

PONENCIA SOBRE LA PROPIEDAD DE LOS RECURSOS NATURALES EN LOS TERRITORIOS DE PUEBLOS INDIGENAS

PERÚ: LA POBREZA DE LOS RICOS TERRITORIOS INDÍGENAS Y RECURSOS NATURALES

**Handersson Bady Casafranca Valencia¹*

INTRODUCCIÓN

Aún cuando prefiero referirme a los pueblos indígenas como tales, para efectos del tema a desarrollar, tendré que utilizar los términos comunidades campesinas y nativas.

Hace unas semanas atrás, todos los peruanos hemos sido testigos de los airados, y no menos justos, reclamos de los Pueblos Indígenas Amazónicos contra los Decretos Legislativos N° 1015 y 1073; hemos sido testigos de la firme posición de los pueblos indígenas, liderados por la AIDSESEP, institución a la que hasta hace poco asesoré, pueblos que estaban dispuestos a dar su vida por defender sus territorios, los mismos que actualmente están superpuestos por concesiones y licencias para la exploración y explotación de los recursos naturales.

Los inconstitucionales Decretos Legislativos, porque los considero atentatorios a la Constitución, conforme consta en un informe legal elaborado para la AIDSESEP el mismo día que se promulgó el Decreto Legislativo N° 1015; según el Estado (entiéndase Gobierno), estos decretos legislativos pretendían unificar los procedimientos para que las comunidades campesinas de la sierra y las comunidades nativas de la selva, tengan el mismo procedimiento de las comunidades campesinas de la costa, para poder disponer de sus territorios comunales.

Estos decretos legislativos tan cuestionados, y felizmente hoy derogados por el Congreso de la República, solamente esperamos que sean promulgados sin mayores complicaciones, probablemente en otro contexto, con un régimen de propiedad diferente y al cual haremos mención más adelante, hubieran sido mejor recibidos, no la sabemos.

Queremos ser precisos, al hablar de *la pobreza de los ricos en el Perú* nos estamos refiriendo a las paupérrimas condiciones de vida que llevan las comunidades campesinas y nativas, sí, a esas mismas que bajo sus territorios poseen grandes riquezas en minerales e hidrocarburos; sin embargo, paradójicamente son las personas más pobres del Perú,

¹ *Asesor y consultor de la Coordinadora Andina de Organizaciones Indígenas – CAOI (Ecuador, Colombia, Chile, Argentina, Bolivia y Perú); Ex Asesor Legal de la AIDSESEP y de diversas comunidades campesinas y nativas; Abogado con postgrado en Derecho Agrario, Ambiental y Derechos de los Pueblos Indígenas (UACH- México), candidato a Magister en Derecho Constitucional (UNFV-Perú), ha seguido cursos de especialización en Derecho de los Recursos Naturales: Sectores Minero, Hidrocarburos y Energía Eléctrica; Legislación Energética e Hidrocarburos y Legislación Minera con mención en Impacto Ambiental (Universidad de Lima y ESDEN – Perú).

debido a que la legislación peruana así lo permite, pues no obstante de que los recursos naturales se encuentran dentro de sus territorios, éstos son de propiedad del Estado; aunque esta problemática no es exclusiva de las comunidades, para efectos de determinar las causas jurídicas de su pobreza, la validez de sus reclamos, el temor a perder sus territorios y la posibilidad de su desarrollo, es necesario que la óptica gire entorno a dichas comunidades indígenas y a la propiedad de los recursos naturales que se encuentran en sus tierras, pero no a esos recursos naturales a los que tienen libre acceso para su subsistencia, aún cuando algunas veces hasta estos recursos se les son negados, sino refirámonos a los recursos naturales del subsuelo, a aquellos que producen riqueza y que supuestamente debería cambiarles la vida.

Hace poco leí en un portal web (Servindi) un excelente análisis de Alberto Chiriff, respecto de si los indígenas se oponen o no al desarrollo, llegando muy acertadamente a la conclusión de que no existe tal oposición, pero que éstos desean ser considerados, de que se trate también de su desarrollo y de respetar cómo ellos conciben su propio desarrollo, lo que me trae a la mente las palabras de Oswaldo Kreimer² en la presentación que éste hace a un libro de Fergus Mackay³ *“Cuando un indígena amazónico o de cualquier parte del mundo- conoce por primera vez un machete de metal no lo abandona, sino que lo adopta en su vida. Como cualquier ser humano reconoce que el metal permite hacer herramientas para convivir mejor con la naturaleza, contribuir mejor a la subsistencia de su grupo, y ampliar su sabiduría (...)”*, en efecto, conforme afirma también Chirif en su análisis, no existe un indígena que se niegue al progreso, y la misma historia de las relaciones entre las poblaciones indígenas y los colonizadores, así lo demuestran, utiliza Chirif también el ejemplo del metal, que *no fueron una imposición externa, sino una innovación tecnológica aceptada de buen animo y buscada por los propios indígenas*.

