

EL SISTEMA DE TITULARIDAD DE LOS RECURSOS NATURALES DEL SUBSUELO EN EL PERÚ Y SUS CONSECUENCIAS NEGATIVAS EN LAS COMUNIDADES CAMPESINAS DE LOS ANDES

Richard O'diana Rocca
Facultad de Derecho, PUCP

Categoría egresados

Existen básicamente dos sistemas de titularidad sobre los recursos minerales: el sistema dominalista, que separa la propiedad del suelo de la propiedad del subsuelo; y el sistema de accesión o fundiario, que unifica la propiedad de suelo y subsuelo. Muchas veces aquellos que viven en los suelos ricos en minerales son las comunidades campesinas que se ubican en los Andes. Estas tienen una relación absolutamente desequilibrada con las empresas extractivas.

Nuestra hipótesis sostiene que el vigente sistema de dominio minero en el Perú aumenta el desequilibrio entre empresas extractivas y comunidades campesinas de los Andes por las siguientes razones: en primer lugar, no recoge la propia visión y relación que tienen estas últimas con sus tierras (un derecho de propiedad familiar que permite usar y disfrutar un bien, mas no enajenarlo sin permiso de la comunidad); en segundo lugar, el sistema dominalista prioriza la aplicación del derecho civil -que presenta remedios ineficientes para salvaguardar derechos - en la negociación directa por el acceso al suelo; finalmente, el sistema dominalista aumenta el desequilibrio entre empresas y comunidades debido a que desplaza al Estado en su rol de garante de los derechos de los ciudadanos.

Sin embargo, el sistema alternativo de accesión o fundiario también resulta perjudicial para las comunidades campesinas de los Andes, ya que al consolidarse la propiedad de suelo y subsuelo se estaría repitiendo los efectos negativos de la negociación directa del sistema dominalista. Por ello, es que debe buscarse una propuesta alternativa a los dos sistemas clásicos.

I. Introducción

El Perú, en los últimos años, ha ido forjando una identidad y orgullo nacional basados en su diversidad, sus costumbres, su gastronomía y, sobre todo, en su condición de país exportador. La biodiversidad y la Amazonía (llamada «el pulmón del mundo») son, así mismo, consideradas *comodities* o cifras que favorecen al PBI. Dentro de esta diversidad también destacan los 54 pueblos indígenas reconocidos por el Estado mediante la Base de Datos de Pueblos Indígenas del Ministerio de Cultura (2015).

El encuentro entre minería y pueblos indígenas (los que muchas veces se ramifican en comunidades nativas o campesinas) origina constantes disputas, recientemente etiquetadas

como «conflictos sociales». Esto sucede, ya que generalmente las fuentes de las cuales se extraen recursos como los minerales o los hidrocarburos se encuentran en territorio de estos pueblos. Según la Defensoría del Pueblo (2013), de los 148 conflictos socioambientales activos y latentes identificados, 107 (72,3%) están relacionados a la actividad minera (p. 13). En este trabajo, hemos decidido centrarnos en una de las aristas de los conflictos mineros: las consecuencias de la forma actual de repartición de la titularidad minera.

Tal cual está diseñado el sistema, los recursos minerales del subsuelo le pertenecen a la nación, representada por el Estado, el cual entrega estos recursos a privados en forma de concesión. Esto obliga a los concesionarios y empresas privadas a buscar acuerdos con los dueños del terreno debajo del cual se encuentran los minerales. Estas negociaciones se dan entre los actores tan disímiles como las empresas mineras y las comunidades, generalmente, las comunidades campesinas de los Andes. El problema que genera el sistema de titularidad minera, tal como está diseñado, es que tiende a aumentar la brecha de diferencia entre comunidades y empresas extractivas. Así, el sistema jurídico provoca que dos entidades tan desequilibradas se sienten a negociar por un mismo bien jurídico.

Es así que la hipótesis que responde al problema principal sostiene que el sistema peruano vigente, el cual es predominantemente minero, requiere que el propietario de la tierra y el concesionario minero negocien directamente por el acceso al suelo, y esto agrava el desequilibrio que existe entre empresas extractivas y comunidades campesinas de los Andes (en cuyos territorios se concentra casi la totalidad de actividad minera), por las siguientes tres razones: en primer lugar, no reconoce la propia visión y relación con la tierra que tienen las comunidades campesinas como pueblos indígenas o tribales; en segundo lugar, privilegia la aplicación del derecho civil, el cual no presenta mecanismos idóneos para proteger. Los derechos de las comunidades y finalmente, socava la presencia del Estado como ente garante de la debida consecución de las actividades económicas del país y del respeto de los derechos de las comunidades. A continuación, intentaremos desarrollar la presente hipótesis a fin de comprobarla, no sin antes presentar algunos conceptos de vital importancia.

2. Conceptos previos

2.1. Las comunidades campesinas: actores en una encrucijada.

Los actores sociales por excelencia en terrenos ricos en minerales son las comunidades campesinas. Estos se encuentran mayormente en los Andes, zona rica en minerales. En la Constitución Política de 1993, estas comunidades son reconocidas legalmente y reciben la categoría de persona jurídica. Además, se reconoce su identidad cultural, su autonomía para organizar el trabajo comunal, y el uso y libre disposición de sus tierras, tanto en lo económico como en lo administrativo. A diferencia de constituciones anteriores, esta sólo reconoce la imprescriptibilidad de sus tierras, mas no la inalienabilidad de las mismas (artículo 89°). Esta última característica es fundamental para entender la problemática de la venta de tierras por el acceso al suelo en actividades mineras, ya que actualmente la Constitución no pone ninguna traba para enajenar tierras de una comunidad campesina a un tercero. La definición de la Ley de Comunidades Campesinas (ley N° 24656, 1987) establece lo siguiente:

Artículo 2.- Las Comunidades Campesinas son organizaciones de interés público, con existencia legal y personería jurídica, integrados por familias que habitan y controlan determinados territorios,

ligadas por vínculos ancestrales, sociales, económicos y culturales, expresados en la propiedad comunal de la tierra, el trabajo comunal, la ayuda mutua, el gobierno democrático y el desarrollo de actividades multisectoriales, cuyos fines se orientan a la realización plena de sus miembros y del país

Como vemos, destacan algunas características de la comunidad campesina: conformada por familias, en control de determinado territorio, vínculos ancestrales de naturaleza social y cultural, propiedad comunal de tierra y trabajo comunal. Lo que no menciona esta definición oficial es una característica que está más arraigada en el prejuicio: que las comunidades campesinas son netamente de los Andes o de la Sierra.

Esto se debe a que, si bien la mayoría de comunidades campesinas se encuentra en la Sierra, algunas de estas comunidades se ubican también, en la costa, muy cerca de Lima. Por ejemplo, existen dos comunidades en distritos de la capital como Villa el Salvador y San Juan de Lurigancho: comunidad campesina de Yanavilla y comunidad campesina de Jicamarca, respectivamente. Incluso, una de las comunidades campesinas más famosas de la Costa está ubicada en el balneario de Asia, famosa por haber negociado tierras en el marco de la construcción de centros comerciales en dicho balneario. Esta disrupción motivó que, por ejemplo, se promulgara la Ley de Titulación de las Tierras de las Comunidades Campesinas de la Costa (Ley N° 26845, 1997).

Para efectos de este trabajo, partiremos del género de «comunidad campesina» pero nos centraremos en estudiar solamente a las comunidades campesinas andinas o comunidades campesinas de la Sierra, debido a que la actividad minera se concentra mayormente en dicha zona del país. Por ello, nos concentraremos en presentar definiciones y características propias de las comunidades campesinas de los Andes o de la Sierra.

A lo largo del debate académico, han existido distintas aproximaciones al concepto de comunidad campesina. El abogado Antonio Peña Jumpa propone:

[...] un grupo social integrado por campesinos andinos, identificados económica, social, cultural e históricamente dentro de un espacio territorial y que, más allá de una relación individual-familiar que destaca en sus actividades, desarrollan una interacción colectiva para provecho de todos los miembros. (Defensoría del Pueblo, 2013, p. 13)

Mientras tanto, el economista Efraín Gonzales de Olarte ensaya otra definición:

La comunidad campesina es ante todo un conjunto de relaciones interfamiliares de producción y trabajo, definida por la disponibilidad de recursos (tierra, ganado, pastos, agua, herramientas) que tiene cada familia y la comunidad, y por la tecnología existente, dadas ciertas condiciones ecológicas y climáticas. (p. 13)

Harald Mossbrucker (1990) recoge algunos elementos identificadores que nos aproximan al concepto de comunidad campesina:

- (a) Es una administradora de recursos.
- (b) Es una asociación de familias que tiene como objetivo utilizar los recursos colocados bajo la administración de la institución.
- (c) En la actualidad, cuando existe, es por regla general una de las condiciones para que los campesinos miembros puedan participar en el mercado.

(d) Es un instrumento para la solución racional de los problemas de los campesinos que la conforman. Explicaciones que vean en ella motivaciones irracionales o puramente espirituales como apego a las tradiciones, supervivencia de la cultura andina, etc., no son explicaciones; al menos no científicas (p. 13)

Como vemos, se destaca en primer lugar que las comunidades campesinas son un grupo o asociación de personas. Sin embargo, entre ellas tienen un doble tipo de relación: una familiar y otra comunal. Podemos apreciar, entonces, que una de las principales variables de las comunidades campesinas de los Andes es la presencia simultánea de un ámbito familiar y un ámbito comunal. A partir de esta duplicidad los miembros de las comunidades ejecutan actividades como el uso y administración de recursos, actividades culturales, solución de conflictos, entre otras.

Otra característica central de las comunidades campesinas de los Andes es la presencia de una Asamblea Comunal, que es el elemento más importante de toda comunidad y en la cual se toman las decisiones más importantes de la vida comunal, como la elección de las autoridades, la aplicación de justicia, la administración de los recursos naturales y los turnos de siembra o lo relacionado a la defensa ante amenazas externas. Sobre la participación de los comuneros en dicha asamblea, algunos autores señalan que son los comuneros activos, viudas y ancianos (Plaza y Francke, 1998) quienes participan, mientras que otras posturas precisan que son los representantes de las familias (Peña, 1998)

A nivel de justicia, es la comunidad la que interviene en la resolución de conflictos entre comuneros, lo que genera, por un lado, un «código normativo», que regula los comportamientos y no siempre es escrito y, por otro lado, un «código de sanciones», donde se encuentran los castigos (Plaza y Francke, 1998, p.67)

Plaza y Francke (1998) determinan la importancia del aspecto comunal en las comunidades campesinas:

[...]lo comunal brinda a las familias una serie de condiciones y posibilidades para que estas desarrollen su producción, y por otro lado controla las formas y los límites dentro de los cuales esta producción familiar puede realizarse. Esta relación es, por lo tanto, inherente a la forma de producción de las familias campesinas dentro de la organización comunal (p.57)

Pero lo comunal no sólo destaca como guardián de lo producido por la comunidad, sino que además permite la defensa de los recursos, modos de vida, cultura, organización y gobierno de la comunidad y las familias frente al exterior (Plaza y Francke, 1998, p.69). En otras palabras, el aspecto comunal resulta vital para defender al conjunto de familias de alguna amenaza externa. Si bien hay muchas familias dentro de la comunidad, entre las mismas existe un sentido de unidad que resalta cuando se presenta algún tipo de peligro común.

Si bien las facultades de administración de la tierra de las comunidades están sujetas a controles comunales, la mayoría de las tierras aptas para la agricultura de las comunidades se encuentra bajo posesión privada familiar (Plaza y Francke, 1998, p.59). Los espacios comunales, tales como los pastos y andenes comunales, son mínimos a comparación de los espacios familiares (Peña Jumpa 1998, p. 67)

De ahí radica la importancia de la figura de la familia dentro de la comunidad campesina. A nivel económico, la familia es tanto una unidad de producción como de consumo que man-

tiene un sistema de autosuficiencia (Plaza y Francke, 1998, pp.76-77), mientras que a nivel de organización de la comunidad, la familia es la cédula básica de decisión y trabajo que presenta dos conjuntos de relaciones: las relaciones dentro de la familia nuclear (padres e hijos) y las relaciones entre la familia nuclear y la familia extendida (abuelos, tíos, primos, padrinos, compadres) (Peña Jumpa, 1998, p.69).

Tanto lo familiar como lo comunal tienen características fundamentales para las familias de la comunidad y el funcionamiento de la misma. Pero ambos elementos pueden llegar a chocar en determinadas ocasiones, generando tensión (Peña Jumpa, 1998, p.73) y hasta contradicción (Plaza y Francke, 1998, 90) dentro de las comunidades.

Sobre la supuesta contradicción entre el aspecto comunal y el aspecto familiar dentro de las comunidades campesinas de los Andes, Peña Jumpa (1998) señala que se trata de «una contradicción que se complementa, que hace girar el ritmo de la comunidad hacia una dirección, sin perder su identidad» (p.74). Plaza y Francke (1998) también son más positivos que negativos en relación a este supuesto choque, precisando que «la comunidad campesina no existe si le falta uno de estos dos elementos (lo comunal y lo familiar), y tampoco puede ser aprehendida conceptualmente con el olvido de uno de ellos» (p.57)

De todas formas, debe reconocerse que en los últimos años el aspecto comunal de las comunidades ha ido perdiendo fuerza. De esta forma, el control social comunal que ejerce la comunidad sobre la familia se ha venido reduciendo paulatinamente, conforme la comunidad limitaba el crecimiento de las familias (Burneo, 2005, pp. 1-2). Así, en las últimas décadas algunos elementos en teoría fundamentales sobre la institución comunal han variado sustantivamente, en especial el tema de la propiedad de espacio comunal (Urrutia, 1992, pp. 1-2).

La institución comunal ha venido atravesando una situación de resquebrajamiento, lo que, por ejemplo, se grafica en el hecho que las familias recurren a jueces comunes y no a la comunidad cuando tienen conflictos (Del Castillo, 2003, pp. 95-96). Aunque debe reafirmarse que no solo presenciamos un paulatino cambio en las costumbres de las comunidades, sino que la imagen que se tiene de las comunidades campesinas es también una que se ha manejado con más prejuicio que estudio.

Como toda entidad social, la comunidad campesina ha mutado en el tiempo y no podía ser reducida a ser descrita con un par de adjetivos, Se trata de estamentos complejos cuya definición o características variaban dependiendo del enfoque con el cual se decidía estudiarlas. Jaime Urrutia explica bien este viraje a lo largo de los años (Urrutia, 1992, pp. 4-12) a principios de los años 20 se homogeneizaba el modelo de comunidad como aquel ente con propiedad colectiva de la tierra y acceso igualitarios a pastos y agua; en los años cuarenta se empieza a rectificar esta visión homogeneizadora con los artículos del *Handbook South American Indians*. Mishkin, en especial, duda de la utopía comunera señalando que el concepto de familia se impone sobre cualquier concepto de comunidad; en los cincuenta e inicios de los sesentas, se produjeron trabajos académicos con una visión culturalista que consideraba a las comunidades campesinas como depositarias de lo «auténticamente indígena»; en los sesentas y setentas, se presentan trabajos de antropología aplicada que hace referencia a la pérdida de cohesión e integración de las comunidades campesinas; finalmente, la reforma agraria de Velasco mantuvo viva la visión homogeneizadora de las comunidades, lo que hizo difícil ya derrumbar el mito del comunero.

La concepción tradicional de las comunidades campesinas viene cambiando. De esta forma, Laureano del Castillo (1992) señala lo siguiente:

La visión romántica de la comunidad como un reducto donde se conservaran intactos los valores de solidaridad y una democracia tradicional, organizados alrededor del trabajo colectivo de la tierra, viene siendo cuestionada hace tiempo. [...] Resultaría un contrasentido hablar de desarrollo comunal si pretendemos que ellas permanezcan iguales. Las aparentemente superadas posturas indigenistas que vieron a las comunidades como "relictos culturales" o "guardianes de la tradición" cobran vigor si tratamos de defender a estas organizaciones de la "contaminación" del mercado, encerrándolas en sí mismas y evitando que participen de mecanismos económicos imperantes en la sociedad (pp. 46-47).

Finalmente, Del Castillo (1992) apunta tres hechos que ejemplifican el fin de la estructura típica de las comunidades: la independización de anexo comunales, la parcelación de las comunidades campesinas, y el hecho que muchas comunidades se están convirtiendo en distritos (pp. 46 y 48).

Justamente uno de esos puntos que menciona Del Castillo genera debate académico: la propiedad en las comunidades y el reciente fenómeno de parcelación o titulación individual. El problema de la titulación tiene una variante logística y una variante de concepción de derechos. En materia logística, la titulación de comunidades nunca ha sido prioridad a la hora de establecer políticas públicas. De esta forma, la titulación pasó del PETT al COFOPRI a mediados de los años noventa y ahora ha vuelto a los Gobiernos Regionales, sin que ninguna de estas instancias gubernamentales tenga el personal capacitado ni los implementos necesarios para resolver tamaño problema.

El segundo problema tiene que ver con la concepción de derecho de propiedad, en especial la diferencia de concepto entre el «derecho oficial» y el derecho de las comunidades campesinas de los Andes. Teóricamente, y hasta ahora en muchas comunidades campesinas de los Andes, se presenta el fenómeno de la «doble propiedad» por el cual se puede encontrar un derecho de propiedad familiar en que una familia utiliza y disfruta determinada parcela, pero que a su vez es considerada, junto con otras parcelas, parte del territorio que está bajo la propiedad comunal formal (a veces con título inscrito) de la comunidad campesina. Es esta dicotomía de propiedad la que muchas veces genera el mayor debate teórico y práctico.

Alejandro Diez señala que los comuneros consideran que la comunidad es solo un «garante que certifica la propiedad y los derechos de cada una de las familias que la integran», por lo que cuando se hace referencia al territorio de las comunidades debemos referirnos a los diversos grados de «apropiación» y no de «propiedad» (Diez Hurtado, 2003, p. 74). En consecuencia, cuando se habla de un mismo bien (el suelo de la comunidad) sobre el cual recaen más de una titularidad (la de la comunidad y la de las familias), se presenta una situación donde el concepto unitario de propiedad, que normalmente se maneja en el ámbito del "derecho oficial", resulta insuficiente para abarcar una situación de tal magnitud. Es por ello que Ruth Meinen-Dick y Rajendra Pradhan (2006) recurren al concepto *umbrella* o «sombriлла», el cual amplía los tipos de derechos sobre el uso de recursos en dos tipos: derechos de uso y derechos de toma de decisiones de control y regulación (p. 6). Los autores afirman que una concepción rígida como la clásica de la propiedad no considera la «complejidad y dinamismo» de dicho derecho (Del Castillo, 1992, p. 26).

Los tipos de uso que se distinguen en las tierras de comunidades varían según el especialista que las estudie, pero algunos tipos comunes son las tierras de uso comunal usadas para

pastoreo, que cuenta con un gran control colectivo, y las tierras de bajo riego a las que acceden las familias e individuos y que cuentan con poco control comunal.

