el problema de la tierra como una distribución de ella en base a extensiones que sean lo más productivas posibles, prefiriendo la pequeña propiedad, siempre que sea a favor de las poblaciones más pobres y acompañadas por una política de los Estados encaminada a implementar una serie de medidas que coadyuven a mejorar su productividad. El protagonista de todos estos cambios era el Estado.

Actualmente, el Banco promueve lo que algunos denominan “la Reforma Agraria asistida por el Mercado”, a diferencia de los años 70, donde el Estado era el actor principal que debía promover los cambios respecto al derecho sobre la tierra. Ahora este protagonismo está marcado por la oferta y demanda de los campesinos que buscan tierra. Es decir el mercado como regulador de este modelo.

En esta nueva visión del BM, según su publicación “Acceso a la tierra, desarrollo y reducción de la pobreza⁴³”, políticas inapropiadas sobre derechos de propiedad sobre la tierra ahuyentan la inversión privada, limitan el campo para que los mecanismos del

⁴³ Klaus Deininger. “Acceso a la tierra, desarrollo y reducción de la pobreza”. Serie Desarrollo para todos. Banco Mundial 2005.

mercado conduzcan a los mejores usos de la tierra, restringen las oportunidades económicas para los grupos en desventaja y fomentan el conflicto social.

Los beneficios de tener derechos seguros sobre la tierra generarían, el incremento de los incentivos de inversión para los usuarios de la tierra, el carácter transferible de ella y un mejor funcionamiento del acceso a crédito; sumados todos estos beneficios daría como resultado la reducción de la pobreza de los pobladores rurales.

La tierra se configura como un recurso primario para el sustento de un medio de vida y un vehículo importante para invertir, acumular riqueza y transferirla de una generación a otra.

Este nuevo enfoque del BM acepta, al igual que en los 70, que: “en la mayoría de los casos las fincas pequeñas operadas por familias son más eficientes que las grandes que dependen de fuerza laboral asalariada, porque tienen mayores incentivos para trabajar duro y para hacer inversiones invisibles en la tierra que operan”.

Las características de este derecho de propiedad de tierras tienen que ser tales que permitan un horizonte suficientemente amplio para constituir un incentivo para la inversión (propiedad segura en el tiempo), deben definirse de manera que los haga fáciles de identificar, hacer respetar e intercambiar (demarcación de derechos), es necesario que sean administrados y hechos cumplir por parte de instituciones que tengan respaldo legal (institucionalidad del derecho), los propietarios pueden ser individuales o colectivos (sujeto de derechos), son cambiantes en el tiempo (naturaleza dinámica) y, necesariamente tienen que considerar la protección de los más pobres y vulnerables del abuso de sus derechos por parte de quienes tienen poder político y recursos económicos (mecanismo de defensa).

Sin embargo, esta liberalización de los derechos de propiedad ha permitido un nuevo proceso de concentración de tierras. Situación común en varios países de Latinoamérica, que ha permitido una acumulación muy grande de poder, en la medida que las nuevas empresas o empresarios agrarios adquieren grandes extensiones de ella. La gestión moderna, el uso de tecnología moderna en la agricultura y la inserción en mercados

mundiales, han sido los argumentos a favor para considerar a este fenómeno como un catalizador del desarrollo de varios países.

Sin embargo hay variables a considerar al respecto. El propio BM señala como una de las consecuencias de un proceso de acumulación de tierras es que se podría generar la ausencia de provisiones de bienes públicos tales como infraestructura agraria o irrigación, o lo que es peor que la implementación – por parte del Estado - de estos servicios están en función de estas personas o empresas.

Adicionalmente se puede afirmar que un proceso de concentración de tierras permitiría, aparte del control de grandes extensiones de terreno, la inserción de un nuevo actor en el ámbito rural, que en principio no sería inadecuado. Sin embargo esta concentración de poder y de grandes capitales podría afectar el entorno donde se desarrollan, presentándose como una fuerte limitante para el desarrollo de otros actores aledaños, como los pequeños agricultores y comunidades. Pensemos solamente en el uso del agua que requieren estas grandes empresas, que no solamente es para el riego de cultivo sino para el consumo de todas las personas que trabajan o viven de esta actividad, dado que para poner en marcha empresas de esta magnitud se requiere necesariamente de mucha mano de obra.⁴⁴

La apuesta del BM, que busca la seguridad de derechos de propiedad en función de disponibilidad y como atractivo de inversiones, ya ha generado una serie de resultados. Según el FIAN⁴⁵ y Vía Campesina “la reforma agraria de mercado no cumple ni conceptualmente ni en la realidad con el deber de garantizar el derecho humano de las familias campesinas pobres y sin tierra a acceder a la tierra y demás recursos productivos para poder alimentarse y producir. Aunque algunos de los instrumentos de mercado mencionados tienen ciertos aspectos positivos, su impacto desde el punto de vista de los campesinos pobres y sin tierra es sumamente limitado y ambivalente. Los instrumentos basados en el mercado podrían tener su sentido si fueran parte de

⁴⁴ En la costa norte del Perú, empresas dedicadas a la agricultura han concentrado tal cantidad de tierra que requieren de no menos de 100,000 personas para trabajar en ellas. Tomado de la Revista Agraria N° 107. Año 10. CEPES.

⁴⁵ Organización internacional de derechos humanos que trabaja por el derecho a alimentarse. Fue fundada en 1986, y cuenta con miembros en más de 50 países. El objetivo de FIAN es contribuir a procurar la vigencia y la observancia en el mundo entero de los Pactos internacionales de derechos humanos. En particular por la protección del derecho a alimentarse por sí mismos de las personas y grupos amenazados por el hambre y la desnutrición.

programas de reforma agraria más amplios. Lo que resulta fatal es que en lugar de complementar de modo sensato las reformas agrarias existentes, en la práctica, la están sustituyendo.”

En resumen, la apuesta del BM va en dirección de la necesidad de tener derechos de propiedad seguros sobre la tierra para la generación de mercados que sean atractivos para la inversión. En este orden de ideas la tierra es un vehículo para generar riqueza. Visto así un derecho a la tierra como el que hemos configurado en páginas anteriores tiene poca cabida en esta estructura. Aunque algunas de las características de este modelo tienen rasgos positivos, siempre el objetivo final será tener derechos seguros para disponer libremente del bien e intentar atraer inversión que aproveche de la seguridad de estos derechos.

3.3 Organización Internacional del Trabajo - OIT ⁴⁶

Mayormente dedicada a la elaboración y supervisión de normas internacionales del trabajo promoviendo derechos laborales, sin embargo algunas veces se ha preocupado en promover algunas normas sobre el derecho a la tierra, su relación con el derecho al trabajo y la forma de producción de alimentos. Efectivamente entre los años 1921 y 1975 la OIT aprobó algunos Convenios que establecían derechos y mecanismos de protección a los trabajadores rurales.

El primero es el Convenio sobre política social (normas y objetivos básicos) de 1962, que considera que debería hacerse todo lo posible, por medio de disposiciones apropiadas de carácter internacional, regional o nacional, para fomentar el mejoramiento de la salud pública, la vivienda, la alimentación, la instrucción pública, el bienestar de los niños, la situación de las mujeres, las condiciones de trabajo, la remuneración de los asalariados y de los productores independientes, la protección de los trabajadores migrantes, la seguridad social, el funcionamiento de los servicios públicos y la producción en general.

⁴⁶ La Organización Internacional del Trabajo (OIT) es la agencia tripartita de la ONU y convoca a gobiernos, empleadores y trabajadores de sus estados miembros con el fin de emprender acciones conjuntas destinadas a promover el trabajo decente en el mundo.

El artículo 2 de este Convenio señala

“Artículo 2

El mejoramiento del nivel de vida deberá ser considerado como el objetivo principal de los planes de desarrollo económico.”

A continuación señala que entre las medidas que las autoridades competentes deberán tomar en consideración para aumentar la capacidad de producción y mejorar el nivel de vida de los productores agrícolas se debe adoptar:

“Artículo 4

- b) el control de la enajenación (*venta*) de tierras cultivables a personas que no sean agricultores, a fin de que esta enajenación no se haga sino en beneficio del país;
- c) el control, mediante la aplicación de una legislación adecuada, de la propiedad y del uso de la tierra y de otros recursos naturales, a fin de garantizar que los mismos sean utilizados, habida cuenta de los derechos tradicionales, en la forma que mejor redunde en beneficio de la población del país.” (Cursivas nuestras)

En buena cuenta lo que se propone es un control en la venta de tierras a personas (naturales o jurídicas) que no tengan una relación directa con ella, un conjunto de normas que regulen apropiadamente la tenencia (propiedad y uso) de la tierra (es decir tomando como objetivo el mejoramiento del nivel de vida) y el respeto por derechos consuetudinarios de las comunidades.

Luego tenemos el Convenio 141, Convenio sobre las organizaciones de trabajadores rurales, del año 1975, que afirma en su parte considerativa:

“Reconociendo que, habida cuenta de la importancia de los trabajadores rurales en el mundo, es urgente asociarlos a las tareas del desarrollo económico y social si se quiere mejorar sus condiciones de trabajo y de vida en forma duradera y eficaz;

Tomando nota de que en muchos países del mundo, y muy especialmente en los países en vías de desarrollo, **la tierra se utiliza en forma muy insuficiente**, de que la mano de

obra está en gran parte subempleada y de que estas circunstancias exigen que los trabajadores rurales sean alentados a desarrollar organizaciones libres y viables, capaces de proteger y de defender los intereses de sus afiliados y de garantizar su contribución efectiva al desarrollo económico y social; (...) y reconociendo que la reforma agraria es, en muchos países en vías de desarrollo, un factor esencial para el mejoramiento de las condiciones de trabajo y de vida de los trabajadores rurales y que, por consiguiente, las organizaciones de estos trabajadores deberían cooperar y participar activamente en esta reforma..” (El subrayado es nuestro).

En la actualidad la implementación de políticas agrarias en varios países de la región favorece principalmente a la inversión privada en perjuicio de los pequeños productores, permitiendo la concentración de tierras en pocas manos, vía la compra y venta de ellas o su arrendamiento a favor de grupos económicos que están orientados a la agro exportación.

Esta concentración de la tierra conduce –entre otras cosas– necesariamente a la restricción del derecho al trabajo, que como se señala es “la oportunidad de ganarse la vida”, de los hombres del campo, que ven en la pérdida de sus tierras el menoscabo de este derecho, pues siendo este el principal sustento de vida se ven perjudicados al no ser respetados sus derechos de propiedad.

La oportunidad de ganarse la vida, implica igualmente, en el caso de la tierra, cómo es que las personas están encargadas de sus sistemas de alimentación y la capacidad que tienen de decidir qué alimentos producen y consumen y cómo los producen y preparan.

II. RECONOCIMIENTO DE LOS DERECHOS HUMANOS EN LA CONSTITUCIÓN PERUANA DE 1993.

En esta sección se revisa cómo la Constitución Política del Perú ha recogido lo referido a los tratados que versan sobre los derechos humanos, para luego desarrollar el tratamiento constitucional que ha recibido el derecho de propiedad y principalmente el derecho a la tierra y los dos derechos con los que este último se relaciona directamente (alimentación y agua). Concluimos con el caso particular de las poblaciones indígenas y la afirmación de sus derechos.

1. Tratados sobre Derechos Humanos

Una dificultad respecto al tratamiento legal de los derechos humanos en el Perú es la referida al *rango normativo-jerárquico* que la legislación peruana reconoce a las normas contenidas en tratados internacionales sobre derechos humanos. A diferencia de la Constitución de 1979, que en su artículo 105 otorgaba jerarquía constitucional (rango mayor dentro de cualquier ordenamiento jurídico) a los tratados internacionales que versaran sobre derechos humanos, la vigente Constitución de 1993 eliminó dicha fórmula.

El principal argumento esgrimido durante el debate y aprobación de la Carta constitucional de 1993 para suprimir el rango constitucional de los tratados referentes a los derechos humanos era la posibilidad de que el Estado peruano incurriera en responsabilidad internacional por el incumplimiento de las obligaciones adquiridas en un determinado tratado. Este reparo, sin embargo, mostraba el desconocimiento de los legisladores de la época en estas materias ya que, como se sabe, los derechos humanos son entendidos como normas base o normas fundamentales del sistema internacional que priman sobre cualquier otra norma del derecho internacional (la aludida universalidad de estos derechos).

En términos generales, los tratados internacionales sobre derechos humanos generan un tipo de relación especial entre los Estados y los seres humanos cuyos derechos buscan ser protegidos. Al respecto, se ha señalado:

[...] no son tratados multilaterales del tipo tradicional, concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos, para el beneficio mutuo de los Estados contratantes. Su objeto y fin son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos, independientemente de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado como frente a los otros Estados contratantes. Al aprobar estos tratados sobre derechos humanos, los Estados se someten a un orden legal dentro del cual ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción.⁴⁷

En efecto, la fórmula del artículo 105 de la Constitución peruana de 1979 era bastante directa y no dejaba dudas respecto a la jerarquía de los tratados en materia de derechos humanos: “Los preceptos contenidos en los tratados relativos a derechos humanos, tienen jerarquía constitucional [...]”.