Entonces, si las comunidades indígenas sí buscan el desarrollo, contrariamente a lo que piensa el Gobierno actual y algunos medios de prensa, probablemente el problema no se encuentra en si se explota o no los recursos naturales, sino más bien en el sistema de propiedad de los recursos naturales, de quienes los explotan, de quienes se benefician y quienes se perjudican y sobretodo, cuál es el costo social de la aplicación de un equivocado *“interés nacional”* y *“necesidad pública”*; entonces, podemos hacernos algunas interrogantes, como por ejemplo: ¿Desde cuándo data este problema? ¿Es posible modificar el sistema peruano de propiedad de los recursos naturales en los territorios de las comunidades? ¿Porqué modificar este sistema de propiedad?

Es necesario señalar que las comunidades campesinas, desde hace un tiempo atrás, y hoy las comunidades nativas, no reclaman al Estado únicamente la consulta y el respeto a su territorio y medio ambiente, sino que *“el reclamo de las comunidades campesinas incluye la posibilidad de ejercer el derecho de propiedad sobre los recursos mineros que se encuentran bajo sus tierras y poder decidir las condiciones de explotación de*

² Abogado Argentino, especialista en Derechos Humanos y Derechos Indígenas, ha trabajado en la OEA y en la CIDH.

³ *Los Derechos de los Pueblos Indígenas en el Sistema Internacional*, Lima 1999.

estos recursos”⁴, es decir, en una situación sin precedentes, las comunidades vienen reclamando su derecho de propiedad sobre los recursos naturales; este reclamo adquiere mayor consistencia, en el caso de las comunidades campesinas, desde la promulgación de otro inconstitucional decreto legislativo, el D.L. N° 1064, que modifica la normatividad minera, dejando sin efecto el requisito de acuerdo previo con el propietario del suelo, para la explotación de las actividades mineras.

Por otro lado, es preciso mencionar que esta posibilidad de considerar la propiedad privada de los recursos naturales, no solamente es tratada por las comunidades, sino también por especialistas en Economía y en Derecho Económico, cómo Hernando De Soto y Enrique Gersi, ahora coautores del libro *“El Otro Sendero”*, quienes, seguramente desde una óptica distinta, proponen la redistribución de la propiedad del subsuelo; sin importar las causas, razones y motivos por los cuales De Soto y Gersi, ven con buenos ojos la privatización del subsuelo, sus argumentos nos sirven de base para tratar un tema que como mencioné anteriormente, ya viene siendo considerado por las propias comunidades.

Esperamos poder contribuir a que este tema sea introducido con mayor contundencia en un debate sobre inclusión de políticas públicas, con el objeto de intentar eliminar el descontento de las comunidades, reducir la violencia social y acercarnos a una verdadera justicia y paz social.

PROPIEDAD DE LOS RECURSOS NATURALES

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

Por ley orgánica se fijan las condiciones de su utilización y de su otorgamiento a particulares. La concesión le otorga a su titular un derecho real, sujeto a dicha norma legal.”.

Es el texto que dispone el artículo 66° de la Constitución de 1993, desarrollado por la Ley Orgánica de Aprovechamiento Sostenible de los Recursos Naturales, pero a efectos de discutir con mayor amplitud una posible modificación de este artículo y sus concordancias, sino bien de todo el sistema de propiedad, es preciso determinar el origen de este sistema, ya que este es el origen del problema y la razón por la cual quisiera plantearles algunas consideraciones.

En América Latina, quizá puedo equivocarme en algunos países, pero en general la legislación en materia minera e hidrocarburífera es bastante parecida, la propiedad del subsuelo, los recursos naturales que se encuentran en él, le pertenecen al Estado.

Estamos convencidos de que ésta situación es así, en casi todo el Derecho Civil latinoamericano y, el aceptar que el Estado es propietario de los recursos naturales,

⁴ Pedro Castillo Castañeda, *¿Qué sabemos de las Comunidades Campesinas?* Pág. 85, 2007

constituye una excepción en el régimen general del derecho de propiedad, la regla general en nuestro Derecho Civil, desde luego siguiendo al *Derecho Romano*, es que la propiedad se extiende desde el suelo hacia arriba y hacia abajo, es decir al subsuelo, esto en la medida que le sea útil al propietario.

Esta es la regla general, siempre y cuando no encontremos mineral, gas o petróleo, sólo entonces se produce la excepción, es decir el Estado pasa a ser propietario del subsuelo y de los recursos naturales que se encuentran en él.