El aspecto comunal de la comunidad es importantísimo porque significa «el fundamento de la solidaridad comunal, del sentimiento de identidad y de defensa mutua» (Plaza y Francke, 1998, p.61), por lo que el aspecto familiar no puede contradecir o desconocer el aspecto comunal, justificándose que toda decisión sobre los recursos deba ser consensuada (Del Castillo, 2003, p. 95).

Además, es la entidad comunal la que sale en defensa de la tierra y recursos comunales ante situaciones de conflicto, tales como las generadas ante actividades extractivas o expropiaciones (Buirneo, 2005, p. 3). Comprobamos entonces que el aspecto comunal se justifica como administrador máximo de los recursos y defensor ante amenazas externas. Ahí radica la importancia de la entidad comunal como tal.

La dicotomía de propiedad dentro de las comunidades campesinas no ha sido del todo comprendida por el Estado ;prueba de ello es que las distintas entidades gubernamentales encargadas de la titulación, como el Organismo de Formalización de la Propiedad Informal o el Ministerio de Agricultura, se dispusieron a titular comunidades de manera individual, lo cual derivó en el fenómeno conocido como parcelación. Estas prácticas incluso fueron impulsadas por el sector privado. De esta forma, la Minera Yanacocha buscó parcelar las tierras de las comunidades en términos de propiedad privada, e incluso reunía a los comuneros y los guíaba a través de este proceso de titulación individual (Bury, 2007, p. 74).

La conclusión a la que podemos llegar es que una comunidad campesina de los Andes está conformada por un componente comunal y uno familiar; y si bien este puede prevalecer, este hecho no niega el carácter comunal que aún caracteriza a las comunidades. Una razón es que históricamente la comunidad se caracteriza por tener núcleos familiares como la base de su producción. La otra razón es que actualmente vemos instituciones que reflejan el carácter comunal dentro de las comunidades, como lo es la Asamblea General o los controles comunales sobre la tierra.

Pero además de la dicotomía familiar/comunal que se presenta en las comunidades campesinas de los Andes, lo que también tendríamos que afrontar es el constante debate sobre la identidad indígena. Es decir, la categorización de las comunidades campesinas de los Andes como pueblos indígenas y las consecuencias que esto acarrea en materia de protección de derechos.

2.2. Las comunidades campesinas de los Andes como pueblos indígenas.

Respecto al concepto de comunidad campesina, la siguiente pregunta a hacemos es si las que se han estudiado califican o no como pueblo indígena. La identificación como pueblo indígena es más clara en la Amazonía que en los Andes. De esta forma, de los 54 pueblos indígenas reconocidos por la Base de Datos del Ministerio de Cultura, solo 4 de ellos provienen de los Andes (quechua, aimara, uro, jaqaru). Incluso, la inclusión de comunidades andinas en la Base de Datos ha sido uno de los asuntos más polémicos de la presente administración, debido a que ciertos sectores consideraban que este reconocimiento fomentaría consultas previas que, según su criterio, retrasarían la inversión.

Primero, debemos analizar el concepto de pueblo indígena a partir de los elementos que lo conforman. Según el artículo 1° del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) los requisitos para ser calificado pueblo indígena son los siguientes (2003):

I. El presente Convenio se aplica:

[...]

(b) a los pueblos en países independientes, considerados indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conservan todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas».

2. La conciencia de su identidad indígena o tribal deberá considerarse un criterio fundamental para determinar los grupos a los que se aplican las disposiciones del presente Convenio. (p. 5)

Como se evidencia, son dos los elementos objetivos que tiene que cumplir una comunidad campesina de los Andes para poder ser considerada como pueblo indígena. En base a la descripción de la misma que realizamos en el punto anterior, queda claro que conservan o todas o parte de sus instituciones sociales (la familia como núcleo de la comunidad o el trabajo comunal), económicas (prácticas como al casa comunal o la dicotomía de tierras familiar/comunal), culturales (lengua o vestimenta) y políticas (decisiones tomadas en asamblea comunal). El elemento objetivo más difícil de comprobar es determinar que los miembros de una comunidad campesina desciendan, efectivamente, de poblaciones que hayan existido en una región del país en la época de la conquista, de la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales.

Existe un sector importante que no considera a las comunidades campesinas dentro del grupo de pueblos indígenas, pues señalan que las comunidades son, técnicamente, creaciones estatales de finales de los años sesenta e inicios de los años setentas a través de las reformas que introdujo Velasco. En ese sentido, no calzarían con un supuesto origen precolonial. Lo que no se examina es que el Convenio 169 de la OIT establece que la consideración de los pueblos indígenas es independiente de su situación jurídica. Se debe rastrear el origen de cada comunidad, no su categorización según la normativa interna.

Hasta antes de la llegada de Velasco al poder, muchas comunidades campesinas no existían como tales y sólo se reconocía constitucionalmente (a partir de la Constitución de 1920) a las «comunidades de indígenas». A partir de las reformas del mandatario, las haciendas desaparecieron y dichos trabajadores se agruparían en comunidades campesinas que obtendrían su reconocimiento a lo largo de los años sesentas, setentas, ochentas e incluso algunas siguen en la actualidad sin ser reconocidas y/o tituladas.

Independientemente de estas calificaciones que, vale decirlo, provienen siempre de las leyes o normas del «derecho oficial», muchas de estas comunidades campesinas dominan el español pero también lenguas originarias como el quechua o el aimara, además de contar aún con prácticas de los pueblos indígenas precoloniales. En ese sentido, el antropólogo Javier Torres Seoane afirma que la presencia de un territorio comunal y la predominancia de un idioma originario son factores fundamentales para identificar a un pueblo indígena y que, si en una comunidad se habla una lengua como el quechua, entonces no tendría que haber dudas sobre la identificación de dicha comunidad como pueblo indígena¹. Resulta innegable que, si un grupo social mantiene una costumbre tan arraigada como una lengua precolonial, se debe a que desciende de grupos sociales de dicha época, pese a que haya obtenido un reconocimiento legal tardío.

1 J. Torres Seoane, comunicación personal (1 de junio de 2013).

También, deben hacerse un par de precisiones sobre un requisito subjetivo que estable- ce el Convenio 169 para determinar si las comunidades campesinas son o no pueblos indígenas. Este es el de autoidentificación como indígena. Dicho criterio resulta complicado de aplicar en un país como el peruano en el que, como comprobamos al mencionar las reformas de Velasco, se desterró el término «indígena», por considerarlo ofensivo, a favor del término «campesino», que es el que actualmente se sigue utilizando. Por ello, muchos miembros de las comunidades campesinas de los Andes se autocalifican como «campesinos» y no como «indígenas». Este puede ser el argumento más fuerte de aquellos sectores que señalan que las comunidades campesinas no son pueblos indígenas. Pero lo que en verdad se debe considerar es que no podemos aplicar estrictamente el término indígena a la hora de evaluar la autocalificación.

Dentro de la practicidad del actuar indígena, el miembro de una comunidad puede considerarse campesino (concepto íntimamente relacionado con el trabajo sobre su tierra) y a su vez está dispuesto a autocalificarse como «indígena» si es que esto representa un camino para fortalecer su posición ante el ordenamiento legal y así lograr que se respeten sus derechos. Debemos poner en perspectiva el término «indígena» en el Perú y así no concluir apresuradamente si es que dentro de la autocalificación los miembros de las comunidades prefieren ser calificados como «campesinos», lo cual no implica que rechacen su identidad indígena.

La procedencia de pueblo indígena les otorga a las comunidades campesinas de los Andes el derecho a la libre determinación. Este derecho nace de una de las Resoluciones más importantes que ha emitido la Asamblea General de las Naciones Unidas: la Resolución 1514 de 1960. Esta Resolución (1960) condena la subyugación y dominación extranjera y rescata el derecho a la libre determinación de los pueblos, lo que los faculta a elegir libremente sus mecanismos políticos, económicos, sociales y culturales.

El derecho a la libre determinación es de tal importancia que fue incluido en los dos tratados más importantes de Naciones Unidas en lo correspondiente a DDHH: el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), ambos de 1966. Así, el artículo 1° común de ambos pactos señala que:

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 de beneficio recíproco, así como del derecho internacional. En ningún caso podrá privarse a un pueblo de sus propios medios de subsistencia.

3. Los Estados Partes en el presente Pacto, incluso los que tienen la responsabilidad de administrar territorios no autónomos y territorios en fideicomiso, promoverán el ejercicio del derecho de libre determinación, y respetarán este derecho de conformidad con las disposiciones de la Carta de las Naciones Unidas (Énfasis añadido).

Resulta interesante, además, resaltar cómo el derecho a la libre determinación faculta a los pueblos a «disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales». Este es un asunto fundamental cuando analicemos, a continuación, la disposición y propiedad de los recursos naturales por parte

de los pueblos indígenas. La libre determinación permite que los pueblos indígenas se autorregulen y establezcan por sí mismos sus condiciones de vida y desarrollo. Respecto a eso, Patricia Urteaga (2009) menciona que el derecho a la libre determinación les permite a los pueblos «decidir cómo quieren vivir y qué destino quieren escoger para su pueblo; es decir, su autonomía para decidir sobre su desarrollo y sobre todos los aspectos que les interesen y afecte» (p. 130).

Es cierto que este derecho no está reconocido como tal en el Convenio 169 de la OIT, pero sí lo hace la Declaración de Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas:

Artículo 3

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.

Para apaciguar las críticas que señalan a la DNUDPI como un instrumento de soft-law, se debe señalar que su contenido ya ha sido integrado a la normativa interna a través del reconocimiento que han hecho de la misma sendos instrumentos jurisprudenciales. De esta forma, nuestro Tribunal Constitucional ha reconocido que del derecho a la libre determinación parten todos los derechos de los pueblos indígenas:

23. Por consiguiente, el reconocimiento de tales pueblos indígenas, con sus costumbres propias, sus formas de creación de derecho y de aplicación del mismo, traspasan la dimensión de una mera asociación civil. Su visión se asienta sobre una dimensión política, establecida en última instancia en el derecho a la autodeterminación de los pueblos indígenas (artículos 3º y 4º de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas-DNUDPI)

La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, vinculante también en sede nacional, también ha hecho suyo lo que establece la DNUDPI:

93. Como se discutirá seguidamente (infra párrs. 97-107), la legislación interna de Surinam no reconoce el derecho a la propiedad comunal de los miembros de sus pueblos tribales y no ha ratificado el Convenio OIT No. 169. No obstante, Surinam ratificó tanto el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos como el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales⁸⁵. El Comité sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que es el organismo de expertos independientes que supervisa la implementación del PIDESC por parte de los Estados Parte, ha interpretado el artículo 1 en común de dichos pactos como aplicable a los pueblos indígenas. ⁸⁶ Al respecto, en virtud del derecho a la autodeterminación de los pueblos indígenas conforme a dicho artículo 1, los pueblos podrán “proveer[er] a su desarrollo económico, social y cultural” y pueden “disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales” para que no se los prive de “sus propios medios de subsistencia”⁸⁷. [...]

Finalmente, vale hacer una digresión sobre el hecho de que la libre determinación no implica poder de separarse de una nación. El ex Relator de Pueblos Indígenas de Naciones Unidas, James Anaya, señala que el derecho a la libre determinación no está definido por los conceptos de estatalidad y la soberanía, por lo que sería un error asumir que dicho derecho faculta a los pueblos indígenas a buscar la secesión o la formación de un nuevo Estado (Anaya, 2010, pp. 198-199). Por ello, si bien originalmente la intención del derecho a la libre determi-

nación era la de resaltar los derechos de los pueblos a descolonizarse y confrontar amenazas extranjeras, este derecho ha evolucionado en su vertiente de libre determinación interna, el cual se ha convertido en la columna vertebral de los derechos de los pueblos indígenas. Uno de estos es el derecho a la propiedad o al territorio, el cual desarrollaremos a continuación.

2.3. El derecho de propiedad de los pueblos indígenas en el derecho internacional.

La relación entre comunidades o pueblos indígenas, y sus tierras o territorios, es una relación que trasciende el mero concepto de propiedad tal cual lo conocemos. La Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha desarrollado, en su vasta jurisprudencia, el derecho de propiedad de los pueblos indígenas, el cual sirve a su vez para salvaguardar otros derechos como la identidad cultural o la salud. Para ello, la Corte IDH ha realizado (utilizando el artículo 29.b de la Convención Americana de Derechos Humanos-CADH) una interpretación evolutiva del artículo N° 21 de la CADH, que en principio se refería a la propiedad individual, para salvaguardar los derechos de las comunidades indígenas a la propiedad comunal (2001, p. 78).

De esta forma, tres casos pueden evidenciar lo anterior. En primer lugar, la sentencia *Awas Tigni vs. Nicaragua* estableció que la estrecha relación entre los indígenas y sus tierras es la base fundamental de sus culturas, vida espiritual, integridad y supervivencia económica (p. 78). En segundo lugar, la sentencia *Yakye Axa vs. Paraguay* señala que la violación del derecho al territorio decantaría también en una violación al derecho a la identidad cultural y su capacidad de supervivencia (p. 78). Por último, la sentencia *Saramaka vs. Suriname* sube el estándar al indicar que la tierra significa más que una fuente de supervivencia, pues también es una fuente necesaria para la continuidad de la vida (caza, pesca, cosecha, agua, plantas medicinales, etc.) (p. 18). Si bien queda establecido el pleno derecho de los pueblos indígenas sobre sus territorios, más nebulosa resulta la situación entre los pueblos indígenas y los recursos naturales del subsuelo. Así, la sentencia *Saramaka vs. Suriname* les otorga a los pueblos los derechos de uso y goce de los recursos naturales que se encuentren dentro del territorio que ocupan tradicionalmente y que sean necesarios para su supervivencia (p. 81).

A lo anterior se puede agregar que, por ejemplo, el Informe *Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales* de la CIDH del año 2010 reconoce el derecho de propiedad de los Pueblos Indígenas y tribales sobre los recursos naturales que se encuentren en sus territorios. Además, agrega el requisito de que estos recursos sean tradicionalmente utilizados para el desarrollo y continuación de la vida de los pueblos en cuestión (2010, párr. 181-182).

A partir de estos lineamientos, determinamos que el actual estándar del Derecho Internacional con respecto a recursos naturales es entregar los mismos en propiedad a los pueblos indígenas siempre y cuando se presente cierto nivel de uso tradicional y necesidad de dichos recursos por parte del pueblo. Al concederles a los pueblos indígenas la propiedad de los recursos tradicionalmente necesarios para su supervivencia, el estándar internacional rompe la línea dominalista bajo la cual el Estado es dueño de los recursos naturales.

2.4. Los sistemas de dominio minero.

Históricamente han existido tres sistemas de dominio minero, los cuales son tres sistemas de titularidad sobre los recursos minerales: el sistema dominalista, el cual separa la propiedad del suelo de la propiedad del subsuelo y es adoptado por la mayoría de países, incluyendo el Perú;

el sistema de accesión o fundiario, el cual unifica la propiedad de suelo y subsuelo; y el sistema de res nullis, por el cual uno, siguiendo los principios liberales de John Locke, es dueño de aquello que se encuentre.

El sistema dominalista tiene sus orígenes en la Glosa Ordinaria de Francisco Acursio a finales del siglo XIII, la cual separó el dominio en *dominium directu* y *dominium utile*. En este sistema, los recursos del subsuelo le pertenecen a la nación o al Estado, el cual puede entregar los mismos a privados para que los aprovechen. La forma de pertenencia de los recursos del subsuelo no es de propiedad sino de dominio eminente, figura que le permite al Estado administrar estos bienes, otorgarlos en concesiones y otros derechos de orden social y económico (Vildosola, 1999, p. 106), vender, arrendar, hipotecar, permitir, conceder o incluso explotar él mismo los yacimientos (García y Franciskovic, 2001, pp.42-43), mas no recaen en forma de propiedad.

Algunos autores señalan que es adecuado que los recursos naturales estén bajo el dominio eminente del Estado y no bajo su propiedad, ya que debido a la importancia de dichos bienes en el devenir del país no deberían concentrarse en la esfera particular de nadie. Por ejemplo, Guillermo García Montufar y Militza Franciskovic Ingunza apuntan que los yacimientos mineros son de dominio público del Estado debido a que "*son bienes dedicados al fomento de la riqueza racional e incluso la industria minera es de utilidad pública*" (2001, p. 48). Siguiendo la misma línea de pensamiento, Enrique Bernales resalta que los recursos naturales le pertenecen al país debido a su importancia para la presente generación y las futuras, correspondiéndole su aprovechamiento al Estado (1998, p. 374).

Basadre (1996) señala tres ventajas de este sistema de dominio minero:

- 1) Confiere el privilegio de explorar y explotar minas a las personas que pudieran darle mayor valor y rentabilidad siempre que el régimen de amparo se ajuste a la realidad del país.
- 2) El Estado vigila la explotación bajo principios de orden político.
- 3) Permite al mismo Estado percibir tributos e impuestos sobre las sustancias mineras extraídas a fin que pueda costear las cargas del presupuesto. (p. 123)

A nivel legislativo, la Constitución Política de 1993 recoge el dominio eminente de los recursos naturales al calificarlos como «patrimonio de la nación» y señalar al Estado como el «soberano en su aprovechamiento». Asimismo, la Ley N° 26821, «Ley Orgánica para el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales» (en adelante LOASRN), reconoce lo mismo que la Constitución y, además, reafirma que el dominio eminente otorga al Estado la facultad de «legislar y ejercer funciones ejecutivas y jurisdiccionales» sobre los recursos.

Este es el sistema de dominio minero predominante en el mundo, seguido principalmente por los países de una tradición jurídica romano-germánica como lo son los países de Latinoamérica, entre los cuales se encuentra el Perú. De esta forma, las Naciones Unidas (en adelante, ONU), a través de múltiples resoluciones de la Asamblea General, ha reconocido la soberanía de los Estado sobre los recursos naturales, pudiendo determinar sus condiciones de exploración y explotación.

Alternativamente al sistema dominalista, el sistema por el cual el propietario del suelo se convierte automáticamente en propietario de los yacimientos del subsuelo se conoce como sistema de accesión o fundiario, cuyas raíces están en el sistema romano previo a Justiniano bajo el aforismo *Quidominussoli, dominusestcoelli et inferorum* (García y Franciskovic, 2001, p. 38).

Basadre señala que, bajo este sistema, «el dueño de lo principal hace suyo lo accesorio [...] el propietario de la superficie o suelo, lo es también del subsuelo» (Basadre, 1996, p. 110).

Si bien el artículo 954° del Código Civil peruano de 1984 afirma que la propiedad del predio se extiende al subsuelo, se señala expresamente que la propiedad del subsuelo no acoge a los recursos naturales.

La mayoría de tratadistas peruanos afirman que es un sistema inaplicable para la realidad peruana. De esta forma, Carolina Gamarra indica que el sistema de dominio de accesión «no hace posible que se abra paso a toda iniciativa privada para la búsqueda de sustancias mineras, al confundirse la concesión minera con la propiedad del predio que la contiene» (2009, p. 51). Belaúnde precisa que este sistema «despojaría al Estado de la riqueza natural yacente en su territorio, probablemente en beneficio exclusivo de consorcios extranjeros y en perjuicio de su población» (2009, p. 91), mientras que García Montufar y Franciskovic enfatizan que no hay argumento científico para afirmar que el subsuelo es accesorio a la superficie o viceversa (2001, pp. 37-39).