Sin embargo, la Constitución de 1993, vigente actualmente, al eliminar este dispositivo de su articulado generó la duda respecto al rango constitucional de los tratados. No obstante, de una revisión de varios dispositivos de la misma Constitución y de algunas resoluciones del Tribunal Constitucional (TC)⁴⁸ podemos llegar a despejar esta incertidumbre.

El artículo 55 de la Constitución de 1993 señala: “Los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional”. Esa generalidad puede llevar a considerar que los tratados internacionales sobre derechos humanos tienen tan solo rango de ley, lo que no resulta muy convincente. En ese sentido, el mismo TC ha establecido que:

“En efecto, conforme al artículo 55° de la Constitución, los “tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional.” En tal sentido, el derecho internacional de los derechos humanos forma parte de nuestro ordenamiento jurídico y, por tal razón, este Tribunal ha afirmado que los

⁴⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos: Opinión consultiva OC-2/82 del 24 de septiembre de 1982. Serie A, n.º 2, párrafo 29: “El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículos 74 y 75)”.

⁴⁸ Órgano máximo de control e interpretación de la Constitución y constitucionalidad de las leyes o de actos de los órganos del Estado que pretenden socavar derechos constitucionales. Su fin principal es garantizar la primacía de la Constitución y la vigencia efectiva de los derechos constitucionales.

tratados que lo conforman y a los que pertenece el Estado peruano, “son Derecho válido, eficaz y, en consecuencia, inmediatamente aplicable al interior del Estado”. Esto significa en un plano más concreto que los derechos humanos enunciados en los tratados que conforman nuestro ordenamiento vinculan a los poderes públicos y, dentro de ellos, ciertamente, al legislador”.⁴⁹

Concluye el TC sobre este punto afirmando que “Los tratados internacionales sobre derechos humanos de los que el Estado peruano es parte integran el ordenamiento jurídico...y no sólo conforman nuestro ordenamiento sino que, además, **detentan rango constitucional**”.⁵⁰ (énfasis nuestro).

Adicionalmente, la cuarta disposición final de la Constitución vigente establece la forma en que estos derechos deben interpretarse:

Las normas relativas a los derechos humanos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú.

Al respecto, sobre los parámetros para el reconocimiento y la interpretación de los tratados de derechos humanos, el TC en la sentencia recaída en el expediente 0047-2004-AI/TC, señaló:

[...] nuestro sistema de fuentes normativas reconoce que los tratados de derechos humanos sirven para interpretar los derechos y libertades reconocidos por la Constitución. Por tanto, tales tratados constituyen parámetro de constitucionalidad en materia de derechos y libertades. Estos tratados no sólo son incorporados a nuestro derecho nacional —conforme al artículo 55.º de la Constitución— sino que, además, por mandato de ella misma, son incorporados a través de la integración o recepción interpretativa.

Continúa el TC refiriéndose a cómo deben ser interpretados los derechos fundamentales:

⁴⁹ TC, Op Cit. El subrayado es nuestro

⁵⁰ Expedientes. N.º 0025-2005-PI/TC y 0026-2005-PI/TC.

“De conformidad con la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución, los derechos constitucionales deben interpretarse dentro del contexto de los tratados internacionales suscritos por el Estado peruano en la materia. Según esta norma, estos tratados constituyen parámetro de interpretación de los derechos reconocidos por la Constitución, lo que implica que los conceptos, alcances y ámbitos de protección explicitados en dichos tratados, constituyen parámetros que deben contribuir, de ser el caso, al momento de interpretar un derecho constitucional. Todo ello, claro está, sin perjuicio de la aplicación directa que el tratado internacional supone debido a que forma parte del ordenamiento peruano (art. 55º, Const.).⁵¹”

Por lo anterior, se puede afirmar que tanto la Constitución como las normas legales relativas a los derechos humanos están subordinadas y se interpretan en el marco de los tratados que el Perú ha ratificado y firmado, lo que les confiere por lo tanto una jerarquía mayor.

En rigor, entonces, si bien la norma constitucional actual no tiene una expresión directa favorable al reconocimiento del rango constitucional de los derechos humanos, esto no es impedimento para concluir que sí forman parte del ordenamiento interno peruano (artículo 55) y de su más alta jerarquía normativa (cuarta disposición final y transitoria). Consecuentemente, los tratados o convenios internacionales en materia de derechos humanos forman parte de nuestra legislación y “constituyen parámetros que deben contribuir” a interpretar un derecho constitucional, por lo tanto, su observancia y cumplimiento constituye una de las obligaciones del Estado peruano.

Sin embargo si en algún momento esta situación generara dudas sobre la más alta jerarquía de la que gozan los tratados sobre derechos humanos en el ordenamiento peruano, ella tendría que estar fuera de toda discusión porque el mismo Tribunal Constitucional en reciente fallo ha afirmado contundentemente:

[...] (los) tratados internacionales sobre derechos humanos no sólo conforman nuestro ordenamiento sino que, además, ostentan rango constitucional⁵².

⁵¹ EXPEDIENTE. N.º 1124-2001-AA/TC .

⁵² Expediente 03343-2007-AA (19 de febrero de 2009)

Una dificultad adicional gira en torno al reconocimiento de nuevos derechos humanos que se pueden dar en la Constitución peruana. En efecto, no habría problemas con derechos que gozan de reconocimiento expreso, pero ¿qué hay de aquellos que no lo tienen? Pensemos sobre todo en nuevos derechos que van apareciendo en el contexto mundial, que se van generando, producto de nuevas situaciones y necesidades de las sociedades actuales.

La solución respecto de duda anterior la podemos encontrar en la propia Constitución. En efecto, en su artículo 3, se recoge lo que se conoce en la doctrina como “cláusula abierta de derechos”:

La enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno.

Queda claro que, conforme con la Constitución, nuevos derechos no estarían impedidos de gozar de protección y reconocimiento, dejando en claro que este reconocimiento no depende sólo de la Carta misma, sino que inclusive estos pueden tener como fundamento a los derechos humanos.

En este caso concreto el Tribunal Constitucional confirma lo señalado por la Constitución aseverando que:

[...]el contenido constitucionalmente protegido de los derechos reconocidos por la Ley Fundamental no sólo ha de extraerse a partir de la disposición constitucional que lo reconoce; de la interpretación de esta disposición con otras disposiciones constitucionales con las cuales pueda estar relacionada (principio de unidad de la Constitución), sino también bajo los alcances del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.⁵³”

⁵³ EXP. N.º 4587-2004-AA/TC.

De esta manera, podemos comprobar que no existiría impedimento alguno para que el TC y la propia Constitución reconozcan nuevos derechos, ya sea través de la interpretación del contenido de otros derechos que se encuentran expresamente reconocidos en la Carta constitucional, o en aplicación del mismo artículo 3, o bajo los alcances de los derechos humanos.

2. Recursos naturales, propiedad, alimentación, agua, poblaciones indígenas y tierra

Sobre los recursos naturales la Constitución vigente del año 1993, retomando en lo central el tratamiento de las constituciones anteriores, dispone en su artículo 66:

Los recursos naturales, renovables y no renovables, son patrimonio de la Nación. El Estado es soberano en su aprovechamiento...

Se dispone así que los recursos naturales pertenecen a todos los habitantes del país, por lo que corresponde al Estado otorgar y regular su aprovechamiento y uso mediante modalidades previstas en una legislación especial.⁵⁴

Lo que hizo la actual Constitución es repetir una tradición legislativa en el ordenamiento peruano, donde se opta por el sistema dominalista o de dominio eminente del Estado, que define a los recursos naturales como propios de él, a diferencia de otros sistemas, como el vigente en los países del Common Wealth, en que el propietario del predio lo es también de los recursos que se encuentren en la superficie o debajo de este.

Referente al derecho de propiedad, este se encuentra regulado en el artículo 70 de la Constitución, que establece:

El derecho de propiedad es inviolable. El Estado lo garantiza. Se ejerce en armonía con el bien común y dentro de los límites de la Ley. A nadie puede privarse de su propiedad sino, exclusivamente por causa de seguridad nacional o

⁵⁴ Para efectos de la legislación peruana se consideran recursos naturales a todo componente de la naturaleza, susceptible de ser aprovechado por el ser humano para la satisfacción de sus necesidades y que tenga un valor actual o potencial en el mercado, tales como: las aguas, el suelo, el subsuelo, las tierras, la diversidad biológica, los minerales, etc.

necesidad pública, declarada por ley, y previo pago en efectivo de indemnización justipreciada que incluya compensación por el eventual perjuicio...

Sin embargo, hay que advertir que la Constitución en este punto garantiza el derecho *de* propiedad, es decir se respeta un derecho ya adquirido a favor de una persona o grupos de personas; no obstante si no fuera ese el caso este derecho no gozaría de protección.

Hay que añadir, respecto a este derecho, que también se encuentra regulado en el Capítulo I “Derechos fundamentales de la persona” artículo 2 inciso 16:

Toda Persona tiene derecho:
A la propiedad y a la herencia

Este enunciado es muy importante, ya que se podría entender que es el derecho de toda persona a acceder a la propiedad y a la protección jurídica que sobre ella recae.⁵⁵

Respecto al derecho a la alimentación, la vigente Carta Constitucional de 1993 fue para muchos un retroceso. Tal vez una prueba de ello es que el derecho a la alimentación como tal no existe, es decir, no ha sido incorporado en nuestro texto constitucional, como sí lo hacía la anterior Carta Constitucional de 1979.

Hay que recordar que ya en el año 1997 el Comité de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas llamó la atención al Estado peruano pues en la Constitución de 1993 no se habían incorporado las disposiciones del PIDESC, por lo que, según afirmaban, no formaban parte del derecho interno y, por tanto, no se podrían invocar ante los tribunales peruanos.

En efecto, el derecho a la alimentación no es reconocido en la actual Carta constitucional, como sí lo hacía la de 1979 en su artículo 18: “El Estado atiende preferentemente las necesidades básicas de la persona y de su familia en materia de *alimentación, vivienda y recreación*” (énfasis nuestro).

⁵⁵ Bernales Ballesteros, Enrique. *La Constitución de 1993 - Análisis Comparado*. Constitución y Sociedad ICS. Segunda Edición. Lima, 1996.

Sin embargo, por la vía de la interpretación y con ayuda de algunas sentencias del Tribunal Constitucional, el derecho a la alimentación y otros pueden ser merecedores de reconocimiento constitucional, como se verá más adelante.

Respecto del derecho al agua y el derecho a la tierra, su situación es similar a la del derecho a la alimentación. Ambos son reconocidos solamente en la Carta como recursos naturales, por lo que la Nación es propietaria de ellos y el Estado puede otorgarlos a los particulares para su aprovechamiento. Sin embargo, no existe mención alguna como derechos a ser exigidos por las personas.

No obstante, el Tribunal Constitucional ha establecido que en la Constitución de 1993 hay derechos innominados,⁵⁶ y que para conocerlos es importante interpretarlos en su conjunto. Los derechos innominados están contenidos en la “cláusula abierta de derechos” del artículo 3 de la actual Carta.⁵⁷

Al respecto, Abad Yupanqui, quien fuera defensor adjunto en Asuntos Constitucionales en la Defensoría del Pueblo, precisa:

La cláusula abierta —prevista por el artículo 3, ubicado en el primer capítulo de la Constitución— permite afirmar que también son derechos fundamentales los demás reconocidos por ella así no se encuentren ubicados en el capítulo primero e incluso los “derechos implícitos”, es decir, aquellos no previstos constitucionalmente al amparo de la teoría de los “derechos innominados”. Así lo ha entendido el Tribunal Constitucional, por ejemplo, cuando reconoció el derecho a la verdad y una mayor amplitud a los derechos de los consumidores y usuarios.⁵⁸

⁵⁶ Según esta teoría los derechos humanos no se agotan en una simple enumeración expresa, sino que acepta todos los derechos que, aun cuando no tengan aún nombre especial o no hayan sido claramente identificados, tengan relación directa con la dignidad de las personas.

⁵⁷ “Artículo 3.º: La enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno.”

⁵⁸ Expediente 0008-2003-AI, F. J., n.º 22, resuelto el 11 de noviembre del 2003, precisa que: “[...]el artículo 3.º de la Constitución prevé la individualización de ‘nuevos’ derechos, en función de la aplicación de la teoría de los ‘derechos innominados’, allí expuesta y sustentada. Bajo tal premisa, el propio Estado, a través de la Ley de Protección al Consumidor (Decreto Legislativo N° 716), no solo ha regulado los derechos vinculados con la información, salud y seguridad, sino que ha comprendido a otros de naturaleza análoga para los fines que contrae el artículo 65º de la Constitución. Por ello, los derechos de acceso al mercado, a la protección de los intereses económicos, a la reparación por daños y perjuicios

En la misma línea que Abad opina Rubio: “de manera que, a partir de la norma abierta del artículo 3 de la Constitución, pueden ingresar como derechos fundamentales reconocidos detalladamente en la ley especificaciones a los derechos globales reconocidos en la Constitución”⁵⁹ como el derecho a la alimentación, al agua y a la tierra.

Bajo el criterio expuesto por ambos autores citados, los tratados internacionales que versan sobre derechos humanos (alimentación, agua y derecho a la tierra) son normas jurídicas de aplicación directa e inmediata, es decir, normas jurídicas vinculantes y de aplicación obligatoria por los poderes públicos y de respeto por los entes privados.