A esta situación se le conoce de diversos nombres, así se le conoce como *Dominio Inminente del Estado*, *Reserva Legal*, *Propiedad del Recurso* y *no del Subsuelo*, etc., es decir existen pequeñas diferencias, pero esencialmente el *concepto general* es el mismo, *respetar el subsuelo salvo que se encuentre alguna riqueza mineral*, en este caso el Estado nos los “*expropia*”.

En Perú se le conoce como el *Sistema Dominalista* o de *Domino Inminente del Estado*, donde el Estado afirma que es propietario del subsuelo; pero, lo curioso es que en las ciudades, en las urbes no pasa esto (aún cuando debiera), por ejemplo los propietarios de edificios, utilizan el subsuelo para construir cocheras subterráneas, sótanos de varios niveles, etc.; es decir utilizan el subsuelo para poder utilizarlo de acuerdo a sus necesidades, esto es conocido como el *Principio de Acceso*; el problema se presenta cuando el subsuelo adquiere una relevancia económica mayor porque contiene metales, petróleo o gas, en cuyo caso se convierte automáticamente en propiedad estatal. (Lo que me trae a la mente, las palabras de la congresista Hilaria Supa en el debate de la Comisión de PAAAE y MA del Congreso, para la derogatoria de los decretos legislativos 1015 y 1073, al referirse de *qué sucedería si habría petróleo en San Isidro?*, *a ver que vayan a explotar debajo de los edificios de San Isidro*, bueno, realmente sería bueno saber qué sucedería?).

ANTECEDENTES

Esta regla del *Derecho Peruano*, es la evocación, el recuerdo, la remembranza, la reminiscencia del *Derecho Indiano*, los tratadistas sobre la *genealogía de la propiedad estatal del subsuelo*, sostienen que el origen de que la propiedad estatal sobre el subsuelo, proviene del *Derecho Indiano*.

En una conferencia en Guatemala, Enrique Gersi sostiene que el *Derecho Indiano* era aquella parte del *Derecho Castellano* que era aplicado a las Américas (a las Indias), sostiene también que el *Derecho Castellano* aparentemente tiene normas discrepantes respecto de la propiedad del subsuelo, en tanto de que, el mismo Gersi hace mención de que el profesor Luis Echeopar, preparó un ensayo respecto de la propiedad del subsuelo, donde establece que *en el viejo Derecho Castellano existía la propiedad del subsuelo, siempre que no se encuentre carbón, ni yacimientos de hierro*, situación que tiene su explicación en una suerte de reserva militar y la industria del acero, y no parece haber habido una *propiedad real* sobre el subsuelo de manera indiscriminada, solamente en las reservas.

El estatuto jurídico de Las Indias es la de unión real a la Corona de Castilla, esto es, son territorios estadales independientes de Castilla, que están acceden a este Reino por la persona del Rey y por otros órganos gubernamentales comunes, como el Consejo de Estado creado por Carlos I en 1520 (común para Castilla e Indias) encargado de dirigir la política general y exterior, el Consejo de Hacienda creado en 1523, el Consejo de Guerra y el Consejo de la Inquisición (idem).

Por tanto, jurídicamente hablando, las Indias nunca fueron colonias de España. De hecho, la expresión "Colonia" no apareció hasta fines del siglo XVIII por influencia francesa, ni en el período de los Reyes Católicos y durante los reinados de la dinastía Habsburgo, nunca se habló de las Indias como colonias, se hablaba de los "Reinos de Ultramar", "de aquellos y estos Reinos", etc. dando a las Indias idéntica calidad, jerarquía, cultura y personalidad que el Reino de Castilla, tanto es así que los Reyes crean un órgano de la misma importancia que el Gran Consejo de Castilla, que es el Real y Supremo Consejo de Indias.⁵

Es decir dentro de la organización jurídica del *Derecho Indiano*, América nunca fue una Colonia, como si lo fue Estados Unidos o Canadá.

La organización jurídica colonial hispanoamericana se hace en torno al *Derecho Castellano*, el mismo que a grandes rasgos tenía un sistema mixto, es decir positivo y consuetudinario, entonces el *Derecho Indiano* es aquella parte del *Derecho Castellano* aplicado a América, es positivista no fue nunca consuetudinario, se redactaron una serie de normas que se impusieron por la fuerza de las armas.

El *Derecho Indiano*, en materia de minería e hidrocarburos, recoge una *Reserva Absoluta de la Propiedad del Subsuelo*, la propiedad del subsuelo es del Rey en las Américas, el Perú y las repúblicas latinoamericanas la heredan y la incorporan a su normatividad, por ejemplo los pagos por la concesión del derecho minero, se llaman regalías, en memoria del derecho real, pues se le pagaba al Rey el *Quinto Real* por la explotación en la colonia, siendo una compensación a la explotación de los minerales porque era el dueño.

