

Derecho Agrario y Comunidades Nativas: Prevalencia sobre los derechos minero-auríferos

Pierre Foy Valencia

Pedro G. Núñez Palomino

OBJETIVO

EL PRESENTE TRABAJO pretende mostrar una lectura interpretativa de los marcos normativos que regulan las Comunidades Nativas, con relación a los conflictos suscitados entre sus derechos territoriales y los denominados minero-auríferos. Se toma como eje de referencia empírica la problemática de las Comunidades pertenecientes al Departamento de Madre de Dios. En dicha controversia, concluimos afirmando la prevalencia de los derechos de Comunidades respecto a los mineros, para lo cual consideramos insuficiente una perspectiva que los incluya en su integridad como parte de la disciplina jusagrarista.

1. INTRODUCCION

El proceso de relacionamiento entre la denominada sociedad Nacional y las sociedades Indígenas de la Amazonía, en buena medida expresa una compleja interacción de las diferentes formas de penetración mercantilista, respecto de los modos de vida tradicional de estas poblaciones. Ello, sin embargo, como preocupación de política estatal propiamente dicha recién se manifiesta en los últimos años, al pretender traducirse aquella dinámica Social en líneas y planes de acción estatal, con las subsecuentes pautas jurídico-normativas.

El D.L. 20653 (1974) normó, por primera vez, con cierta sistematización y especificidad, aspectos fundamentales sobre las sociedades selvícolas. Se tuvo como precedentes el D.S. No. 3, de 1 de marzo de 1957, y el Convenio sobre Poblaciones Indígenas y Tribales de 1957 (Convenio 107), el cual adquiere categoría de Ley mediante la Resolución Legislativa No. 13467. (Nov. 1960). Posteriormente, con la dación de la segunda Ley de Comunidades Nativas y de Desarrollo Agrario de las regiones de Selva y Ceja de Selva D.L. No. 22175 (1978), se introducen modificatorias sustanciales al régimen agrario de la selva, afectándose, en lo que respecta a Comunidades Nativas, la cuestión de la integridad territorial. En efecto, el artículo 11 de dicho dispositivo, establece una diferenciación de tierras según su aptitud agropecuaria o forestal, para su reconocimiento a título de propiedad o de simple cesión en uso respectivamente. Por lo demás, se mantuvo el resto de la normatividad sobre Comunidades sin mayor variación.

Con anterioridad, se habían expedido otros dispositivos legales con expresas referencias a las Comunidades Nativas (v.g. Ley Forestal y de Fauna Silvestre y sus reglamentos), lo cual expresaba la demanda contemporánea, por atender jurídicamente la cuestión nativa de un modo más integral. Ello, a su vez, en parte explica el por qué la actual Constitución incluye en el capítulo sobre Comunidades Campesinas a las Comunidades Nativas, con el mismo rango normativo y similar tratamiento. El reciente desarrollo de una relativa normatividad sobre Comunidades Nativas —como expresión del reconocimiento que han ido adquiriendo en la escena política y social del país— no ha permitido aún elaborar una sistemática y lógica interpretativa que posibilite encausar su lectura y aplicación, en relación a la realidad diversiforme de las Sociedades Indígenas Amazónicas.

De los múltiples aspectos sectoriales relacionados con tales poblaciones, hemos abordado el referido a los recursos naturales, particularmente, el de los minero-auríferos respecto de los impactos de las actividades mercantiles experimentados por la población aborígen de la zona aurífera del Departamento de Madre de Dios (Región Inca).

2. REFERENCIAS GENERALES SOBRE LAS SOCIEDADES NATIVAS EN LAS ZONAS AURIFERAS DEL DEPARTAMENTO DE MADRE DE DIOS (1)

En la actual cuenca del río Madre de Dios se ubica una zona de alto potencial mineral aurífero, cuya distribución política incluye parte de los distritos de Madre de Dios (Provincia Manu, Madre de Dios), Tambopata e Inambari (Provincia Tambopata de Madre de Dios), San Gabán (Provincia de Carabaya - Puno) y Camanti (Provincia de Quispicanchis, Cuzco).

Dicha zona abarca unas 500,000 Has. extendidas desde el río Kerene (o río Colorado) hasta las inmediaciones del Puerto Maldonado, y se encuentra poblada por indígenas autóctonos tales como los Harakmbut, Ese Eja, Machiguenga, Harauaca, Iñanpari, "Mashco Piro" y otras más. También se hallan poblaciones indígenas que fueron trasladadas a Madre de Dios en el presente siglo, tales como los Shipibos, Conibos, Kichwa Runa y Piro.

La población no indígena de la zona ha subsistido y crecido desde sus orígenes en función de los vaivenes de la economía extractiva. En la actualidad, la mayor parte de esta población está conformada por familias procedentes de la sierra sur.

Para el caso de las poblaciones indígenas, cabe señalar la vigencia de una pluralidad de elementos y caracteres étnico - tradicionales, a modo de indicadores dinámicos del proceso de transformación y readaptación que tienen respecto a los diferentes procesos de vinculación e interacción con el medio ambiente, los grupos no-indígenas y el resto de la sociedad nacional.