Respecto al derecho a la alimentación, tal y como hemos visto en la primera parte de este trabajo, está reconocido en la Declaración Universal de Derechos Humanos y en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ambos instrumentos ratificados por el Estado peruano. Asimismo el Perú ha suscrito compromisos más específicos que versan sobre este derecho como son: las Cumbres sobre Seguridad Alimentaria de 1996 y 2002 y las obligaciones correspondientes a los Estados respecto al derecho a la alimentación recogidas en las Directrices Voluntarias de la FAO del 2004. En consecuencia, el derecho a la alimentación aunque no está reconocido expresamente dentro de las disposiciones de la Carta constitucional, al ser reconocido como un derecho humano goza de la mayor jerarquía legal posible.

Sobre el derecho al agua, reconocida su importancia en diversos instrumentos internacionales, como en la Declaración de Estocolmo (1972), en la de Mar del Plata (1977), en Dublín (1992), y en la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo (1992) y en el Plan de Acción de la Agenda 21 (1998), entre otros. Su reconocimiento como derecho humano viene directamente del desarrollo de los artículos 11 (derecho a un nivel de vida adecuado) y 12 (derecho a la salud) del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, a través de las Observaciones Generales N° 6 y 15. En la medida que el Estado peruano es firmante de

y a la defensa corporativa del consumidor, se erigen también en derechos fundamentales reconocidos a los consumidores y usuarios” (tomado de “El amparo como proceso constitucional”, publicado en el *Boletín Electrónico del Instituto de Derecho Público Comparado*, septiembre del 2004).

⁵⁹ Rubio, Marcial: *La interpretación de la Constitución según el Tribunal Constitucional*. Lima: PUCP-Fondo Editorial, 2005.

este Pacto y lo ha ratificado, las estipulaciones recogidas en él necesariamente forman parte del ordenamiento jurídico peruano.

En ese sentido, si bien el derecho al agua no tiene un reconocimiento expreso en la Constitución, no se le puede desconocer su condición de derecho humano. Así lo entendió el propio Tribunal Constitucional, reconociéndolo como tal en la sentencia 2064-2004-AA/TC,⁶⁰ donde se señala:

6. El agua constituye un elemento esencial para la salud básica y el desarrollo de toda actividad económica, por lo que resulta vital para la supervivencia de todo ser humano. Así, se ha comprobado que los servicios deficientes de agua y saneamiento son la causa directa del deterioro de las condiciones de salud, así como causa importante de enfermedades originadas en el medio ambiente.
7. Por ello, se reconoce en los ciudadanos el derecho al agua, que impone en los estados los deberes de respetar, proteger y realizar tal derecho. El deber de respeto supone que los estados aseguren que las actividades de sus instituciones, agencias y representantes no interfieran con el acceso de las personas al agua; el deber de protección frente a terceros manifiesta la implementación de medidas a fin de evitar la contaminación y que aseguren el abastecimiento, la seguridad y la accesibilidad del agua para la población; y el deber de realizar implica implementar políticas que posibiliten progresivamente el acceso de la población al agua potable segura y a instalaciones de saneamiento.
8. La calidad del agua, entonces, resulta un elemento vital para asegurar el derecho a la salud de la población y tiene una repercusión directa en el medio ambiente.

Por ello podríamos convenir en que el derecho al agua sí gozaría de reconocimiento como un derecho de las personas en el ordenamiento interno y que, si bien no ha sido materializado en la Constitución, el Tribunal Constitucional con este fallo confirma dicha categoría.

⁶⁰ Expediente 2064-2004-AA/TC. Lima, Municipalidad Distrital de San Pedro de Lurín, julio del 2005.

Respecto del derecho a la tierra, la Constitución vigente, en su artículo 88, se cuida de afirmarlo como un derecho de las personas, pero lo reconoce en su carácter patrimonial: “El Estado apoya preferentemente el desarrollo agrario. Garantiza el derecho de propiedad sobre la tierra [...]”.

Sin embargo, este reconocimiento es insuficiente, dado que en él no se expresa el acceso (propiedad) a la tierra a favor de los que no la tienen o, si la tienen, sus derechos no son reconocidos; o si, teniéndola, la poseen en cantidad ínfima de modo que no ayudaría a satisfacer sus necesidades. El reconocimiento de este derecho en la Constitución peruana se refiere más bien a la protección de ellas, pero de las personas que ya son propietarias, yendo inclusive en contra del enunciado del artículo 2, inciso 16: toda persona tiene derecho a la propiedad.

Un caso particular es el de la poblaciones indígenas (actualmente en el Perú se les reconoce como tales a las comunidades campesinas, ubicadas principalmente en sierra y costa; y a las comunidades nativas que se encuentran en la selva). Su relación con el derecho a la tierra es diferente. Ellas gozan de medidas proteccionistas a nivel constitucional desde la Constitución de 1920, y a nivel internacional con la suscripción del Convenio 169 de la OIT “Sobre Pueblos indígenas y Tribales en Países Independientes”, que fue aprobado en el 1993 y ratificado en enero de 1994 mediante Resolución Legislativa N 26253 y puesto en vigencia a partir del dos de enero de 1995. No obstante estas medidas favorables a ellas, su desarrollo y aplicación han sido más bien deficientes.

GARANTÍAS CONSTITUCIONALES A FAVOR DE LAS TIERRAS DE POBLACIONES INDÍGENAS			
1920 - 1993			
Constitución de 1920	Constitución de 1933	Constitución de 1979	Constitución de 1993

<p>Los bienes de propiedad de las comunidades de indígenas son imprescriptibles</p>	<p>El Estado garantiza la integridad de la propiedad de las comunidades.</p> <p>La propiedad de las comunidades es imprescriptible e inajenable. Es asimismo, inembargable.</p>	<p>Las tierras de las comunidades campesinas y nativas son inembargables e imprescriptibles.</p> <p>También son inalienables, salvo ley fundada en el interés de la comunidad y solicitada por una mayoría de los dos tercios de los miembros calificados de ésta, o en caso de expropiación por necesidad u utilidad públicas. En ambos casos con pago previo de dinero.</p>	<p>La propiedad de sus tierras es imprescriptible, salvo en el caso de abandono previsto en el artículo anterior.</p>
---	---	---	---

Sin embargo, en un reciente fallo del TC, correspondiente al caso Cordillera Escalera del 19 de febrero del 2009, se reconoce expresamente el carácter vinculante con rango constitucional del Convenio 169 de la OIT, por tratarse de un compromiso internacional que versa sobre los derechos humanos de los pueblos indígenas. El TC inicia el análisis del caso recurriendo a jurisprudencia anterior que examina la función de los tratados en el ordenamiento nacional, señalando:

[...] Nuestro sistema de fuentes normativas reconoce que los tratados de derechos humanos sirven para interpretar los derechos y libertades reconocidos por la Constitución. Por tanto, tales tratados constituyen parámetro de constitucionalidad en materia de derechos y libertades”.

Continúa precisando el rango legal de los tratados sobre derechos humanos:

[...] (los) tratados internacionales sobre derechos humanos no sólo conforman nuestro ordenamiento sino que, además, ostentan rango constitucional”.

Luego, de manera categórica, el Tribunal Constitucional determina el rango constitucional del Convenio 169 de la OIT y la función de sus artículos:

De tal manera, habiéndose aprobado el Convenio N.º 169 mediante Resolución Legislativa N.º 26253, publicada el 5 de diciembre de 1993, su contenido pasa a ser parte del Derecho nacional, tal como lo explicita el artículo 55 de la

Constitución, siendo además obligatoria su aplicación por todas las entidades estatales. Por consiguiente, en virtud del artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, el tratado internacional viene a complementar -normativa e interpretativamente- las cláusulas constitucionales sobre pueblos indígenas que, a su vez, concretizan los derechos fundamentales y las garantías institucionales de los pueblos indígenas y sus integrantes.”

De la misma manera el Tribunal es concluyente respecto a la relación de los pueblos indígenas con la tierra, basándose para ello en resoluciones o fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de pueblos indígenas:⁶¹

[...] la relación entre los pueblos indígenas y la tierra resulta ser una manifestación singular de tales pueblos, en consecuencia, el artículo 13 de la Convención 169 establece que el término “tierras”, para el caso de los pueblos indígenas, incluye el concepto de “territorio” ya que la unidad de la comunidad a su territorio excede la noción de propiedad patrimonial. Se piensa así en un dominio espiritual y cultural de la tierra.

La Corte Interamericana lo ha señalado de esta forma en la sentencia del Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tigni vs. Nicaragua [...]

La importancia de este fallo del Tribunal Constitucional peruano radica no solamente en el reconocimiento del Convenio 169 como parte del derecho nacional, sino en la constatación que el TC para interpretar los derechos favorables a los pueblos indígenas también recurre a las interpretaciones que realizan los órganos jurisdiccionales internacionales de protección de estos derechos. La conclusión es evidente, sentencias como la del caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tigni vs. Nicaragua, contienen reglas que son vinculantes para el ordenamiento jurídico peruano, de modo que las diferentes autoridades públicas y particulares en general tienen que ajustar y acatar sus medidas. En otras palabras, las reglas que se siguen de estas sentencias forman parte del

⁶¹ Reconoce el Tribunal Constitucional que la interpretación, conforme a los tratados sobre derechos humanos, contiene implícitamente una adhesión a la interpretación que de los mismos hayan realizado los órganos supranacionales de protección de los atributos inherentes al ser humano y, en particular, el realizado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, guardián último de los derechos en la Región (Expediente 0218-2002-HC/TC).

sistema de fuentes del derecho que son necesariamente aplicables para el caso peruano.⁶²

Para concluir esta parte del estudio, podemos afirmar que el reconocimiento a derechos que están ligados íntimamente al derecho a la tierra, como son el derecho a la alimentación y al agua, está plenamente garantizado en el ordenamiento jurídico constitucional. No obstante el propio derecho a la tierra no goza de las mismas prerrogativas. Sí se aproxima a su contenido para el caso de las poblaciones de indígenas, pero consideramos que ello es insuficiente, dado que este recurso también es importante para el disfrute de mejores condiciones de vida y de satisfacción de necesidades básicas de otras personas (pobladores rurales) que se dedican a la agricultura u otra actividad económica que necesita a la tierra para desarrollarse. Si bien en el ámbito internacional, a través del mecanismo de interpretación, se ha podido avanzar en lograr su aceptación y reconocimiento, esto no se ha logrado lamentablemente en la legislación constitucional peruana.

⁶² Ruiz Molleda, Juan Carlos. “¿Cuál es el tema de fondo en el conflicto entre los pueblos amazónicos y el Estado? Razones que sustentan la inconstitucionalidad de los Decretos Legislativos 994, 1081, 1064, 1079, 1089, 1090 y 1085”. Instituto de Defensa Legal. Lima, Junio 2009.

III. POLÍTICAS AGRARIAS Y TIERRAS (1990-2009)

Esta sección analiza las políticas de tierras aplicadas en el Perú con especial énfasis en su puesta en práctica desde la década de 1990 y lo que va de la presente para desarrollar la forma en la cual se ha recogido la problemática de ellas.

Igualmente revisaremos brevemente las políticas implementadas favor de los derechos humanos, especial énfasis en los denominados derechos económicos sociales y culturales.

1. Políticas Públicas y derechos humanos

De acuerdo con la mayoría de autores, las políticas públicas se encaminan a recoger la demanda de la sociedad frente a un problema ante las autoridades públicas. De esta manera, según Tamayo Sáez:

[...] las políticas públicas son el conjunto de objetivos, decisiones y acciones que lleva a cabo un gobierno para solucionar los problemas que en un momento determinado los ciudadanos y el propio gobierno consideran prioritarios.⁶³

De esta forma, las políticas públicas están referidas siempre a una “decisión” y una “acción” del gobierno, el cual puede optar por aplicarlas o no. Una publicación de la Universidad Externado de Colombia recoge la siguiente definición: “las políticas públicas son las decisiones de aquello que los gobiernos deciden hacer o no hacer”.⁶⁴

En este punto resulta conveniente ubicar un enfoque de políticas públicas en el contexto de los derechos humanos, dado que la primera parte de este trabajo versa sobre ellos y sobre el reconocimiento del derecho a la tierra como tal. Así, Bernal llama la atención de lo que se entiende por políticas públicas y afirma que es insuficiente la orientación

⁶³ Tamayo Sáez, Manuel: “El análisis de las políticas públicas” En: Rafael Bañón y Ernesto Carrillo, compiladores: *La nueva administración pública*. Madrid: Alianza, 1997.

⁶⁴ Gómez Lee, Iván Darío: “Ciencia administrativa, políticas públicas y reinención del gobierno. Insumos teóricos de administración pública ‘no formalistas’”. En: *Primeras jornadas de Derecho Constitucional y Administrativo*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2001, pp. 223-236.

que se le da actualmente y debería incluir la concepción de derechos humanos como directrices de su diseño:

[...] con relación a las políticas públicas resulta necesario precisar que éstas no pueden ser consideradas sólo como actos administrativos del gobierno central, debido a que son productos sociales que responden a un contexto económico y cultural determinado que se incorporan a una estructura de poder y a un proyecto político específico.