Así, se dice que: *“Ya en las ordenanzas del Virrey Toledo, en 1574, se recogía el sistema dominalista en el Perú:*

Por cuanto todos los minerales son propios de Su Majestad y derechos realengos por leyes y costumbres, y así los da y concede a los vasallos y súbditos donde quiera que los descubriese y hallaren, para que sean ricos y aprovechados, dándoles leyes y ordenanzas, para que gocen de ellos y los labren, de manera que cesen los pleitos y diferencias, y a todos quepa parte, acudiendo a sus reales cajas con lo que como a Rey y señor natural se le debe.

Las ordenanzas para el Perú de 1785, vigentes incluso hasta iniciada la República, so más claras y explícitas sobre la materia, pues dispone:

⁵ http://es.wikipedia.org/wiki/Derecho_indiano

*Las minas son propias de mi Real Corona, así por su naturaleza y origen; y, sin separarlas de mi real patrimonio las concedo a mis vasallos en propiedad y sesión de tal manera que puedan venderlas, permutarlas, arrendarlas (...)*⁶

Este esquema se repite hasta la actualidad, prácticamente sin ninguna diferencia, distinto nombre pero de no el concepto, el Perú y las repúblicas hispanoamericanas mantenemos la vieja legislación indiana, ya no se llama Rey ahora es República.

El Código de Minería de 1901, estableció la naturaleza real de la concesión minera y la separó de la propiedad superficial, comparándola con la propiedad común, pero determinando el *Sistema Dominalista*; asimismo, la Constitución de 1933 a nivel de ordenamiento jurídico superior de nuestro país, adopta los principios referidos a los Recursos Naturales.

De idéntica forma, las siguientes constituciones y leyes especiales, siguen con este patrón adquirido de la época colonial, desembocando en el artículo 66° de la Constitución, con la que iniciamos este trabajo.

CONSIDERACIONES SOBRE EL DERECHO DE PROPIEDAD Y LA PROPIEDAD SOBRE LOS RECURSOS NATURALES

Según la definición de Raúl Chanamé, propiedad es el “*Derecho exclusivo de hacer uso de goce y disfrute de un recurso o bien (financiero o natural)*”⁷, asimismo, en una definición más amplia desde el Derecho Constitucional, el mismo autor dice que es “*aquel derecho que garantiza el libre ejercicio de los atributos de esta, entendidos como el derecho de disponer de bienes en cualquier forma legal, poseerlos, usarlos e impedir que cualquier otra persona interfiera en el goce de estos derechos.(...) Las Declaraciones sobre los derechos del hombre, siempre parten desde una misma premisa, la dignidad basada en la justicia e igualdad (...)*”⁸.

Entendida la propiedad como un derecho fundamental, García Toma señala que “*Desde una perspectiva histórica su génesis se remonta a la Declaración del Hombre y del Ciudadano (Francia, 1789), siendo colocado con importancia supra después de la libertad, bajo la conceptualización de “derecho inviolable y sagrado” (...)*”⁹, en ese contexto, el mismo García Toma, cita a Jorge Avendaño Valdez¹⁰, cuando dice que “*por la propiedad los hombres luchan y se enfrentan, desde le inicio de los tiempos. El*

⁶ *Ibíd.*, pág. 85 y 86.

⁷ Raúl Chanamé Orbe, *Diccionario de Ciencia Política 6ta Edición*, Perú, 2008.

⁸ Raúl Chanamé Orbe, *Diccionario de Derecho Constitucional 5ta Edición*, Perú, 2008

⁹ Víctor García Toma, *Los Derechos Fundamentales en el Perú*, Lima, 2008

¹⁰ Profesor de Derecho Reales y Jurista peruano.

hombre se esfuerza y trabaja para ser propietario. La condición de propietario le permite satisfacer sus necesidades y las de su familia”.

Resulta necesario alejarse quizás un poco de la rigurosidad de los derechos reales, y comprender la propiedad también desde el ámbito de los derechos humanos, pues esa óptica nos va permitir comprender que **la propiedad constituye la base del desarrollo del ser humano**, pues haciendo una simbiosis de lo expuesto por los autores citados, **la propiedad parte como ese derecho sagrado e inviolable, componente de la dignidad humana y tiene como finalidad alcanzar una verdadera justicia e igualdad.**

Con las precisiones alcanzadas sobre la propiedad, es conveniente que hagamos referencia a la propiedad de los Recursos Naturales, es así que podemos partir preguntándonos ¿Qué son los Recursos Naturales?