Este sistema rige mayormente en países de tradición jurídica del *Common Law*, como Estados Unidos o Gran Bretaña, pero se presentan múltiples excepciones como Canadá, Australia o Nueva Zelanda. Este hecho reafirma la predominancia del sistema dominalista en el mundo. Finalmente, el sistema de *res nullis* separa la propiedad del suelo de los recursos del subsuelo, y se asume que los yacimientos no pertenecen a nadie, ni siquiera al Estado (García y Franciskovic, 2001, p. 39). Por esta razón, los recursos naturales les pertenecen a aquellos que los encuentren primero. Para Basadre, este sistema permite que el Estado pueda conceder los derechos sobre los recursos a quien primero los descubra o a quien muestra las mejores condiciones para la realización de sus operaciones (Basadre, 1996, p. 118).

2.5. La propiedad de los recursos naturales del subsuelo en la legislación peruana.

La regulación constitucional sobre la propiedad de los recursos naturales, en especial de los recursos mineros, es relativamente moderna. La Constitución de 1979 fue la primera en señalar que los recursos naturales son patrimonio de la nación, precisando que los minerales le pertenecen al Estado, pero que pueden otorgarse a los particulares, sin precisarse de qué forma, lo cual sí se mencionaba en los anteriores textos constitucionales. Esta Constitución fue importante porque le encargó explícitamente al Estado la preservación de los recursos naturales y su aprovechamiento de manera racional.

La Constitución de 1993 reafirmó lo que su antecesora instauró al señalar que los recursos naturales son patrimonio de la nación, pero añadiendo que el Estado es soberano en su aprovechamiento. Esta Constitución vuelve a introducir a la concesión como forma de otorgar estos recursos a los particulares. De esta forma, se constituyó en un derecho real.

A mediados de 1995 se promulgó la Ley N° 26505, Ley de la Inversión Privada en el Desarrollo de las Actividades Económicas en las Tierras del Territorio Nacional y de las Comunidades Campesinas y Nativas, más conocida como la «Ley de Tierras». Esta norma tenía la intención de establecer derechos y obligaciones claras para incentivar la inversión en el agro, e incluso restringió la expropiación por necesidad pública a obras de infraestructura y servicios públicos (Del Castillo, 2003, p. 3).

No obstante, la disposición de esta norma que es realmente importante para nuestro análisis es su artículo 7°, el cual originalmente requería que, para el establecimiento de los dere-

chos de explotación minera, se llegase indefectiblemente a un acuerdo previo con el propietario de la tierra. Este acuerdo previo posibilitaba al propietario a ser compensado e indemnizado por el concesionario en caso de que el yacimiento sea considerado de interés nacional por el Consejo de Ministros, previo informe del Ministerio de Energía y Minas.

Originalmente, la obtención del acuerdo previo era la única vía para comenzar con las labores de explotación minera, lo que dejaba suspenso los atributos mineros de la servidumbre y la expropiación reconocidos en la LGM. Sin embargo, un año después, en 1996, la ley N° 26505 fue modificada por la ley N° 26570, la cual ofrece tanto la posibilidad de llegar a un acuerdo previo con el propietario del suelo como de iniciar un proceso de servidumbre para poder comenzar con el ejercicio extractivo minero. Como se evidencia, la norma antes de su modificación era más protectora de los derechos de los titulares superficiales, ya que con el cambio de la ley 26570 se instauró el camino alternativo de solicitar la servidumbre, sin necesidad de llegar a un acuerdo con el propietario del predio.

Además del cambio mencionado, la legislación establece un complicado proceso para concretar un acuerdo previo: debe constar en documento extendido ante notario o juez de paz; las conversaciones se inician mediante carta notarial; el proceso de negociación durará treinta días; en caso de fracaso, la Dirección General de Minería asume la discusión y tiene diez días para que las partes se sometan a un proceso de conciliación; si esto último no prospera, se la solicita a la Dirección Regional Agraria una terna de centros de conciliación, de los cuales uno de ellos tendrá treinta días para procurar un acuerdo de servidumbre (tomando solo como referencia la labor de los peritos). De no mediar acuerdo, se le solicitará a la Dirección General de Minería el inicio de un procedimiento administrativo de servidumbre legal.

El desequilibrio entre ambos actores preexiste a cualquier negociación minera, y puede ser causado por innumerables razones, ya sean históricas culturales, sociales, educativas, etc. El Derecho, en lugar de buscar reparar o subsanar tal coyuntura, ha potenciado dicho desequilibrio a través del diseño y aplicación de un sistema de dominio minero que separa propiedad de suelo y subsuelo y obliga a los actores que detentan estos distintos derechos (comunidades dueñas del suelo y extractivas con concesiones sobre el subsuelo) a buscar un acuerdo a pesar de sus disímiles situaciones y distanciados conocimientos. Estas negociaciones desequilibradas generarán una violación del derecho a la libertad de contratación de las comunidades, lo cual origina una violación de otros derechos como el de la propiedad, la identidad cultural y, eventualmente, el derecho a la vida.

3. Consecuencias negativas del sistema dominalista en las comunidades campesinas de los Andes

A continuación, analizaremos las causas del aumento de desequilibrio entre empresas concesionarias y comunidades que produce la necesidad del acuerdo previo entre empresa concesionaria y comunidades, motivado a su vez por la artificial separación de suelo y subsuelo que caracteriza al sistema vigente de dominio minero en el Perú.

4. El sistema dominalista y el no reconocimiento de la propia visión y relación con la tierra de las comunidades campesinas de los Andes

Antiguamente, no se permitía la coexistencia de dos o más sistemas jurídicos en un mismo contexto social, sino que un ordenamiento siempre destacaba y subordinaba a los demás. Ejemplo

de ello es la figura del «pluralismo jurídico subordinado colonial» (Yrigoyen, 2006, p. 540), el cual se forjó en América desde mediados del siglo XVI hasta inicios del siglo XIX. Este sistema calificaba a los indígenas como «pueblos de indios» y les impuso el estatus de menores que no podían decidir por ellos mismos, negándoles su derecho a la libre determinación y a su propia autonomía. Por tal motivo, sólo se les reconocieron «usos y costumbres» (y no un Sistema Jurídico Indígena integral), siempre y cuando no estén en contra de la religión o las leyes, y se refieran a casos leves o de menor cuantía que se susciten entre «indios».

Similar es el tratamiento que actualmente se le da al derecho indígena en el Perú, ya que si bien se reconoce una jurisdicción indígena (artículo 149° de la Constitución peruana), coloca como límites los *derechos fundamentales de la persona* y solo permite el ejercicio de dicha jurisdicción dentro del ámbito territorial del pueblo indígena. Como afirman los académicos estudiosos del pluralismo legal, se trata de un tema descuidado en el Perú debido a que tanto las facultades de derecho como los operadores legales le otorgan más importancia al positivismo jurídico (Guevara, 2001, p. 325).

Respecto a este último aspecto, se puede mencionar que, mientras que un sector de la doctrina define el pluralismo jurídico como la coexistencia de situaciones sociales (Guevara, 2001, p. 327), otro afirma que se trata de la coexistencia de sistemas jurídicos (Tubino, 2011, p. 382) o de normas (Yrigoyen, 1995, p. 9). Dicha coexistencia, coinciden los académicos, sucede dentro de un mismo espacio social. Las normas parten de una situación social, por lo que el pluralismo jurídico viene a ser el producto de la interacción de dos o más ordenamientos socioculturales.

Respecto al problema planteado, el pluralismo jurídico se hace presente en el derecho de propiedad de las comunidades campesinas, el cual presenta una serie de particularidades como se expuso anteriormente. En ese sentido, dentro del derecho de propiedad de las comunidades campesinas, se presenta una vertiente comunal y otra familiar. La primera recae en aquella extensión de tierra a la cual tiene acceso todos los miembros de la comunidad y generalmente es utilizada para labores de pastoreo. La segunda, el derecho de propiedad familiar; se refleja en el derecho de cada familia sobre la parcela que trabaja y produce. La distinción de este derecho de propiedad familiar con el derecho de propiedad, comúnmente conocido como oficial o formal, es que las familias de la comunidad campesina pueden usar y disfrutar de su parcela, mas no pueden enajenarla. La parcela sigue estando bajo el dominio de la comunidad como tal.

El derecho de propiedad familiar es aquel derecho por el cual las familias que pertenecen a una comunidad campesina tienen dominio sobre una parcela que forma parte de una extensión de tierra que formalmente es propiedad de la respectiva comunidad campesina. El dominio al que hacemos referencia otorga dos clases de potestades a las familias que lo detentan: potestades totales y potestades parciales.

Las potestades totales permiten a las familias utilizar y disfrutar libremente de las parcelas sobre las que tienen el dominio. Recalamos la libertad que otorgan estas potestades, ya que en esta ocasión las familias actúan como si fueran propietarios absolutos de la parcela. Estas pueden usar y disfrutar la parcela sin ninguna consideración de la comunidad o de su asamblea.

Las potestades parciales permiten a las familias comunales enajenar o disponer de sus parcelas siempre y cuando cuenten con la venia de la comunidad o de su asamblea. Una familia tiene dominio sobre una parcela, pero no es propietaria debido a que no cuenta con el poder de disponer de dicho bien, a menos que cuente con la aprobación de la propietaria formal del bien. De esa forma, comprobamos que estas potestades atemperadas de las familias son la razón

por la cual no podemos considerar el derecho de propiedad familiar, que tienen las familias de las comunidades campesinas, como el derecho de propiedad en la vertiente tradicional que conocemos. Las familias no pueden enajenar dichas tierras sin la aprobación de la asamblea comunal; es decir, hay un control comunal sobre dichas tierras. Laureano Del Castillo grafica bien esta situación:

En efecto, mientras la doctrina jurídica afirma que el derecho de propiedad es un derecho exclusivo (en tanto solo una persona, sea un individuo o una colectividad, puede ser propietario, excluyendo por tanto de la propiedad a todos los demás), la concepción andina de la propiedad parece admitir una dualidad. De esta forma, parecería que los comuneros no tendrían mayor problema en afirmar la propiedad comunal junto con la propiedad familiar sobre las mismas tierras, contradiciendo así la lógica jurídica occidental. (2005, p. 93).

El error más común es forzar la definición de estos derechos especiales y tratar de «encajonarlos» en alguna figura del derecho oficial. El «derecho de propiedad» que conocen en la comunidad alberga tanto una vertiente individual como una comunal y esto se refleja en lo que hemos mencionado anteriormente: los comuneros buscan asegurar el control de sus tierras mediante la obtención de títulos individuales, y además buscan mantener el orden comunal, sin que esto sea considerado por ellos como una contradicción. Por dicho motivo, cuando aludimos a la relación de las comunidades con sus tierras, debemos referirnos a una clase de derecho especial (y no simplemente al «derecho de propiedad») y a su dicotomía individual/colectivo tal cual la conocemos.

De esta forma, no debemos pretender emparejar el derecho de propiedad familiar al derecho de usufructo, por el cual un sujeto recibe un bien para explotarlo y obtener sus frutos. El derecho que tienen las familias sobre sus parcelas es un derecho especial, propio de la comunidad, por el cual la parcela es de la familia y a la vez de la comunidad. Tampoco hablamos de una copropiedad tal cual lo entendemos, ya que la familia usa la parcela, pero el fin último de dicha extensión la determina la comunidad. Es un derecho externo a los tipos de derecho oficiales (propiedad, usufructo, copropiedad) que presenta el ordenamiento legal.

Debido a lo anterior, uno de los aspectos más debatidos en torno a la propiedad de las comunidades campesinas es la dualidad entre propiedad familiar y propiedad comunal. Para Orlando Plaza, no existe contradicción entre el aspecto comunal y familiar de la comunidad, ya que la familia siempre ha sido la unidad de producción y consumo de la comunidad². Esto nos aleja de las ideas de la comunidad campesina como organización social colectivista. La familia es el centro neurálgico de la comunidad campesina, cuyo aspecto comunal existen en función a tareas colectivas como la defensa, administración y control de la extensión territorial.

El aspecto familiar y el aspecto comunal de la comunidad crean un balance dentro de este grupo social. Las familias necesitan de la organización comunal para ser protegidas y administradas como grupo, mientras que la comunidad necesita de las familias para impulsar sus actividades económicas. De tal manera, por ejemplo, dentro de una comunidad, las familias se dedican a la agricultura y ganadería, ya sea para su autoconsumo o para comercializar con entes externos, mientras que la comunidad en su totalidad se encarga de las labores administrativas (construcción de caminos, limpieza de canales, etc.) y de seguridad (lo relacionado al sistema de rondas).

Con los años, en algunas comunidades se ha relativizado el control comunal sobre la enajenación o disposición de parcelas familiares. Este hecho puede derivarse de muchas cir-

2 (O. Plaza, comunicación personal, 03 de junio de 2013)

cunstances, pero una de las más determinantes es la llegada de las operaciones mineras. Otra prueba de la paulatina relativización del control comunal es que el derecho de propiedad familiar de las familias comunales ha mutado con los años y se ha acercado a la vertiente «formal» del derecho de propiedad. Por ejemplo, los comuneros pueden dejar sus tierras a sus descendientes en forma de herencia, aunque sólo en forma de posesión y no de propiedad³. Como vemos, surge entonces una institución híbrida que comparte de ambos derechos: es una institución homóloga a la figura de la herencia del derecho formal, pero que no transmite propiedad como ésta, sino tan sólo transmite la posesión. Este hecho evidencia que existen determinadas situaciones que en la práctica nos llevan a creer que algunas comunidades se están presentando patrones de comportamientos más cercanos al derecho de propiedad formal u oficial.

Como es manifiesto, el derecho de propiedad dentro de las comunidades campesinas presenta una inédita riqueza jurídica. La suma de las potestades totales con las potestades parciales sobre las parcelas conforma este derecho especial de propiedad familiar de las familias de las comunidades campesinas que no ha sido recogido en mecanismos del derecho formal como la Constitución de 1993 o el Código Civil de 1984. Tampoco ha sido considerado por el actual sistema de dominio minero, el cual asume que cualquier actor podrá llegar a un consenso con los titulares del subsuelo por el acceso al territorio.

Hasta antes de la Constitución Política del Perú de 1993, las tierras de las comunidades campesinas eran inalienables (aunque se estableció, en la Constitución de 1979, la salvedad de que pueda sus tierras puedan ser transferidas por acuerdo de los dos tercios de miembros calificados), por lo que no podían salir de la esfera patrimonial de la comunidad. Con el destierro de la condición de inalienabilidad de las tierras comunales, las comunidades pudieron transferir sus tierras a terceros. Así, por ejemplo, las empresas concesionarias buscaron obtener las tierras comunales con fines extractivos.

El sistema dominalista requiere que el propietario del suelo negocie por el acceso al suelo, lo cual es interferido por el control social que la comunidad ejerce en base a su derecho de propiedad comunal. Este control social no hace imposible una fructífera negociación por el acceso al suelo, pero sí la dificulta. La razón de dicho control social es el valor que la tierra tiene para la vida de las comunidades campesinas.

Como comentamos anteriormente, la tierra y el territorio representan para los pueblos indígenas más que un simple derecho de propiedad. Mientras que la Corte IDH define territorio como la totalidad de la tierra y los recursos que los pueblos indígenas utilizan tradicionalmente (2007, nota al pie de página N° 63), la OIT, al referirse en el artículo 13° del Convenio 169° al concepto de tierra, está haciendo referencia a «la totalidad del territorio que emplean, lo que incluye los bosques, ríos, montañas y mares costeros y tanto la superficie como el subsuelo».

La cuestión del territorio para las comunidades campesinas de los Andes, como pueblos indígenas que son, no solamente representa un mero derecho de propiedad para este grupo social, sino que también es fundamental para la defensa y mantenimiento de otros derechos conexos. Por tal razón, la posible transferencia de tierras comunales afectaría no solo el derecho de propiedad de las comunidades, sino también otros derechos como la vida y la identidad cultural⁴.

3 (L. del Castillo, comunicación personal, 08 de marzo de 2013)

4 (G. Zambrano, comunicación personal, 07 de junio de 2013)

Lamentablemente, la protección de estos otros derechos no es tomada en cuenta por la empresa privada, cuando negocian por las tierras de las comunidades; ni por el Estado, al tramitar expropiaciones o servidumbres mineras de manera tan expeditiva. Mucho menos estos otros derechos serán tomados en cuenta cuando se establezcan los pagos por parte de las empresas o los precios de las indemnizaciones o justiprecios. Con suerte, los precios pagados serán al valor del mercado, si no menos. Por eso, se indica que la llegada de empresas mineras, como el caso de Yanacocha a Cajamarca, alteró los valores y prioridades de la tierra y transformó las normas sobre la tenencia de dicho recurso (Bury, 2007, p. 71).

El sistema de dominio minero aumenta el desequilibrio ya existente en las relaciones entre comunidades campesinas de los Andes y empresas extractivas, ya que no considera ni la propiedad comunal de sus territorios ni la prohibición de enajenar sus tierras a algún tercero ajeno a la comunidad ni la concepción del derecho de propiedad familiar de las familias comunales. El sistema de dominio minero no recoge la real dimensión del derecho de propiedad de las familias de las comunidades campesinas de los Andes, sino que sólo maquilla dicha preocupación y prácticamente impone una forma de actuar sin considerar las aristas especiales del especial tipo de derecho de propiedad que se maneja en las comunidades con respecto a sus territorios.

5. El sistema dominalista y los remedios ineficaces del derecho civil para proteger los derechos de las comunidades campesinas de los Andes

Además de la no consideración del derecho de propiedad familiar en su estructura, el otro gran problema que se presenta, en este contexto, es la disonancia de información que afecta a los actores involucrados. Además de la marcada ausencia de un Estado que no contrarresta este problema, la asimetría de información de los actores involucrados en la negociación por el acceso al suelo rico en minerales debe ser analizada considerando los posibles remedios a ser implementados.

El hecho de que ante la ausencia del Estado obligue a que las empresas extractivas busquen negociar directamente con las comunidades por el acceso al suelo evidencia operaciones netamente civiles, como la compraventa, el arrendamiento o el establecimiento de servidumbres. Por eso, dentro de este punto, nos centraremos en las consecuencias dentro del derecho civil de la aplicación del sistema de dominio minero peruano y la eficacia de los remedios contractuales.

5.1. Anulabilidad por omisión dolosa.

En operaciones comerciales entre dos grupos sociales con diferente posibilidad de acceder a la información, habrá una diferencia importante. No nos referimos solamente a la brecha cultural, sino también a las desiguales posibilidades de obtener la información necesaria para maximizar sus beneficios en la actividad comercial. En tal sentido, se produce un fenómeno conocido como asimetría de la información.

Para el premio Nobel de economía, el estadounidense Joseph Stiglitz (2002) existe asimetría de información «cuando las dos partes de una transacción (ofertantes y demandantes o vendedores y compradores) poseen diferente información» (p. 98). En la misma página, en casos de asimetría de información, afirma Stiglitz, hay problemas para que se respeten los contratos, con lo que no podría haber mercado.