Resulta pertinente observar que mientras a los analistas les interesa la eficiencia económica y cómo las políticas pueden afectar a la sociedad en su conjunto, a los políticos les interesa la distribución de los productos y cómo las políticas públicas afectan a ciertos individuos y grupos. Frente a ello es posible apreciar la necesidad de reemplazar un enfoque eminentemente técnico en el que se asume que en el caso de las políticas públicas basta un enfoque dual: técnico y político, por una perspectiva de los derechos humanos que necesita además el enfoque jurídico y social que permita incorporar plenamente los derechos humanos como principio y objetivo de las políticas públicas.⁶⁵

En la línea prevista por Bernales, el Perú suscribió la Declaración y Programa de Acción de la Cumbre Mundial de Derechos Humanos, celebrada en Viena en 1993, se comprometió a la formular e implementar un plan de acción que determine las medidas necesarias para que se mejore la promoción y protección de los derechos humanos.

Producto de este compromiso se publicó el 11 de diciembre de 2005, el Plan Nacional de Derechos Humanos 2006 – 2010, vía Decreto Supremo 017-2005-JUS. Este amplio documento contiene un acápite sobre los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, desarrollando específicamente los derechos a la alimentación, educación, salud, derechos laborales, sindicación, seguridad social, vivienda, medio ambiente, derechos de las mujeres y derechos de los pueblos indígenas.

Según este mismo documento “se debe entender que el Estado incumple con sus obligaciones en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y Derechos

⁶⁵ Bernales Ballesteros, Enrique: “Las políticas públicas desde la perspectiva de los derechos humanos”. En: *El enfoque de los derechos humanos en las políticas públicas*. Lima: Comisión Andina de Juristas, 2004.

Colectivos cuando: no logra adoptar una medida exigida por los Tratados sobre la materia; no logra remover con la mayor brevedad posible y cuando debe hacerlo, todos los obstáculos que impidan la realización inmediata de un derecho; deliberadamente no logra satisfacer una norma internacional mínima de realización generalmente aceptada y para cuya satisfacción está capacitado; retrasa deliberadamente, o detiene la realización progresiva de un derecho, a menos que actúe dentro de los límites permitidos en el tratado o que dicha conducta se deba a la falta de recursos o a una fuerza mayor”.

Respecto al derecho a la alimentación, el Plan se propone elevar la jerarquía normativa de este derecho en consonancia con el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Si fuera el caso y según lo revisado en la primera parte del libro, necesariamente tendría que implementarse una política de tierras con el fin de apoyar a la realización de este derecho, sin embargo este Plan está lejos de ello. Se aborda la problemática de este derecho sólo como una ingesta de calorías suficiente que garanticen que las personas estén bien alimentadas, lo que resulta positivo, pero insuficiente si tomamos en cuenta la relación de interdependencia que este derecho tiene con el derecho a la tierra, tal y como se señaló en el capítulo I de este documento.

Sobre los derechos de los pueblos indígenas, el objetivo de plan apunta al cumplimiento del marco jurídico existente de protección y promoción de los derechos de este grupo de personas. Para ello señala que se debe cumplir el Convenio 169 de la OIT en especial lo que respecta a la preservación de sus territorios y al reconocimiento como inalienables, imprescriptibles e inembargables. Se olvida el Plan que estas medidas proteccionistas de sus tierras, ya no forman parte del cuerpo legal peruano, principalmente luego de la vigencia de la Constitución de 1993, tal y como veremos en las líneas siguientes. Igualmente hay que tener en cuenta que el Convenio 169 forma parte del cuerpo normativo peruano desde hace varios años, específicamente desde 1995, pero que a la fecha de hoy todavía se retrasa su implementación, por lo que tomando como referencia el Plan mismo el Estado estaría incumpliendo con sus obligaciones en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y Derechos.

2. Políticas Agrarias y de Tierras

La década de 1990 significó para el Estado peruano un giro en sus funciones y roles. Si hasta antes de esta década se le consideraba como excesivamente intervencionista, a su inicio se buscó su privatización, para que cumplierse roles de vigilancia y regulación de las diferentes actividades económicas del país.

Esta nueva orientación significó asumir nuevas medidas políticas que tenían como propósito que la inversión privada cumpla un nuevo papel en el desarrollo del país. Se desarrolló una política privatizadora de las principales empresas públicas del Estado, “bajo el principio de que el Estado no debe hacer lo que ya hace el mercado”.⁶⁶

Una de las normas que marcó el derrotero en materia de políticas agrarias fue el Decreto Legislativo 653, Ley de Promoción de las Inversiones en el Sector Agrario, del año 1991; la cual supuso finalmente la conclusión del proceso de reforma agraria iniciado en la década de 1970. Esta ley significó un importante vuelco en materia de legislación agraria, iniciando la desregulación de una serie de aspectos vinculados a tal actividad, como la tenencia de tierras, la ampliación de los límites para la propiedad privada de la tierra, aprovechamiento de tierras eriazas, comercialización, créditos, uso del agua, organización administrativa y de los usuarios del agua, tierras de selva y ceja de selva, agroindustria, entre otros.⁶⁷

Para terminar de dar forma a esta nueva organización del Estado se aprueba la Constitución de 1993, la cual en materia agraria específicamente significó un retroceso respecto de su antecesora de 1979. Esta nueva Carta recoge en un solo artículo lo concerniente a la propiedad agraria, y en otro, el caso de las comunidades campesinas y nativas.

Luego, siguiendo la dirección trazada desde el Decreto Legislativo 653, se aprueba la Ley de Tierras del año 1995. Esta norma significó la consolidación de la liberalización

⁶⁶ Gonzales de Olarte, Efraín: “Privatización y nuevo rol económico del Estado en el Perú: Hacia la cooperación entre Estado y mercado” Documento de Trabajo 44. Serie Documentos de Política 2. Lima: Instituto de Estudios Peruano, 1993.

⁶⁷ “Legislación agraria: Una década de cambios”. En: *La Revista Agraria* n.º 10. Lima: CEPES, diciembre de 1999, p. 8.

de las tierras en todos sus aspectos pues eliminó la mayor parte de las limitaciones a la propiedad de las tierras, otorgando inclusive facultades a personas naturales, nacionales o extranjeras, para que fuesen propietarias de grandes extensiones de tierras nacionales todo el país.

Dentro de este marco, paralelamente, destaca el sector minero, que dos décadas atrás tenía una fuerte intervención estatal, pues las principales empresas mineras eran controladas por el Estado y la inversión privada se concentraba en pocas compañías. Se buscaba cambiar este panorama, y para eso había que regular nuevamente la actividad minera⁶⁸ y hacerla más atractiva a los capitales extranjeros.

Así, en esa misma década empezó una fuerte inversión minera por parte de capitales extranjeros, inversión que se tradujo en el aumento de tierras peticionadas para la exploración y explotación de minerales. Una gran mayoría de estas peticiones se hicieron sobre tierras de comunidades campesinas. Este *boom* minero fue resultado de una política diseñada por el Gobierno del presidente Fujimori para atraer capitales al país.

Un impulso, igual de importante durante la década fue el concerniente al saneamiento de la propiedad agraria. El Ministerio de Agricultura, siguiendo las orientaciones de los organismos multilaterales de crédito, promovió la formalización de la propiedad rural, para lo cual creó el Proyecto Especial de Titulación de Tierras y Catastro Rural (PETT). Con la creación de este Proyecto y con la aprobación del decreto legislativo 667, se modificó la forma de acreditación del derecho de propiedad, facilitando la inscripción registral de los predios rurales con procedimientos de simplificación administrativa.

Luego de más de una década, que significó para el Perú vivir una etapa en la que los niveles de corrupción fueron de los más elevados registrados en su historia, asume el Gobierno el abogado Valentín Paniagua (2000-2001). Sin embargo, este corto período no significó cambio alguno en materia agraria, sirvió más bien para ordenar el país, que había sido devastado por el régimen anterior.

⁶⁸ Se entiende que la minería es un sector económico bastante importante para el país. Un país es considerado dependiente de la minería cuando un porcentaje de su producto bruto interno y sus exportaciones dependen de dicha actividad. Sin lugar a dudas, por los números del PBI, el Perú podría ser considerado un país minero.

Un segundo momento de este repaso de políticas agrarias se inicia con el régimen del economista Alejandro Toledo. Según diversos analistas, este nuevo periodo no significó ruptura alguna con la política económica del gobierno de Fujimori sino su continuidad. En lo referente a la política sectorial agraria, lo más llamativo fue el eslogan que el entonces presidente acuñó cuando se refería al agro y a la importancia que su Gobierno le otorgaría: “Prioridad A-1”; no obstante, el agro nacional siguió manteniendo un humilde lugar en las preferencias políticas del régimen.

En un intento por reactivar este sector económico y presionado por gremios agrarios representativos como la Convención Nacional del Agro Peruano (Conveagro), el gobierno firma la denominada Carta Verde: Pacto Agrario Nacional, el 20 de febrero de 2004.

Allí expresó su firme propósito de sentar las bases del desarrollo del sector agrario y la economía nacional. La siguiente medida, luego de este acuerdo fue encargar al Consejo Nacional de Concertación Agraria (Conaca) la elaboración de una propuesta que sirviese de base para el trabajo entre los gremios agrarios y el gobierno central; sin embargo, este trabajo nunca se tradujo en política agraria alguna.

Zegarra analiza este periodo y lo resume así:

[...] el agro peruano sigue sin resolver problemas estructurales bastante graves, enfrentando a su vez un panorama cada vez más complejo en el contexto internacional, con la posible firma de un Tratado de Libre Comercio (TLC) con Estados Unidos o las negociaciones del ALCA. La agricultura peruana sigue siendo fuente primaria de empleo para un tercio de los peruanos, pero con un ingreso promedio que ubica a dos tercios de los agricultores en situación de pobreza. Con *altos niveles de fragmentación de la tierra* y una gran heterogeneidad tecnológica y ecológica, el agro peruano sigue siendo todo un reto y una posibilidad para la generación de empleo de calidad y el crecimiento. Veamos qué se ha avanzado en la materia en los últimos años y qué se puede esperar en lo que resta del periodo gubernamental⁶⁹ (énfasis nuestro).

⁶⁹ Zegarra, Eduardo: “La política agraria del Gobierno: Balance y perspectivas” En: *Perú Económico*. julio del 2004.

Una expresión importante del gobierno de aquellos años fue el intento de impulsar la institucionalización del problema indígena del país. Con ese propósito se creó la Comisión Nacional de Pueblos Andinos, Amazónicos y Afroperuanos (Conapa), que luego fue sustituida por el Instituto Nacional de Pueblos Andinos, Amazónicos y Afroperuanos (Indepa). No obstante, no pasaron del mero discurso reivindicativo en los aspectos exclusivamente culturales, sin mayor trascendencia en cuanto a las iniciativas gubernamentales para superar las limitaciones del sector agrario.⁷⁰

Un tercer periodo es el iniciado por el segundo gobierno del presidente Alan García. En él se ha mantenido la política económica que dejara el Gobierno de Toledo, que, a su vez, continuó lo iniciado por el periodo de Fujimori. Resalta en estos años la apuesta por las grandes inversiones en desmedro de pequeñas economías que, según las propias palabras del Presidente, no hacen más que jugar en contra del país. Las grandes inversiones mineras y petroleras y, últimamente, las dedicadas a los biocombustibles, han marcado la pauta de este periodo.

En materia agraria, lo que se ha impuesto es la disputa por el aprovechamiento de los recursos naturales. Esto ha sido reconocido por el mismo presidente en su ya famoso artículo “El síndrome del perro del hortelano”, de octubre de 2007, que dio pie a que en los últimos meses se hayan publicado hasta 99 decretos legislativos, 26 de ellos tienen relación directa con el sector agrario.

Como se señaló, el presidente García, en el artículo citado, se encargó de difundir, los lineamientos políticos y doctrinarios de esta propuesta. Allí se afirma que las tierras de las comunidades son “[...] tierras ociosas porque el dueño no tiene formación ni recursos económicos, por tanto su propiedad es aparente”. El mismo Presidente de la República afirma que el derecho de propiedad de personas de menos recursos económicos es ficticio. Una interpretación en sentido contrario de la afirmación del mandatario podría asegurar que solo el derecho de propiedad de personas con suficientes recursos económicos —grandes inversiones también— es un derecho verdadero y seguro.

⁷⁰ Del Castillo, Laureano. “La gestión y propiedad del agua y de la tierra en el marco de una estrategia de desarrollo del agro nacional y del TLC con Estados Unidos”. Lima: Asamblea Nacional de Gobiernos Regionales, octubre del 2008.

Para concretar las ideas del presidente García, el Poder Ejecutivo presentó al Congreso de la República tres proyectos de ley que afectaban de una u otra forma a pequeños propietarios, comunidades campesinas y nativas. Uno de ellos propuso establecer un régimen temporal extraordinario de formalización y titulación de predios rurales, comunidades campesinas y nativas (Proyecto 1770/2007-PE); otro buscó declarar de interés público la titulación, el registro y la rectificación de predios rurales, comunidades campesinas y nativas (Proyecto 1900/2007-CR); y, finalmente, se pretendió facilitar la adjudicación de tierras comunales a los comuneros y su venta a terceros (Proyecto 1992/2007-PE).

Mientras estos proyectos de ley estaban en plena discusión en el Congreso, el Poder Ejecutivo, facultado para legislar sobre materias que faciliten la implementación del Acuerdo de Promoción Comercial Perú-Estados Unidos, publicó hasta cinco decretos legislativos que lesionan los derechos de propiedad y autonomía organizativa de las comunidades.