Al respecto, la Ley Orgánica de Aprovechamiento Sostenible de los Recursos Naturales, prevé que:

“Se consideran recursos naturales a todo componente de la naturaleza, susceptible de ser aprovechado por el ser humano para la satisfacción de sus necesidades y que tenga un valor actual o potencial en el mercado, tales como:

a. las aguas: superficiales y subterráneas;

b. el suelo, subsuelo y las tierras por su capacidad de uso mayor: agrícolas, pecuarias, forestales y de protección;

c. la diversidad biológica: como las especies de flora, de la fauna y de los microorganismos o protistos; los recursos genéticos, y los ecosistemas que dan soporte a la vida;

d. los recursos hidrocarbúricos, hidroenergéticos, eólicos, solares, geotérmicos y similares;

e. la atmósfera y el espectro radioeléctrico;

f. los minerales;

g. los demás considerados como tales.

El paisaje natural, en tanto sea objeto de aprovechamiento económico, es considerado recurso natural”

Ésta enumeración de elementos que constituyen los Recursos Naturales es abierta; sin embargo, para efectos de nuestro tema, nótese que se consideran como tales al suelo y al subsuelo, así como a los hidrocarburos y a los minerales.

Es decir que, volvemos al inicio de nuestro tema, el propietario del subsuelo, de los hidrocarburos y de los minerales es el Estado.

LA PROPIEDAD DEL SUBSUELO, LOS RECURSOS NATURALES Y LOS CONFLICTOS SOCIALES

Dentro del contexto dado, resulta sumamente importante comentar acerca de *la propiedad del subsuelo*, un tema que de hecho, parece abstracto y difícil de comprender, y sobre el cual seguramente los especialistas en Derecho Público y/o Administrativo se opondrán.

Pero es importante hablar de ella, en tanto nos permitirá entender su relación con los conflictos sociales que aquejan al Perú como respuesta a la pobreza y quizás a un sistema inadecuado para nuestra realidad, ello en tanto de que, nadie puede negar que la propiedad es relevante jurídica, política y económicamente.

Más del 70% de la Amazonía está lotizada para la exploración y explotación de petróleo y gas; y ni que decir de la minería en la sierra, sucede que existe la convicción de que el Perú es un país minero, considerando a esta actividad desde hace muchos años atrás, incluso desde la época de los incas, como una actividad de suma importancia.

Las políticas económicas aplicadas al país giran entorno a las actividades extractivas, con gran similitud con muchos otros países, pero existen también diferencias marcadas que van en desmedro de la población, por ejemplo, escuche preguntar a un eminente jurista peruano y profesor de Derecho Económico de una universidad de reconocido prestigio en ámbito empresarial, *¿Cuál es la diferencia entre una persona de Texas y una persona de Perú que encuentran petróleo en su propiedad?*, el mismo jurista respondió, *que el de Texas es rico y el de Perú es absolutamente pobre*.

Esto nos da una idea de cómo abordar el tema, y es que la razón la encontraremos en el *Sistema, es decir, es INSTITUCIONAL*, el petróleo, el gas, los minerales en el Perú son del Estado, no es tuyo, aún cuando se encuentre en tu propiedad, el Estado después de un procedimiento puede asignarlo a quien le parezca, o con quien llegue a un mejor arreglo.

Es decir, existen imposiciones del Estado, que las personas, las comunidades deben aceptarlas, aún cuando estas se vean perjudicadas por tales disposiciones, hecho que probablemente rebalsa la legitimidad estatal, si entendemos que *“el Estado siempre es considerado como el detentador del monopolio de la fuerza y en consecuencia como la potencia que, única sobre un territorio determinado, tiene los medios para constreñir”*¹¹.

Para efectos de acercarnos, más aún, a nuestro tema y teniendo en cuenta las aspiraciones de las comunidades campesinas, vamos a tomar como eje a la minería, ¿Que pasa con la minería peruana?

La minería peruana vive una gran y notable paradoja, supuestamente ha contribuido con el *desarrollo económico del Perú*, tiene buenos precios y altas cotizaciones internacionales, es decir en determinados momentos llega a una eventual prosperidad,

¹¹ Norberto Bobbio, Estado, Gobierno y Sociedad Por una teoría general de la política, pág. 186, Duodécima reimpresión, México - 2006.

pero a esa prosperidad no sigue la famosa *popularidad* en las poblaciones donde se desarrollan estas actividades, ni mucho menos cuenta con la denominada *legitimidad social* a esta industria, haciendo nuevamente referencia a Chiriff, este señala: “No se puede negar que en los últimos 10 ó 12 años el Perú registra índices de crecimiento macroeconómico muy positivos. Pero tampoco se puede negar el aumento de las “víctimas del desarrollo”, parafraseando a mi colega Shelton Davies, hoy consultor del Banco Mundial (...)”¹².

