

LITIGIO ESTRATEGICO EN DERECHOS INDIGENAS

**La Experiencia de la
Comunidad Nativa "Tres Islas"**

Madre de Dios - Perú

Raquel Z. Yrigoyen Fajardo

LITIGIO ESTRATÉGICO EN DERECHOS INDÍGENAS

La experiencia de la
Comunidad Nativa Tres Islas
(Madre de Dios, Perú)



Raquel Z. Yrigoyen Fajardo
Instituto Internacional de Derecho y Sociedad-IIDS/
International Institute on Law and Society-IILS

LITIGIO ESTRATEGICO EN DERECHOS INDIGENAS

LA EXPERIENCIA DE LA COMUNIDAD NATIVA TRES ISLAS MADRE DE DIOS - PERU

Derechos reservados. Material gratuito, prohibida su venta. Prohibida la reproducción total o parcial de este libro por cualquier medio, sin permiso expreso y por escrito de los Editores. Los autores son responsables de la selección y presentación de los hechos contenidos en este libro, así como de las opiniones expresadas.

Elaboración de contenidos:
Raquel Z. Yrigoyen Fajardo

Equipo de Litigio Estratégico del caso
Comunidad Nativa Tres Islas – Pueblos Shipibo y Ese'Eja
Instituto Internacional de Derecho y Sociedad- IIDS/ International Institute on Law and Society- IILS
www.derechoysociedad.org
Raquel Z. Yrigoyen Fajardo
Zulma I. Villa Vilchez
Rocío R. Trujillo Solís

Colaboraron con la publicación Carlos J. Elguera Alvarez y Brigitte L Jara Quispe.

Supervisión y Corrección:
William Ramírez - Vladimir Pinto

Responsables de la contribución de GIZ:

Sylvia Reinhardt – Coordinadora Internacional del Programa PROINDIGENA - Alemania.

Katharina Huebner-Schmid – Coordinadora Regional del Programa Regional Fortalecimiento de Organizaciones Indígenas – PROINDIGENA – Ecuador.

Hartmut Paulsen – Director del Programa Buen Gobierno y Reforma del Estado - Perú

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú:
No. 2013-01650

Tiraje:
1,000 ejemplares – Primera Edición, Febrero del 2013

Edición y Revisión de Contenidos:

© Cooperación Técnica Alemana al Desarrollo Internacional –GIZ
Por encargo del Ministerio Federal de Cooperación Económica y Desarrollo – BMZ

© Programa “PROINDIGENA”
© Programa “Buen Gobierno y Reforma del Estado”.

Pasaje Bernardo Alcedo No. 150 – Piso 5 – El Olivar – San Isidro – Lima 027 – Perú
Teléfono +51 (1) 421-1333 – Fax +51 (1) 421-4540
Página Web www.giz-gobernabilidad.org.pe

Impreso por:
TAREA Asociación Gráfica Educativa
Pasaje María Auxiliadora No. 164, Breña - Lima 005
Teléfono: 995 012 763
RUC No. 20125831410

CONTENIDOS

PRESENTACIÓN	7
---------------------------	---

PARTE I

¿Qué es un litigio estratégico en derechos humanos?	11
---	----

PARTE II

El caso de la comunidad nativa Tres Islas

1. La demanda	33
2. El alegato final de la defensa	55
3. La sentencia	69
4. Nota del Tribunal Constitucional	95
sobre la sentencia	

PARTE III

Aportes de la sentencia en la protección de	99
los derechos de los pueblos indígenas	

PARTE IV

1. ¿Cómo hemos litigado en el caso	115
de la comunidad nativa Tres Islas?	
2. Memoria de acciones legales	125

PRESENTACIÓN

La presente publicación busca compartir la experiencia de litigio estratégico de la Comunidad Nativa Tres Islas, pueblos Shipibo y Ese'ejá (Madre de Dios, Perú), a fin de contribuir con la promoción y defensa de los derechos de los pueblos originarios o indígenas en el país y la región; pues se trata del primer caso en el que el Tribunal Constitucional del Perú reconoce la propiedad territorial y la autonomía, con base en la autodeterminación de los pueblos indígenas.

La Sentencia del Tribunal Constitucional (TC) en el caso de la Comunidad Nativa Tres Islas, “Exp. 1126-2011-HC/TC. MADRE DE DIOS. JUANA GRISELDA PAYABA CACHIQUE”, constituye un cambio paradigmático en la línea jurisprudencial del TC en materia de derechos de los pueblos indígenas. Esta sentencia hace exigibles derechos que forman parte del *corpus iuris* de los derechos de los pueblos indígenas -pero que no tenían aplicación práctica- y los interpreta desde una perspectiva pro-homini o pro-indígena, aplicando la norma más favorable a los pueblos. Entre otras fuentes, el TC ha aplicado derechos consagrados en la Constitución Política del Perú de 1993, el Convenio N° 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes de la Organización Internacional del Trabajo (1989), la Declaración de las Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas (2007), la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y, además, ha considerado la propia visión de los pueblos indígenas.

Esta sentencia es resultado de la lucha persistente de la Comunidad Nativa Tres Islas, liderada por su entonces presidenta, Juana Payaba Cachique, con base en una estrategia de litigio que comprende el fortalecimiento del sujeto colectivo de derechos, una estrategia jurídica fundada en el derecho constitucional e internacional, una estrategia educativo-comunicativa, una estrategia de alianzas y un plan de contingencia frente a posibles riesgos y amenazas. La gestión del caso estuvo basada en un acuerdo entre la Comunidad Nativa Tres Islas y el Instituto Internacional de Derecho y Sociedad (IIDS), que tuvo a su cargo la conducción de la defensa.