El primero de ellos se publicó el 13 de marzo se trató del decreto legislativo 994 sobre la promoción de la inversión privada en proyectos de irrigación. En su artículo 3, la norma precisa cuáles son las tierras eriazas que el Estado entregará a los inversionistas, excluyendo solo las tierras que cuenten con título de propiedad —privada o comunal— inscrito en Registros Públicos. Esa exigencia, sin lugar a dudas, pone en riesgo la propiedad de agricultores y comunidades, dado que el sistema jurídico peruano no considera como obligatorio inscribir el derecho de propiedad, siendo esta facultativa, lo que significa que es de libre elección del propietario buscar la protección que le brinda la inscripción en los Registros Públicos. Más adelante, sin embargo, fue corregido este flagrante error con la publicación del decreto legislativo 1064.

La segunda norma que lesiona derechos de propiedad, pero esta vez dirigida específicamente a las comunidades campesinas y nativas, es la que se publicó el 20 de mayo de 2008 en el Diario Oficial *El Peruano*: el decreto legislativo 1015, “Decreto Legislativo que unifica los procedimientos de las comunidades campesinas y nativas de la sierra y de la selva con las de la costa, para mejorar su producción y competitividad agropecuaria”.

Esta norma modifica el artículo 10 y deroga el artículo 11 de la ley 26505, con la finalidad de unificar el régimen de disposición de tierras de las comunidades campesinas de la sierra y las comunidades nativas con los de las comunidades de la costa.

En pocas palabras, se pretendió reducir el porcentaje de comuneros necesarios para tomar la decisión de disponer de las tierras de la comunidad. El objetivo, tal y como lo afirma la parte considerativa y exposición de motivos del decreto legislativo, era promover y facilitar la inversión privada en tierras comunales, es decir, abrir aun más la puerta a la venta del territorio comunal. Posteriormente se trató de corregir esta norma con la publicación del decreto legislativo 1073, que fue finalmente derogado mediante ley 29261, del 21 de setiembre de 2008.

Luego de la publicación de estas primeras normas, la Defensoría del Pueblo presentó ante el Tribunal Constitucional una demanda de inconstitucionalidad contra el decreto legislativo 1015. Igualmente, 32 congresistas de diversas bancadas presentaron, el 30 de mayo, otra demanda de inconstitucionalidad ante el mismo Tribunal, que tiene la última palabra al respecto.

Las siguientes normas se publicaron el 28 de junio de 2008. Una de ellas es el decreto legislativo 1064, que aprobó el régimen jurídico para el aprovechamiento de las tierras de uso agrario, y que significó la derogatoria de la Ley de Tierras (26505) del año 1995. Esta nueva norma de tierras define tierras agrícolas, tierras eriazas y la figura del abandono. Además, se ocupa de las tierras de las comunidades campesinas y nativas, y de las servidumbres obligatorias sobre cualquier predio agrícola.

La última de las normas que versan sobre tierras es el Decreto Legislativo 1089, publicado el 28 de junio del presente. En él se establece un régimen temporal de formalización y titulación de predios rurales. Esta norma faculta por 4 años al Cofopri como ente competente para la formalización y la titulación de predios rústicos y tierras eriazas habilitadas.

Sin embargo, todo este panorama cambió luego de casi un año de protestas, principalmente por parte de las comunidades nativas, ya que desde julio de 2008 hasta junio de este año 2009, lograron derogar los decretos 1015, 1064, 1073 y 1090. Al derogarse estos decretos, leyes que ya habían sido dejadas de lado han sido restituidas y han recobrado su vigencia como veremos más adelante.

No obstante, el panorama o clima general que se proyecta sobre el mundo rural en general es por demás preocupante, la calificación de “tierras ociosas” o “propiedad aparente” por parte del Presidente de la República seguramente seguirá siendo explotada a favor de los grandes capitales o inversiones y en perjuicio de comunidades y pequeños agricultores.

Todo este contexto no hace más que comprobar el incumplimiento sistemático del Estado peruano frente a sus obligaciones internacionales, la implementación de medidas que obstaculizan deliberadamente y vulneran derechos de pequeños agricultores y comunidades evidencian su falta de voluntad política para la satisfacción de los derechos de este grupo de personas.

En las páginas siguientes revisaremos las normas internas que versan sobre el derecho de propiedad de la tierra, poniendo énfasis en las últimas modificaciones legales.

3. Normativa Sobre La Tierra Y Derecho De Propiedad

Si algo caracteriza a la legislación agraria, especialmente la que trata sobre la tierra, justamente es su desorden y dispersión. Ello debido, primero, al hecho de que siempre fue aprobada sin seguir un plan o patrón, sino que respondió a coyunturas aisladas o a situaciones especiales, lo que determinó que en muchos casos las normas emitidas (Constitución, leyes, decretos legislativos, resoluciones) no guardasen coherencia entre sí. Lo segundo tiene que ver con las sucesivas modificaciones de las normas legales, que complican su conocimiento y manejo, inclusive para los profesionales del derecho. En este acápite del estudio se revisará la legislación de tierras que se ha dictado a través de los años poniendo énfasis sobre todo en los últimos meses.

4.1 Un poco de historia

El derecho de propiedad sobre las tierras en el Perú ha pasado por diferentes etapas. Así, durante el periodo colonial la acumulación de la tierra se dio fundamentalmente por las mercedes de tierras,⁷¹ que entraron bajo el control de la Corona española en la figura de los conquistadores. Este control se expresaba en dos instituciones fundamentales: la composición y la confirmación. Por Real Cédula de 1591 se reafirmó el derecho de la Corona a otorgar tierras, estando obligados los ocupantes a exhibir justos títulos de estas. Si no los tenían o eran incompletos, se podían “componer” mediante un pago a la Corona. La confirmación era el requisito formal para adquirir el pleno dominio, que era otorgado por el mismo Rey español.⁷²

Para el caso de los nativos de América, las Leyes de Indias estipulaban “[...] que a los indios se les dejen tierras [...] sobre todas las que le pertenecieren, así, en particular, como por sus comunidades, y las aguas, y riegos”.⁷³ Estas tierras comprendían las del común repartimiento y las “de propios”.⁷⁴ Se entendía que las primeras se distribuían entre los indios de la reducción para que las cultiven en su propio beneficio, y las segundas eran las tierras de los curacas quienes tenían la propiedad absoluta de ellas.

La emancipación del Perú significó “separarse” de la tutela española. Significó también dejar de lado las Leyes de Indias con sus instituciones jurídicas y dar paso a un nuevo derecho. Las normas dictadas durante esta etapa pretendieron dar solución al problema de las tierras protegiendo sobre todo a los indios; sin embargo, su contenido legal no alteró los privilegios de grupos de poder y en la práctica, no hubo cambio alguno en la situación de los pobladores indígenas.

La solución que se instauró en lo legal fue la venta de todos los terrenos del Estado, salvo los correspondientes a los indígenas, instituyendo el fraccionamiento de sus tierras comunales a favor de sus integrantes, otorgándoles derechos de propiedad individual

⁷¹ *Leyes de Indias. Recopilación de Leyes de los Reynos de Indias*. Edición facsimilar [1681]. Madrid: Ediciones de la Cultura Hipánica, 1973. . Tomado de Noejovich, Héctor Omar: “La noción abstracta de propiedad en América: Una visión desde lo Andes”. En: *Actas do XII Congreso Internacional de la Asociación de Historiadores Latinoamericanos y Europeos* (Ahila) (989-1014). Porto: Facultad de Letras, Universidad de Porto/Centro Leonardo Coimbra. 2001

⁷² Noejovich, op. cit.

⁷³ Recopilación de las Leyes de Indias (ley 18, título 12, libro 4), tomado de Noejovich, op. cit.

⁷⁴ Figallo Adrianzén, Guillermo: *Derecho Agrario peruano*. Lima: Editorial Gráfica Horizonte, 1994.

sobre las tierras que poseían. Estas normas, dictadas bajo la tutela de Simón Bolívar, y fueron oficializadas en las ciudades de Trujillo (1824) y Cusco (1825), respectivamente. El primer decreto, del 8 de abril de 1824, disponía la venta de todos los terrenos que le pertenecían al Estado, con exclusión de los poseídos por los indígenas, a quienes se les declaraba propietarios individuales de ellos. Este decreto encontraba su razón de ser en “la decadencia de la agricultura de estas provincias” y por el “desaliento con que labran las tierras, por hallarse las más de ellas en posesión precaria o en arrendamiento”, “que nada es más justo que admitir a composición, y vender todas las tierras sobrantes de las que han sido rematadas, compuestas o adjudicadas conforme a la Ley”.

El propósito era salvar la agricultura y para ello se dispuso la venta de las tierras del Estado, exceptuando aquéllas en posesión de los denominados indios, declarándolos propietarios individuales de ellas para que las puedan vender o enajenar de cualquier modo (artículo 2). A continuación, la norma señala que las tierras llamadas de comunidad se repartirán conforme a ordenanza entre todos los indios que no gocen de alguna otra suerte de tierra, quedando dueños de ellas (artículo 3). Sobre las tierras de “los propios”, es decir, de los caciques o los curacas, no se realizó mención alguna, entendiéndose que no se veían afectadas por el decreto.

Posteriormente, el 4 de julio de 1825, en el Cusco, se dio un segundo decreto, que complementa al de 1824 en lo referente a las tierras que no son llamadas de comunidad. En él se afirmaba que el uso precario que les concedió la Corona española había sido perjudicial para el progreso de la agricultura y la prosperidad del Estado. En este nuevo decreto se expresaba que la mayor parte de los naturales (indígenas) habían carecido del goce y la posesión de sus tierras y que buena parte de ellas se hallaba usurpada por los caciques y recaudadores, se agregaba que la Constitución de la República no reconocía la autoridad de los caciques, y se ordenaba que se ejecutase lo dispuesto en el artículo 3 del decreto de 1824, es decir, la repartición de tierras de la comunidad a favor de los indios. La posibilidad de venta de las tierras de la comunidad consagrada en el decreto de 1824 quedó suspendida hasta 1850, como una forma de evitar el despojo de las tierras recién adquiridas por los miembros de la comunidad.

Sin embargo, los decretos de Bolívar fueron dejados en suspenso el 14 de agosto de 1827 hasta la dación de una ley que decidiera definitivamente sobre su vigencia. Recién

con una ley del 31 de marzo de 1828, durante el Gobierno de José de la Mar, se ordenó el cumplimiento de dichos decretos, no obstante, sufrieron una importante modificación: la prohibición de venta de las tierras comunales hasta el año 1850 ya no era tal, desde ese momento estaba permitida la enajenación de las tierras otorgadas a los indios que supiesen leer y escribir en castellano.

Lo que siguió respecto del derecho de propiedad de las tierras fue lo que se denominó la “preeminencia de la ocupación” como modo de adquirir propiedad sobre ella. Esta política quedó ratificada por la ley del 24 de mayo de 1845, llamada Ley de Ocupación de Tierras, donde se afirmaba que “[...] todos los indígenas pobladores son dueños con pleno y absoluto dominio de los terrenos que cultivaren”. Además se hacía extensivo este derecho a cualquier ciudadano del Perú: “es extensiva esta gracia a todos los ciudadanos del Perú que se dediquen a poblar y cultivar”; y a los extranjeros: “[...] la gracia concedida en artículo anterior es extensiva a todos los extranjeros que ocuparen y trabajaren terrenos en esos lugares sea cual fuere la nación a que pertenezcan”. Esta norma fue prorrogada por veinte años más con la ley del 9 de enero de 1865.

Paralelamente a estos dispositivos favorables a las comunidades existían también cuerpos normativos que desvirtuaban ese reconocimiento. Prueba de ello es el Código Civil de 1852, que afirmaba, en su artículo 459: “son comunes los que pertenecen colectivamente a una corporación legalmente reconocida”.

Lo que significaba que para ser reconocido como perteneciente a una colectividad (comunidades de indígenas) se debía contar con un reconocimiento legal, paradoja normativa si consideramos que es recién a partir de 1920 que se reconoce oficialmente a las comunidades de indígenas. Este mismo cuerpo normativo afirmaba en su artículo 1194: “Ninguno puede vincular bienes en el Perú ni fundar capellanías, todas las propiedades son enajenables”.

Oscuro enunciado que afirmaba que todas las propiedades pueden ser materia de enajenación, esto es, de disposición (compra y venta), sin tomar en cuenta que existían ya para esa fecha leyes (1824 y 1825) que señalaban la inalienabilidad para el caso de tierras comunales, salvo para los casos en que los indígenas fueran alfabetos en el idioma castellano, lo que para esos años era bastante improbable.

Como evidente demostración de esta yuxtaposición de normas, la resolución del 30 de octubre de 1893 declaraba, una vez más, que los indígenas de la República son legítimos propietarios de los terrenos que actualmente poseen en virtud de las leyes de 1824 (dadas por Simón Bolívar).

En suma, desde los inicios de la República ha existido precariedad del derecho de propiedad debido a la yuxtaposición o la contradicción entre normas que regulan un mismo objeto o bien. Parece ser, como afirma Noejovich,⁷⁵ que no solo se trata de un problema de las comunidades sino de una percepción “difusa” del derecho de propiedad, como consecuencia de un mestizaje o “encuentro de dos mundos” (españoles e indígenas) que perdura hasta el día de hoy.