En tal sentido, se puede afirmar que siguen manteniendo en común patrones fundamentales en su organización técnica, económica, sociopolítica e ideológica; lo cual explicaría las diferencias sustanciales con los patrones culturales de los grupos campesinos.

En cuanto a su economía, básicamente se orienta a la explotación del bosque y aguas necesarias para la subsistencia. Puede decirse que sus

(1) MOORE, Thomas. Las referencias a este apartado provienen del informe preliminar preparado para el Centro de Investigación y Promoción Amazónica (CIPA) sobre el impacto de las Economías de Mercado en las Comunidades Nativas, 1985.

actividades primarias, tales como horticultura, caza, pesca y recolección, guardan una estrecha armonía con el medio ambiente.

Asimismo, se observa que la propiedad privada en su gran mayoría tiende a presentarse -en aquellas situaciones de extensión material de la personalidad del individuo- como las herramientas, artefactos, indumentarias y frutos de su trabajo. Esta propiedad privada no abarca los recursos naturales, considerados como pertenecientes a todos.

En general, las relaciones sociales de producción, distribución, consumo y reproducción se originan en torno a las relaciones de parentesco organizadas comunalmente y no de acuerdo a la propiedad de la tierra, del agua o de la tecnología. En las manifestaciones más tradicionales de buena parte de estas Comunidades no se presentaría el problema de las clases sociales, ni de jerarquías de autoridades, salvo para aquellas situaciones que ofrecen mayores niveles de prestigio social, en función de los talentos y gestos de generosidad individual en beneficio del grupo.

Puede afirmarse, por ello, que en lo fundamental, el control social en estos grupos es de carácter comunal, espontáneo, sin reunir los componentes formales o autoritarios de los sistemas de control moderno.

La visión cíclica que tienen del tiempo tiende a reproducir el fenómeno de la vida y sus etapas, interpretando el mundo con visiones concretas y, a la vez, abstractas; evitando compartibilizar los fenómenos naturales y sociales, a partir de un sentido conglobante de las cosas, explicándolas, la mayoría de veces, a través de la mitología. Se trata, pues, de sociedades que afirman el tránsito de las etapas de la vida mediante la práctica de rituales religiosos.

En cuanto a la participación de la población indígena en la economía aurífera, ello ha significado una dedicación a tiempo y esfuerzos adicionales a los de sus actividades subsistenciales. Sin embargo, han mantenido ciertos patrones de horticultura, pesca y recolección sin orientar mayormente la agricultura hacia el mercado. Las ganancias, fruto de las ventas del oro, generalmente se orientan a la adquisición y mejora de instrumentos de trabajo (v.g. motores, etc.) o, en todo caso, hacia el consumo, no presentándose el fenómeno de la acumulación del capital.

En este contexto, las relaciones de trabajo se inscriben en las ya existentes relaciones de parentesco y de clan, lo cual permite y garantiza la continuidad de la solidaridad del grupo.

Toda esta realidad social—antropológica en Madre de Dios tiende a ser alterada como consecuencia del acrecentado proceso de mercantilización al cual son sometidas las minorías étnicas, ocasionando sentidas alteraciones en sus sistemas socio—económicos y patrones culturales tradicionales.

No obstante las presencias e interacciones señaladas, estas sociedades indígenas se resisten a desaparecer y, por el contrario, buscan reforzar sus patrones mediante adaptaciones y búsquedas de nuevas estrategias de subsistencia, manteniendo lo fundamental de su estructura como grupos indígenas de Selva y procurando articularse con las condiciones y desafíos de los tiempos modernos.

3. *LOS DERECHOS MINEROS EN EL ORDENAMIENTO LEGAL: DERECHOS EN LA MINERÍA AURÍFERA*

El Régimen Económico de la Constitución Política del Perú (Título III), al referirse a los Recursos Naturales y, por ende, a los Minerales (Capítulo II) en el artículo 118, dispone su pertenencia al Estado. De otro lado, en cuanto a las actividades mineras, prescribe el fomento y estímulo estatal, ya sea protegiendo a los pequeños y medianos propietarios como promoviendo la gran minería. (Art. 122)

Se puede decir que el status legal de los Recursos Naturales (v.g. minerales) sigue inscrito en la tradición jurídica hispano—peruana al asumir que aquéllos pertenecen al Estado, variando más bien lo referido al régimen de cómo se explotan y a través de quiénes. (2).

El Poder Ejecutivo, mediante las facultades legislativas que se le delegara, promulgó el D.L. 109, Ley General de Minería (12-6-81), derogando la anterior Ley (D.L. 18880 del 8-6-71) y expidió el consiguiente Reglamento (D.S. 025-EM/VM del 30-7-82). Ambos dispositivos en la actualidad contienen diversas modificaciones.

Para el caso de la Minería Metálica Aurífera, diremos que ésta fue regulada por una Ley que la declaraba de interés nacional: el D.L. 22178, del 9 de mayo de 1978, y su reglamento, el D.S. 003-79 EM-DGM, del 23 de enero de 1979.