Este material se encuentra dividido en cuatro partes. La primera es un artículo sobre el litigio estratégico en derechos humanos. La segunda comprende el texto de la demanda inicial planteada, el alegato final de la defensa, el texto de la sentencia y la nota de prensa del TC. La tercera es un análisis preliminar de los

aportes de la sentencia del TC. Y, la cuarta comprende una reseña de cómo hemos litigado en el caso y la memoria de acciones legales.

Agradecemos a todas las personas, organizaciones e instituciones que han contribuido con el éxito del caso; y a la Cooperación Alemana - GIZ que hace posible esta publicación.

Lima, diciembre de 2012.

Raquel Zonia Yrigoyen Fajardo



PARTE I



*¿Qué es un litigio estratégico
en derechos humanos?*

¿QUÉ ES UN LITIGIO ESTRATÉGICO EN DERECHOS HUMANOS?¹

Introducción sobre el litigio estratégico en derechos humanos.

El acceso a la justicia, en particular para los pueblos indígenas y afrodescendientes, mujeres y sectores vulnerables de la población, constituye un gran reto. En las últimas décadas, los estados latinoamericanos han aumentado el número de instrumentos de derechos humanos ratificados, incluyendo derechos específicos de pueblos indígenas; y también ha aumentado la demanda social para que se garanticen de mejor manera tales derechos, tanto individuales como colectivos; pero lo que no ha tenido el mismo ritmo de crecimiento es la implementación institucional de los derechos. Esto es lo que el primer Relator Especial sobre la Situación de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de los indígenas llamaba la “brecha de implementación”².

En situaciones donde las violaciones de derechos humanos son de carácter sistemático y estructural, algunas organizaciones de derechos humanos han considerado llevar casos paradigmáticos ante los tribunales como una manera de hacer visible otros casos similares, escondidos tras la aparente normalidad de la sistemática violación de un derecho. En este sentido, en el litigio judicial aparece como una posibilidad instrumental para promover la efectiva aplicación de los derechos humanos, pensando tanto en los beneficiarios inmediatos como en el conjunto de la sociedad.

El litigio judicial, concebido desde una perspectiva estratégica, no sólo permite abogar por las víctimas directas de una situación concreta, sino también por otras que están en una situación afín. De ahí que el litigio estratégico basado en, y orientado al logro de los derechos humanos, busca cambios jurisprudenciales, legales, institucionales y culturales de más largo aliento, que impacten en un

¹ El presente texto es una versión resumida y actualizada del primer capítulo conceptual del *Diagnóstico sobre Litigio estratégico en Derechos Humanos en Guatemala* realizado por la autora para la Fundación Soros (Guatemala, 2007) y se nutre de la experiencia de la autora en defensa y promoción de derechos humanos en la región, así como en el estudio de la autora “*Pathways to justice in Cambodia*” (PNUD Camboya, 2005).

² *El Relator Especial sobre la Situación de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de los indígenas, Rodolfo Stavenhagen, señala en su Informe principal de 2006 sobre “Evaluación de la implementación de legislación reciente a nivel nacional relacionada con los derechos de los pueblos indígenas” (E/CN.4/2006/78) que, no obstante los avances normativos, existe una “brecha de implementación” entre la legislación y la realidad cotidiana esto es, la práctica administrativa, jurídica y política. Para acceder a los informes véase la página del Relator en: <http://www.ohchr.org/spanish/issues/indigenous/rapporteur/>.*

espectro mayor de la sociedad y el Estado. Si bien este esquema de razonamiento es claro, es mucho más difícil llevarlo a la práctica.

El objeto de este documento es aclarar algunos conceptos sobre el litigio estratégico en derechos humanos que permita tanto evaluar el trabajo en este campo como tener herramientas para litigar de modo estratégico en derechos de pueblos indígenas u otros derechos humanos colectivos.

Entendemos por derechos humanos el conjunto de derechos que provienen de distintas fuentes. Esto es, los derechos así reconocidos por el derecho internacional, como los principios generales del derecho, tratados, convenios, derecho consuetudinario, jurisprudencia, doctrina; así como los derechos inherentes de los pueblos. También incluimos los derechos fundamentales reconocidos por el derecho constitucional e interno.

Litigio estratégico

¿Qué le añade el calificativo de “estratégico” al litigio?. Una estrategia supone la elaboración de planes o programas, con base en una situación base o de partida, para lograr determinados fines, mediante la organización de determinados medios, que permitan modificar o incidir en la situación de partida.

El litigio estratégico en derechos humanos supone, en primer lugar, un análisis de la brecha entre la situación real de vulneración de derechos y la situación ideal de su cumplimiento. Esa situación de partida es contrastada con la situación de llegada, esto es, la aplicación efectiva, restitución o reparación de derechos vulnerados de las personas o colectivos directamente afectados, y la incidencia en el cambio de las situaciones estructurales o sistemáticas de vulneración de derechos. Tales constituyen los objetivos estratégicos. Para cerrar la brecha entre la situación de partida y la de llegada, se diseña una estrategia, en la cual el litigio judicial juega un papel central, aunque instrumental. El litigio judicial adquiere el calificativo de estratégico porque es parte de una visión global orientada al cumplimiento de los derechos humanos, tanto para el caso concreto, como respecto la situación contextual más amplia.