4.2 Tierras

El Gobierno de Alberto Fujimori significó, para el caso de la tierra el mayor giro respecto de las políticas que versaban sobre ella. Se dejaba atrás la reforma agraria y se iniciaba el proceso de liberalización de tierras, facilitando su adquisición.

Originariamente este proceso se inició con el decreto supremo 011-91-AG (31 de marzo de 1991) que aprobó medidas para alentar la producción de alimentos, garantizando la propiedad del agro y, sobre todo, facultando la transferencia libre de la propiedad de la tierra. La intención de esta norma era bastante clara en su intención pues afirmaba que era necesario dictar medidas extraordinarias (en tanto se expidiese la ley sobre la materia) para que los productores agrarios superasen la difícil situación económica que atravesaban y que ocasionaba que las escasas tierras de cultivo del país estuvieran “inexploradas o deficientemente explotadas”. La solución para salir de esta crisis consistía en promover la inversión de capitales, para lo que era necesario otorgar seguridad a la propiedad agraria y posibilitar su libre disposición.

⁷⁵ Noejovich, *op. cit.*

En efecto, esta norma permitió que sociedades anónimas, o de cualquier otra forma asociativa puedan ser propietarias de tierras; se dispuso que la propiedad agraria, cualquiera fuere su origen (comunal o pequeños propietarios), pudiese ser libremente transferida a terceros con la posibilidad de otorgarlas en arrendamiento⁷⁶ o, eventualmente hipotecarlas. Finalmente, se permitía tener propiedades de hasta mil hectáreas de tierras eriazas.

Ese mismo año se promulgó el decreto legislativo 653, que repitió mucho del contenido del anterior decreto supremo pero se ocupó de otros temas, como aguas, bosques, comercialización agraria, entre otros. Este dispositivo legal supuso la culminación del proceso de reforma agraria, ya que fue la primera norma legal que derogó su ley de creación y estableció en su reemplazo que la propiedad agraria se regularía por el Código Civil y por este decreto legislativo; lo que permitió que sociedades anónimas accediesen a la propiedad agraria. De igual manera, se permitió el arrendamiento de tierras y la conducción indirecta que estaba prohibida la Constitución de 1979.

Luego de la crisis de abril de 1992, se convocó a una Asamblea Constituyente, a la que se denominó Congreso Constituyente Democrático, el cual, con una fuerte mayoría oficialista, aprobó en 1993 una nueva Constitución. En ella el régimen agrario fue significativamente adelgazado, y reducida la protección a las comunidades campesinas. Con esta nueva Carta Política se abren las puertas y se incentiva la participación de grandes agentes económicos. Para ello era necesario otorgarles las garantías correspondientes a través de la dación de normas que diesen estabilidad y seguridad jurídica a sus inversiones. Con ese fin es que se promulga la Ley de Promoción de la Inversión en las Actividades Económicas en las Tierras del Territorio Nacional y de las Comunidades Campesinas y Nativas, más conocida como Ley de Tierras, en julio de 1995.

El objetivo era contar con un dispositivo legal que desarrolle el marco ya trazado desde 1991, con el Decreto Legislativo 653 y lo previsto en la Constitución de 1993, respecto del derecho de propiedad de la tierra, señalando sus principios básicos y fundamentales

⁷⁶ Días antes de que se publicara esta norma se aprobó el decreto supremo 05-91-AG, que afirmaba que los predios rústicos afectados por el terrorismo no podían ser declarados en abandono, pero sí arrendados a terceros. El arrendamiento de tierras, si bien no estaba permitido, era aceptado por normas de menor jerarquía que la Constitución.

sobre qué garantías deberían ser otorgadas a la actividad agraria para su aprovechamiento.

Uno de los principales cambios introducidos por esta norma fue en relación con los predios rústicos y su regulación en adelante mediante la legislación ordinaria, es decir, en el ámbito del Código Civil, lo que eliminó el carácter especial que como parte de la actividad agraria poseía.

Al mismo tiempo, la figura del abandono de tierras se restringió al incumplimiento de las condiciones y términos establecidos en la concesión que otorgaba el Estado para la explotación. Esto significó una desnaturalización de esta institución del derecho agrario que sancionaba el no uso de la tierra por su propietario.⁷⁷

Respecto de los límites máximos de propiedad sobre las tierras, se descartaron las limitaciones o restricciones a la propiedad de la tierra distintas de las establecidas en la ley, con el fin de establecer la existencia de grandes unidades agrarias que pudieran ser tecnificadas y que desarrollasen una actividad agrícola cuyo objetivo fuese exportar su producción.

Se garantizó también que cualquier persona, individuo o persona jurídica, nacional o extranjera, tendría libre acceso a la propiedad de la tierra, ratificando la prohibición constitucional de que extranjeros sean dueños o poseedores de tierras dentro de los 50 kilómetros de frontera.

En lo concerniente a la utilización del suelo o predio superficial, sin embargo, esta norma originariamente introdujo una importante novedad. Sin precedente alguno en nuestra legislación, se había impuesto la condición al empresario minero o de hidrocarburos llegar a un acuerdo previo con el propietario del suelo, sea agricultor o comunidad campesina, para usar las tierras. Sin este acuerdo previo no podría desarrollarse actividad extractiva alguna.

⁷⁷ Del Castillo, *op. cit.*, 2008.

El titular de la actividad extractiva nunca antes había necesitado del permiso del propietario del suelo para poder iniciar sus actividades; siempre fue el Estado el que le otorgaba la autorización. Sin embargo, solo unos meses después de publicada la norma original se modificó esta novedad legislativa, dejando la posibilidad de acceder a un procedimiento de servidumbre minera si no se llegaba a un acuerdo previo a la utilización del predio (Ley 26570 del 4 de enero de 1996). Luego, el Decreto Legislativo 1064 del 2008 eliminó el acuerdo previo y el procedimiento de servidumbre minera, sin embargo protestas sociales del 2009 lograron derogarlo, permitiendo que el panorama legal en este punto quedara tal cual antes de su publicación. Un total despropósito legal de parte de los operadores jurídicos del gobierno.

Esta misma norma (Ley de Tierra) se refirió a las comunidades campesinas y nativas en lo atinente a su forma de organización y disposición de sus tierras. Primero, señalaba que eran libres de adoptar el modelo de organización empresarial que decidiesen, sin estar sujetas a requisito previo alguno. Es decir, si las comunidades lo decidían, podían asumir la forma de una sociedad anónima.

Se indica también que deberán regular su estatuto comunal considerando en este la posibilidad de disposición de sus tierras en cualquier forma. Esta posibilidad era para las comunidades de la costa, la sierra y la selva. Aunque para la aprobación de los acuerdos por la Asamblea General, en el caso de la sierra y la selva la exigencia de votos a favor para disponer de sus tierras era mayor que las de las comunidades de costa.

Como se mencionó, esta importante normativa en materia de tierras agrícolas se vio modificada el 28 de junio de 2008 con el Decreto Legislativo 1064, emitido dentro del conjunto de normas legales aprobadas por el Poder Ejecutivo en virtud de la delegación de facultades legislativas otorgadas en diciembre de 2007 por el Congreso. Sin embargo este decreto fue derogado en el año 2009, pero creemos importante reseñar lo más importante de su contenido, considerando que es expresión de una política de parte del Estado peruano que apunta al no reconocimiento de los derechos de las personas que tienen relación directa con la tierra.

Dicho decreto legislativo, cuya sumilla es “Aprueba el régimen jurídico para el aprovechamiento de las tierras de uso agrario”, derogó expresamente la Ley 26505 (con

la sola excepción de los artículos 10 y 11, de los que se tratará en el acápite referido a las comunidades campesinas y nativas) y algunas partes del Decreto Legislativo 653 que se encontraban aún vigentes.

En la misma línea que la Ley de Tierras de 1995, la parte considerativa de este decreto afirmó:

[...] que busca crear condiciones necesarias para el desarrollo de la inversión privada en el sector agrario a fin de complementar los mecanismos ya existentes que impulsen el proceso de crecimiento, competitivo y sostenible, de los productores agrarios, así como promover la conservación y aprovechamiento de las tierras de uso agrario.

En seguida, continua:

[...] que con el objeto que los agentes económicos dispongan de un texto de fácil acceso que consolide el régimen jurídico de las tierras en general, es conveniente ordenar y actualizar la legislación sobre dicha materia, en aras de promover la inversión privada en la actividad agraria y la seguridad jurídica sobre las tierras.

La misma norma reconoce que su objetivo es que los “agentes económicos” tengan un dispositivo legal que los favorezca y proteja al momento de invertir en el sector agrario. Esto sin lugar dudas refleja y pone en evidencia una vez más que este tipo de legislación promovida por el Estado, busca proteger a los grandes capitales y no está pensada para los pequeños agricultores ni para las comunidades campesinas ni nativas. Se demuestra además el desprecio por la pequeña propiedad o propiedad comunal, que García expresara meses atrás en su artículo periodístico “El síndrome del perro del hortelano”:

[...] hemos caído en el engaño de entregar pequeños lotes de terreno a familias pobres que no tienen un centavo para invertir, entonces aparte de la tierra, deberán pedirle al Estado para fertilizantes, semillas, tecnología de riego y además precios protegidos.

[...] tierras ociosas porque el dueño no tiene formación ni recursos económicos, por tanto su propiedad es aparente. Esa misma tierra vendida en grandes lotes traería tecnología de la que se beneficiaría también el comunero [...].

Sobre este mismo punto, el entonces ministro de Agricultura, Ismael Benavides, recogió las ideas del presidente García, afirmando que la opción correcta es la gran empresa agraria en desmedro de la pequeña y media agricultura y que la solución para el sector partiría de pasar de lo que él denomina “agricultura marginal” (el minifundio) a la “agricultura competitiva”, es decir, la gran propiedad.

Recordemos que agencias económicas como el Banco Mundial, señalaban y reconocían que la concentración de tierras (gran propiedad) no eran tan eficientes como si se demostró que lo eran las pequeñas propiedades y más bien estas podrían tornarse perjudiciales para el desarrollo rural dada la acumulación de poder que podían detentar.

Regresando al decreto legislativo, definió lo que son tierras como todo predio susceptible de tener uso agrario, el que incluye los usos agrícola, forestal y pecuario. Según este mismo artículo, también eran tierras en el régimen agrario:

[...] las tierras de pastoreo, las tierras destinadas al cultivo de forrajes, las tierras con recursos forestales y de fauna, las tierras eriazas, así como las riberas y márgenes de álveos y cauces de ríos y, en general, cualquier otra denominación legal que reciba el suelo del territorio peruano que sea susceptible de tener uso agrario.

Respecto a la capacidad de uso de las tierras que será el Ministerio de Agricultura el que determinará su capacidad de uso mayor o pecuario o forestal: “de conformidad con lo previsto en el Reglamento de la presente norma”. La capacidad de uso de la tierra debe pensarse como una herramienta de toma de decisiones, al considerar que con ello se puede orientar y planificar el manejo apropiado de esta. Dejar esta importante herramienta a la discrecionalidad de los funcionarios del Ministerio de Agricultura, sin antes conocer las características y particularidades, es bastante riesgoso, pues se puede prestar a una serie de manipulaciones en su utilización, donde, eventualmente, los perjudicados sean, una vez más los pequeños agricultores y comunidades.

La figura del abandono de tierras también estaba regulada en esta norma (artículo VII). No obstante, esta vieja institución del derecho agrario sufría una transformación más. Si antes era equiparable al incumplimiento de las condiciones y términos establecidos en la concesión que otorgaba el Estado para su explotación en general (ley de tierra de 1995): ahora solo se refería al caso de incumplimiento de los contratos de otorgamiento de tierras eriazas, con lo cual su aplicación era más restringida de lo que era en la Ley de Tierras, siendo solo posible la figura del abandono para el caso de tierras eriazas de propiedad del Estado.

En uno de sus puntos más polémicos este decreto reguló las servidumbres sobre predios agrícolas (en sus artículo 8 y último), sin dejar en claro la forma cómo se establecerán las servidumbres en caso de actividades extractivas y, sobre todo, obviando cualquier referencia al trato directo, tal como habían dispuesto la ley 26505 y su modificatoria. Hay que tener presente, que la aplicación de servidumbres en caso de actividades extractivas son las que más conflictos ha generado en los últimos años, al reclamarse un mayor diálogo entre los propietarios (sean particulares o comunidades) y las empresas extractivas.

Como comentario general respecto del Decreto Legislativo 1064 cabe mencionar que eliminó en su momento, aspectos sustantivos como el de trato directo entre los empresarios y los propietarios de tierras para el inicio de actividades extractivas. Su orientación no dejaba lugar a dudas, “[...] establecer el marco normativo sistematizado en materia de tierras de uso agrario con el fin de garantizar la seguridad jurídica sobre éstas”. Ese marco general, como se menciona explícitamente en la norma, no es otro que el marco liberal allí establecido, es decir facilitar la gran inversión privada en tierras de todo el territorio peruano, sin disponer de medidas que aseguren derechos de otros propietarios o poseedores de tierras.

Este decreto luego fue derogado por la Ley 29382 (publicada el 19 junio 2009) ratificando la restitución de la vigencia de la Ley 26505 “ley de Tierras” de 1995. El panorama general no ha cambiado. La ley de tierras como explicábamos líneas arriba no es una norma favorable ni respetuosa de derechos, su propósito es la de promover la

gran inversión de capitales en el suelo peruano, sin embargo es menos severa que el decreto legislativo 1064.