Por otro lado, Pedro Castillo Castañeda sostiene: “Sin embargo, toda la riqueza que generan las empresas mineras para el país no se ve reflejada en las comunidades, que casi no han recibido beneficios por permitir el uso de sus tierras para fines mineros. Lo más grave es que la población comunera mantiene los niveles de pobreza más altos del país. En otras palabras, la minería no ha generado un desarrollo local significativo”¹³

Este problema plantea la necesidad de una reflexión, ¿Cómo es posible que la industria minera, que contribuye al desarrollo, sea odiada por la población local y sea la causa de conflictos en el Perú?; esta situación se repite en casi todos los países de Latinoamérica, con pequeñas variaciones, la estructura del derecho de propiedad minera es la misma, pero esta paradoja existe en casi toda América Latina, *grandes riquezas mayor pobreza en la zonas aledañas*.

La teoría liberal sostiene, que allí donde hay violencia es porque existe indefinición del derecho de propiedad, que allí donde existen conflictos sociales es por que existe una incorrecta definición del derecho de propiedad.

En el caso de la propiedad minera según algunas tesis, cómo por ejemplo la de Enrique Gersi¹⁴, *es porque la propiedad esta escindida y el propietario del suelo no es el propietario del subsuelo, la violencia existe en tanto de que no son propietarios*; esto quiere decir que las comunidades campesinas y nativas, que constituyen los pueblos más pobres del Perú, no son los dueños del subsuelo, no son los dueños de los recursos naturales ubicados en sus territorios comunales, entonces allí radica la razón de las protestas y los conflictos sociales, en relación a los recursos naturales.

El Estado al ser propietario del subsuelo y al dar en concesión los recursos naturales ubicados en territorios de comunidades indígenas, lo que produce es *una expropiación*, pero *una expropiación sin justiprecio*, es decir sin compensación por quitarles su propiedad; en palabras más simples, las comunidades viven ancestralmente en sus territorios, debajo de ellos hay oro, plata, petróleo o gas, viene el gobierno y se lo da a otro, ¿Qué les hicieron a las comunidades?, les robaron, el Estado les “robo” y se lo dio a otros.

¹² <http://www.servindi.org/archivo/2008/4517#more-4517>

¹³ *¿Qué sabemos de las Comunidades Campesinas?*, pág. 90, Perú, 2007

¹⁴ Abogado y profesor de Derecho Económico de la Universidad de Lima.

Lo que caldea más los ánimos, es que ese otro, les otorga caridades, limosnas, las comunidades no quieren que les den una dádiva, quiere que se lo devuelvan, o por ultimo quiero que no lo exploten, pues tienen ese derecho, es problema de ellas si se quieren sentar encima; obviamente no se sentarán sino que se beneficiarán, lo arrendaran, explorarán o lo que ellas decidan.

Entonces, como mencionamos anteriormente, lo que se produce es una *expropiación sin justiprecio*, el propietario del suelo no es propietario del subsuelo, nuestros hermanos indígenas milenarios, probablemente hoy estarían entre los más ricos del mundo y son los mas pobres, porque no son los dueños de su subsuelo y de sus recursos.

Escuchaba en una conferencia que por ejemplo en *Las Bambas, en Apurímac, existen reservas de oro y plata por \$ 65 mil millones de dólares, en la superficie vive una comunidad de 50 familias, el Estado dio en concesión Las Bambas, obviamente no se ha reconocido el derecho de propiedad a los derechos del suelo, la empresa ha venido y ha constituido un fideicomiso de \$ 50 millones de dólares*¹⁵, entonces cabría preguntarnos y ¿Dónde están los \$ 64,950 millones de dólares restantes donde están?, ¿Por qué sólo \$ 50 millones?; lo justo sería que las comunidades sean socias con las empresas, que las comunidades, si así lo desean, que las alquilen, pero ¿Por qué recibir una caridad? una dádiva?, la caridad es desdeñosa, hiere el orgullo del ser humano y esto incita a la violencia y más aún si estas caridades son por uso de sus suelos, no por el valor de lo que se les despoja.

Entonces nos preguntamos ¿Quién es el dueño verdadero de los recursos naturales del subsuelo? ¿Existe una correcta definición del derecho de propiedad, respecto de los recursos naturales? ¿Se debe privatizar la propiedad del subsuelo y reconocer la propiedad a lo dueños originarios, a lo propietarios del suelo? ¿No sería esto el acto de justicia social mas claro que pueda existir?