Planeamiento del litigio estratégico.

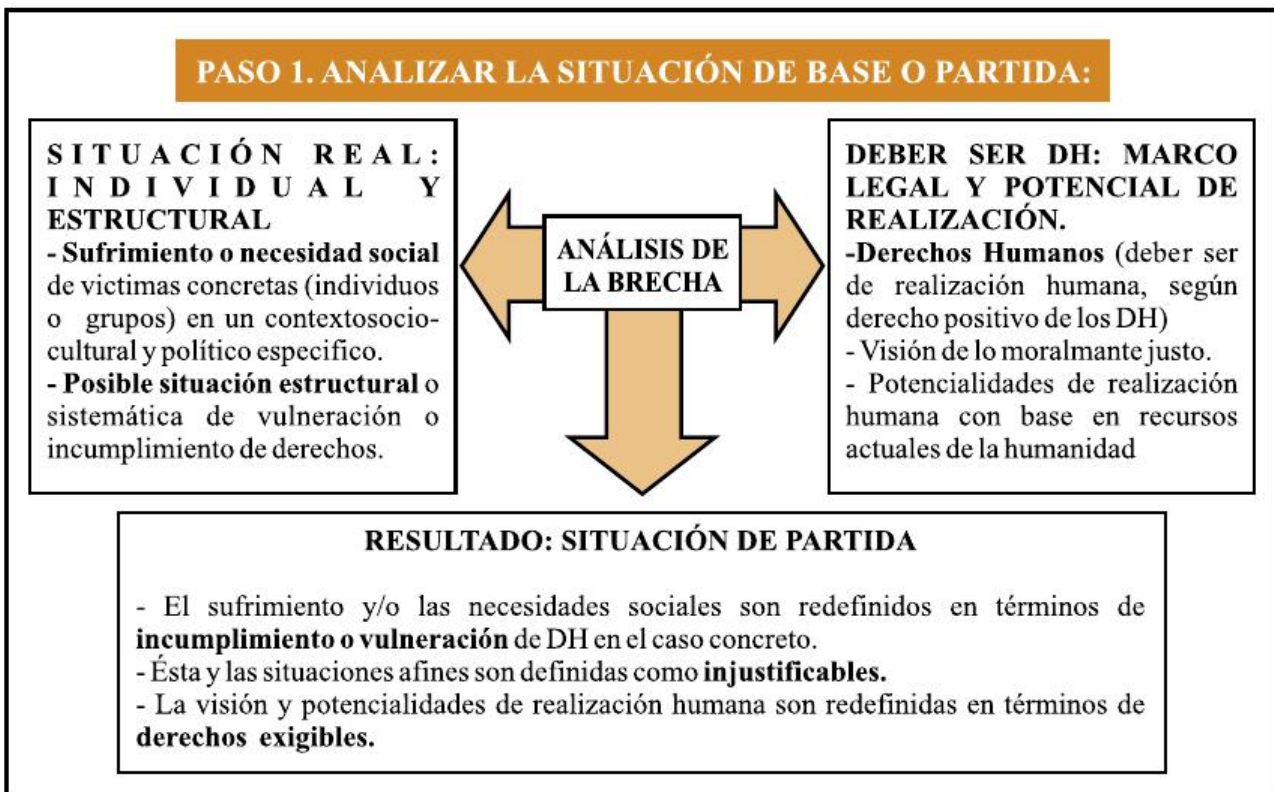
Primer paso. Análisis de la situación de partida: brecha entre realidad y “deber ser”.

La situación real (hecho vulneratorio o falta de cumplimiento de derechos). Comprende el análisis de eventos o situaciones problemáticas actuales de sufrimiento o necesidad social de individuos o colectivos, en su contexto socio-

cultural específico y tal como son percibidos por las víctimas. Tal percepción social de sufrimiento o necesidad es contrastada con las demandas, requerimientos y deseos de tales sujetos para su desarrollo o realización plena, y con las posibilidades de satisfacer dichas demandas o necesidades. Este análisis considera el caso concreto así como la posible situación estructural o sistemática que pueda afectar a grandes sectores de la población.

El deber ser (los derechos humanos). La situación real es leída a la luz de los derechos humanos reconocidos, las demandas de justicia y las potencialidades de realización humana (económicas, sociales, políticas, tecnológicas) que existen en el momento histórico del análisis. El contraste entre la situación real (sufrimiento, necesidad social) y el marco de derechos (derecho positivo, lo justo y la potencialidad de desarrollo humano) da una brecha que constituye la falta de cumplimiento o vulneración de derechos.

Cuadro 1 Paso 1. Análisis de la situación de partida: brecha entre ser y el “debe ser”



Segundo Paso. Definición de situación de llegada: objetivos inmediatos y mediatos

El litigio estratégico en derechos humanos supone una planificación. La planificación comprende un análisis de la situación inicial, en la cual se busca incidir, la definición de un punto de llegada; esto es, los objetivos estratégicos o la situación ideal de cumplimiento de derechos a la que se busca arribar, y la

organización de los medios para lograrlo. Aquí aparece el proceso litigioso como un medio instrumental para el logro de los objetivos propuestos, esto es, el cumplimiento de los derechos humanos. Para definir la idoneidad del litigio como el medio más conveniente para el logro de los objetivos propuestos (cumplimiento de derechos) puede utilizarse la metodología del FODA, esto es, el análisis de las fortalezas, oportunidades, debilidades y amenazas.