4.3 Comunidades

La protección de las tierras comunales tiene como punto de partida la dación de la Constitución Política del 18 de enero de 1920. Para muchos autores, esto marcó un cambio social y jurídico favorable a las comunidades que, aunque insuficiente, fue al menos el inicio del reconocimiento de sus derechos.⁷⁸

El texto final aprobado fue recogido en el artículo 41 de la Constitución, que declaraba:

[...] los bienes de propiedad del Estado, de instituciones públicas y de comunidades de indígenas son *imprescriptibles* y solo podrán *transferirse mediante título público*, en los casos y en la forma que establezca la Ley (énfasis nuestro).

Con esta protección a las comunidades de indígenas se quiso acabar con la apropiación de sus tierras por parte de hacendados o terratenientes que hacían crecer sus haciendas a costa de las tierras comunales. Sin embargo, solo tres años después, a partir de 1923, en el Perú se empieza a apoyar a la burguesía industrial y al capitalismo estadounidense.

Producto de ello se facilitó la legalización de la propiedad de las tierras usurpadas a los campesinos y comunidades a favor de los nuevos latifundistas aliados del gobierno de turno. No obstante, este primer reconocimiento de la propiedad comunal significó un avance en la afirmación de sus derechos de propiedad.

Para el año 1931 se inició una serie de debates que durarían dos años y, en 1933, se aprobó una nueva Carta Política. Esta nueva Constitución significó un aumento del marco de protección de las tierras comunales iniciado en la Constitución anterior. La declara imprescriptibles e inalienables (a excepción del caso de expropiación por causa

⁷⁸ Se debe tener presente que en esta época el poblador indígena era considerado como un “menor de edad”, por lo que había necesidad de resguardarlo con medidas de carácter tutelar.

de utilidad pública). Además, añade la protección de sus tierras mediante dos figuras o atributos adicionales: *la inembargabilidad y la integridad* de las tierras. La primera es la imposibilidad de perder las tierras por embargo y remate posterior y la segunda es la protección del total (íntegro) de las tierras. Si con la Constitución de 1920 las comunidades tenían dos atributos proteccionistas, ahora contaban con cuatro. De esta forma, las comunidades gozaron con esta Carta de una mayor protección, lo que fue un avance, al menos en el plano normativo.

En relación a la enajenación de las tierras comunales, la Constitución de 1920 la permitía solo con la autorización previa de una ley; con esta nueva Constitución, en cambio, solo podía realizarse en caso de una expropiación, de lo contrario se declaraba “nula toda venta celebrada sobre dichos terrenos”.

Poco más de treinta años después de promulgada la Constitución de 1933, en el Perú se inició un proceso de reforma agraria que tuvo como gestores a las fuerzas militares. Este proceso fue iniciado por el general Juan Velasco Alvarado en el año de 1969 y buscó ser:

[...] un proceso integral y un instrumento de transformación de la estructura agraria del país, destinado a sustituir regímenes del latifundio y minifundio por un sistema justo de propiedad, tenencia y explotación de la tierra, que contribuya al desarrollo social y económico de la Nación.

Sobre este proceso, afirma Rubio:⁷⁹

Se transformó sustancialmente la concepción del derecho de propiedad, haciéndolo girar en torno a tres elementos indesligables: propiedad-tenencia-explotación directa a través del trabajo [...] estableciendo sanciones de pérdida del derecho de propiedad por usarla contra el interés social.

Para el caso de las comunidades y su derecho de propiedad, esta reforma no significó cambio alguno, así lo expresaba el artículo 116 del decreto ley 17716: Ley de Reforma

⁷⁹ Rubio, Marcial: “Modificaciones al derecho de propiedad en la legislación de reforma agraria”. *Derecho PUC* n.º 30: 169-176. Lima: Facultad de Derecho PUCP.

Agraria:⁸⁰ “El régimen de la propiedad rural de las comunidades campesinas queda sujeto al que establece el presente Decreto Ley, con las garantías y limitaciones que determina la Constitución de la República”. Es decir, las garantías de integridad, inembargabilidad, imprescriptibilidad e inalienabilidad de las que gozaban las tierras de las comunidades estaban plenamente reconocidas y se mantenían vigentes.

Sin embargo, según el artículo 125 de este mismo decreto se otorgaba a las comunidades la posibilidad de ceder sus tierras en uso a cooperativas o sociedades agrícolas de interés social, integradas unas y otras por miembros de la misma comunidad, bajo condiciones aprobadas por el Ministerio de Agricultura. Esto significó abrir una ventana respecto de la disposición de las tierras de las comunidades, es decir, inclusive en este periodo, las tierras de las comunidades podían pasar a manos de terceros en aras del “interés social”.

A fines del Gobierno Militar iniciado en 1969, el presidente Francisco Morales Bermúdez convocó a una Asamblea Constituyente que elaboró la Constitución de 1979, aprobada el 12 de julio de ese año. Dentro de esta Carta se dedica un capítulo completo a las comunidades campesinas y nativas (primera referencia constitucional a las comunidades campesinas y nativas). Se buscó seguir el camino trazado desde 1920 y se repitieron algunos alcances de las dos constituciones anteriores. Sin embargo, significaría un retroceso en relación del tratamiento tutelar de sus tierras.

A pesar de que se mantenían las garantías de inembargabilidad, inalienabilidad e imprescriptibilidad, la figura de protección del íntegro de sus tierras es eliminada en esta Carta Constitucional. En opinión de Bernales y Rubio:⁸¹

La nueva Constitución ha eliminado la garantía de integridad de la propiedad de las comunidades, lo que constituye un retroceso y un serio vacío, especialmente, porque durante muchos decenios ha sido frecuente la expoliación de sus tierras en el caso de la sierra, y porque en la selva las comunidades nativas se han visto frecuentemente invadidas por colonos [...].

⁸⁰ El nombre de las hasta entonces llamadas comunidades de indígenas se modificó por el de comunidades campesinas mediante el artículo 115.º del decreto ley 17716, Ley Marco del Proceso de Reforma Agraria.

⁸¹ Bernales, Enrique y Rubio, Marcial: *Constitución y sociedad política*. Lima: Mesa Redonda Editores, 1983.

Para el caso de la *inalienabilidad* de sus tierras, las comunidades podrían venderlas mediante una solicitud de transferencia aprobada por dos tercios de sus miembros calificados que luego debía ser autorizada por ley debidamente fundamentada por el Congreso de la República. En la práctica, durante los años en que estuvo vigente la Constitución de 1979 no se presentó un solo caso de una comunidad que buscara la venta de sus tierras. La segunda forma de disposición de sus tierras era la expropiación por el Estado por necesidad y utilidad pública.

Por otro lado, durante la vigencia de la Constitución de 1979 se aprobaron tres cuerpos normativos, aún vigentes, con artículos referidos a las comunidades campesinas: el Código Civil de 1984, y dos importantes leyes, promulgadas durante el primer Gobierno de Alan García en 1987: la Ley 24656: Ley General de Comunidades Campesinas, y la Ley 24657: Ley de Deslinde y Titulación del Territorio Comunal.

El Código Civil de 1984 recoge lo que estaba reconocido en las tres constituciones políticas anteriores (1920, 1933 y 1979) las cuales establecían de manera similar que las tierras de las comunidades eran inalienables, imprescriptibles e inembargables. Así, el artículo 136 recoge una tradición constitucional sobre las garantías de las que gozan las tierras de las comunidades:

[...] las tierras de las comunidades son inalienables, imprescriptibles, e inembargables, salvo las excepciones establecidas por la Constitución Política del Perú. Se presume que son propiedad comunal las tierras poseídas de acuerdo al reconocimiento e inscripción de la comunidad.

La Ley 24656, Ley General de Comunidades Campesinas deriva el tratamiento legal de las tierras de las comunidades a la Ley 24657, Ley de Deslinde y Titulación del Territorio Comunal; sin embargo, es preciso destacar que la Ley General de Comunidades Campesinas también recoge en su articulado las garantías proteccionistas históricamente reconocidas en las cartas políticas nacionales. En su artículo 7, esta ley señala:

[...] las tierras de las comunidades campesinas son inembargables e imprescriptibles; también inalienables, salvo previo acuerdo de por lo menos

dos tercios de los miembros calificados de la comunidad, reunidos en asamblea general expresa y únicamente con tal finalidad. El acuerdo deberá ser aprobado por ley fundada en el interés de la comunidad y deberá pagarse el precio en dinero por adelantado.

El fraseo del artículo da cuenta de una similitud con lo estipulado en la Constitución de 1979, sin embargo, esta ley va más allá pues en su artículo 1 expresa que el Estado garantiza la integridad del derecho de propiedad del territorio de las comunidades campesinas, con lo cual finalmente estaría muy cerca de lo dispuesto por la Constitución de 1933, en la cual las garantías proteccionistas de las tierras comunales eran cuatro (inembargabilidad, imprescriptibilidad, inalienabilidad e integridad) y no tres, como señala la Constitución de 1979.

Por su parte, la ley 24657, Ley de Deslinde y Titulación del Territorio Comunal, establece en su 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.

Se debe señalar que aunque estas normas fueron dadas durante la vigencia de la Constitución de 1979, permanecen sin ser derogadas.

Entrada la década de 1990, en el Perú se inició un nuevo proceso democrático. Sin embargo, dos años después este se ve interrumpido por un golpe de Estado encabezado por el mismo Presidente de la República, que en ese entonces era Alberto Fujimori. Este Gobierno necesitaba una Constitución que le diera el marco normativo y legal a las reformas que tenía previsto. Así se aprueba la Constitución de 1993, la que sigue vigente.

Esta nueva Carta expresa el mayor retroceso en cuanto a la defensa de las tierras de las comunidades desde que se inició esta protección. Esta ha sido reducida y ha quedado

solo la imprescriptibilidad como defensa de las tierras comunales. La Constitución de 1993 establece la libre disponibilidad de las tierras de las comunidades en el artículo 89⁸², con lo cual estas pueden ser vendidas, cedidas, donadas, etc.; lo que significa que dejan de ser inalienables.

La propuesta de esta nueva Constitución respecto de las tierras de las comunidades se basaba, según sus mismos creadores, en la apuesta por una modernización del agro, ya que las comunidades se encontraban retrasadas en su forma de vida, dado que no contaban con créditos ni préstamos bancarios porque no pueden entregar sus tierras como garantía a una entidad bancaria o comercial. La modernización del agro se basaba entonces en facilitar la disposición y venta de las tierras comunales para que pudieran obtener el dinero suficiente para poder desarrollar su agricultura.

Hay que tener presente que la liberalización de las tierras o de la propiedad agraria empezó con el Decreto Legislativo 653, Ley de Promoción de las Inversiones en el Sector Agrario, dos años antes de la Constitución de 1993.

Estableció esta norma que la propiedad agraria, cualquiera sea su origen, puede ser libremente transferida a terceros; se autoriza a las sociedades anónimas a ser propietarias de tierras y se instaura la conducción indirecta de los predios agrícolas.

La norma que terminaría de configurar la figura de la libre disponibilidad de las tierras, fue la Ley 26505, aprobada en 1995, afirmando como se ha señalado líneas arriba que la propiedad de la tierra no tendrá límites en cuanto a su tamaño, favoreciendo su acumulación o concentración.

Con esta norma las comunidades pueden disponer de sus tierras, aunque estableciendo requisitos diferentes para ello. Las comunidades ubicadas en la sierra y la selva deben contar con el voto aprobatorio de dos tercios del número total de comuneros calificados y para las ubicadas en la costa basta con la votación a favor de no menos del cincuenta

⁸² Artículo 89.º: 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.”

por ciento de los comuneros asistentes a la Asamblea poseedores por más de un año de tierras comunales. Este procedimiento fue puesto luego en duda con la promulgación de los decretos legislativos 1015 y 1073, que se revisarán más adelante.

No obstante, una virtud de esta norma fue la introducir la obligación de los empresarios mineros de llegar a un acuerdo con los propietarios de los predios, sean agricultores o comunidades, antes de iniciar cualquier actividad minera alguna. Rápidamente modificada por presión de grandes grupos económicos, se logró introducir la figura del acuerdo previo con el propietario del predio para el inicio de actividades o si no fuera posible ello la opción del procedimiento de servidumbre minera. Sin embargo estas dos figuras fueron eliminadas por el Decreto Legislativo 1064 del 2008 que luego fue derogado peor esta vez por presión social de las poblaciones nativas. Quedando vigente la Ley de Tierras de 1995.

El perro del hortelano

Ya hemos mencionado que el presidente García se encargó de difundir los lineamientos políticos y doctrinarios de su gobierno en su artículo sobre el síndrome del perro del hortelano, para el caso de las tierras de las comunidades, afirmaba:

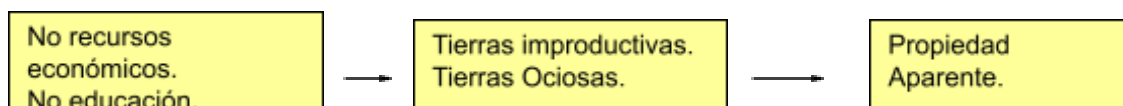
Además existen verdaderas comunidades campesinas, pero también comunidades artificiales [...] sus habitantes viven en la extrema pobreza [...] esperando que el Estado les lleve toda la ayuda en vez de poner en valor sus cerros y tierras, alquilándolas, transándolas porque si son improductivas para ellos, sí serían productivas con un alto nivel de inversión o de conocimientos que traiga un nuevo comprador.