No obstante, la asimetría de la información no solo radica en la diferencia en el conoci-

miento de cierta información, sino cómo dicho hecho puede influir en la relación contractual que establecen las partes. De esta forma, Alfredo Bullard (2003) señala que hay información asimétrica cuando «[...] una de las partes en el negocio jurídico conocía información que era ignorada por la otra y que hubiera tenido efectos en los términos del contrato celebrado» (2003, p. 300).

En materia de industrias extractivas, se presenta una primera etapa de conflicto entre el sector privado (la empresa) y el público (el Estado, a través del Ministerio de Energía y Minas). Este conflicto se traduce en el hecho que los privados quieren maximizar sus ganancias, para lo cual buscan pagar lo menos posible al Estado a cambio de la posibilidad de extraer los recursos naturales (Stiglitz, 2008, p. 12). Este hecho se refleja en las pocas ganancias del Estado a partir de las concesiones que se otorgan, razón por la cual el Estado se ha empeñado en crear pagos complementarios por parte de las empresas como la regalía o los óbolos mineros.

En efecto, se afirma que las empresas mineras tienen mayor experiencia en materia de negociación por el acceso a los derechos mineros, debido a que se especializan en estas negociaciones con diversos Estados del mundo, lo cual los llevan a conocer todas las estipulaciones y cláusulas de estos contratos. Por otro lado, los Estados tienen una mínima experiencia de negociación de este tipo de acuerdos, ya que a diferencia de las empresas mineras, estas actividades no son materia central de su accionar ni poseen el *know-how* suficiente. Como precisa Stiglitz, los Estados presentan una «falta de pericia en la negociación», debido a que los acuerdos los cierran gobiernos que se quedan por un lapso muy breve para poder aprender a negociar; de 4 a 5 años, que es lo que normalmente dura un mandato presidencial.

Si se considera que es grande la brecha de información entre las empresas mineras y el Estado, esta es mayor si la comparamos a la de las empresas con las comunidades campesinas, pues estas tienen mínimo conocimiento y experiencia en temas tanto legales como de logística relacionados a la minería, además de que dicha actividad no es parte de sus actividades diarias ni de su estilo de vida.

El tratadista italiano Vincenzo Roppo (2009) señala que hay una escala de gravedad de los engaños contractuales, colocándose a la maquinación como lo más grave, la mentira en un peldaño intermedio, y a la reticencia en el grado inferior. Esta última es definida como «la conducta de la parte que omite informar a la contraparte sobre datos, cuyo conocimiento habría inducido a esta última a no contratar» (p. 748). A esta reticencia de no informar se le conoce en el código civil peruano como dolo por omisión u omisión dolosa, llamado también dolo negativo.

Guillermo Lohmann (1994) precisa que el dolo omisivo es un silencio que funciona tanto para mantener a la contraparte en el error que ya ha incurrido como para hacer caer a dicha parte en error; al no informar los hechos que la parte perjudicada no pudo haber recabado por sus propios medios (p. 503). La omisión dolosa consiste en la reserva de información en la que incurre una parte para establecer una relación contractual con su contraparte, la cual de haber sabido dicha información no hubiera finiquitado el negocio jurídico o lo hubiera celebrado bajo otras condiciones. Pero si bien esta figura existe en el ordenamiento legal peruano, vale la pena preguntarnos si es justo que se mantenga o por el contrario estamos ante una figura legal desproporcionada.

El Código Civil peruano de 1984 le concede a la omisión dolosa los mismos efectos que la acción dolosa. La omisión dolosa puede darse en forma de dolo causante o en forma de dolo incidental (Alzamora, 1926, p. 259). Mientras que el dolo determinante o causante, que anula los contratos, es aquel sin cuyo engaño la parte perjudicada no habría contratado, el dolo incidental es el engaño sin el cual la víctima igual hubiera firmado el contrato, pero con distintas condiciones (Roppo, 2009, p. 753).

En estas circunstancias, es imprescindible establecer si la omisión en la que incurren las empresas mineras es determinante en la voluntad de la parte perjudicada para celebrar el acto, con lo que se incurriría en un supuesto de dolo causante y la consecuente anulación del contrato; o de lo contrario dicha omisión sólo hubiera cambiado las condiciones de celebraciones del contrato, con lo que se incurriría en un supuesto de dolo incidental, el cual sólo produce que sesolicite un derecho de indemnización, mas no la anulabilidad del contrato⁵.

La brecha de información se expande cuando introducimos la variable de los recursos minerales del subsuelo. Si se negocia por un predio, se debe a que debajo del mismo hay un recurso muy valioso como los minerales. Si bien la negociación es enteramente por la tierra y no por los minerales (que como hemos visto no le pertenecen a la comunidad sino a la nación), el predio aumenta su valor al ser fundamental acceder al mismo para extraer lo que se encuentra debajo. Se trata de un pedazo de tierra valiosísimo, con lo que la demanda por el mismo tendrá que ser alta, lo que aumenta consecuentemente su precio.

Al referirse a una compraventa simple de un bien inmueble, el conocimiento del valor que a nivel internacional pudieran tener los minerales que se encuentran debajo del mismo repercutiría en la negociación por distintas condiciones del contrato, mas no es concluyente en la conformación de la decisión del propietario de vender el bien inmueble. El hecho de saber que un bien por el que negociamos vale efectivamente más del valor por el cual originalmente acordamos no modificará nuestra voluntad de vender el referido bien, sino que nos motivaría a renegociar por el precio del mismo.

Si concluimos que el desconocimiento del real valor de un predio con minerales afecta el monto del pago del contrato, mas no la decisión de vender el predio, entonces el dolo en cuestión es meramente incidental, mas no determinante. Mi conocimiento de determinada particularidad que «rodea» al bien, pero que no le pertenece intrínsecamente, no afecta mi voluntad de venta, sino que simplemente altera el precio a pagar, el cual obviamente se elevará.

Otro supuesto es el desconocimiento absoluto de las comunidades que debajo de su predio existen minerales por ser explotados. Una vez más, el bien jurídico que deciden vender es el de la tierra, por lo que el desconocimiento total de la presencia de minerales debajo de su tierra no sería determinante en la voluntad del propietario de vender o no su tierra, sino simplemente alteraría las condiciones monetarias de la negociación. Ante este supuesto, estaríamos nuevamente frente a un supuesto de dolo meramente incidental, mas no determinante.

Luego de este análisis, determinamos que ambos supuestos serán, al menos la mayoría de veces, relacionados a un supuesto de dolo incidental. Ante ello, la comunidad sólo podría pedir una indemnización, pero no podría recurrir al remedio de la anulabilidad del contrato, tal cual está estipulado en el artículo 211° del Código Civil. Esto dificulta la defensa de las comunidades, ya que no estarían en una situación legal para solicitar la anulabilidad del contrato por un supuesto de omisión dolosa. Por ende, los contratos, marcados por las cláusulas desequilibradas a partir del desconocimiento de determinada información, perdurarían.

5 Código Civil del Perú de 1984 Artículo 211°.- *Dolo incidental*

Si el engaño no es de tal naturaleza que haya determinado la voluntad, el acto será válido, aunque sin él se hubiese concluido en condiciones distintas; pero la parte que actuó de mala fe responderá de la indemnización de daños y perjuicios.

5.2. La rescisión por lesión en la negociación por el acuerdo previo entre comunidades campesinas y empresas extractivas.

La figura de la lesión es muy importante en el ordenamiento legal peruano, al punto de ser desarrollada en un título independiente (Título IX) del Libro VII del Código Civil, Fuentes de las Obligaciones. Según lo regulado en el Código Civil, la rescisión por lesión es un supuesto que ocurre cuando las prestaciones sinalagmáticas de un contrato presentan una desproporción mayor a las dos quintas partes (criterio objetivo 1) a partir del aprovechamiento (criterio subjetivo 1) de una de las partes del estado de necesidad (criterio subjetivo 2) de su contraparte.

Roppo (2009) apunta que son tres los elementos que constituyen un supuesto de rescisión por lesión: el estado de peligro o necesidad de una parte, la explotación de la contraparte de dicha inferioridad, y el desequilibrio entre las prestaciones (p. 809). Estas son una serie de características que podrían presentarse en los casos de negociación por el acceso al suelo entre empresas extractivas y comunidades campesinas. Por tal motivo, es importante analizar esta negociación respecto a esta figura jurídica.

Un primer requisito de la lesión en los contratos entre empresas extractivas y comunidades es la desproporción entre las prestaciones sinalagmáticas. En este caso, resulta más o menos evidente la enorme brecha que existe entre la importancia que representa acceder al suelo debajo del cual se encuentran los minerales y las muchas veces irrisorias sumas de dinero que se pagan por ello. A pesar de esto, un sector contrario a la figura de la lesión argumenta que son las partes contratantes las que mejor conocen los términos de su contrato y que el Estado, a través de la lesión, no debería involucrarse con ánimos de igualar las desproporcionadas prestaciones.

Si bien son las partes las que conocen mejor las obligaciones principales y secundarias acordadas en el contrato, es el juez, como operativo imparcial del aparato jurídico, el agente más idóneo para tratar de restablecer el balance en un contrato afectado por la figura de la lesión. En tal sentido, sostenemos que es mucho mejor manejar criterios aritméticos que los muchas veces enrevesados y etéreos criterios legales.

El segundo requisito de la lesión en los contratos entre empresas extractivas y comunidades sería el estado de necesidad de la parte perjudicada. Citando al jurista italiano Brunetto Carpino, Rómulo Morales señala que los elementos constitutivos del estado de necesidad son los siguientes (2011, p. 248): un complejo de intereses para satisfacer; deficiencia de bienes para satisfacer tales intereses o las necesidades según las cuales son satisfechos los mismos intereses; y eventuales consecuencias dañosas que pueden derivar de la ausencia de satisfacción. Asimismo, Miguel Borea afirma que el estado de necesidad afecta la libertad de elección de una de las partes, llevándola a celebrar un contrato a pesar de saber que no le conviene patrimonialmente (1999, p. 89).

Una duda común, cuando se discute sobre la figura de la lesión, es la supuesta coincidencia entre la pobreza absoluta y el estado de necesidad. Aníbal Torres señala que «el estado de necesidad debe entenderse no como una absoluta indigencia sino como una objetiva dificultad económica» (Torres, 2000, p. 713). Para Roppo (2009) el estado de necesidad puede consistir también en una «temporal falta de liquidez» o la «necesidad de un bien o servicio» (p. 816). No podemos equiparar la necesidad apremiante de una parte con el hecho de que esta carezca de capacidad económica para entablar relaciones patrimoniales. En otras palabras, no es cierto que solo aquella parte sin ingresos económicos sea susceptible de pasar por necesidades potencialmente aprovechables.

Es importante señalar que el argumento de un estado de necesidad en las comunidades campesinas podría generar recelo, sobre todo en las mismas comunidades o sectores afines que se muestren reticentes a considerar que su situación económica y social sea en verdad apremiante. Al fin y al cabo, al ser un criterio subjetivo, el estado de necesidad también podría afrontar dificultades cuando sea argumentado.

Ante ello, podría introducirse una nueva opción que incluso ya se ha discutido académicamente: la posibilidad de incluir a la ignorancia y la inexperiencia como supuestos de lesión, al mismo nivel del estado de necesidad. De esta forma, a la definición clásica de lesión, Morales (2010) le agrega un par de supuestos a la lesión. De esta forma señala:

El contrato con lesión enorme es aquel acto programático según el cual una parte obtiene una ventaja excesiva mediante el aprovechamiento injustificado de la dependencia, de la aflicción económica o de las necesidades apremiantes de la otra parte, o de su falta de previsión, *de su ignorancia, de su inexperiencia o de su falta de habilidad en la negociación*. (Énfasis agregado). (p. 243)

Comprobamos también que, en algunos sistemas europeos como Alemania o Portugal, se alberga la posibilidad de recurrir a la lesión por un supuesto de ignorancia de la parte perjudicada.

Para Borea, (1999) no incluir a la inexperiencia como causal de la lesión es inconveniente a nivel jurídico y social. El autor apunta, sobre la inexperiencia, que hay que tomar en cuenta algunas variables sociales como los bajos índices de analfabetismo y escolaridad, las pocas oportunidades de trabajo, la recesión y la crisis económica, fenómenos que impiden la ampliación de los conocimientos de las personas, lo cual justifica que se considere a la inexperiencia como causal de lesión (p. 89).

Con estos apuntes, el académico argentino precisa las características fundamentales de la inexperiencia: que sea marcada, es decir que la contraparte pueda darse cuenta y aprovecharse de dicha falta de experiencia para obtener beneficio; relevante, o que dicha inexperiencia sea decisiva para celebrar el contrato; y que se aprecie según el objeto del contrato que, sin importar los niveles educativos o culturales, si es propio del mundo de los contratantes, entonces no habrá lesión (Borea, 1999, pp. 89-90). Incluir los supuestos de ignorancia o inexperiencia como requisitos de la lesión sería una medida acorde con la coyuntura de muchas comunidades, las cuales ante las pocas posibilidades educativas o laborales son abrumadas por los sofisticados negociadores de las empresas concesionarias.

Finalmente, el tercer requisito para la figura de la lesión en negociaciones entre comunidades y empresas extractivas sería la intención de aprovechamiento por parte de esta última del estado de necesidad de la primera. Este requisito de la rescisión por lesión resulta ser el más difícil de probar. Primero, esto se debe a que es una situación netamente subjetiva, pues la intención permanece en el ámbito interno de la persona y es muy difícil probar. No negamos que se puedan presentar supuestos de abuso; lo que señalamos es que resulta prácticamente imposible probar ante un juez que la parte que supuestamente saca provecho tenía originariamente ese propósito o no.

La dificultad en probar el supuesto aprovechamiento ha originado que actualmente la verificación de este requisito consista en que simplemente la parte esté consciente del estado de necesidad de su contraparte (sin necesidad de tener una intención de aprovecharse), lo cual incluso se puede presumir de la parte objetiva del supuesto de lesión (Roppo, 2009, p. 817). Esto último se refleja en la regulación del Código Civil peruano, el cual presume el aprovechamiento si la desproporción entre las prestaciones es igual o superior a las dos terceras partes.

Sin embargo, además de la dificultad de probar el criterio subjetivo de la lesión, debemos recordar que la libertad de empresa es una de las garantías del Estado Constitucional de Derecho y solo puede ser limitada por razones de moral, salud o seguridad pública, ninguna de las cuales atañe a los requisitos de la lesión (a menos que logremos forzosamente encapsular el aprovechamiento del estado de necesidad dentro de la moral). No hay ninguna justificación ni económica ni jurídica para proscribir operadores económicos que brinden sus servicios a personas en situaciones de dificultad.

5.3. La anulabilidad por intimidación en las negociaciones entre comunidades campesinas y empresas extractivas.

Como se ha mencionado, el concesionario minero tiene como alternativa conseguir el acuerdo previo con el dueño del suelo el solicitar una servidumbre administrativa. Si bien esta representa un trámite engorroso por lo que poquísimas veces es otorgado, las empresas extractivas utilizan este argumento para «forzar» a las comunidades a llegar a un acuerdo. Se crea, así, una situación paradójica: durante la negociación por el acuerdo previo, la comunidad sabe que, de no trazar un acuerdo con la empresa concesionaria, de todas maneras, verá afectados sus derechos ya que su contraparte podrá recurrir a los mecanismos legales de la servidumbre o la expropiación. Las comunidades están, metafóricamente, entre la espada y la pared.

El Código Civil del Perú de 1984 presenta a la intimidación como un vicio de la voluntad que conlleva a la anulabilidad del contrato. La intimidación, según el Código, se produce cuando se impone a la parte afectada el «temor de sufrir un mal inminente y grave», el cual vicia la conformación de su voluntad. No debe confundirse con la violencia física, la cual suprime completamente la voluntad, a diferencia de la intimidación, que solamente limita la voluntad, la cual existe, pero coactada.

Lamentablemente, hay un artículo en el Código Civil que neutraliza la validez de este argumento. En este, se estipula que «la amenaza del ejercicio regular de un derecho» no conlleva a la anulación del contrato; por lo tanto, la intimidación debe consistir en un hecho fuera del marco de la legalidad. Para Torres, la intimidación debe ser ilegítima «debido a que es normal que en el tráfico jurídico se utilicen ciertos medios de presión para inducir a una persona a concluir un negocio» (2000, p. 216).

No obstante, mientras una parte se mantenga dentro de los límites del ordenamiento jurídico, no puede haber intimidación (Torres, 2000, p. 216). Ante ello, argumentar que la servidumbre minera no es ejercer legítimamente un derecho es muy complicado, ya que por más antijurídica que esta figura sea sigue siendo parte del ordenamiento jurídico peruano. Mientras la legislación peruana siga albergando la posibilidad de obtener una servidumbre minera, entonces es realmente difícil argumentar en un tribunal que el ejercicio de un derecho permitido por ley es una causal de intimidación. Esto hace difícil la consecución de la anulabilidad por este supuesto, lo que origina una situación que casi constituye un chantaje legal.

5.4. Nulidad por contravenir orden público y buenas costumbres en las negociaciones entre empresas extractivas y comunidades

En el artículo V del Título Preliminar del Código Civil de 1984, se precisa que los contratos contrarios al orden público y/o a las buenas costumbres son nulos. Ambas limitaciones se aplican de manera autónoma, ya que se aplican por sí mismas y no necesitan el apoyo de otras normas (Rubio, 2008, p. 102).

Para definir el concepto de «orden público» se recurre generalmente al término «principios». De esta manera, para Juan Espinoza (2004), el orden público se conforma «por los principios (no solo jurídicos, sino sociales, económicos, morales, entre otros) sobre los cuales se basa la organización y estructura de la sociedad» (p. 304), mientras que para Roger Merino (2010) es «el conjunto de principios que fundamentan al Estado Social y Democrático de Derecho, y que tiene como principal fuente a la Constitución Política del Estado» (p. 267). Marcial Rubio Correa (2008) define el orden público como:

[...]un conjunto de normas jurídicas que el Estado considera de cumplimiento ineludible y de cuyos márgenes no puede escapar ni la conducta de los órganos del Estado ni de los particulares, para lo cual el Estado compromete sus atribuciones coercitivas y coactivas, de ser necesario. (p. 102)

A partir de las definiciones señaladas, encontramos dos problemas con respecto al denominado orden público. El primero de ellos es que es un término que es a su vez conformado por diversos conceptos tan distintos entre sí como lo son los valores, los principios y las normas jurídicas. No hay un elemento fijo del cual podamos partir para definir qué es el orden público, el cual parece ser tanto normativo como de ideológico (Lohmann, 1988, p. 61).

El otro problema con relación al orden público es que, si consideramos que el orden público está considerado en parte por valores o principios, habría que enfatizar la relativización de dichos conceptos en el tiempo. Tanto los valores como los principios son elementos muy difíciles de definir o identificar con situaciones concretas. Incluso, se ha llegado a señalar que dicha indeterminación del orden público es necesaria para que así se pueda adecuar a diversas situaciones (Merino, 2010, p. 266), lo cual solo aumenta nuestras reservas sobre lo etéreo de este concepto.