Los objetivos estratégicos pueden ser de dos tipos:

- a) Objetivos inmediatos o directos, respecto del caso y víctimas en particular, y
- b) Objetivos mediatos, respecto de la situación macro de derechos humanos en la que se busca incidir.

Objetivo inmediato o directo: caso concreto

Definida la situación de carencia o necesidad social en términos de vulneración de derechos, el objetivo de llegada directo es el cumplimiento de los derechos humanos violados en el caso concreto que permita a las personas afectadas pasar de ser víctimas a constituirse en sujetos de derechos. Ello supone la aplicación de los derechos específicos por determinadas instituciones identificadas, o la realización de acciones de restitución o reparación.

El contenido material del cumplimiento de los derechos es dar satisfacción a una necesidad social o dar fin a una situación de **sufrimiento** o **carencia social**. Es decir, terminar con el dolor o angustia que produce una violación de derechos o su falta de investigación y reparación; o que impide la realización humana posible. En términos positivos, se trata de hacer efectiva la **realización humana** de acuerdo a la visión de las personas concretas, su cultura y contexto, considerando los medios existentes para ello. En el corto plazo, el Estado está obligado a dar medidas inmediatas para la aplicación de derechos, la suspensión de medidas restrictivas o, en su caso, para compensar o reparar situaciones de vulneración ya efectuadas. En el largo plazo, la lucha por los derechos humanos apunta a políticas redistributivas más amplias para que la mayoría de la población pueda satisfacer sus necesidades sociales, pues los recursos sociales con los que cuenta la humanidad o un Estado concreto no siempre están directamente disponibles. Por ejemplo, un Estado puede dejar de percibir ingresos posibles porque no cobra impuestos directos o puede tener ingresos, pero los destina a gastos militares en vez de asegurar derechos sociales. De ahí que la obligación del Estado de responder a la satisfacción de necesidades sociales puede suponer la exigencia de políticas más adecuadas de redistribución de la riqueza tanto local como nacional o incluso internacional. Y con ello pasamos al tema macro.

Objetivo mediato o macro: incidencia en la situación estructural

Incidencia jurídico-institucional

El objetivo mediato del litigio en un caso paradigmático es la incidencia en la

situación estructural o macro en la que se inscribe dicho caso mediante cambios jurisprudenciales, institucionales o legales.

Cambio jurisprudencial y creación de doctrina progresiva. Un caso puede hacer que los tribunales cambien su interpretación tradicional de una norma sin necesidad de cambio normativo, dando paso a una doctrina progresiva con relación a la definición de un derecho o una norma. El cambio jurisprudencial es muy importante porque incide en la interpretación de otros casos afines. Esto es particularmente importante cuando el cambio legislativo sería muy difícil o imposible en el corto plazo, como la normativa internacional o cuando hay mucha resistencia interna para el cambio legislativo interno.

- Un ejemplo paradigmático de interpretación progresiva es el caso de *Awas Tigni* (2001). Se trata del caso de una comunidad sumo contra el Estado de Nicaragua por el desconocimiento de derechos territoriales debido a concesiones. El caso permitió que la Corte IDH interpretara el derecho a la propiedad, usualmente entendido como un derecho individual, como un derecho colectivo, y cuyas pruebas de propiedad no se basan en el derecho civil o privado, sino en el propio derecho consuetudinario del pueblo indígena correspondiente. Así se introdujo la protección de derechos colectivos indígenas en el derecho internacional vía una jurisprudencia progresiva³.
- Otro ejemplo importante de avance en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos es el caso *Saramaka vs. Suriname* (2007) en el que la Corte exige a los Estados que, además de consultar a los pueblos antes otorgar concesiones que los puedan afectar, obtengan el consentimiento de los mismos. Es decir, esta sentencia establece el derecho de los pueblos indígenas y tribales a dar o no dar su consentimiento en caso de megaproyectos de impacto significativo en sus condiciones de vida y subsistencia⁴.

El cambio jurisprudencial también es relevante cuando se ha producido un cambio legal pero hay resistencia de los operadores de justicia para aplicar la nueva legislación.

- Un ejemplo lo da el caso de las rondas campesinas del Perú. La Constitución de 1993 reconoce “funciones jurisdiccionales a las comunidades campesinas y nativas con el apoyo de las rondas campesinas dentro de su ámbito territorial”. La cultura jurídica monista de los operadores de justicia

³ Un análisis del largo proceso legal es resumido por Acosta, María Luisa en: “El Estado y el derecho a la tierra en regiones autónomas: El Caso Awas Tigni. Historia de las reclamaciones hasta la sentencia de la CIDH (2001). En www.alertanet.org (Foro 2, jurisprudencia).