(2) RUBIO, Marcial y BERNALES, Enrique. *Constitución y Sociedad Política*. Mesa Redonda Editores, Lima—Perú, 1983, pp. 549 ss.

No obstante la posterior reformulación del ordenamiento constitucional y legal, en general, del campo minero, (sustitución de la Constitución de 1933, D.L. 18880 y otras normas complementarias), el D.L. 109 ha permitido, en lo fundamental, la continuidad formal del esquema promocional y protector de las actividades minero-auríferas; de ahí que los dispositivos en referencia mantengan plena vigencia.

El régimen minero aurífero especial asume y retoma los lineamientos de la Ley General de Minería, adoptando determinadas consideraciones particulares que pretenden responder a la naturaleza de las concesiones auríferas, también a las condiciones del lugar, como sería el caso de las regiones de Selva y Ceja de Selva. En esa medida, regula las pautas procesales-administrativas desde la petición hasta la obtención del título minero aurífero propiamente dicho, pasando por los incentivos tributarios, o disposiciones promocionales y el régimen de concesiones en cuanto a obligaciones de los concesionarios, así como de los trabajadores, entre otros aspectos.

4. CONTROVERSIA ENTRE DERECHO AGRARIO Y DERECHO MINERO

En el estudio de las relaciones del Derecho Minero con otras disciplinas, un aspecto controversial radica en los criterios de vinculación que se dan con el denominado Derecho Agrario. En principio, se le reconoce a la concesión minera la condición de inmueble, distinto y separado del terreno superficial en el cual se ubica, destinado al aprovechamiento de los recursos minerales. De otro lado, se admite que la propiedad agrícola y el derecho de explotación que recae sobre ella, es perfectamente delimitable y diferenciable del terreno o concesión minera (3).

Sin embargo, más allá de las diferenciaciones formales o deslindes teóricos, el hecho cierto es que en muchos casos reales se entabla un conflicto de derechos, cuando en el ejercicio específico de un derecho minero se requiere la necesidad objetiva de incidir o afectar el suelo agrícola. Es aquí donde se presenta el conflicto entre el *Predio Rústico* y la *Mina*, como lo califica el Doctor Figallo.

(3) FIGALLO, Guillermo. *Criterios para la Calificación de los predios*. En Cuaderno Agrario No. 6, (IPDA), pp. 15 ss.

La tradición jurisprudencial (judicial y administrativa) ha hecho prevalecer el Derecho Minero frente al Agrario. La preeminencia del primero sobre el segundo ha sustentado en la presunta mayor importancia o rendimiento económico. Así lo ha entendido incluso, reiterada jurisprudencia del Tribunal Agrario. Más aún, la actual Ley de Minería, en su Artículo 79, Inciso 7, hasta hace poco permitía la posibilidad que los titulares de derechos mineros puedan solicitar la expropiación, previa indemnización justipreciada, de los inmuebles destinados a otros fines económicos, si el área fuera necesaria, a juicio de la autoridad minera para la racional utilización del derecho y se acredita la mayor importancia de la industria minera sobre la actividad afectada. Con la dación del Código del Medio Ambiente y los Recursos Naturales (D.L. 613) se modifican algunos artículos del D.L. 109 (v.g. 21, 22, 79 inc. 7, 216) en el sentido que no podrá otorgarse derechos mineros de ninguna clase en las áreas agrícolas.

En buena cuenta, tanto la Ley (4) como la Jurisprudencia (5) y la Doctrina (6), han venido admitiendo esta prevalencia del derecho minero sobre el agrario, asumiendo el criterio de la mayor importancia económica y social (utilidad pública) de la actividad industrial minera, frente a la agrícola.

Sin embargo, desde otra perspectiva conceptual, encontramos consideraciones alternativas que comprometen la revisión de la tendencia anteriormente señalada, hoy en día reforzado por criterios jus-ambientalistas como el caso ya reseñado del Código del Medio Ambiente y los Recursos Naturales. En efecto, el Derecho Agrario definido como una disciplina que regula la propiedad rural y el ejercicio de las actividades agrícolas en cuanto se encaminan a la producción (7), se expresa como un derecho dinámico que se ha desarrollado, de un lado como la respuesta normativa del Estado, que busca equilibrar la desprotección de la fuerza trabajadora del campo, a través de una normatividad tuitiva, que tiene como eje el problema de la tierra; y, del otro lado, como necesidad social de cautelar los intereses de la colectividad, (8); en donde la cuestión agraria se convierte en un aspecto estratégico de la producción y del desarrollo nacional.

(4) El Decreto Ley No. 109. Art. 79, inciso 7. R.N. 034-85-EM-CM del 10. de julio de 1985. (El Peruano 14 de agosto, 1985); en el que se confirma la procedencia de la expropiación solicitada por Sociedad Minera Gran Bretaña S.A. a la Comunidad Campesina Huaripampa.

(5) Resolución del Consejo de Minería.

(6) BASADRE AYULO, Jorge. *Derecho Minero Peruano*, 3ra. Edición EDIGRAF, Lima, 1984, pp. 52, 53 y 92.

(7) MACEDO LOPEZ, Oscar. *El Nuevo Derecho Social: teoría y práctica*. Lima, 1980, pp. 190 y 101.