El sistema puede cambiar, existen ejemplos como Sudáfrica, Reino Unido, Estados Unidos, que han adoptado el *Sistema Accesorio o Fundiario*, que permite que “*el propietario de la superficie del terreno es también propietario del subsuelo y, por lo tanto, de los recursos mineros que pudieran existir. Para este sistema superficie y subsuelo son uno solo, a diferencia del sistema dominalista donde se trata de dos inmuebles diferentes y separados*”¹⁶.

Entonces, el resultado del análisis es el siguiente: *Allí donde hay una imprecisión del derecho de propiedad se produce, no solamente ineficiencia, sino violencia, los arrebatos de violencia que producen los conflictos sociales*, se encuentran asociados a la incorrecta definición del derecho de propiedad, del subsuelo.

Mientras que los Estado sea propietario del subsuelo, se produce además un gran acto de injusticia, por qué en las ciudades que se cuenta con todo lo necesario para el desarrollo

¹⁵ Enrique Gersi, *Conferencia ¿Quién es el dueño del Subsuelo?* en la Universidad Federico Marroquín de Guatemala.

¹⁶ Pedro Castillo Castañeda, *¿Qué sabemos de las Comunidades Campesinas?*, pág. 85, Perú, 2007

somos dueños del subsuelo y en las comunidades indígenas que no tienen nada, solo lo que está en su subsuelo, no tienen la propiedad de lo que esta debajo de sus territorios, realmente esta contradicción no tiene explicación moral y es inaceptable; **el Sistema es ineficiente e injusto**, se les quita a ciertos propietarios su derecho en el subsuelo y a otros no.

Las legislaciones en América Latina tienen una serie de supuestas *salidas* para este problema, en el Perú, porque ejemplo, la Ley de Minería establece un derecho de superficie o de servidumbre, es lo mismo; pero, no es el problema dejar pasar o no por sus propiedades, sino participar del beneficio que se encuentre en su subsuelo; si tuviéramos que hacer un acto redistributivo: *se debería difundir la propiedad universalmente, se ha privatizado de todo menos el verdadero recurso nacional, el subsuelo.*

Es posible privatizar el subsuelo y los recursos naturales, si el recurso natural por antonomasia, por excelencia, es la tierra, es privada, cualquier otro recurso también puede serlo; el subsuelo y los recursos naturales de los territorios indígenas, deben ser entregados en propiedad privada a sus verdaderos dueños, las comunidades campesinas y nativas; así, el ex congresista Alejandro Santa María, en el Pleno del Congreso durante el debate para la aprobación del Proyecto de Ley N° 2596/96-CR (hoy la aprobada Ley Orgánica para el Aprovechamiento Sostenible de los Recursos Naturales) sustenta su posición de privatizar los recursos naturales:

“(…) Quiero aclarar que cuando se habla de otorgamiento de los recursos naturales en propiedad privada, nosotros cuestionamos severamente la posibilidad de que en el Perú sean muy pocos o los grandes poderes económicos, los que tengan derecho a la propiedad privada.

Nosotros creemos que la propiedad privada es un instrumento legítimo para poder impulsar la economía social de mercado, pero justamente la economía social de mercado significa de que todos los peruanos y sobretodo los más pobres puedan tener acceso a la propiedad privada, a la cual ahora no tienen derecho y han sido históricamente postergados de esa posibilidad.

*Creemos que la propiedad privada es efectivamente un instrumento eficaz, pero siempre y cuando sea un derecho de las grandes mayorías y no solamente de un privilegio de determinados grupos de poder (...)*¹⁷

Entonces, cuando hablamos de reducir la pobreza, cuando se plantea la discusión de cómo solucionar el problema de violencia que aqueja a los sectores de las comunidades enfrentadas a las empresas y al Estado, es una sola la respuesta: *la difusión de la propiedad*, establecer un derecho de propiedad verdadero, permitiendo que el desarrollo que las comunidades quieren de acuerdo a sus propias concepciones, y seguramente los recursos naturales ya no serán materia de una concesión sino de un contrato libre, con los verdaderos propietarios de los subsuelos; en este contexto, las comunidades

¹⁷ Oswaldo Sandoval Aguirre, editor de la Ley Orgánica para el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales – Antecedentes y Comentarios, Lima: Pronaturaleza, junio de 1997.

indígenas pasarían a ser de los más pobres a los mas ricos del mundo, simplemente con un acto de redistribución de la propiedad y permitiéndoles participar de los beneficios de la riqueza.

Si es posible cambiar el sistema del derecho de la propiedad del subsuelo, y de esta manera reconciliar la eficiencia económica con la paz social, cómo mencionamos anteriormente, hay experiencias de políticas públicas que pueden ser aplicadas al Perú, privatizar el subsuelo, devolviendo a las comunidades la titularidad para la explotación de los recursos naturales.