⁴ Corte IDH. Sentencia del Caso Pueblo Saramaka vs. Suriname, 2007. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_172_esp.pdf

impedía la aplicación efectiva de dicho precepto, aunado a la poco clara redacción del texto constitucional en cuando a las rondas campesinas. No se sabía si podían ejercer funciones jurisdiccionales directamente, o sólo en tanto apoyo a comunidades. Ello había dado lugar a un largo debate que se tradujo, en la práctica, en el desconocimiento de funciones jurisdiccionales a las rondas campesinas. Así muchos dirigentes ronderos eran procesados por usurpación de funciones o secuestro cuando tales detenían y procesaban a personas que cometían hechos dañinos dentro de su jurisdicción. Recién en el 2004, el caso de Soritor, San Martín, permitió cambiar la jurisprudencia al respecto. La Corte Suprema esclareció que cuando las rondas campesinas detienen, juzgan y aplican sanciones a personas que han cometido delitos (en dicho caso se trató de robo, homicidio y violación sexual) dentro de su ámbito territorial, siguiendo su propio derecho y procedimientos (como aplicar cadena ronderil), no se trata de un secuestro sino de la aplicación de funciones jurisdiccionales⁵.

Cambio legal. El litigio estratégico también sirve para inducir cambios legales de modo directo o indirecto, cuando la normativa es contraria a los derechos humanos internacionalmente reconocidos. La falta de correspondencia entre normas internas e internacionales de derechos humanos puede deberse a la emisión de normas contrarias a los derechos humanos por regímenes violatorios de los derechos humanos. También puede deberse a la falta de adecuación normativa interna cuando se han producido cambios en los derechos humanos por la ratificación de nuevos tratados internacionales.

- Un ejemplo de normas abiertamente violatorias de los derechos humanos lo dan las leyes de amnistía a favor de policías y militares imputados de cometer violaciones de derechos humanos en el contexto de las acciones de represión del terrorismo en el Perú. Tales leyes no pudieron ser anuladas internamente; lo que se logró vía la jurisprudencia de una instancia internacional. Para la Corte IDH se trataba de una “práctica sistemática y generalizada de violación de los derechos humanos”⁶.

⁵ Véase un análisis de la interpretación tradicional o *monista* del art. 149 de la Constitución, y que por ende niega la potestad de administrar justicia a las rondas campesinas, en: Yrigoyen Fajardo, Raquel (2002): **“Peru: Pluralist Constitution, Monist Judiciary - A Post-Reform Assessment”** En: Sieder, Rachel ed. (2002): *Multiculturalism in Latin America: indigenous rights, diversity and democracy*. London: Palgrave Macmillan. Versión en español: “Constitución Pluralista, Judicatura Monista: Balance de la Constitución peruana de 1993.” (diponible en www.alertanet.org/ryf-london.htm), y un análisis del cambio jurisprudencial, por la misma autora, en: “Hacia una jurisprudencia pluralista”. Publicado en: **Revista Anuario de Derecho Penal 2006. Derecho Penal y Pluralidad Cultural**. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú y Universidad de Friburgo, Suiza, 2007. (pp.377-415).

⁶ Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en caso de *La Cantuta vs. Perú* del 29-11-2006. Véase el texto de la sentencia en la página web de la Corte: <http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm?idCaso=259>.

- Otros casos relevantes se han producido con relación al derecho a la igualdad entre mujeres y hombres, derecho garantizado a nivel constitucional y en la normativa internacional de los derechos humanos, pero vulnerado a nivel de la legislación interna secundaria. Así, la Corte IDH dio cuenta de que la regulación civil en Guatemala era discriminatoria de la mujer.

Cambio del comportamiento institucional. El uso de mecanismos legales de protección de derechos posibilita cambios en la actuación institucional no sólo cuando se produce una sentencia, sino, eventualmente, por el sólo hecho hacer que funcionarios o militares involucrados en la vulneración de un derecho sean citados ante una autoridad o juez.

- En un caso por discriminación por el uso del traje indígena presentado ante la Procuraduría de Derechos Humanos de Guatemala, el procurador encargado del tema indígena explicó a un funcionario de salud que el uso de trajes indígenas era un derecho constitucional y por ende no podía ser prohibido por un funcionario sin motivo suficiente. A raíz de la presentación del caso, el funcionario entendió que su comportamiento institucional vulneraba un derecho constitucional, que alegó desconocer, y ello generó un cambio en su actuación institucional, sin tener que llevar el caso a una acción judicial⁷.
- A raíz de las decisiones de la Corte Constitucional de Colombia, las instituciones judiciales, policiales, penitenciarias y funcionarios públicos se han visto obligados al cambio de prácticas institucionales que desconocían el derecho indígena. Una vasta jurisprudencia de la Corte establece, por ejemplo, que incluso los policías deben acatar las decisiones de la jurisdicción especial, al haberse reconocido funciones jurisdiccionales a las autoridades indígenas, pues las ellas actúan con la misma potestad que tienen los jueces ordinarios de la república⁸.

Incidencia socio-política

El litigio estratégico busca incidir en la situación socio-política que genera las violaciones a los derechos humanos, a fin de que se garantice la vigencia de los mismos a favor de toda la población que sufre el mismo problema.