(8) FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos. Otra definición complementaria nos da Fernández Sessarego en el tomo IV del Código Civil editado por Delia Revoredo de Debakey, pp. 259. Corresponde al Derecho Agrario regular las conductas humanas intersubjetivas que de algún modo se refieran a la tenencia y explotación de la tierra y las múltiples relaciones jurídicas que de ellas se derivan.

A la luz de estas dos perspectivas, progresivamente, se han ido construyendo los principios jurídicos del Derecho Agrario, ya sea a nivel de la Doctrina, la Ley y sobre todo la Jurisprudencia.

El marco jurídico fundamental del Derecho Agrario actual lo encontramos en la Constitución, cuando se refiere a la prioridad del agro y demás normas programáticas (Art. 156 y siguientes sobre el Régimen Agrario); junto a las disposiciones sobre Comunidades Campesinas Nativas (Arts. 161-163) y también de las normas sobre Reforma Agraria y Promoción del Agro (9).

El eje central de la cuestión Jus-agrarista, repitiendo a Gazzolo, radicaría en la propiedad rural, en relación con la importancia de su rendimiento (perspectiva económica) y también con las actividades agrícolas en beneficio de la producción (perspectiva social). Es decir, la tierra como expectativa de espacio subsistencial en términos económicos y sociales.

Sin embargo, en la medida que ordinariamente los aspectos sociales y económico-productivos determinan las prioridades en el conjunto de las actividades y sectores del país, el Derecho Agrario, pese a su honda connotación social tiende a resultar desfavorecido cuando se presentan conflictos o colisiones con los Derechos Mineros.

En efecto, en el marco evaluativo de la mayor importancia social y aprovechamiento económico y cuando nos hallamos ante una colisión de Derechos, los valores mediantes, tienden a ser oponibles y prevalentes a favor del derecho minero, ya que siempre se busca demostrar un mayor rendimiento económico, sustentado en una diversidad de razones sociales, económicas y legales, en tanto dicha actividad es considerada y declarada de utilidad pública. Adicionalmente, cabe reiterar que ésta es la lógica implícita de la práctica judicial y administrativa.

En esta dirimencia sobre la importancia social y económica entre las actividades agropecuarias y mineras, sin embargo cabe considerar cómo las primeras, cuando adecuadamente obedecen al **principio del buen cultivo**, en lugar de destruir o amenazar un determinado medio ecológico, por el contrario, pueden crear y/o restablecer otro similar. Ello permite una permanente generación o regeneración de las diferentes especies animales o vegetales. La actividad minera, en cambio, pese a que puede producir in-

(9) FIGALLO, Guillermo. *Política y Derecho Agrario*. Lima, s/f.

gresos de divisas, tiende a aniquilar el ecosistema donde se desenvuelve dicha actividad. Casos tangibles son las ciudades de Cerro de Pasco e Ilo, cuyos ecosistemas se hallan francamente deteriorados.

De otro lado, el peligro de basar el ingreso nacional en exportaciones primarias mineras es una política que puede tener resultados antagónicos.

Una crisis de los precios internacionales, una crisis política o financiera igualmente internacional, pueden debilitar seriamente esas políticas; y, por tanto, la economía nacional. Por lo demás, basar el ingreso nacional en estas exportaciones no permite planificar un confiable crecimiento económico. Por ello, la necesidad de propiciar el desarrollo de la actividad jurídica sobre los derechos agro-alimentarios, además de contemplar el uso racional de los recursos naturales y el medio ambiente en el marco productivo y social de tales actividades.

Una nueva perspectiva económico-social sobre la prioridad en el desarrollo nacional de las actividades agrarias, respecto de las mineras, requiere un tratamiento legal más integral para romper la prevalencia tradicional de estos últimos.

5. *CONSIDERACIONES SOBRE LA PREVALENCIA DE LOS DERECHOS DE COMUNIDADES NATIVAS*

La visión tradicional de prevalencia del Derecho Minero frente al Derecho Agrario no afecta nuestra perspectiva e interpretación, que considera prioritariamente a los Derechos de Comunidades respecto de los Derechos Mineros. En primer lugar, porque aquéllos tienen un cuerpo normativo en pleno desarrollo que se sustenta en una naturaleza jurídica y estructuración diferente a las tradicionales o típicas del Derecho Agrario. De allí que la preminencia de estos para con la normatividad agraria no les sería aplicables (10).

En segundo lugar, el que tales derechos asuman prioridad frente a los mineros es una consideración jurídica no extraída exclusivamente de un articulado específico, sino que es consecuencia de la lectura integral y analítica de todo el cuerpo jurídico normativo regulador de los diversos aspectos y problemáticas indígena-amazónicas.

(10) Comisión Andina de Juristas. Boletín. Lima, 1987. En las conclusiones del Seminario sobre temas actuales del Derecho Agrario (Noviembre de 1986) quedó establecido como el Derecho Sobre Comunidades Nativas parcialmente es asumido por el Agrario, quedando una diversidad de aspectos cuya regulación normativa Multisectorial, lo sindicaba como autónomo. Véase de dicho evento la ponencia "Derecho de Comunidades Nativas: un estado de la cuestión" de Pierre Foy.