[...] tierras ociosas porque el dueño no tiene formación ni recursos económicos, por tanto su propiedad es aparente. Esa misma tierra vendida en grandes lotes traería tecnología de la que se beneficiaría también el comunero, pero la telaraña ideológica del siglo XIX subsiste como un impedimento.

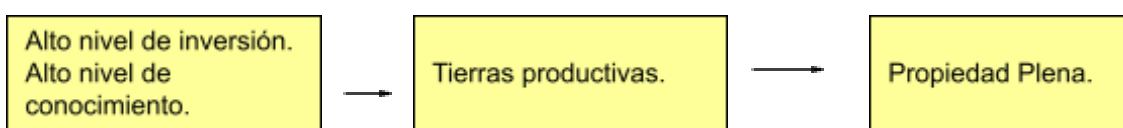
Asevera, entonces, que las tierras de las comunidades podrían ser productivas con inversión privada, con lo que se acepta que las tierras actualmente no son productivas. Añade que son “tierras ociosas porque el dueño no tiene formación ni recursos económicos, por tanto su propiedad es aparente”. Termina afirmando que “esta tierra

venta traería tecnología que beneficiaría al comunero”. En el siguiente gráfico se puede observar al detalle la clasificación que se propone en el citado artículo sobre el perro del hortelano. El primer grupo se refiere a la actual situación de las tierras de las comunidades, según la visión presidencial, en el segundo se presenta la solución al problema de la pobreza de las comunidades.

Situación actual de las tierras de las comunidades



Solución propuesta en “El síndrome del perro del hortelano”



Dos meses después de publicado este artículo periodístico, el Congreso de la República, mediante la Ley 29157 del 18 de diciembre de 2007, delegó al Poder Ejecutivo la facultad de legislar por un plazo de 180 días calendario sobre materias relacionadas con la implementación del Acuerdo de Promoción Comercial Perú-Estados Unidos. Sin embargo, el Gobierno, excediéndose en esta facultad, normó más allá de lo previsto, regulando temas que no tenían relación alguna con el tratado. Las reformas planteadas en estos decretos legislativos apuntaron más bien a consolidar la propuesta de modelo económico que el presidente Alan García trazara en sus célebres comentarios sobre el perro del hortelano.

Sólo dos meses después de publicado el artículo del Presidente de la República, en diciembre de 2007 el Congreso de la República delegó facultades especiales al Poder Ejecutivo para que pudiera legislar a favor de la implementación del Acuerdo de Promoción Comercial entre Perú y Estados Unidos - TLC. En el marco de estas facultades, entre marzo y junio de 2008, se aprobaron 99 Decretos Legislativos, 26 de los cuales tenían una relación directa con la actividad agraria y de estos hasta 6 versaban

sobre las tierras de las comunidades campesinas y nativas (decretos 994, 1015, 1064, 1073, 1089 y 1090). Evidentemente estos Decretos eran producto del discurso presidencial expuesto meses antes.

El consenso generalizado alrededor de estas normas es que tienen consecuencias sociales y económicas. En efecto, estas medidas legislativas ahondan más la brecha social existente pues pretende transferir los recursos (la tierra) de los que menos tienen (campesinos y comunidades) a aquellos con capacidad de invertir (grandes inversionistas) para aprovecharlos con mayor “eficiencia”⁸³.

Estas seis normas tienen en común que facilitan la disposición de las tierras de las comunidades campesinas y nativas. El Decreto Legislativo 994, orientado a las tierras de las comunidades ubicadas en la costa, promueve la irrigación de tierras eriazas con aptitud agrícola con la finalidad de ampliar la frontera agrícola. El mayor de los problemas de esta norma es que exige el título de propiedad a las comunidades para demostrar que son dueñas de las tierras eriazas que poseen, sin tomar en cuenta que es el Estado peruano el que tiene que otorgárselos pero que hasta la fecha de hoy, luego de 17 años de aplicar un programa de titulación de tierras, no ha podido cumplir.

Los decretos 1015 y 1073, este segundo decreto modificó con poca fortuna el 1015, tenían como objetivo promover y facilitar la inversión privada en tierras de las comunidades campesinas y nativas ya que – según la fundamentación de la norma - las formas de decisión para disponer de ellas (gravar, arrendar, vender o ejercer cualquier otro acto) había generado dificultades – a los comuneros - para ejercer un verdadero derecho de propiedad. La propuesta fue eliminar estas supuestas formas desventajosas para que mediante la reducción en el porcentaje de comuneros al momento de tomar la decisión sea más fácil disponer de ellas. No tomó en cuenta la norma que disponiendo de la tierra, como se pretende con estos decretos, solo generaría mayor pobreza dado que el mayor capital que poseen las comunidades es justamente la tierra. Sin tierra las comunidades y los comuneros no tienen posibilidad de existir.

El decreto 1064 planteó un cambio en las reglas de juego respecto al uso de las tierras de las comunidades. Esta norma eliminó el acuerdo previo entre el propietario de la tierra y

⁸³ Informativo Legal Agrario N° 24 “El agro peruano y los decretos legislativos de 2008”. CEPES. 2008.

el inversionista como requisito para el inicio de actividades mineras o de hidrocarburos imponiendo servidumbres legales u obligatorias. Evidentemente con este cambio los conflictos con las comunidades por la explotación de los recursos minerales ubicados dentro de sus tierras irían en aumento dado que ellas se verían impedidas de negociar con las empresas extractivas por la utilización de sus tierras. Esta misma norma excluyó las tierras eriazas (tierras no cultivables por exceso o falta de agua) del territorio comunal, que eran reconocidas en leyes especiales como parte de su propiedad.

El decreto legislativo 1089, otorgó facultades especiales al organismo de formalización de la propiedad informal - COFOPRI - para que durante 4 años titre los predios rústicos (las comunidades están dentro de esta calificación). No obstante el peligro de esta norma radica en que la información gráfica de este organismo administrativo prevalecerá sobre aquellos que figuren en el registro de predios; lo que eventualmente significaría vulnerar la seguridad jurídica de la propiedad comunal. Esta medida va en contra del sistema registral peruano vigente que señala que un asiento registral sólo puede ser rectificado o invalidado previa declaración judicial y nunca por un ente administrativo como es COFOPRI.

Finalmente respecto al decreto legislativo 1090, dedicado más a tierras de las comunidades nativas, tuvo como principal problema el cambio de usos de las tierras forestales para promover los biocombustibles en la Amazonía. Hay que señalar que en el Perú el derecho de propiedad de las comunidades nativas no es por toda la extensión de tierras que ocupan y usan para su subsistencia, si no solamente de una porción que es el área que usan con fines agrícolas, por lo que el temor a no manejar los recursos que hay dentro del territorio que habitan fueran de los límites de su propiedad era latente.

Las protestas frente a este paquete normativo no se hicieron esperar. Primero las comunidades nativas, luego las campesinas e inclusive instituciones como la Defensoría del Pueblo se pronunciaron en contra de estas medidas. La mayor de las razones para protestar fue que este conjunto de normas no habían sido consultadas tal como lo prevé el Convenio 169 de la OIT – del que el Perú es firmante – por lo que su aplicación tendría que ser inmediata. Efectivamente el Convenio obliga a los Estados partes a consultar a los pueblos indígenas (para el caso peruano son las comunidades nativas y campesinas) sobre cualquier medida legislativa que las afecte. Sin embargo hay que

tener presente que el Convenio no sólo versa sobre el derecho a la consulta sino que obliga a los Estados firmantes a respetar el derecho de propiedad y uso sobre las tierras que poseen los pueblos indígenas, y tal como hemos señalado líneas arriba el derecho de propiedad y la utilización de las tierras estaban en peligro con estos decretos.

La paralización de las comunidades nativas de la amazonía se inició ni bien promulgados los decretos legislativos. Un mes después, la protesta era tal que el Congreso de la República no tuvo más remedio que derogar los decretos 1015 y 1073. En agosto de 2008 el Congreso se comprometió a formar una Comisión Multipartidaria cuyo objetivo era emitir un informe sobre los decretos legislativos que luego sería discutido en el pleno del Congreso para revisar la pertinencia o no de la derogatoria de los decretos restantes lesivos de los derechos de las comunidades. El plazo que tenía esta Comisión para presentar dicho informe vencía en diciembre del mismo año, sin embargo por diversos motivos – ajenos a las comunidades - este plazo fue modificado hasta en tres oportunidades. Para el 24 abril de 2009 cuando todo hacía pensar que por fin se presentaría el Informe en el pleno del Congreso el Presidente de este poder del Estado decide no hacerlo.

Las protestas ante este despropósito se intensificaron y más poblaciones de la amazonía se sumaron a ella.

En este punto del problema la respuesta del gobierno fue crear Mesas de Dialogo con la intención de resolver el conflicto. Estas Mesas fueron recibidas en general como una buena medida para lograr una solución satisfactoria para las comunidades, sin embargo al poco tiempo se comprobó que estas no resolvían la conflictividad surgida ni atendían las demandas detrás de las protestas.

Hay que tener en claro que las protestas de poblaciones nativas surgieron a raíz de las medidas legislativas que vulneran los derechos de propiedad sobre sus tierras y bosques, que como hemos señalado líneas arriba es la traducción del discurso presidencial “El síndrome del perro del hortelano”

En efecto, los constantes retrasos para discutir la derogatoria de los decretos en el pleno del Congreso colmaron la paciencia de estas poblaciones, sumándose a ello la falta de

voluntad política del gobierno para abordar el problema, que se evidenció aún más luego que de conformadas las Mesas de diálogo se comprobó que estas no resolvían nada.

La creación de las Mesas demostró dos cosas, primero que los conductos formales para atender las demandas de las poblaciones son insuficientes o inexistentes, y segundo sirven para dilatar permanentemente la solución de los conflictos.

Luego de casi un año de protestas y de los lamentables sucesos en Bagua⁸⁴, el Congreso de la República derogó dos decretos más el 1064 y el 1090. Al derogarse estos decretos, leyes que ya habían sido dejadas de lado han sido restituidas y han recobrado su vigencia.

Cuadro resumen de la situación Jurídica de los Decretos Legislativos		
Norma	Contenido	Estado
Decreto Legislativo 994	Promueve la inversión privada en proyectos de irrigación para la ampliación de la frontera agrícola.	Vigente
Decreto Legislativo 1015	Unifica los procedimientos de las comunidades campesinas y nativas de la sierra y de la selva con los de la costa para la disposición de sus tierras	Derogado
Decreto Legislativo 1064	Régimen jurídico para el aprovechamiento de tierras de uso agrario	Derogado
Decreto Legislativo 1073	Modifica el decreto legislativo 1015	Derogado
Decreto Legislativo 1089	Establece el régimen temporal extraordinario de formalización y titulación de predios rurales	Vigente
Decreto Legislativo 1090	Ley forestal y de fauna silvestre	Derogado

⁸⁴ En la zona de Bagua (región amazónica del Perú), nativos y policías se enfrentaron el 5 de junio de 2009, con un saldo que cobró la vida de varios peruanos.

En efecto, se han restituido la Ley Forestal y de Fauna Silvestre, Ley 27308 (julio 2000), lo mismo que la Ley 26505 (julio 1995) conocida como la Ley de Tierras y también el Decreto Legislativo 653 (agosto 1991), Ley de promoción de las inversiones en el sector agrario. Así, el panorama legal para las comunidades campesinas y nativas regresa al momento anterior de publicados estos decretos cuestionados.

Durante este periodo, en marzo de 2009, el Congreso de la República aprobó la Ley N° 29338 - Ley de Recursos Hídricos- que reemplaza a la antigua ley de agua del año 1969. Esta nueva ley aumento la desconfianza de las poblaciones amazónicas sobre la privatización de tan importante recurso, que sumadas al temor de la perdida de sus tierras hizo que la incluyeran en sus demandas exigiendo también su derogatoria.

En resumen, en esto dos últimos años se ha dado una nueva arremetida por parte del Estado peruano en contra de las comunidades campesinas y nativas. Se pone en entredicho la propiedad de sus tierras y el uso de recursos importantes para su subsistencia como son los bosques y el agua. Sin embargo, en un fenómeno que esta aún por explicarse, las comunidades han reaccionado firmemente y han logrado paralizar medidas que vulneraban sus derechos. Actualmente las comunidades han suspendido las protestas y movilizaciones y el gobierno una vez más esta dilatando las negociaciones, por lo que la solución al conflicto aún parece estar lejana.

Revisada la legislación sobre las tierras de las comunidades se puede afirmar que no existen mecanismos de protección de su derecho a la tierra. Desde la eliminación en la Constitución de 1993 de las garantías proteccionistas de las que habían gozado las comunidades a partir de la Constitución de 1920, dejando solo la imprescriptibilidad, se aprecia la vulneración sistemática de sus derechos sobre ellas. Quedan por crear nuevos mecanismos que intenten frenar este despojo sistemático de sus tierras. Tal vez la aplicación del derecho a la consulta propuesto por el Convenio 169 de la OIT sea una salida (recomendada por el Tribunal Constitucional en un fallo de febrero de 2009. Ver capítulo II); sin embargo, su implementación y desarrollo pasará siempre, necesariamente, por la voluntad de los agentes políticos del gobierno de turno.