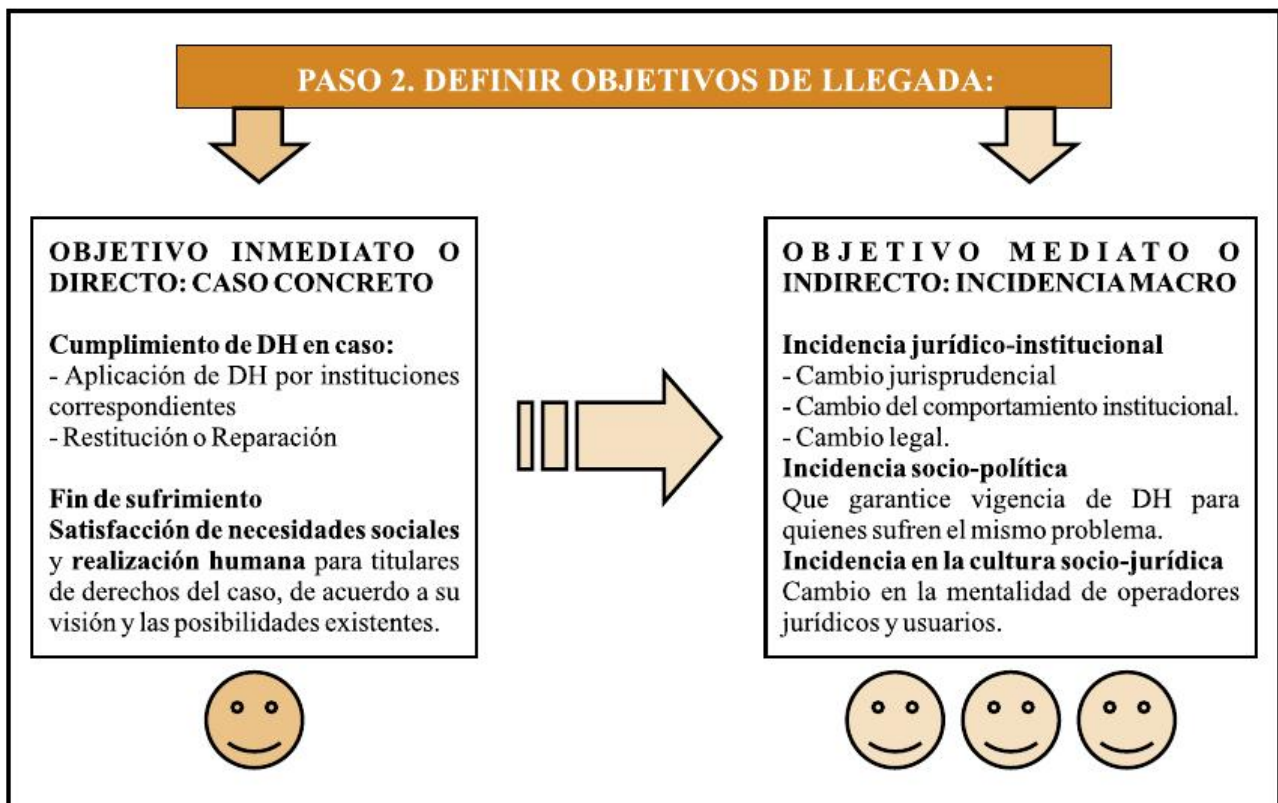
⁷ Se trataba de una escuela de enfermería en la cual el director había dispuesto que no se podían graduar de enfermeras las estudiantes que no dejaran su traje indígena para usar el traje blanco requerido. El procurador adjunto explicó al director que el derecho al uso del traje indígena tenía rango constitucional y que sólo podía requerir su abandono en el caso de que demostrase la necesidad de ello por condiciones de asepsia u otras imprescindibles que no pudiese cumplir el traje indígena. Información verbal por parte de Augusto Willemsen, ex procurador adjunto de la Procuraduría de los Derechos Humanos de Guatemala. (Entrevista en Guatemala, enero, 2007).

⁸ Véase: Sánchez, Esther Sánchez, Esther e Isabel C. Jaramillo (2000): *La Jurisdicción Especial Indígena*. Santa Fe de Bogotá: Procuraduría General de la Nación e Instituto de Estudios del Ministerio Público.

Incidencia en la cultura socio-jurídica

Otro objetivo del litigio estratégico es el cambio en la mentalidad o cultura jurídica tanto de operadores jurídicos como de usuarios del sistema. Por ejemplo, los casos por discriminación de género, racial o étnica, o por determinada orientación sexual, sirven para cuestionar prejuicios, valores y percepciones sociales asentadas vinculadas al machismo, racismo, homofobia, etc.