Los Derechos de las Comunidades Nativas —a igual que el Derecho Agrario, asignan una importancia fundamental a la cuestión de la tierra y a su valor social para la producción. Pero, también, le son consustanciales al objeto disciplinario de las Comunidades Nativas los aspectos referidos al valor socio-cultural, histórico y consuetudinario que positivamente se les reconoce a las sociedades selvícolas del país.

Las valoraciones constitucionales de carácter socio-cultural (v.g. variables en el orden de lo "antropológico") jurídicamente reconocidas por el Estado Peruano, sientan las bases para la formulación de un tratamiento normativo integral y sistemático sobre la cuestión indígena-amazónica. En este sentido la importancia del rendimiento o utilidad del suelo o del aprovechamiento como recurso a favor del desarrollo nacional, como comparativamente se hace prevalecer al Derecho Minero respecto del Derecho Agrario tienden a ser desestimadas. Frente a los derechos sobre Comunidades, al Derecho Minero le corresponde admitir una menor significación o prevalencia en la perspectiva de los valores referidos.

Señalamos que, para el caso de los Derechos sobre Comunidades, nos encontramos ante un cuerpo normativo en proceso de formación, que tiene como eje fundamental los Derechos reconocidos por la Constitución y demás normas que la complementan. Dicho cuerpo normativo, a su vez, va construyendo particulares principios jurídicos que lo orientan y lo definen como un conjunto especial de derechos en relación con otros.

El jurista Fernández Sessarego (11) al referirse a la inclusión de la Sección Cuarta (Comunidades Campesinas y Nativas) del Libro DE LAS PERSONAS, en el Código Civil, manifiesta su desacuerdo con ello, postulando que dicha normatividad debiera estar en un Código Agrario por ser tema propio de una disciplina jurídica autónoma (Derecho Agrario) o, en su defecto, de una LEGISLACION ESPECIAL. Compartimos esta consideración autonómico-normativa siempre que no se inscriba exclusivamente en los restrictivos marcos jus-agraristas.

Al respecto, los autores Rubio y Bernalles cuestionan que la Constitución (12) no legisle adecuadamente acerca de las Comunidades puesto que al incluirlas sesgadamente en el régimen económico, elude el tratamiento sistemático que sus particulares aspectos sociales y culturales ameritaban, tal como lo regulaba la Constitución de 1933.

(11) Tomo IV Código Civil, pp. 260.

(12) RUBIO — BERNALLES, pp. 544.

Una reseña crítica acerca de las normas principales en nuestro ordenamiento positivo respecto del Derecho sobre Comunidades nos permite sustentar esta pretensión autonómico-jurídica.

La actual Constitución Política reconoce el derecho de Propiedad de las Tierras de las Comunidades Nativas al admitir su condición de inembargables, imprescriptibles, inalienables (Art. 163), el reconocimiento de su existencia legal y personería jurídica, así como el deber que el Estado tiene de respetar las tradiciones de aquéllas (Art. 161).

Una lectura global e integral (13) del capítulo Constitucional regulador de las comunidades, nos remite a algunas consideraciones fundamentales que se desprenden del mismo:

- a) Se reconoce un régimen de excepción y, por ende, de protección de las Comunidades. Dicho régimen engloba un conjunto de aspectos básicos relacionados con las formas propias de existencia cultural de las Comunidades articuladas con las condiciones modernas por las que actualmente atraviesan.
- b) Los aspectos básicos que conforman y fundamentan la existencia del régimen excepcional, no se pueden asumir aisladamente; pues conforman un conjunto social y cultural integrado característica que singulariza a las sociedades nativas.
- c) Por lo anterior, no bastaría admitir una lectura del llamado derecho a la tierra si no va aparejada al conjunto de otros derechos igualmente reconocidas. Es decir, el régimen de protección a las Comunidades Nativas se encuentra indisolublemente atado al derecho a las creencias, tradiciones, organización autónoma, por citar las principales.
- d) Dicho régimen, a su vez, implica un reconocimiento integrador por sus contenidos o referencias (dato antropológico o cultural). Se trata de contenidos por remisión cuya comprensión es cubierta por las disciplinas extra-jurídicas (Antropología, Sociología, etc.)

(13) HESSE, Konrad. "La interpretación Constitucional". En escritos de Derecho Constitucional. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1983, dicho autor considera que la interpretación de las normas Constitucionales, en tanto normas POLITICAS debe atender sus contenidos con relación a los procesos reales. En tal sentido, una lectura del marco normativo constitucional sobre Comunidades Nativas no puede eximirse del referente empírico social-antropológico y explicar el carácter de su tución a la complejidad o integridad de dicha realidad.

- e) La interpretación constitucional, integradora de las tradiciones y costumbres, presupone un acceso y manejo de la tierra, espacio no entendido restringidamente como superficie agrícola, forestal o minera; sino como hábitat, como espacio social y cultural, no meramente de valor económico.

Esta es la concepción que hallamos en el régimen constitucional avalado, asimismo, por otras normas que luego referiremos.