Dicha vaguedad conceptual, e incluso más acentuada, se presenta también con las «buenas costumbres». Las mismas presentan, según Rubio (2008), las siguientes características: determinables a partir de la conciencia moral, espacial y temporal; cubren aspectos de la vida social; tienen que ser costumbres jurídicas; están ubicadas en el campo de las relaciones entre el derecho y la moral; y son una especie de orden público (p. 110).

Sin embargo, no solamente influye el paso de los años, sino también el espacio. Si bien todos nos regimos por la misma Constitución y por las mismas leyes, podemos encontrar diversos tipos de moral dentro de un mismo ordenamiento. En tal sentido, Merino (2010) conecta acertadamente esto último con los derechos de las comunidades campesinas:

Y esta diferencia cobra especial relevancia en un país como el Perú de naturaleza pluricultural. No hay duda que muchas situaciones podrán calzar perfectamente en ambas nociones, sin embargo, es posible que las costumbres de un pueblo tomen cierta distancia de determinados valores constitucionales, siendo no obstante, legítimo tratar de mantener la vigencia de ambos regímenes, sobre todo si el respeto a la cultura de los pueblos indígenas también tiene valor constitucional [...] (p. 268)

Esto origina que sea prácticamente imposible anular un contrato porque contravenga términos tan indeterminados como las buenas costumbres o el orden público. Esto se suma a la inoperancia de la omisión dolosa tipo incidental, la dificultad de probar los criterios subjetivos

de la lesión y el hecho de que la legislación peruana le otorgue el legítimo derecho al concesionario de solicitar la imposición de una servidumbre, lo que dificulta la argumentación de la anulabilidad por intimidación. Lo anterior imposibilita que se pueda recurrir a los remedios del derecho civil para solventar una situación de negociación desequilibrada.

5.5. Dificultades con el proceso constitucional del amparo.

Finalmente, es también muy complicado recurrir a una figura constitucional como la demanda de amparo. Por un lado, existe un plazo extremadamente corto para demandar, ya que la comunidad solo tiene sesenta días desde que se produjo el acto lesivo para presentar el recurso de amparo⁶.

Además, otra dificultad que presenta el recurso del amparo es que, por su carácter expeditivo, carece de etapa probatoria. Incluso el Tribunal Constitucional ha señalado que la actuación de pruebas «prolongarían la decisión y desnaturalizarían por completo el trámite sumario que corresponde al proceso de amparo» (2009, párr. 7-8).

Esto dificultaría bastante recurrir al recurso de amparo, ya que en casos de conflictos entre mineras y comunidades hay distintos medios probatorios que actuar para así comprobar múltiples situaciones: el verdadero valor de la tierra rica en minerales, el conocimiento o desconocimiento de determinada información por parte de la comunidad, la titulación o posesión tradicional de la que gozan las comunidades campesinas, la condición de la comunidad como pueblo indígena o tribal, etc.

6. El sistema dominalista y la ausencia del estado como ente regulador y garante de los derechos de las comunidades campesinas de los Andes

El artículo 58° de la Constitución Política precisa que el Perú se adhiere a una economía social de mercado. La Economía Social de Mercado (ESM) es el modelo que sirve de pilar para el régimen económico del país y del cual se extraen los lineamientos que rigen el comportamiento de los privados y el rol del Estado en la economía.

Comprobamos, entonces, que la ESM es un modelo que busca sopesar principios y valores en aras de que el Estado asegure una buena performance económica. De esta forma, César Landa (2008) define también la ESM y sus consecuencias:

La economía social de mercado es el modelo económico propio del Estado social de Derecho y busca integrar de manera razonable y proporcional dos principios aparentemente contradictorios: por un lado, el principio de libertad individual y subsidiariedad del Estado; y por otro, el principio de igualdad y de solidaridad social. De esta manera, la economía social de mercado ofrece un bienestar social mínimo, para todos los ciudadanos, a través de las reglas del mercado, donde la iniciativa privada sigue siendo fundamental, pero debe cumplir también una función social, que coadyuve al Estado a lograr el bienestar general, en función de la construcción de una sociedad solidaria (p. 57).

6 Código Procesal Constitucional del Perú

Artículo 44.- Plazo de interposición de la demanda

El plazo para interponer la demanda de amparo prescribe a los sesenta días hábiles de producida la afectación, siempre que el afectado hubiese tenido conocimiento del acto lesivo y se hubiese hallado en posibilidad de interponer la demanda. Si esto no hubiese sido posible, el plazo se computará desde el momento de la remoción del impedimento. (...)

Baldo Kresalja y César Ochoa (2009) señalan que, en una ESM, «los objetivos sociales se encuentran en el mismo nivel que los objetivos económicos de la eficiencia» (p. 352), lo cual nos permite definir las metas de la ESM: promover el desarrollo económico a la misma vez que el desarrollo social. La ESM no polariza ambos objetivos, sino que los amalgama para así buscar el bienestar de todos los ciudadanos. El Estado que practica la ESM pondera y no se inclina ni por un socialismo contrario a la inversión ni por un mercantilismo avasallador de los derechos de las personas.

El seguimiento de la ESM por parte del Estado peruano permite que distingamos claramente aquellos roles que le compete al Estado y, por ende, lo que puede o no puede hacer:

6.1. El rol de policía del Estado y su participación como garante en las actividades extractivas.

El Estado es aquel ente que debe guiar el accionar de un país manteniendo al bienestar social y al bienestar económico en una balanza equilibrada. Para ello, tiene que cumplir varias labores que, según la clásica división establecida por el profesor Luis Jordana de Pozas, pueden dividirse en tres grandes tipos de actividades: policía, fomento y servicio público (Jordana, 1949, p. 42). De esta forma, el Estado se encarga de realizar la labor de garante en el desarrollo de las actividades económicas, de fomentar la inversión, y de emprender, bajo determinadas condiciones, actividad empresarial respectivamente. La Constitución es la norma que otorga dichas capacidades al Estado peruano.

Es el rol de garantía, también conocido como rol de policía, el cual resulta de vital importancia en nuestro análisis. Para Ramón Parada, la actividad de policía consiste en la «intervención mediante la cual la Administración restringe la libertad o derechos de los particulares, pero sin sustituir con su actuación la actividad de estos» (Parada, 2010, p. 367). Los límites a la actividad económica se otorgan en aras del interés público. De hecho, en la sentencia N° 0090-2004-AA/TC (2004), el Tribunal Constitucional señaló que el interés público beneficia a todos, por lo que es sinónimo del interés general de la comunidad; además, se precisa que el Estado debe motivar las decisiones que toma respecto al interés público, descartándose cualquier posibilidad de arbitrariedad (párr. 11).

El deber de garante del Estado no solo debe considerar el interés público, sino también el principio de legalidad: a diferencia del ámbito civil, donde un particular puede hacer todo lo que no esté prohibido, la administración sólo puede hacer aquello que la ley le manda o habilita. Esto último se conoce como el principio de vinculación positiva del ordenamiento administrativo.

Aquel conjunto de normas que enmarcan la legalidad en el Perú no solo está compuesto por las normas nacionales, sino especialmente por las normas internacionales. Tanto los tratados como la jurisprudencia u opiniones de los órganos internacionales son vinculantes a nivel nacional y forman parte de nuestro Bloque de Constitucionalidad, a partir de lo estipulado en el artículo 55⁷ y la IV Disposición Final y Transitoria⁸ de la Constitución

7 Constitución Política del Perú de 1993

Artículo 55°.- Los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional.

8 Constitución Política del Perú de 1993

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

peruana, y el artículo V⁹ del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional peruano. Además, en cuestión de las obligaciones que nacen de tratados, la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, señala en su artículo 27^o que ningún Estado puede aludir cuestiones de derecho interno para dejar de cumplir lo estipulado en tratados en los cuales el Estado es Parte.

De esa manera, el Estado peruano debe, por su rol de policía, garantizar que las actividades económicas de los privados, como lo son las extractivas mineras, respeten el principio de legalidad al cual está sometido el derecho peruano. Es decir, las actividades extractivas no deben violentar los derechos de los pueblos indígenas que encontramos tanto en norma nacional como en norma internacional.

Si bien el Estado peruano cumple su labor vigilando estándares y estudios ambientales o tratando de realizar procesos de consulta previa (todo esto dentro del derecho público), la situación se torna difícil justamente en el campo de las desequilibradas negociaciones entre empresas concesionarias y comunidades y la casi nula participación del Estado en las mismas. Por esa razón, un sector importante de la doctrina señala que el poder de policía no puede limitar la libertad ya que la potestad administrativa no puede limitar derechos y garantías constitucionales (Cervantes, 2013, p. 167).

6.2. El disparate poder de negociación entre comunidades y empresas extractivas: el *bargaining power*.

El *bargaining power* es el poder de negociación que tiene una de las partes al momento de celebrar un contrato. Para ser más gráficos, tener la capacidad de anunciar a tu contraparte «tómalo o déjalo», en relación a las condiciones que uno impone en una relación contractual, se traduce en un *bargaining power* superior o dominante. La parte con mayor *bargaining power* en una situación contractual tendrá el poder de direccionar la mayoría o todas las cláusulas contractuales enteramente a su favor.

Como hemos ya graficado, las empresas extractivas y las comunidades campesinas son dos entes que se encuentran en una situación fáctica de desequilibrio, causado por innumerables factores sociales y comerciales. Las negociaciones que ambos actores protagonizan están marcadas por un lado por un *know how* avanzado de la empresa y, por el otro, una posición en desventaja de las comunidades campesinas, no solo por falta de experiencia en temas de negociaciones mineras sino porque además no son titulares de bienes jurídicos valiosos para el mercado con los cuales puedan negociar. Contrastados en el mercado, resulta muchísimo más valiosa en términos bancarios una concesión minera que un predio parcelado a más de tres mil metros sobre el nivel del mar.

Para algún sector de la doctrina, la equidad de *bargaining power* es considerada como un prerequisite constitucional de la libertad de contratación (Schlechtriem, 1997, p.17). Esta afirmación es el fundamento de la teoría de la *inequality of bargaining power*, por la cual un contrato no puede presentar a dos partes con un poder de negociación desnivelado. Esta teoría calzaría

9 Código Procesal Constitucional del Perú de 2004

Artículo V.- Interpretación de los Derechos Constitucionales

El contenido y alcances de los derechos constitucionales protegidos por los procesos regulados en el presente Código deben interpretarse de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos, los tratados sobre derechos humanos, así como de las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según tratados de los que el Perú es parte.

con aquel razonamiento que nos indique que, ante la negociación desequilibrada entre empresas extractivas y comunidades campesinas, el Estado, cumpliendo su rol de policía, debe intervenir.

Sin embargo, el Estado no ha establecido reglas de juego que enmarquen las negociaciones entre empresas y comunidades (Burneo y Chaparro, 2013, p.32). Así, las comunidades vendedoras no tienen la debida información de las condiciones de valoración de los traslados de predios, considerando además que el mercado de tierras no es un mercado dinámico (Glave, 2007, p.191), e incluso podría decirse que no existe mercado en absoluto¹⁰.

Por ese motivo, no podemos permitir que el mercado resuelva el desequilibrio entre comunidades campesinas y empresas extractivas, y los potenciales abusos que se puedan suscitar en el marco de las transacciones por el acceso a las tierras de las comunidades. El Estado es el ente rector que tiene que intervenir, cumpliendo su rol de policía de las actividades privadas, para que no continúen lesionando los derechos de un grupo de ciudadanos como son los miembros de las comunidades.

6.3. La afectación al derecho a la libertad de contratación y a otros derechos, y la imposibilidad de intervención del Estado.

El derecho a la libre contratación está establecido en el artículo 62° de la Constitución Política y en el artículo 1354° del Código Civil. Este derecho consiste en el «derecho de regular el contenido de los contratos, o sea los derechos y obligaciones de las partes [...]» (Kresalja y Ochoa, 2009, p.280). La «libertad de contratar» a la que hace alusión el artículo 62° de la Constitución hace referencia, en realidad, al derecho de toda persona de elegir con quién enrolarse en una relación contractual.

Carlos Cárdenas (2000) apunta un fenómeno interesante que se produce justamente por una supuesta contradicción entre el artículo 62° de la Constitución (1993), el cual precisa que los contratos no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de igual clase, y el artículo 1355° del Código Civil (1984), que señala que los contratos pueden ser limitados mediante leyes por razones de interés social, público o ético (2000, pp. 259-260).

Cierto sector de la academia señala que, por una cuestión de jerarquía normativa y al pesar más la Constitución que el Código Civil, es el artículo 62° de la Carta Magna el que prevalece, por lo cual los contratos no pueden ser modificados por las leyes. Además, se señala que, por una cuestión cronológica, al haberse publicado la Constitución en 1993, se derogó tácitamente el artículo 1355° del Código Civil de 1984.

Otro sector de la doctrina, en cambio, apoya una interpretación restrictiva del artículo 62° de la Constitución, por lo cual mantendría su vigencia lo dispuesto en el artículo 1355° del Código Civil. Nosotros nos decantamos por la primera posición, debido a la jerarquía normativa de la Constitución política.

En la realidad, el Derecho no descuida la situación de abusos de determinados contratos, como el caso de los contratos de adhesión. De esta forma, el artículo 1398° del Código Civil señala que en dichos contratos no son válidas las exoneraciones o limitaciones de responsabilidad, las facultades de suspensión, rescisión o resolución de la ejecución del contrato, o la prohibición de los derechos de oponer excepciones y renovar tácitamente el contrato. Estas son las llamadas «cláusulas vejatorias», las cuales están proscritas por nuestro ordenamiento, debido a que benefician en demasía a la parte que se beneficia del desequilibrio contractual.

10 (G. Damonte, comunicación personal 03 de junio de 2013)

Lamentablemente, los contratos privados entre comunidades campesinas y empresas extractivas concesionarias por el acceso al suelo no entran dentro de la categoría de la contratación masiva, así se caractericen por una parte con una alta libertad de contratación que diseña las cláusulas y una contraparte con una disminuida libertad de contratación que muchas veces sólo acede a lo que le proponen. En tal sentido, no se pueden categorizar las cláusulas de dichos contratos como «vejatorias».

Sin posibilidad que las cláusulas entre empresas concesionarias y comunidades puedan ser reguladas con anterioridad, debe buscarse una fórmula alternativa de control. Dado el mayor peso de la Constitución política y su artículo 62°, los contratos entre concesionarios y comunidades tampoco podrían ser alterados por una ley en aras del interés público o ético tal cual lo estipula el artículo 1355° del Código Civil. De tal manera, queda descartada cualquier forma o vía legal vigente por la cual el Estado pueda regular el contenido de las cláusulas de estos contratos. El Estado, entonces, no encuentra un mecanismo adecuado para poder intervenir en contratos manifiestamente injustos como los celebrados entre empresas extractivas y comunidades campesinas.

El hecho que una de las partes cuente con casi la totalidad de la libertad de contratación implica que la contraparte vea reducida drásticamente su propia libertad de contratación. El reducido derecho a la libertad de contratación de las comunidades conlleva a que los contratos por el acceso al suelo no cuenten con cláusulas justas o equilibradas y, en consecuencia, la mayor parte de su contenido favorezca a la empresa concesionaria. Sin la posibilidad de poder pactar condiciones favorables para sus intereses en los contratos por el acceso al suelo, las comunidades se perjudicarán, lo cual supone perturbación a sus a sus tierras, territorio y estilo de vida.

Así como ya hemos comprobado que el Estado debe impedir la conformación de contratos «manifiestamente injustos» cumpliendo su rol de policía, también hemos concluido que el Estado, por mandato constitucional, no puede regular o arreglar de manera *ex post* los contratos entre particulares. Si bien es innegable que se debe combatir los contratos evidentemente injustos, llegar a una definición consensuada de este término resulta complicado y es imposible, al menos dentro del Derecho, que el Estado intervenga en contratos injustos.

Esta imposibilidad de poder contravenir *ex post* los efectos de estos contratos privados manifiestamente injustos entre empresas extractivas y comunidades campesinas nos permite concluir que el Estado tiene que regular estos contratos y estar presente en las negociaciones entre ambos actores por el acceso al suelo. Ante una negociación que se presenta con desequilibrio objetivo entre las partes y que acarrea la violación de derechos fundamentales (libertad de contratación, propiedad, identidad cultural, vida) de una de ellas (las comunidades campesinas), el Estado se encuentra en la obligación de intervenir y sanear dicha situación. Pero, por el Derecho, no puede.

Al ser imposible un control *ex post*, el Estado debe realizar un control *ex ante*, estando presente en la negociación que reúne a comunidades y empresas y evitar cualquier abuso o contenido injusto. De esta forma, el sistema de dominio minero, tal cual está diseñado, promueve negociaciones injustas por un mismo bien sin que el Estado pueda intervenir a mediar o ponderar.

1) Buscando alternativas

Ante el análisis del sistema de dominio minero actual y comprobar su repercusión negativa para los derechos de las comunidades, se debe analizar si el otro sistema de dominio minero clásico, el sistema de accesión o fundiario, posee las características necesarias para salvaguardar los derechos de las comunidades.

7. El sistema de dominio minero de acesión o fundiario

Bajo el sistema de acesión o fundiario, los recursos del subsuelo le pertenecen al dueño del suelo. Es decir, ambas titularidades (suelo y subsuelo) se juntan en un solo sujeto de derecho, formando una propiedad vertical. Este sistema es minoritario con respecto al sistema dominalista y ha sido albergado por algunos países del *Common Law* como los Estados Unidos de Norteamérica.

Finalizada la Guerra de la Independencia Americana a finales del siglo dieciocho, los minerales pasan a ser propiedad de los dueños de las tierras, en virtud del principio fundiario de dominio (Vildosola, 1999, p. 27). El modelo *Fee simple state* es la fórmula que se utiliza en los Estados Unidos por la cual el propietario del suelo es a su vez propietario de los recursos del subsuelo (Pulgar-Vidal, 2009, p.20); es decir, el sistema minero norteamericano promueve la consolidación de la propiedad en un solo agente.

A partir de tener la propiedad absoluta del suelo y los recursos del subsuelo, los propietarios pueden disponer libremente de los recursos minerales que se encuentren en sus tierras. Estas ventas cruzadas de los recursos del subsuelo manteniendo la propiedad del suelo, o viceversa, han derivado en situaciones críticas que comprometen la estabilidad y seguridad de territorios y recursos naturales en los Estados Unidos.

De esta forma, el autor antes citado afirma que se origina el fenómeno conocido como *Split estate* o *Severed estate land* o tenencia por varias personas (Pulgar-Vidal, 2009, p. 20). Un propietario puede mantener su derecho sobre el suelo, mientras que otro particular puede tener al mismo tiempo derecho sobre los recursos que se ubican debajo de dicha tierra; o puede darse la situación inversa, lo cual genera incertidumbre y desorden en el mercado de transacciones de tierras y minerales.