Cuadro 2 Paso 2. Definición de objetivos de llegada



Tercer paso. Organización de estrategias intermedias

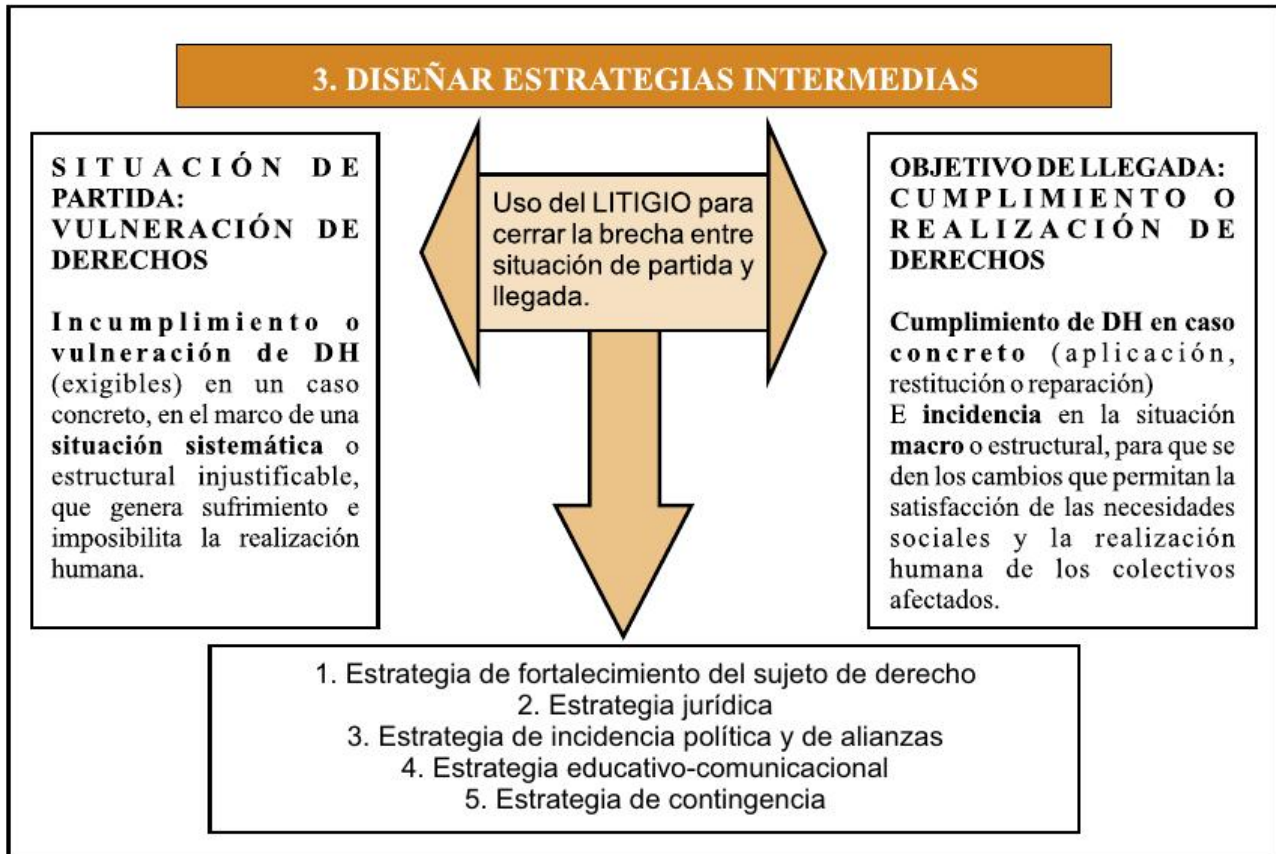
Una vez definida la necesidad y conveniencia de utilizar el litigio judicial para el cumplimiento de los derechos humanos en una situación concreta, y su importancia para la incidencia en la situación macro, se deben diseñar las estrategias intermedias que acompañan el litigio.

Entre otras, las estrategias específicas que debe planificarse pueden resumirse en las siguientes:

1. Estrategia social o de fortalecimiento del sujeto titular de derechos.
2. Estrategia jurídica.
3. Estrategia de incidencia política y de alianzas para que las instituciones cumplan su función.

4. Estrategia educativo-comunicacional para que la ciudadanía se informe de derechos.
5. Estrategia de contingencia: Prevención y protección frente a corrupción y amenazas.

Cuadro 3 Paso 3. Organización de estrategias intermedias



Campos de Planeación estratégica (estrategias intermedias)

El planeamiento estratégico comprende objetivos de corto, mediano y largo plazo, en los campos jurídico, político, social y educativo. El mismo tiene siempre presente su referente inmediato, esto es, los sujetos titulares de los derechos afectados así como su referente macro o global, esto es, las instituciones encargadas de la protección de derechos y la sociedad en su conjunto.

1. Estrategia de fortalecimiento del sujeto de derechos

- Pasar de víctimas a sujetos de derechos individuales / colectivos.
- Información permanente/ decisión por víctimas.
- Pertinencia cultural y lingüística, de género y de edad en la comunicación con las víctimas, y en la atención de sus demandas.

- Soporte psico-social, con pertinencia cultural.
- Soporte/ fortalecimiento organizativo.
- Articulación con otras organizaciones de apoyo (iglesias, partidos, organizaciones sociales, etc.).

El litigio estratégico en derechos humanos tiene como objetivo central convertir las víctimas de violaciones de derechos en sujetos de derechos, capaces de ejercer y demandar los mismos. Ello supone, entonces, no sólo el diseño de una estrategia meramente legal, sino también una de soporte social a las víctimas, a fin de que las mismas puedan conocer sus derechos y, por tanto, traducir sus sufrimientos en términos de violaciones de derechos, así como plantear sus necesidades sociales en término de demandas de derechos. Para ello es importante un acompañamiento adecuado a las víctimas, a fin de que puedan expresar dentro de su propio marco cultural sus percepciones de lo que les afecta y sus visiones de una situación de realización deseada. La información sobre los derechos humanos debe estar orientada hacia la capacitación de las víctimas para que ellas puedan, por sí mismas, traducir sus necesidades sociales en términos de responsabilidades sociales en lo que les toca, y de derechos exigibles en lo que toca al Estado. Esto es parte del proceso de construcción de una ciudadanía basada en los derechos humanos.

Un eje central del planeamiento del litigio es contar permanentemente con la decisión de las víctimas, pues ellas son las que deben ver realizados sus derechos, pero también las que pueden sufrir las consecuencias de amenazas u otros riesgos. Por ello es imprescindible que se organice el traslado permanente y sistemático de información sobre el proceso, lo más completa y pertinente posible, a fin de que sean las víctimas quienes tomen decisiones informadas sobre los pasos procesales que se vayan dando y así se vayan convirtiendo en titulares efectivos de sus derechos. Ante esto se puede argumentar que las víctimas no saben de derecho y el proceso es un asunto técnico-procesal. Es cierto que se trata de un asunto técnico-procesal, pero que presupone decisiones políticas y tiene consecuencias políticas. De ahí que las víctimas deben contar con información suficiente que les permita ir tomando las decisiones que más se ajusten a sus objetivos. Las organizaciones de derechos humanos no pueden sustituir a las víctimas.