Si, bien, se admite a los Recursos Naturales renovables y no renovables, como patrimonio de la Nación y que los minerales, tierras, etc., pertenecen al Estado, (Art. 118) ello se debe a una cuestión largamente conocida y aceptada en nuestra tradición constitucional, pero que *no enerva de modo alguno* la consideración de que los Recursos Naturales (vg. minerales) deben guardar una lógica y una racionalidad con el status de protección reconocidas a las Comunidades Nativas.

Aquello fluye de una lectura dinámica de los postulados constitucionales pertinentes. A pesar de la interpretación constitucional tradicional respecto de los Recursos Mineros, consideramos que más allá de la determinación en cuanto a la titularidad en el sentido que los recursos naturales, sean o no del Estado, lo que importa es precisar la admisión de un régimen especial a favor de las sociedades indígenas, mediante el cual se incorpora en el ordenamiento jurídico la racionalidad de su protección.

Esta defensa supone —indesligablemente— un respeto no solamente a la tierra o al suelo, sino a la totalidad del complejo socio-cultural desarrollado en dicho espacio.

De lo anterior, colegimos que ante una colisión de Derechos Mineros con Derechos de Comunidades, los primeros adquieren un carácter accesorio y secundario en relación a valores o derecho mayores, como los contenidos en aquellos últimos, puesto que subsumen no solamente una valoración patrimonial o económica, sino también subsistencial de aquellas formas pluri-culturales de vida diferentes reconocidas por el Estado. De ahí la razón para supeditar los Derechos Mineros frente a esta categoría jurídico-constitucional sobre Comunidades.

A lo prescrito en los artículos 163 (Derecho a la Tierra) y 161 (Sobre Derechos a las tradiciones y costumbres), hay que integrar el respeto a la propia lengua y al desarrollo integral (Arts. 35, 83 y 162). Complementariamente, cabe referir el reconocimiento y vigencia de instrumentos

internacionales que avalan y legitiman este naciente cuerpo normativo. Nos referimos al Convenio Relativo a la Protección e Integración de las Poblaciones Indígenas y Tribales (Convenio 107), incorporado a nuestras leyes a través de la R.L. 13467, de 19 de noviembre de 1960, en donde se admite el derecho a las costumbres (Art. 7), tierras (Art. 11), a ser favorecidas por los programas agrarios (Art. 14), el respeto a la lengua materna y otros derechos de protección cultural y social (14).

Se cuenta también con el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, incorporado a nuestra Constitución a través de su DECIMO-SEXTA DISPOSICION GENERAL, en que se reconoce el derecho a la propia vida cultural, a profesar y practicar su religión e idioma de las minorías étnicas (Art. 27).

Igualmente, contamos con normas como:

- El Código Civil (D.L. 295) de 1984, conteniendo diversas normas sobre los grupos comunales nativos como el Derecho a la Tierra, a la presunción de la propiedad territorial poseída al momento de inscripción de la *comunidad*, en tanto se obtiene el correspondiente título definitivo.
- El D.L. 22175 LEY DE COMUNIDADES NATIVAS (1978) admitiendo diversos derechos para los grupos de la Selva, así como su reglamento (D.S. 003-79-AA): Derecho a la Tierra, a las tradiciones, costumbres, valores socio-culturales.
Derechos prioritarios a Recursos Forestales, a la atención por los Funcionarios Públicos, etc.
- La Ley Forestal y de Fauna Silvestre (D.L. 21147) reconoce derechos prioritarios de las Comunidades en el acceso a los recursos forestales y

(14) BENNET, Gordon. "El desarrollo de las normas sobre los derechos de los Indígenas". En revista de la Comisión Internacional de Juntas No. 22 - 23. Junio - Diciembre, 1979, pps. 48 a 57. Dicho autor al revisar las actas preparatorias para la aprobación del Convenio 107 - con rango consconstitucional para nuestro país- encuentra que en la discusión de su artículo 11 respecto al Derecho al territorio de las poblaciones Indígenas, se estaba considerando un sentido integrativo que incluía los ríos, lagos, bosques y minerales. Ello contribuye mejor a interpretar que la lectura constitucional del marco normativo sobre comunidades se oriente a la prevalencia sobre los Derechos estrictamente mineros ajenos a los comunes. Al respecto, luego de los trabajos de revisión del mencionado Convenio, la Conferencia General de la OIT ha adoptado un nuevo "Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales en países independientes" denominado Convenio 169, conteniendo importantes normas de reconocimiento de derechos indígenas a sus territorios y recursos naturales.

de fauna; además de un conjunto de reglamentos complementarios que consolidan las bases de estos derechos nativos: Reglamento de Conservación de Flora y Fauna Silvestre (D.S. 158-77-AG); Reglamento de Ordenación Forestal de la Ley Forestal (D.S. 159-77-AG); Reglamento de Extracción y Transformación Forestal (D.S. 161-77-AG).

- En tiempos recientes la propia legislación sobre Regionalización ha incluido en sus esquemas de participación "cuotas" de representación de miembros de las Comunidades Nativas (15).
- El Código Penal: Arts. 44 y 45 (con las reservas críticas de dichas normas).
- El actual Código del Medio Ambiente y los Recursos Naturales (D.L. 613) contiene varias normas explícitas sobre las Comunidades Nativas (v.g. Arts. 29, 54, 72).