Esto ha generado que muchas veces los minerales debajo de los territorios de los pueblos indígenas no estén bajo su propiedad o que incluso encontremos casos en los cuales la propiedad del terreno es de un privado y los derechos sobre los recursos del subsuelo son de otro privado, excluyendo a los pueblos de cualquier tipo de propiedad. Como se evidencia, si bien el sistema norteamericano les otorga a los pueblos originarios la propiedad absoluta sobre suelo y recursos del subsuelo, las características propias del sistema permiten que los pueblos aborígenes enajenen ambos derechos y terminen desprotegidos.

Si se unificaran la propiedad del suelo con la propiedad del subsuelo en un solo propietario, entonces la empresa extractiva ya no tendría que acudir, por un lado, ante el Estado para obtener la concesión que le permita explotar los recursos minerales y, por el otro, ante la comunidad campesina para obtener el acceso al suelo. En palabras de Bullard:

Si el sistema legal pusiera las cosas en su lugar, y le entregará a las comunidades no solo la tierra, sino lo que esta contiene, habría un solo propietario; la comunidad. Esta negociaría directamente con el interesado en explotar los recursos, y no sentiría que para defender lo que siente como suyo tiene que bloquear carreteras y matar policías. Solo tiene que usar su derecho de propiedad y el derecho contractual para obtener lo que quiere (2009)

En este mismo artículo, Bullard advierte que lo que se busca con esta propuesta de consolidación de titularidad es evitar el fenómeno conocido como «Tragedia de los Anticomunes». Esta es una propuesta del norteamericano Michael Heller; cuya tesis es que la conjunción de varios derechos de propiedad neutralizará cualquier actividad que quiera desarrollarse y

requiera el consenso de todos los agentes con propiedad, ya que basta que una parte no quiera que se ejecute la actividad para que esta se frustre (1997, p. 64).

En la práctica, la situación de anticomunes se genera debido a que, mientras que la comunidad tiene titularidad sobre el suelo, el Estado tiene la titularidad sobre los recursos naturales subsuelo. Ante ello, basta que una de estas partes no quiera acceder a que se desarrolle la actividad extractiva para que esta no se realice. En nuestro país, generalmente el Estado se muestra muy accesible a dar concesiones y permisos, mientras que comúnmente las comunidades se resisten a la realización de los proyectos extractivos en sus territorios.

Si se juntaran todos los derechos en cuestión en el derecho del propietario del suelo, entonces las empresas extractivas sólo tendrían que negociar con ese propietario y eso sería todo lo que se necesitaría¹¹. No obstante, terminar con la «Tragedia de los Anticomunes» mediante la consolidación de la propiedad de suelo y subsuelo más parece una ventaja para las empresas extractivas. Estas siempre buscan acelerar la obtención de permisos para comenzar sus actividades (y nada mejor que prescindir del «burocrático» Estado) y no tanto para las comunidades dueñas de las tierras ricas en minerales. Donde es evidente cierta ventaja para estos actores es en la cuestión del valor de los objetos jurídicos sobre los cuales ahora tendrían titularidad: la tierra y los minerales del subsuelo.

Las dudas sobre el valor real del precio que deben pagar los concesionarios a los propietarios del suelo quedarían, al menos en teoría, zanjadas si por ley, dicho propietario fuera también dueño de los recursos minerales del subsuelo. Así, el propietario tendría mayor poder de negociación, ya que no sólo sería dueño del recurso-medio (la tierra), sino también del recurso-fin (los minerales). Tener la propiedad del subsuelo empoderaría más a las comunidades y mejoraría su poder para negociar¹².

La posibilidad de tener un mayor peso en la negociación, y así obtener mayores réditos monetarios, aumenta si consideramos la variable económica de los conflictos sociales. Generalmente, al analizar este tipo de conflictos se considera las cuestiones medio ambientales o de los derechos de los pueblos indígenas, pero poco se repara en las grandes sumas de dinero que enmarcan las operaciones mineras.

El académico español Javier Arellano ensaya la teoría que los conflictos sociales se hacen más fuertes en aquellas regiones que ostentan minas más rentables y que, por ende, reciben más recursos fiscales provenientes de la minería por parte del Gobierno Central. Dos razones son las que justifican este fenómeno: primero, la retención por parte de las empresas mineras de las ganancias extraordinarias provocadas por el aumento del precio de los minerales y que origina que las comunidades recurran al conflicto para negociar mayores compensaciones y oportunidades laborales; segundo, la acumulación por parte de los gobiernos subnacionales de los altos ingresos fiscales de la minería que genera enfrentamientos entre estos actores, y diversos sectores de la población para acceder y controlar estos recursos (Arellano, 2011, p. 27).

Justamente si los recursos mineros fueran de propiedad de las comunidades, y ya no del Estado o la nación, el concepto de regalía se perdería, al ya no haber justificación de que la nación reciba beneficios de «sus propios recursos». Con ello, las comunidades recibirían de manera directa estos nuevos ingresos y ya no tendrían que depender de la cuestionada capaci-

11 (A. Bullard, comunicación personal, 08 de noviembre de 2012.)

12 (J. de Echave, comunicación personal, 03 de mayo de 2013.)

dad de ejecución de los gobiernos regionales y municipales, quienes actualmente manejan gran parte de lo recibido por concepto de regalía y canon.

De tener la propiedad tanto del suelo como del subsuelo, las comunidades campesinas serían los únicos actores con los cuales la empresa extractiva se tendría que sentar a negociar. Todavía estaría presente la participación del Estado mediante los exámenes de verificación ambiental y el cobro de impuestos pero, en términos de transacciones que tangan como objeto los recursos básicos de la minería (acceso al suelo y acceso a los minerales), sería la comunidad la parte principal. La pregunta que surge es si esto resulta beneficioso para las comunidades.

Si fue evidente que ya con el sistema dominalista las comunidades igual tenían que negociar con los concesionarios por el acceso al suelo, al tener la propiedad de suelo y subsuelo (de aplicarse el sistema de accesión), la negociación directa se mantendría, ahora por el suelo y el subsuelo. De esta forma se mantendría la exposición de estos grupos a negociar directamente con las empresas extractivas¹³, solamente que esta vez generando una mayor dinámica de transacciones, ya que al bien jurídico, tierra o parcela, se le sumaría el valioso bien jurídico de los recursos minerales.

Esta situación podría hacer que se exagere el fenómeno actual de transacciones directas entre comunidades y empresas, lo que aumenta las acciones de compra y las especulaciones internas¹⁴. Es más, algunos se animan a decir que podría repetirse la situación de los Estados Unidos (país donde se aplica el sistema de accesión) en la cual los indígenas acabaron en reducciones donde ya no hay ningún recurso mineral en el subsuelo¹⁵.

Si bien las comunidades podrían tener un mayor poder de negociación y empoderamiento, al ser los propietarios de los dos objetos que se negocian con los concesionarios, el problema central aún persiste: la negociación ocurre entre una empresa extractiva con una capacidad logística desarrollada y una comunidad campesina que, si bien tiene más propiedad con la cual negociar, sigue careciendo de información y conocimientos técnicos para entablar una correcta negociación. El problema medular persiste en este nuevo escenario debido a que la asimetría entre ambas partes negociantes no se ha superado.

El aumento de atributos con los cuales negociar podría aumentar la ganancia económica, pero no resuelve la asimetría entre la comunidad y la empresa extractiva. Si ya con el sistema dominalista el papel del Estado es reducido a un mero certificador o ente al que se recurre a solicitar servidumbres, con un sistema de accesión el Estado sería totalmente desplazado y ya no podría cumplir ni siquiera acceder a su rol de policía. El único permiso que importaría ya no sería la concesión (ya que los recursos minerales ya no estarían en poder del Estado-nación), sino el acuerdo entre la empresa concesionaria y la comunidad propietaria del suelo. Sería un escenario de desaparición total del Estado en el ámbito minero.

No obstante, la remoción del Estado del *iter* minero no sólo implicaría el potencial agravamiento de las situaciones de desequilibrio y abuso que podrían darse en las negociaciones, sino que la no necesidad de la figura de la concesión acarrearía una situación inconveniente: la desaparición de la consulta previa. La explicación radica en que la consulta previa se activa ante medidas legislativas o administrativas por parte del Estado; si ya no hubiese necesidad de dar concesiones, no habría forma de que se active el mecanismo de la consulta previa. Sencilla-

13 (R. Yrigoyen, comunicación personal, 28 de diciembre de 2012.)

14 (A. Diez, comunicación personal, 27 de mayo de 2012.)

15 (G. Damonte, comunicación personal, 03 de junio de 2013.)

mente, no habría nada que consultar, y la minería sólo dependería de las negociaciones privadas entre empresas extractivas y comunidades.

Si comparamos la principal ventaja del sistema de accesión, que sería la recepción directa del dinero por parte de las comunidades, con la principal desventaja de dicho sistema minero, que sería el crecimiento exponencial de las desventajas originadas por las negociaciones directas entre empresas extractivas y comunidades, el saldo sería negativo. La privatización absoluta de estas negociaciones aumentaría la actual brecha entre empresas concesionarias y comunidades campesinas, con lo cual los acuerdos a los que se lleguen no serían los más justos para la parte más débil. Esto neutraliza la ventaja del dinero directo que en teoría recibirían los propietarios absolutos de suelo y subsuelo.

Adicionalmente, el destierro de la figura del Estado del *iter* minero es riesgoso para la institucionalidad del país, ya sea en materia de ganancias como en materia de evaluación. Pedro Gamio afirma que no es sostenible mantener relaciones contractuales donde no existe una relación equilibrada y beneficiosa para todas las partes; dentro de un contexto de mercados que buscan ser más competitivos, tanto el Estado como las empresas deben obtener ganancias de las operaciones mineras¹⁶. De esta forma, las ganancias que percibe el Estado en forma de regalías e impuesto a la renta, al pertenecerle aún la propiedad de los recursos naturales, son vitales para el desarrollo económico del país y representan un ingreso relevante para un país tan dependiente de sus materias primas como lo es el Perú

Armando Guevara, por ejemplo, impulsa el sistema de propiedad vertical, por razones de eficiencia y justicia social, pero también valora la presencia del Estado; de esta forma promueve la existencia de una negociación tripartita, bajo la cual el Estado asuma la responsabilidad de la gestión de cada centímetro cuadrado del país¹⁷. Así, comprobamos cómo un sector que promueve el cambio de sistema cree que incluso esta decisión debe ser acompañada por la presencia de un Estado responsable.

8. ¿Cuál sería entonces la solución?: La propuesta

Luego de haber señalado las características negativas tanto del sistema dominalista como el de accesión, queda pensar en una solución real para los intereses de los pueblos indígenas. Una solución que, luego de haber descartado los dos sistemas clásicos de dominio minero, implicará necesariamente una propuesta alternativa.

Una de las pocas autoridades que ha promovido un cambio en el modelo extractivo es el ex Relator de Pueblos Indígenas de las Naciones Unidas (en adelante el Relator), James Anaya. En su Informe Anual al Consejo de Derechos Humanos del año 2012, el Relator de Pueblos Indígenas señaló que el actual modelo de extracción de recursos naturales promueve que la empresa desarrolle los proyectos de exploración y explotación «con cierta intervención del Estado, pero con poca o ninguna participación de la comunidad o del pueblo indígena» (Anaya, 2012). Esta situación poco equilibrada provoca, en palabras de Anaya, el siguiente resultado:

La empresa controla la operación de extracción y se apropia de los recursos y las ganancias, el Estado recibe regalías o recauda impuestos y los pueblos indígenas reciben, en el mejor de los casos, beneficios en forma de empleo o proyectos de desarrollo comunitario que, por lo general, tienen un valor económico insignificante en comparación con las ganancias obtenidas por la empresa (2012).

16 (P. Gamio, comunicación personal, 13 de julio de 2013)

17 (A. Guevara, comunicación personal, 11 de febrero de 2013)

Para enmendar la situación descrita, el ex Relator propone, en su Informe Anual al Consejo de Derechos Humanos del año 2013, que se adopte un enfoque de apoyo a los pueblos indígenas que quieran crear sus propias empresas extractivas (Anaya, fundamento 13). Para ello, el Estado debe reforzar los programas de ayuda para los pueblos indígenas, con el fin de apoyarlos en la creación de capacidades y proporcionarles asistencia financiera en sus iniciativas de gestión y extracción de recursos naturales (fundamento 14). Además, el relator plantea que el Estado asista a los pueblos indígenas a que adquieran licencias o permisos y así «dar prioridad a las iniciativas de extracción de recursos de los pueblos indígenas en sus territorios» (fundamento 15). El ex Relator justifica de la siguiente manera su propuesta:

Muy a menudo, los pueblos indígenas reivindican todos los recursos, incluidos los recursos del subsuelo, presentes en su territorio, en virtud de sus propias costumbres o leyes, con independencia de la legislación del Estado, y muy a menudo esas reivindicaciones no se han atendido adecuadamente. Teniendo en cuenta esos factores, reconocer la prioridad de los pueblos indígenas para extraer los recursos existentes en sus territorios es una cuestión de equidad, si no de derecho (fundamento 16).

Como vemos, si bien el ex Relator no reconoce la propiedad de los pueblos indígenas sobre los recursos del subsuelo, sí les reconoce la prioridad del derecho de extracción de los mismos, por «una cuestión de equidad, sino de derecho» (fundamento 16), pero también por «una cuestión de buena práctica» (fundamento 17). El ex Relator precisa que si la extracción la llevan a cabo los mismos pueblos indígenas aumenta la posibilidad que se respeten los derechos de los pueblos indígenas, que se disminuyan los efectos nocivos de las actividades extractivas y que los réditos económicos beneficien al Estado y a la comunidad (fundamento 17).

A partir de lo explicado en el reporte, el ex Relator concluye que deben buscarse modelos de extracción alternativos al modelo predominante para que así la extracción de recursos sea compatible con los derechos de los pueblos indígenas (fundamento 79). Así, el ex Relator justifica el derecho de los pueblos indígenas a realizar actividades extractivas por sí mismos en «su derecho a la libre determinación y a establecer sus propias estrategias de desarrollo» (fundamento 82).

La solución a la cual apuntamos debe procurar que las comunidades estén correctamente informadas para así estar en óptimas condiciones de iniciar una negociación medianamente balanceada con su contraparte, la empresa extractiva. Para ello, la solución que buscamos debe garantizar la presencia del Estado en estas negociaciones, a fin de que este ente actúe como un regulador o intermediario de estas negociaciones y, así, se asegure que las partes cuenten con la debida información para autónomamente llegar a una decisión. De esta forma, la solución pretende terminar con el principal escollo que hemos encontrado a lo largo de este análisis: la falta de información que impide a las comunidades tomar decisiones de manera libre y reflexiva, lo cual eventualmente resulta en violaciones a sus derechos a la vida, a la propiedad, identidad cultural y demás derechos conexos.

Además, la solución debe buscar que las comunidades campesinas se sientan partícipes de las decisiones que se toman con respecto a la minería. Por ello, la solución procurará que a las comunidades se les reconozca cierta titularidad sobre los recursos del subsuelo, admitiendo que es ilógico reconocer una titularidad del subsuelo sin darle la misma importancia a la titularidad del suelo. Además, esto último es un reconocimiento a la concepción de territorialidad que manejarían las comunidades en su condición de pueblos indígenas.

Finalmente, tampoco pretendemos que al Estado le sea despojado uno de sus principales fuentes de riqueza, los recursos minerales. Para ello, la solución busca que el Estado retenga cierta titularidad sobre estos recursos, con el fin de que pueda retener algún tipo de ganancia a partir de las actividades mineras. Es nuestra opinión que la minería debe mantenerse como una de las principales fuentes de riqueza del país, sin que ello signifique se le priorice sobre la vida y demás derechos conexos de los ciudadanos que habitan en las zonas de impacto.

Con nuestros lineamientos establecidos, la solución que proponemos consiste en un híbrido de los sistemas, a fin de reconocer las ventajas que presentan y neutralizar los puntos negativos que puedan generarse. La solución propuesta, entonces, consiste en reconocer que la propiedad de los recursos naturales recaiga tanto en el Estado como en los propietarios del suelo, los cuales pueden ser las comunidades campesinas. Es decir, se establecería una suerte de copropiedad de los recursos minerales entre el Estado y las comunidades.

Con la copropiedad establecida, los recursos minerales que se ubiquen debajo de un terreno que pertenezca a un privado pertenecerán en cuotas ideales tanto al Estado como al mencionado propietario privado. Al ser una copropiedad, las decisiones que involucren la entrega (ya sea en forma de compraventa, gravamen, arrendamiento, servidumbre, etc.) del bien común (los recursos minerales) tendrán que ser tomadas en unanimidad. Por la naturaleza de su ubicación (en el subsuelo), el uso de los recursos naturales es prácticamente inexistente, por lo que no habría problema sobre el muchas veces conflictivo derecho al uso del bien común.

Al ser una copropiedad, tanto el Estado como la comunidad pueden disponer y gravar su cuota ideal, pero con la salvedad que el copropietario pueda ejercer su derecho de retracto. Mediante este derecho, el copropietario puede subrogarse en el lugar del comprador en todas las estipulaciones del contrato. De esta forma, si uno de los copropietarios desea vender su cuota ideal de la copropiedad a un tercero, el otro copropietario tendrá la opción de obtener dicha cuota y consolidar su propiedad.

Si bien resulta evidente que este nuevo sistema busca reivindicar cierta titularidad de los minerales en los dueños de las tierras debajo de las cuales se encuentran dichos recursos naturales, lo que en verdad pretende es asegurar que todos los actores involucrados posean información suficiente acerca de los bienes materia de contrato. El hecho de tener una titularidad, exactamente la mitad, sobre los minerales logrará que las comunidades tengan la oportunidad de contar con información adecuada relacionada a dichos bienes y así puedan afrontar mejor una futura negociación.

Imaginemos a una comunidad debajo de la cual se encuentren recursos minerales, los cuales pertenecerían en copropiedad tanto al Estado como a la comunidad. Se abre un abanico de dos opciones: que el Estado quiera entregar todos los recursos de esa cuadrícula, lo cual requerirá de unanimidad entre el Estado y la comunidad; o que el Estado quiera entregar solamente los recursos que le pertenecen a su cuota ideal, lo cual activará el derecho de retracto que le corresponde a la comunidad, quien tendrá la posibilidad de obtener la cuota del Estado y consolidar así su propiedad. Ambas situaciones presentadas tienen una ventaja representativa con respecto al sistema dominalista y al sistema fundiario o de accesión: se le brinda la oportunidad a las comunidades de informarse de la importancia minera de sus tierras y del real valor de estas, además de enterarse de manera previa que hay un tercero que tiene la intención de acceder a los recursos minerales debajo de sus tierras.

En la primera situación propuesta, el requerimiento de unanimidad de venta del total de minerales debajo de la tierra de la comunidad logrará un evento impensado hasta ahora bajo

las reglas del actual ordenamiento: sentar en la mesa de negociación a la empresa extractiva (el pretendiente) con la comunidad campesina y el Estado (los copropietarios del recurso). Este último buscará negociar las mejores condiciones para su contrato, lo cual repercutirá también positivamente en la comunidad en su calidad de copropietaria. Finalmente, debemos recordar que constitucionalmente el fin supremo del Estado es la defensa de la persona¹⁸, una razón más para asegurarnos de que el Estado negociará en beneficio de sí mismo y la comunidad campesina.