Sin embargo, este cambio de sistema también implicaría un cambio en la legislación de las comunidades; lo concreto es que en la actualidad y de acuerdo al marco jurídico vigente, la propiedad de la tierra y la concesión de los recursos naturales son derechos diferentes, que permitirían que, teóricamente, las comunidades se beneficien del desarrollo, pero la realidad es distinta y las ha convertido en *las víctimas del desarrollo*; por lo que, por ahora lo más importantes es respetar las decisiones de las comunidades involucradas, con una adecuada consulta previa.

CONCLUSIONES

1. La propiedad del subsuelo y de los recursos naturales, actualmente en el Perú, es una remembranza del Derecho Indiano, que proviene desde la época del virreinato, bajo el Sistema Dominalista.
2. El Sistema Dominalista, no ha permitido el desarrollo económico de los propietarios del suelo donde se ubican los recursos naturales.
3. El Sistema Dominalista atenta contra el verdadero concepto del derecho de propiedad.
4. La aplicación del Sistema Dominalista, ha incrementado las víctimas del desarrollo y a ha originado conflictos sociales.
5. Es posible un cambio de sistema en la propiedad de los recursos naturales, al Sistema Accesorio.
6. El cambio de sistema permitirá a las comunidades ser dueñas de lo que realmente les pertenece, manejar sus recursos, participar y beneficiarse directamente de sus recursos.
7. La propiedad de las comunidades sobre sus recursos naturales, establecerá una correcta definición de propiedad y por ende, los conflictos podrían reducirse.
8. La propiedad de los recursos naturales, podrían acercarse a una efectiva justicia y paz social.
9. Si bien es cierto, un cambio abrupto de sistemas no es tan sencillo, se puede elaborar mecanismos contractuales que se aproximen al derecho de propiedad y

que tengan un resultado social, utilizando contratos por lo que se le reconozcan al propietario del suelo el derecho a una utilidad.

10. Por lo pronto, es necesario que por lo menos, el Estado respete el derecho a la consulta previa que tienen derecho las comunidades.

BIBLIOGRAFÍA

Bobbio, Norberto, *Estado, Gobierno y Sociedad* Duodécima reimpresión, México - 2006.

Baldeón Ríos, *La Concesión Minera*, Diplomado de Legislación Minera, ESDEN 2008

Ballón Aguirre, Francisco, Artículo *Pueblos Indígenas Peruanos en la Nueva Constitución*, 2006

Basadre Ayulo, Jorge, *Derecho de Minería y del Petróleo*, Lima 2001

Berrio V., *Ley General de Minería*, 1999.

Castillo Castañeda, Pedro, *¿Qué sabemos de las Comunidades Campesinas?*, Perú 2007

Constitución Política del Perú, 1993

Chanamé Orbe, Raúl, *Diccionario de Ciencia Política 6ta Edición*, Perú, 2008.

Chanamé Orbe, Raúl, *Diccionario de Derecho Constitucional 5ta Edición*, Perú, 2008

Chanamé Orbe, Raúl, *Comentarios a la Constitución 5ta edición*, Perú, 2008

Chirif, Alberto, artículo *Perú: Protestas indígenas: La lucha contra los engaños y la prepotencia*, Lima 2008, pub. SERVINDI.

De Soto Hernando, Ghibellini Mario y Gersi Enrique, *El Otro Sendero*, Perú, reedición, 2005.

Fergus Mackay, *Los Derechos de los Pueblos Indígenas en el Sistema Interamericano*, Lima 1999.

García Toma, Víctor, *Los Derechos Fundamentales en el Perú*, Lima, 2008

Gersi, Enrique, *Conferencia ¿Quién es el dueño del Subsuelo?* en la Universidad Federico Marroquín de Guatemala.

Gray Andrew, *Derechos Indígenas y Desarrollo*, IWGIA, 2002.

http://es.wikipedia.org/wiki/Derecho_indiano

<http://www.servindi.org/archivo/2008/4517#more-4517>

PRONATURALEZA, *Aprovechamiento Sostenible de los Recursos Naturales*, 1997

Pulgar Vidal, Manuel, *Teoría de los Recursos Naturales*, Diplomado de estudios en Derecho Ambiental, PUCP, 2006.

Sandoval Aguirre, Oswaldo, *Editor de la Ley Orgánica para el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales – Antecedentes y Comentarios*, Lima: Pro naturaleza, junio de 1997.

Urteaga Crovetto, Patricia, *La Problemática Minera y los Pueblos Indígenas en Madre de Dios Perú*, Lima, abril 2003.

Vásquez Cordano, Arturo, *La Industria Petrolera en el Perú: Reformas Estructurales e Inversiones*, Diplomado de Legislación Energética, ESDEN 2007.

Septiembre de 2008.