Es decir —y sin ser exhaustivos con la normatividad nacional sobre la cuestión indígena-amazónica, puede decirse que el conjunto de todas estas normas permiten afirmar y confirmar que hay un *Derecho sobre Comunidades Nativas*, el cual se ha ido construyendo y desarrollando paulatinamente. Este derecho prescribe una tuición de las realidades culturales y antropológicas, como forma de reconocer una heterogénea y plural realidad social. Reconocer dicha realidad implica el respeto no sólo de un espacio superficial —más allá de si se reconoce o no la propiedad sobre los recursos contenidos de dicho espacio— sino, también, la consideración por todo aquello que incluye el entorno social, cultural, simbólico, etnológico,

Sostenemos que resultaría contradictorio pretender interpretar la Constitución a partir de un reconocimiento solamente de derechos parciales y recortados de una realidad compleja, la misma que se pretende reconocer y respetar constitucionalmente. Tampoco resulta admisible reconocer un acceso parcial a los recursos forestales, por ejemplo, a las tierras agrícolas, sin admitir que la prioridad en dicho acceso es extensible también para los otros recursos.

(15) Ver en la Revista "Democracia Local" (años 1989 y 1990) artículos de Pierre Foy sobre Gobiernos Locales, Gobiernos Regionales y Comunidades Nativas. Ipadel, Lima.

El derecho a la supervivencia cultural pasa por una atención y respeto global de la diversidad de recursos naturales y sociales, tal como se puede derivar de las líneas fundamentales de la Constitución.

En resumen, se puede afirmar que el *reconocimiento de un cuerpo normativo a favor de las Comunidades Nativas* presupone el respeto cultural de una realidad que integra derechos territoriales, culturales y tradicionales. El ejercicio de tales derechos requiere, como condición válida, el acceso preeminente y exclusivo al espacio no meramente físico sino cultural, subsistencial, del hábitat de los grupos étnicos. Esto se desprende de la Constitución, sin derivar a interpretaciones respecto de la existencia de un espacio cerrado y autónomo, paralelo al Estado. Se trata de leer en el régimen especial constitucional un Derecho Autónomo en las cuestiones organizativo-administrativa y económico de la tierra, así como un respeto a las tradiciones y valores culturales propios. Este reconocimiento, para ser coherente y racional con la realidad que pretende regular, debe suponer un respeto prioritario y exclusivo en el acceso a los recursos naturales (v.g. mineros) del hábitat étnico cultural de las Comunidades Nativas.

6. *CONTROVERSIA ENTRE LOS DERECHOS DE COMUNIDADES Y LOS MINERO-AURIFEROS EN LA ZONA DE MADRE DE DIOS*

En la actualidad, puede decirse que casi todas aquellas tierras de la zona aurífera de Madre de Dios, tradicionalmente ocupadas por grupos nativos, se hallan sometidas a una intensa presencia de actividades extractivas auríferas, con distintos grados de formalidad e informalidad, provocando una grave alteración en dichos espacios debidamente reconocidos por la Constitución y las Leyes como tierras nativas.

Alteración no solo de carácter físico. En efecto, a la par que la depredación indiscriminada propiciada por las empresas y/o los mineros, que desconocedores del suelo lo maltratan y lo hacen peligrar, también se produce la afectación cultural y social del propio espacio en donde los nativos desarrollan sus actividades. La trasgresión y violentamiento de este espacio se registran en la desestabilización de sus patrones culturales tradicionales. Por lo que, repentinamente, se han visto obligados a desarrollar adecuaciones o estrategias de adaptación de sus prácticas culturales y subsistenciales, dada la presencia invasora en sus tierras.

El impacto de esta presencia no nativa, como nos revela el antropólogo Moore (16), implica no sólo la pérdida de sus tierras y de los recursos naturales minero—auríferos de las Comunidades, sino, también, la depredación de los otros recursos con la consecuente erosión de suelos fértiles, útiles para la agricultura, los cuales se pierden por el descargue de las capas superiores y la extracción de la arena aurífera.

Las modalidades de EMPRESA y de trabajo se establecen fundamentalmente de la envergadura, tecnología y relaciones de trabajo, presentándose varias categorías: mineras pobres (chiquiqueros), pequeños empresarios (que ya emplean equipos pesados, cargadores frontales, orugas, amalgadoras, motobombas, etc.); así como empresas multinacionales (son las más depredadoras) empleando perforadoras especiales, dragas, separadoras del material y trabajando las 24 horas.

Todas estas labores van aparejadas con interferencias en el ritmo de vida de los Nativos en sus actividades de caza y pesca, efectos nutricionales por la presencia de nuevos elementos en su dieta, provocación de enfermedades diversas y un sinfín de afectaciones subsecuentes.