Bajo la segunda situación propuesta -la comunidad campesina, en su calidad de copropietaria, que puede subrogarse en reemplazo de la empresa extractiva como compradora de la cuota ideal del Estado- se presentarían dos escenarios. Por un lado, si la comunidad campesina está en la posibilidad de adquirir la cuota ideal del Estado, se convertiría en la dueña absoluta de los recursos naturales, lo cual crea una situación idéntica al sistema de accesión o fundiario. Pero, si la comunidad campesina no tiene los recursos financieros para obtener la cuota ideal del Estado y no puede, por ende, ejercer su derecho de retracto, entonces los recursos minerales caerían indefectiblemente bajo una copropiedad entre comunidad y empresa. Con ello, se propiciaría nuevamente una negociación directa entre comunidades y empresas por el acceso al subsuelo, repitiéndose el escenario de los sistemas clásicos de dominio minero de los que tanto queríamos alejarnos.

Con humildad, aceptamos esta crítica, pero la misma no está considerando una variable distinta: la copropiedad de recursos del subsuelo le permite a las comunidades enterarse del precio y detalles de las transacciones de los minerales ya sea cuando el Estado busque negociar con ellas una decisión unánime para vender los recursos o ya sea cuando tengan la posibilidad de ejercer su derecho de retracto. Incluso si la comunidad no pudiese ejercer su derecho de retracto, al menos sabría que hay un tercero que tiene intenciones de obtener sus recursos. En adición, podría saber el precio por el cual han negociado el Estado y la empresa extractiva, lo cual le daría una muestra de los valores que se manejan en estas negociaciones. Con ello, la comunidad tendría un parámetro de negociación y así no estaría desorientada a una posible negociación con una empresa extractiva. Esta información también será importante para que la comunidad esté en mejores condiciones para afrontar una negociación con la empresa extractiva por el acceso al suelo.

Otra gran ventaja sería que, al contar con cierta titularidad sobre los recursos minerales, las comunidades podrían acordar en las negociaciones con las empresas extractivas una importante participación en la realización de los proyectos. Ya no solo tendrían la potestad de recibir información, sino que esta nueva capacidad de copropietarios facultaría a las comunidades a tener un rol más importante en las actividades mineras. Con cierta titularidad sobre los minerales (y ya no sólo con la propiedad del suelo), las comunidades podrán no equiparar, pero sí al menos contrarrestar el mayor poder de negociación que detentan las empresas.

9. Conclusiones

Existen básicamente dos sistemas de titularidad sobre los recursos minerales: el sistema dominalista, el cual separa la propiedad del suelo de la propiedad del subsuelo; y el sistema de accesión o fundiario, el cual unifica la propiedad de suelo y subsuelo. Esta separación artificial obliga al concesionario entable una negociación directa con el dueño del suelo debajo del cual se encuentran los minerales a fin de conseguir un acuerdo previo. Generalmente, los dueños

18 Constitución Política del Perú de 1993

Artículo 1°. *La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado.*

de estos suelos ricos en minerales son las comunidades campesinas. Con ello, el sistema jurídico provoca que negocien dos entes tan disímiles como una comunidad y una empresa extractiva.

El sistema dominalista aumenta el desequilibrio entre empresas y comunidades, debido a que desplaza al Estado de su rol de garante de las actividades económicas y los derechos de los ciudadanos. A la ausencia del Estado se suma la poca capacidad de las comunidades de obtener información y sus dificultades logísticas. Esta situación de asimetría de información provoca que las comunidades cuenten con poco poder de negociación y vean violentado su derecho a la libertad de contratación, lo cual conlleva a la violación de su derecho de propiedad y derechos conexos.

Además, el hecho de que comunidades y empresas se vean forzadas a negociar por el acceso al suelo fomentará la prevalencia del derecho civil, el cual no ofrece remedios adecuados para solventar las violaciones a los derechos de los pueblos indígenas.

Finalmente, el sistema dominalista no recoge la propia visión y relación que tienen las comunidades campesinas con sus tierras. El sistema dominalista tiene una concepción más económica e individual de la propiedad, mientras que las comunidades ven a la propiedad de su tierra como un medio para mantener su identidad cultural y derechos colectivos. Dentro de las comunidades, las familias tienen un derecho de propiedad familiar por el cual pueden usar y disfrutar sus parcelas, pero no pueden enajenarlas.

Ante el evidente perjuicio que genera la aplicación del sistema dominalista, en especial para las comunidades campesinas, se requiere pensar en nuevos sistemas de dominio minero. Incluso, lo mismo ocurre con el sistema de accesión que al juntar propiedad de suelo y subsuelo sólo estaría repitiendo los efectos negativos de la negociación directa entre comunidades y empresas. Buscar una adecuada solución es una tarea aún pendiente.

REFERENCIAS

- Alzamora, L. (1926). *El dolo en nuestra legislación civil*. Lima: Minerva.
- Anaya, J. (2010). El derecho de los pueblos indígenas a la libre determinación tras la adopción de la declaración. En *El Desafío de la Declaración: Historia y Futuro de la Declaración de la ONU sobre Pueblos Indígenas*. Copenhague: Grupo Internacional de Trabajo Sobre Asuntos Indígenas (IWGIA).
- Anaya, J. (julio, 2012). *Informe del Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas, James Anaya*. Consejo de Derechos Humanos, 21° periodo de sesiones, A/HRC/21/47. Recuperado de http://unsr.jamesanaya.org/docs/annual/2012_hrc_annual_report_sp.pdf
- Anaya, J. (julio, 2013). *Informe del Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas, James Anaya: las industrias extractivas y los pueblos indígenas*. Consejo de Derechos Humanos, 24° periodo de sesiones, A/HRC/24/41. Recuperado de <http://unsr.jamesanaya.org/docs/annual/2013-hrc-annual-report-spanish.pdf>
- Arellano, J. (2011). *¿Minería sin fronteras?: conflicto y desarrollo en regiones mineras del Perú*. Lima: IEP, PUCP, Universidad Antonio Ruiz de Montoya.
- Asamblea General de las Naciones Unidas (diciembre, 1960). Resolución 1514 (XV) Declaración sobre la concesión de la independencia a los países y pueblos coloniales. 947ª sesión plenaria, Recuperado de <http://www.un.org/es/decolonization/declaration.shtml>
- Basadre, J. (1996). *Derecho minero peruano (6ª ed)*. Lima: Grijley.
- Belaunde, M. (2009). *Derecho minero y concesión (3ª ed)*. Lima: Editorial San Marcos E.I.R.L.
- Bernales, E. (1998). *La Constitución de 1993: análisis comparado (4ªed)*. Lima: RAO editora.
- Borea, M. (1999). La Lesión: necesidad de incluir a la inexperiencia como estado de inferioridad de un contratante. *Lux et Veritas*, 9 (19).
- Bullard, A. (2003). La asimetría de la información en la contratación. A propósito del dolo omisivo. *Derecho y Economía: el análisis económico de las instituciones legales*. Lima: Palestra.
- Bullard, A. (2009). Bagua y la tragedia de los anticomunes. *Semana Económica*. Recuperado de <http://semanaeconomica.com/prohibido-prohibir/2009/06/24/bagua-y-la-tragedia-de-los-anticomunes/>
- Burneo, Z. (2005). *La propiedad colectiva de la tierra y las comunidades campesinas del Perú*. Lima: CEPES. Recuperado de http://www.cepes.org.pe/pdf/observatorio_tierras/propiedad_colectiva_tierra.pdf

- Burneo, M., Chaparro, A. (2013). Poder, comunidades campesinas e industria minera: el gobierno comunal y el acceso a los recursos en el caso de Michiquillay. *Revista Anthropoica* 17(28).
- Bury, J. (2007). *Neoliberalismo, minería y cambios rurales en Cajamarca. Minería, movimientos sociales y respuesta campesina: una ecología política de transformaciones territoriales*. A. Bebbington [ed.]. Lima: IEP & CEPES.
- Cardenas, C. (2000). La supuesta santidad de los contratos y el artículo 62 de la Constitución política del Perú. *Contratación contemporánea: teoría general y principios*. Lima: Palestra; Bogotá: Temis.
- Cervantes, D. (2014). *Manual de derecho administrativo*. Lima, Perú: Rodhas.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2010). *Informe: Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales*. Documento 56/09.
- Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas (2003). *Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes*. México: Desarrollo Gráfico Editorial.
- Del Castillo, L. (1992). ¿Tiene futuro las comunidades campesinas? *Debate Agrario*, (14).
- Del Castillo, L. (1995). Conflictos en tierras de Comunidades Campesinas y legislación. *Las comunidades campesinas en el siglo XXI: situación actual y cambios normativos*. Lima: Perú Grupo ALLPA.
- Del Castillo, L. (2003). Titulación de las comunidades campesinas: CEPES, ALLPA y la problemática comunal. *Debate Agrario* (36).
- Defensoría del pueblo (2013). Reporte de Conflictos Sociales N° 115. *Adjuntía para la Prevención de Conflictos Sociales y la Gobernabilidad, Septiembre 2013*. Recuperado de www.defensoria.gob.pe/modules/Downloads/conflictos/2013/Reporte-Mensual-de-Conflictos-Sociales-N-115-Septiembre-2013.pdf
- Diez, A. (2003). Interculturalidad y comunidades propiedad colectiva y propiedad individual. *Debate Agrario* (36).
- Espinoza, J. (2002). El orden público y las buenas costumbres en la experiencia jurídica nacional. *Lux et Veritas*. 12(24)
- García, G. y M. Franciskovic (2001). *Derecho minero: doctrina, jurisprudencia y legislación actualizada*. Lima: Gráfica Horizonte.
- Gamarra, C. (2009). *La concesión minera*. Lima: Eds. Caballero Bustamante.
- Glave, M. (2007). Valor y renta de la tierra en los Andes peruanos. Reflexiones en torno a la nueva minería. *SEPIA XII. Seminario Permanente de Investigación Agraria*.
- Guevara, J. (2001). Las causas estructurales de la pluralidad legal en el Perú. *Derecho & Sociedad*. 12 (16).
- Heller, M. (1997). The Tragedy of the Anticommons: Property in the Transition from Marx to Markets. *Working Paper* (40), Davidson Institute Research Workshop on the Economics of Transition.
- Jordana, L. (1949). Ensayo de una teoría del fomento en el derecho administrativo. *Revista de Estudios Políticos*, (48)

- Kresalja, B. y Ochoa, C. (2009). *Derecho Constitucional Económico*. Lima: PUCP. Fondo Editorial.
- Landa, C. (1987). Principios rectores y derechos fundamentales del administrado en el marco de la Constitución económica de 1993. *Constitución Económica del Perú (Foro Económico Asia-Pacífico APEC)*. 3 (6). Lima: Palestra
- Lohmann, G. (1994). *El Negocio Jurídico (2ª ed)*. Editorial Jurídica Grijley EIRL.
- Lohmann, G. (1988). Reforma del Título Preliminar del Código Civil. *Reforma del Código civil peruano: doctrina y propuestas*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Meinzen-Dick, R y R. Pradhan (2006). Pluralismo legal y derecho dinámicos de propiedad. *Debate Agrario* (40).
- Merino, R. (2010). *Legitimando el abuso en el contrato: El Pleno casatorio sobre transacción extrajudicial y los contratos contaminados*. Lima: Actualidad Civil y Procesal Civil, Normas Legales, Recuperado de http://www.academia.edu/1043252/El_Pleno_Casatorio_sobre_transaccion_extrajudicial_y_los_contratos_contaminados.
- Ministerio de Cultura (2015). Base de Datos de Pueblos Indígenas u Originarios. Recuperado de <http://bdpi.cultura.gob.pe/lista-de-pueblos-indigenas>
- Morales, R. (2011). *Patologías y remedios del contrato*. Lima: Jurista
- Mossbrucker, H. (1990). *La economía campesina y el concepto "comunidad": un enfoque crítico*, pp. 100 - 101. Lima: IEP
- Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas (1976). Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Recuperado de <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CESCR.aspx>
- Parada, J. (2010). *Derecho Administrativo I Parte General (18ª ed)*. Madrid: Marcial Pons.
- Peña Jumpa, A. (1998). *Justicia comunal en los Andes del Perú El caso de Calahuayo*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú
- Pulgar-Vidal, M. (2009). Suelo y subsuelo o contrasuelazo: Descifrando el misterio del capital: Minería, petróleo y comunidades. Bajo la lupa. *Análisis y propuestas*, (15).
- Roppo, V. (2009). *El Contrato*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Rubio M. (2008). *El título preliminar del Código Civil (10ª edición)*. Lima: Fondo Editorial PUCP.
- Schlechtriem, P. (1997). *Good Faith in German Law and in International Uniform Laws*. Centro di studi e ricerche di diritto comparato e straniero.
- Stiglitz, J. (2002). *La economía del sector público*. Barcelona, Antoni Book editor.
- Stiglitz, J. (2008). *Recursos Naturales, Desarrollo y Democracia*. Lima: Grupo Propuesta Ciudadana.
- Torres, A. (2000). *Código Civil (5ª ed)*. Lima: IDEMSA.
- Tubino, F (s.f). Pluralismo jurídico y diversidad cultural. *Lux et veritas*, (42).
- Urrutia, J. (1992). Comunidades Campesinas y Antropología: Historia de un amor (casi) eterno. *Debate Agrario*, (14).

- Urteaga, P. (2009). Fundamentación Jurídica del derecho a la Consulta y Consentimiento Libre, Previo e Informado en el Marco del Convenio 169 de la OIT. El caso de Perú. *El Otro Derecho*. (40). Recuperado de http://www.setianworks.net/indepazHome/attachments/484_El_otro_derecho_40_%20Consulta%20Previa.pdf.
- Vildosola, J. (1999). *El dominio minero y el sistema concesional en América Latina y el Caribe*. Caracas: Latina.
- Yrigoyen, R. (2006). Un nuevo marco para la vigencia y desarrollo democrático de la pluralidad. Cultural y jurídica: Constitución, jurisdicción indígena y derecho consuetudinario. Colombia, Perú y Bolivia. *Desfaziendo entuertos*. Lima.
- Yrigoyen, R. (2006). Hitos del reconocimiento del pluralismo jurídico y el derecho indígena en las políticas indigenistas y el constitucionalismo andino. *Pueblos Indígenas y derechos humanos*. Bilbao: Universidad de Deusto. Recuperado de <http://www.alertanet.org/ryf-hitos-2006.pdf>.

JURISPRUDENCIA

Sentencia N.º 06316-2008-PA/TC. Tribunal Constitucional del Perú. (11 de noviembre de 2009.)

Sentencia N.º 0090-2004-AA/TC. Tribunal Constitucional Del Perú. (05 de julio de 2004).

Sentencia N 0090-2004-AA/TC. Tribunal Constitucional del Perú. (2004). Recuperado de <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/00090-2004-AA.html>

Sentencia N.º 06316-2008-PA/TC. Tribunal Constitucional del Perú. (2009). Recuperado de <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/06316-2008-AA.html>

Ley N.º 24656. (1987) Recuperado de <http://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/Leyes/24656.pdf>

Ley N.º 26845. (26 de julio de 1997). Recuperado de <http://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/Leyes/26845.pdf>

Sentencia Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tigni vs Nicaragua. Corte Interamericana de Derechos Humanos (31 de agosto 2001). Recuperado de http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_79_esp.pdf

Sentencia Caso Mayagna (Sumo) Awas Tigni vs Nicaragua. Corte Interamericana de Derechos Humanos. (31 de agosto de 2001)

Sentencia Saramaka vs Suriname. Corte Interamericana de Derechos Humanos (28 de noviembre de 2007).

Sentencia Saramaka vs Suriname de 28 de noviembre de 2007). Corte Interamericana de Derechos Humanos Recuperado de http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_172_esp.pdf

Sentencia Yakyé Axa vs. Paraguay, Corte Interamericana de Derechos Humanos (17 de junio de 2005)

COMENTARIOS

Gustavo Zambrano Chávez
Profesor del Departamento Académico de Derecho, PUCP*

Analizar, y sobre la base de ello, reflexionar acerca de la relación que existe entre comunidades (tanto campesinas como nativas) y empresas extractivas, es uno de aquellos temas sobre los que hay que seguir generando conocimiento en el Perú. Cada esfuerzo y, sobre todo, aporte en este debate ayuda a entender que esta es una relación histórica muy compleja, en la que las tensiones presentes en las dinámicas entre ambos grupos responden a diversos factores. Uno de estos factores son los marcos institucionales y normativos monoculturales que han negado la diversidad cultural del país. Sobre estos marcos, precisamente, se toman decisiones de política que terminan impactando la manera cómo actúa el aparato del Estado frente a la población. Es en este espectro del debate, donde el texto de Richard O'Diana Rocca se encuentra. Un aporte que busca reflexionar los puntos de inflexión —desde el discurso jurídico— entre dos lógicas discursivas que se encuentran, la del sistema dominalista de propiedad que favorece la extracción de recursos mineros, y aquellas lógicas comunales (andinas principalmente) respecto a la forma cómo hacer uso de sus predios.

En primera instancia, el texto resulta aleccionador. El objetivo se alcanza al brindarnos una panorámica jurídica de las limitaciones existentes del denominado sistema dominalista que al primar en ejercicios de negociación en contextos de extracción minera, deja sin garantías a la propiedad comunal de comunidades campesinas andinas. Para ello se hace de la descripción de cómo puede ser entendida este tipo de propiedad colectiva o comunal, la que luego es contrastada con las lógicas del sistema de propiedad vigente. En resumen, como bien señala el autor, a través de este contraste logra mostrarnos de qué manera el sistema de dominio minero en el Perú termina aumentando el desequilibrio entre empresas extractivas y comunidades campesinas andinas al dejar de lado lógicas comunales cuando se está en momentos de negociación por la propiedad.

Sin embargo, a pesar de los aportes, hay cuestiones que es necesario mejorar. En primer lugar, el texto es duro de leer. Al resaltar el posicionamiento jurídico, el análisis legal, sobre otro tipo de aproximaciones teóricas que maticen la redacción, se convierte en un documento dirigido solo a operadores del derecho. Así, si bien resulta útil para abogados y abogadas, en tanto el tema resulta atractivo para quienes se mueven en las lides del Derecho estatal, no resulta igual para otro tipo de profesionales. El discurso jurídico utilizado sin matices provenientes de otras disciplinas, deja de lado la posibilidad de comunicarse luego con estas. Sobre todo en un tema como este, en el que se hace necesario una amplitud de información en la opinión pública.

Otro de los problemas del texto es la falta de evidencia empírica. No estamos ante un tema en el que basta con solo afirmar que en el Perú hay comunidades campesinas, sino

* <http://www.pucp.edu.pe/profesor/gustavo-zambrano-chavez>

dónde están, cuáles son, qué las caracteriza desde la evidencia y no la abstracción. Mostrar cifras, porcentajes, información estadística, por ejemplo, enriquecería al argumento. Resalto lo anterior porque las afirmaciones sostenidas en generalidades no ayudan a la solidez de lo que se quiere demostrar. El problema que el autor aborda, por lo complejo que es, requiere de mejores y más sustentos provenientes de la complejidad sociocultural del país. Lo anterior se refleja de cierta manera en la forma cómo busca definir o presentar conceptualmente a las comunidades campesinas andinas. Sobre este punto, el problema de la falta de evidencia genera dos temas que me gustaría resaltar. En primer lugar, y como ya se mencionó, está la generalización, ya que esta puede inducir a error cuando tratamos de equiparar al universo de comunidades que existen en el territorio nacional con una sola definición o intento de esta. Ese justamente es uno de los puntos débiles que fácilmente son atacados por quienes cuestionan —por ejemplo— la propiedad comunal: es difícil afirmar que la misma situación viven todas las comunidades campesinas en el país. Si lo que se quiere es consolidar al sujeto de derecho, es necesario revisar la manera cómo se ha construido ese sujeto por parte del autor; complementando la bibliografía con la evidencia.

El segundo punto se enlaza con esta última afirmación: de qué manera se ha construido el sujeto de derecho *comunidad campesina*. Por ejemplo, resulta más interesante —y atractivo por su actualidad— fundar la definición en lo sostenido por autores presentado como Laureano del Castillo, Diez y Urrutia, que en las ideas de Peña y Gonzáles de Olarte (o quizás en esas ideas citadas), que terminan resultando desfasadas. Se entiende que las ideas de estos autores sirven para presentar la dicotomía entre lo familiar y lo comunal propiamente dicho respecto al eje de definición de las comunidades campesinas; pero se deja preguntas en el aire: ¿cuál es la conclusión de esta comparación? ¿un modelo predomina sobre el otro? ¿cuál es la evidencia de lo que se dice? Es cierto que el artículo no busca desarrollar en extenso este punto, pero al abordarlo tendría que generar mayor solidez en su definición. En ese sentido, es mejor trabajar una definición desde una vertiente teórica, para remarcar precisiones, y dejar las comparaciones para otro momento.

Otro tema interesante en el texto —y del que aun existe controversia en el debate— se vincula con la manera cómo se justifica que las comunidades son pueblos indígenas. Al respecto, creo que el argumento es que la comunidad es un tipo de organización que los pueblos indígenas tienen para ordenarse; ello significaría que la comunidad como tal no es un pueblo, sino que son los miembros de estas comunidades pertenecen a un pueblo determinado, donde la comunidad es la forma como tienen estos para organizarse. Siguiendo ese orden de ideas, la comunidad no sería el sujeto a la libre determinación, sino el pueblo, que está más allá de la forma cómo se organizan. Pero si el caso fuese el que se plantea en el texto, la libre determinación siguiendo a James Anaya en el caso de pueblos indígenas, es limitada; con ello trato de señalar que una capacidad absoluta de uso y dominio de todo lo que se encuentra en un territorio indígena queda descartado, pasando a relaciones semi autónomas y no completamente autónomas, como se trata de justificar.

Pero quizás el tema central y del que se pueden desprender más ideas —y con ello, preguntas— está relacionado a la tesis que se plantea: Si en efecto el denominado sistema de dominio minero genera afectaciones —al no establecer garantías— al ejercicio del derecho a la propiedad de comunidades campesinas andinas. El punto es el siguiente, a manera de resumen, lo que se está cuestionando es el sistema o modelo predominante, y con ello, a la estructura que se forma a partir de este. Siendo así, siguiendo a al autor, este modelo no garantiza los

derechos de este grupo humano, en especial el de la propiedad. La pregunta es si el problema es el modelo o la forma cómo se viene aplicando el modelo. Ocurre que pensar o dar a entender que el problema es el modelo, lo que se termina proponiendo es cambiarlo; pero si el problema está en cómo se viene aplicando, lo que se debería proponer entonces es mejorar o ajustar en determinadas partes ese esquema predominante, matizarlo de tal manera que siga siendo funcional pero con una mirada garantista de derechos de pueblos indígenas. El punto de flexión está en saber cuál es el objetivo último —o político— de lo que el documento quiere decirnos. ¿La propuesta es cambiar el modelo para plantear otro? Y la respuesta no se queda únicamente en el plano de lo jurídico, sino que termina adentrándose en el de la incidencia política, sin quererlo (o quizás si).

Para terminar, felicitar que textos como este se hagan. Como señalé al inicio, hay que seguir produciendo conocimiento para sobre la base de este, debatir, reflexionar, cuestionar y proponer. El texto va en esa línea, ayuda a todo lo que indicamos; y esperamos que estas ideas sirvan para fortalecerlo.

RESPUESTA DEL AUTOR

Realizamos este trabajo como una sistematización de lo abordado en nuestra tesis de grado titulada “Las limitaciones del sistema de dominio minero vigente en el Perú y las consecuencias negativas que genera en las comunidades campesinas: un estudio a partir del caso de la Comunidad Campesina San Andrés de Negritos de Cajamarca”¹. Por eso, una mayor profundización de muchos de los aspectos que se desarrollan en el presente texto tendrá que ser complementada con la lectura de la tesis mencionada.

A pesar de ello, creemos que todo documento debe representar por sí mismo una propuesta completa. Por tal motivo, dada la naturaleza jurídica de las exposiciones presentadas en esta ocasión por el Centro de Investigación, Capacitación y Asesoría Jurídica (CICAJ), decidimos dotar a esta investigación de un enfoque mayoritariamente jurídico. Compartimos con el profesor Zambrano que un tema tan complejo como la propiedad de recursos del subsuelo y las negociaciones entre comunidades y empresas debe ser estudiado desde una vertiente socio-antropológica (además de la jurídica), pero la limitada extensión del texto nos obligó a centrarnos básicamente en las variantes jurídicas de la temática. Es fundamental que estos temas empiecen a ser debatidos con mayor frecuencia en las facultades de Derecho, ya que muchas de las aristas que se presentan en estos casos contienen elementos que constantemente se analizan en las clases legales (contratos civiles, desequilibrio en negociaciones, temas de derecho de propiedad, entre otros). Es necesario en la actualidad que el Derecho, como rama de estudio, proponga análisis y mecanismos de solución de los temas que conforman la llamada “conflictividad social” en el Perú.

Así como es una aproximación al tema mayoritariamente desde el ámbito legal, este es un primer trabajo sobre el tema que, después, podrá ser enriquecido con investigaciones futuras. Para la realización de la tesis, se tomó como caso de estudio a la comunidad San Andrés de Negritos, una comunidad que a principios de los años noventa lograba acumular 14, 375 hectáreas y tres anexos: la Pajuela, la Apalina y la Extrema (este último es el único anexo que sobrevive al día de hoy). La comunidad fue recortada poco a poco por la empresa Yanacocha, la cual constituyó uno de sus principales yacimientos mineros sobre el terreno de la comunidad. Esto último lo hizo a través de una expropiación administrativa y una servidumbre privada. Estas circunstancias del traspaso de tierras de la comunidad Negritos a Yanacocha estuvieron marcadas por el desequilibrio en las negociaciones entre ambos actores.

Como evidencia empírica para resaltar el tema de las negociaciones desequilibradas en la búsqueda del “acuerdo previo”, encontramos en el caso de Negritos y muchos otros casos emblemáticos de conflictos mineros (en Ancash con San Marcos o en Lambayeque con Cañaris, por ejemplo). Además del anterior, otro caso que es paradigmático es el de la comunidad campesina ayacuchana de María Magdalena de Tintay (reconocida como parte del pueblo indígena quechua según la Base de Datos de Pueblos Indígenas del Ministerio de Cultura) y el proyecto Kimsa Orcco. La empresa Laconia South América solo presentó una declaración jurada en la cual indicaba que tenía el permiso de los propietarios de los predios para utilizar los

¹ Para su lectura, acceder al siguiente link: <http://repositorio.pucp.edu.pe/index/handle/123456789/46085>

terrenos superficiales donde se desarrollará la exploración; esta declaración jurada es lo único que requiere el Ministerio de Energía y Minas para otorgar la autorización de inicio de exploración (según el artículo 75° del Reglamento de Procedimientos Mineros y TUPA del MINEM).

La comunidad María Magdalena apeló esta resolución de inicio de autorización de exploración (Resolución Directoral 0106-2014-MEM/DGM) justamente argumentando que no había autorizado a la empresa el uso de terrenos superficiales. Lamentablemente, para el Ministerio de Energía y Minas (mediante Resolución N° 619-2014-MEM/CM), el único requisito exigible por ley es la declaración jurada mencionada, mas no documentación que acredite la autorización de uso de terrenos superficiales. Es decir, al Ministerio de Energía y Minas solo le interesa la declaración jurada donde se indique que se llegó a un acuerdo previo, sin importarle cómo se llega a ese acuerdo.

Esto último también refuerza lo que señala el profesor Zambrano, quien señala que es la aplicación del sistema y no tanto el sistema el que está fallando. En efecto, es verdad que, independientemente del sistema aplicado, son los operadores de justicia y funcionarios peruanos los que están fallando al promover prácticas perversas como la de solo requerir una declaración jurada del acuerdo previo y no examinar si realmente se llegó a un acuerdo justo dentro de la ley y el equilibrio contractual.

Además y pese a lo mencionado por el profesor Zambrano, debe mencionarse que estas situaciones se generan por la concepción del sistema en sí. La relación desequilibrada entre empresas y comunidades se exagera en cuando ambas partes negocian y esta situación es generada por un sistema de titularidad de recursos naturales que otorga a dos entes diferentes la propiedad de dos bienes jurídicos que, si bien son distintos (el suelo y los recursos debajo del mismo), tienen que estar bajo la misma esfera de propiedad para que se pueda llevar a cabo la actividad económica (un concesionario minero obligatoriamente debe acceder al suelo antes de explotar los recursos). Es el mismo sistema de titularidad de recursos que provoca una situación (la negociación directa, sin intermediación del Estado) que potencia la desigualdad entre empresas y comunidades.

La situación sería la misma, e incluso peor, si viráramos al sistema de accesión, en el cual las empresas y comunidades negociarían ya no solo por el suelo, sino también por el subsuelo. El Estado sería desterrado definitivamente de las negociaciones (no habría dominio eminencial de recursos y, por ende, tampoco necesidad de consulta previa), por lo que se potenciarían las presuntas cláusulas desequilibradas entre comunidades y empresas. Por tal razón, en el documento proponemos que los dos sistemas clásicos, tanto el dominalista como el de accesión, sean refundados o, al menos, repensados para que así se puedan reducir las chances de una negociación aislada entre empresas y comunidades que terminen perjudicando a estas últimas. En efecto, ninguna de estas dos posturas clásicas de reparto de propiedad de recursos naturales tiene una vertiente intercultural que recoja la visión de las comunidades.

La intención de este documento nunca fue la de generalizar. Sabemos que no en todas las comunidades se respeta tajantemente el concepto tradicional de "propiedad comunal"; es más, reconocemos que conforme pasa el tiempo, son más las comunidades que presentan posturas encontradas y que incluso han reducido al mínimo su concepción de tierra comunal. Este hecho es evidentemente un signo de nuestros tiempos, la muestra de que el ánimo del individualismo y la privatización se ha difundido a todos los estamentos de nuestra sociedad. Sin embargo, no solo es una tendencia ideológica, sino económica. Resulta mucho más fácil hipotecar un predio con un solo propietario que uno cuyo propietario es una comunidad (que legalmente es también un solo

ente jurídico, pero que a los ojos de un banquero o inversionista puede apreciarse como un grupo de personas con las que es más difícil llegar a acuerdos). Incluso, las prácticas de titulación del Estado peruano fomentan la titulación individual (o la "parcelación" de las comunidades), mas no la comunal, por lo que muchas comunidades preferirían titularse individualmente con el objetivo práctico de lograr la tan ansiada titulación en lugar de pasar por el engorroso proceso de titulación comunal. Es un incentivo perverso que promueve el Estado y que tendría que cambiarse.

Si bien las citas y textos utilizados ya presentan una antigüedad de unos veinte años en promedio, son los trabajos académicos sobre comunidades campesinas por parte de los estudiosos más entendidos en los temas de ciencias sociales los más certeros. Lo que sí resulta pendiente es una ampliación y actualización de la bibliografía para recoger los cambios que han ocurrido en los últimos años en la constitución y desarrollo de las comunidades campesinas.

La dicotomía entre propiedad familiar y comunal se presenta en las comunidades campesinas y, como remarcamos en el texto original, ninguno de estos modelos predomina sobre el otro, sino que se complementan. Sin embargo, según nuestra experiencia, cada vez es más visible la reducción de la dimensión comunal y la prevalencia de la dimensión familiar en la conducción de tierras/parcelas en las comunidades campesinas. Lo que sí debe señalarse es que el análisis debe hacerse caso por caso. Puede deducirse una tendencia, pero ante cada proyecto y/o potencial conflicto, lo que debe hacerse es analizar la constitución de la comunidad y la forma en la que ejerce sus actividades. El análisis propio de la situación de cada comunidad en particular es lo primero que debe efectuarse antes de proponer cualquier tipo de solución o remedio.

Resulta, también, interesante el análisis de la identificación de las comunidades campesinas como pueblos indígenas. El debate está superado en referencia a las comunidades nativas, y paulatinamente se está superando con respecto a las comunidades campesinas (a abril de 2016, la Base de Datos de Pueblos Indígenas del Ministerio de Cultura ya alberga aproximadamente 2,500 comunidades campesinas como pueblos indígenas). Las comunidades campesinas cumplen con las características objetivas y subjetivas del Convenio 169 de la OIT para ser considerado pueblo indígena: provienen de pueblos que existían en la época de la conquista, aún conservan algunas de sus instituciones sociales y culturales, y se autoidentifican como pueblos indígenas (a pesar que muchas de las comunidades campesinas rehúyen del término «indígena» y prefieren ser consideradas «campesinas» a secas).

Hay que señalar que las comunidades son creaciones legales externas que sirvieron para clasificar grupos de personas, a pesar de que ello eventualmente separaba a pueblos por completo. Según el Ministerio de Cultura, existen 55 pueblos indígenas en el Perú; según recientes cifras del Instituto del Bien Común, existen 6,120 comunidades campesinas y 2,009 comunidades nativas. Estas casi seis mil comunidades campesinas representan a los cuatro pueblos indígenas andinos identificados por el Ministerio de Cultura: quechua, aimara, jaqaru y uro.

Las comunidades entonces son estamentos legales y artificiales que han dividido a los pueblos indígenas (por eso son creaciones que vienen de la época de la Conquista). En ese sentido, coincidimos con el profesor Zambrano en señalar que las comunidades no son como tal un pueblo, sino que los miembros de estas comunidades son los que conforman los pueblos indígenas. Los pueblos indígenas son los que detentan el derecho a la libre determinación interna que les permite autogestionarse en los ámbitos jurídico, económico, social y cultural. Esta libre determinación interna le pertenece al pueblo, y por mandato constitucional (artículo 89°) recaen también en las comunidades campesinas y nativas en las que se dividen los pueblos indígenas en el Perú.

Esta libre determinación no otorga autonomía total sobre los recursos, al menos dentro del ámbito legal. Según la Constitución del Perú, los recursos del subsuelo son de la nación (artículo 66°), y el propio Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo indica que los recursos naturales puedan estar bajo la esfera de propiedad de los Estados (artículo 15.2°). Entonces, independientemente que se señale que una comunidad cuente con capacidad autónoma (como justificamos en el texto original) o semiautónomas (como señala el profesor Zambrano en su texto), las comunidades no cuentan con la propiedad de los recursos del subsuelo de por sí.

Finalmente, sabemos que resulta complicado cambiar el sistema. No solo está la dificultad de impulsar una reforma constitucional, sino que la alternativa clásica que tenemos es recurrir al sistema de acesión que, como ya advertimos, potenciaría los efectos perniciosos de la situación desequilibrada en la que se encuentra la comunidad con respecto a la empresa extractiva. Por ello, tal vez el cambio inmediato, mas no suficiente, es el de pensar matizar el actual sistema de dominio minero.

Estos matices deben revisar de manera integral la forma en que se efectúan las negociaciones mineras. Hasta que no ocurra el cambio de sistema, el Estado no podrá interferir en la negociación por el acceso al suelo entre comunidades y empresas, al ser este un bien privado (como si se tratase de dos ciudadanos negociando la compraventa de una casa, el Estado no puede intervenir ni mucho menos fijar un precio). No obstante, podría sugerirse un intento del Estado para asegurarse que la libertad contractual no distorsione la voluntad real de los ciudadanos y concrete abusos (al fin y al cabo, esa es la tarea de un Estado que practica la Economía Social de Mercado). De esta forma, el Ministerio de Energía y Minas podría ser más riguroso en comprobar que estos acuerdos previos se consigan de manera adecuada y respetando la legalidad (y no solo requiriendo de una simple declaración jurada).

Lo que también fortalecería mucho la posición de las comunidades frente a una negociación por el acceso al suelo es que se desarrolle adecuadamente los procesos de consulta previa. De tal manera, una de las finalidades de la consulta previa es que las comunidades consultadas puedan enterarse que debajo de sus predios existen minerales que serán explotados por determinadas empresas. Esta "alerta" es ya un avance considerable, además de que la consulta previa podrá otorgar a las comunidades mayor información sobre la minería en general y, con suerte, sobre el proyecto particular que se desarrollará en sus territorios.

Esto último es importante destacar ya que lamentablemente la consulta previa en minería no se ha estado llevando a cabo de la mejor manera. Mientras que en el sector hidrocarburoso existen once consultas previas terminadas, en minería solo contamos con tres procesos consultados (proyectos Aurora, Misha y Toropunto). Si bien en estos tres procesos se llegaron a acuerdos en ninguno de estos tres procesos existió una etapa de diálogo (en teoría, la etapa más importante de todo proceso de consulta), debido a que las comunidades consultadas renunciaron a la misma. Decidieron, en consecuencia, que la etapa de evaluación sea la última y tomaron el acta de dicha etapa como el acta de consulta definitiva. Además, debe señalarse que la medida consultada en estos tres casos fue la autorización de inicio de operaciones y no una medida que cuente con mayores detalles del proyecto como, por ejemplo, el estudio de impacto ambiental. Sin duda, estos son tres procesos de consultas no tan transparentes y que creemos que se pudieron realizar de una mejor manera.

Concluimos con la firme decisión de seguir desarrollando la investigación comenzada en la tesis de grado de 2014 y este texto para el CICAJ de 2015. Es necesario continuar con

el desarrollo de estos temas ya que, más allá de la consulta previa o los estudios de impacto ambiental, el tema de la propiedad de recursos naturales y el acuerdo previo son figuras que se presentan casi siempre en el surgimiento de conflictos sociales, sean de sierra o de selva. Para ello, debemos seguir estudiando el tema de manera interdisciplinaria, con aportes por partes iguales de antropólogos, sociólogos, ingenieros, economistas y, por supuesto, abogados. Ese compromiso queda pendiente para nosotros y, esperemos, para la universidad y la sociedad civil en general.