Frente a todo esto, lo que se alega y se reclama es el DERECHO de los grupos Nativos a tener un acceso exclusivo, prioritario, preeminente a los recursos naturales y, por ende, a los mineros auríferos contenidos en sus territorios, *pero* no se trata de un derecho preferente o prevaleciente en el sentido tipificado de las actividades mineras como tal. Con el *reconocimiento preferencial de estas actividades* mineras o cualquier otra referida al uso de los recursos naturales en sus tierras, se pretende *establecer las condiciones necesarias para un ejercicio integral del conjunto de derechos de Comunidades reconocidos por el orden jurídico* nacional. Derechos comunales como el de desarrollarse con autonomía (no política) en el manejo de sus tierras, en la realización de sus tradiciones culturales y valores socio—culturales.

Ello responde a la necesidad de una cierta coherencia con la racionalidad tuitiva que se pretende recoger en el marco jurídico de los vigentes Derechos de Comunidades. En estos, reiteramos, se admiten las prácticas y se reconoce la existencia y continuidad de concepciones culturales diferentes.

(16) Moore, Thomas. "Situación de los nativos frente a la minería aurífera en Madre de Dios". En Revista Shupihui, Lima, 1983 No. 28.

En las descripciones etnográficas sobre tales poblaciones, hemos visto cómo sus visiones del mundo, y de la naturaleza, suponen una conglobación de los fenómenos naturales, de modo tal que en muchos casos no se permiten una fragmentación de estos ni del espacio, en general; sociedades que se desarrollan y subsisten en esos espacios cultural-habitacionales, sin participar en una racionalidad separatista y distorsionante para su cultura, de diferenciar tierras forestales, agrícolas o mineras.

Esta comprensión y práctica cultural es lo que se pretende tutelar y recoger, es decir, la valoración antropológica que se desprende de la lectura constitucional y de las demás normas legales mencionadas. Estos marcos jurídicos por remisión aluden al dato antropológico y científico, al cual habrá de remitirse para comprender racionalmente el sentido de las normas.

Es en estos espacios culturales que los grupos Nativos desarrollan sus relaciones particulares, consuetudinarias, relativamente al margen de graves diferenciaciones de clases sociales; siguiendo, por el contrario, patrones de prestigio y pautas internas de organización. En estos espacios culturales, desarrollan y se expresan sus visiones y comprensiones cíclicas del tiempo, sus relaciones de producción, distribución, consumo, según sus vinculaciones de parentesco.

Este conjunto de realizaciones culturales es el que se pretende legalmente proteger a través de los Derechos de Comunidades. Cualquier pretensión o exigencia en subestimarlos basándose en presuntas consideraciones prioritarias resulta inconsistente en relación a estos derechos y valoraciones mayores, salvo situaciones límite, excepcionales, vinculadas con la seguridad y defensa nacional y circunscrita a situaciones específicas.

El hecho concreto vigente de violación de los Derecho Comunes en la zona aurífera de Madre de Dios, por la invasión formal o informal de denuncios mineros y prácticas extractivas, muchas de ellas totalmente irregulares, se expresa en situaciones como:

- Casos de denuncios publicados con autos de amparo que no se trabajan.

- Otros denuncios que cuentan simplemente con peticiones o solicitudes y con los cuales se sienten amparados en el trabajo.
- Existencia de mineros precarios que invaden sin mayor legalidad, muchas veces valiéndose de contratos ilegales.
- Mineros precarios, pero que no se sabe con precisión formal si lo son o no, pues a los Nativos se les niega toda información.
- También se presentan numerosos casos de denuncios supuestos.
- Adicionalmente, suceden casos de muchas Comunidades linderadas o si no solamente reconocidas.

En estos casos, en un sentido formal, no deberían tener mayores problemas; pues, conforme a las disposiciones del Código Civil, se presume la prioridad a la propiedad de las tierras poseídas al momento de la inscripción hasta el título definitivo (Art. 136). El problema consiste en *definir la prevalencia* de los Derechos de Comunidades frente a los Minero-Auríferos.

Importa dejar en claro cómo este mosaico de absurdos e irregularidades significa y expresa paralelamente otro conjunto de actos sociales y materiales que no hacen sino agredir y afectar el conjunto de Derechos de Comunidades. Esto sobre la base de una reducida comprensión de la prevalencia de los Derechos Mineros frente a los Nativos; cuando, por el contrario, hemos querido sustentar que los últimos aquéllos tienen una prevalencia sobre los primeros por tratarse de Derechos Mayores, de derechos culturales que implican mayores valores que tutelar, que trascienden el simple cálculo o interés de rendimiento económico.

A partir de esta sustentación sobre los Derechos de Comunidades queda abierta la posibilidad que permite y legitima el ejercicio de acciones legales, tales como los Recursos de Oposición a derechos mineros de parte de los nativos y lo que, más aún permitiría accionar legítimamente ulteriores procesos contenciosos—administrativos, sin excluir las demás acciones impugnativas o anulatorias, dado el imperio de hacer respetar derechos fundamentales y preeminentes a los Derechos Mineros Auríferos; en esto, la promulgación del reciente Código del Medio Ambiente y los Recursos Naturales ofrece perspectivas muy importantes para ser trabajadas y aplicadas en su momento (v.g. Evaluación de impacto ambiental, prevalencia de actividades agrícolas, etc.)