- Un problema de la falta de cercanía a las víctimas y sus necesidades, por parte de las organizaciones de derechos humanos, es que el planteamiento de las demandas de reparación, por ejemplo, no es adecuado a las percepciones culturales de las víctimas.
- Otro problema es que, como los procesos en derechos humanos suelen ser muy largos, algunas organizaciones de derechos humanos pierden contacto con las víctimas en un momento dado. Ello luego genera problemas procesales y políticos. Por ejemplo, las víctimas cambian de dirección y ya

no las pueden notificar o ubicar para las acciones procesales siguientes, y se pierde el caso por falta de apersonamiento o declaración.

- Otra posibilidad es que las víctimas se pueden volver presa de amenazas, temor o desaliento y ya no quieren seguir el caso. Algunas víctimas cambian de idea por el contacto con grupos políticos o sectas religiosas que les convencen de que es riesgoso o inútil enfrentarse a poderosos, o que “la vida en la tierra es para resignarse y no cuestionar lo ocurrido, pues es voluntad divina”⁹.
- En algunos casos, los hechos evolucionan de tal modo que cambia la situación inicial que dio origen al litigio judicial y las organizaciones de derechos humanos no se enteran qué pasa porque pierden el contacto con las víctimas. Así por ejemplo, en un caso ambiental, la organización de derechos humanos seguía “un caso sin pueblo”, pues los miembros de la población afectada habían negociado con la empresa minera determinadas reparaciones, lo cual dejaba el caso judicial sin efecto.

El largo proceso de un litigio debe servir para que se produzca un proceso de autoafirmación, constitución y fortalecimiento de sujetos de derechos. De ahí la importancia de planificar adecuadamente el acompañamiento a la población afectada a fin de garantizar:

- El conocimiento por parte de las víctimas, de sus derechos, en sus idiomas y en el marco de su contexto cultural.
- La adecuada atención de las percepciones y necesidades sociales, culturales, políticas y espirituales de las víctimas, desde una perspectiva integral.
- El fortalecimiento de las organizaciones de víctimas, mediante reuniones periódicas de información y seguimiento, así como acciones de solidaridad, y acciones políticas que mantengan su caso en la agenda social.
- La articulación de las organizaciones de víctimas con otras organizaciones sociales de soporte social, psicológico, espiritual, cultural, político, así como también económico (parroquias, grupos juveniles, sociales, ONGs, agencias internacionales, etc.).
- La articulación de las organizaciones de víctimas con organizaciones que demandan cambios políticos o sociales más amplios, vinculados a los temas de fondo que han generado la situación de violación de derechos.

⁹ Cabe recordar que, como anotó la Comisión de Esclarecimiento Histórico de Guatemala en su Informe “Guatemala: Memoria del Silencio” (Guatemala, 1999), muchas sectas religiosas entraron al país como parte de la estrategia contrainsurgente durante los ochentas, para contrarrestar la teología de la liberación y la idea de que es responsabilidad humana luchar por la justicia social. Tales sectas pregonan que los seres humanos no deben cuestionar lo que ocurre en la tierra porque es “voluntad divina”, sino sólo preocuparse por ir al cielo. Una consecuencia de esa ideología es que las personas no deben embarcarse en procesos judiciales que cuestionan la autoridad o hechos ocurridos en el pasado, pues ocurrieron “por voluntad divina”. Y, además, los hechos a raíz de la contrainsurgencia –incluyendo las violaciones de derechos humanos consecuentes– estaban tratando de combatir al comunismo, que es enemigo de la fe.

2. Estrategia jurídica: construcción de una juridicidad progresiva y efectiva de derechos

- Construcción de las necesidades sociales como derechos
- Proceso que construye sujetos de derechos
- Identificación de derechos individuales y colectivos
- Uso del derecho constitucional e internacional
- Subordinación de mecanismos procesales ordinarios al derecho constitucional e internacional.
- Construcción de una juridicidad progresiva y pluralista

Como he anotado adelante, el objetivo estratégico en el plano jurídico es el cumplimiento de los derechos humanos tanto en el caso concreto como en la situación macro que lo genera. Dependiendo de cada caso, además, ello puede suponer la necesidad de incidir en cambios normativos, de las prácticas institucionales, y/o el cambio de la cultura jurídica.

En primer lugar, es necesario considerar tanto a los sujetos individuales como colectivos.

- Por ejemplo, en algunos casos como masacres, tradicionalmente sólo se ha apelado a la violación del derecho a la vida de los individuos (homicidio), pero no a la vida del grupo como tal (genocidio). De hecho, recién desde el 2006 algunas organizaciones de derechos en Guatemala están planteando judicialmente denuncias por genocidio.
- En casos como la detención de alcaldes indígenas por administrar justicia y ordenar sanciones (como el corte de agua a personas que no hacen trabajo comunal de limpieza de acequias), el/la abogado/a defensor/a tan sólo ha tratado de sacar librada a la autoridad del caso penal, pero no ha analizado que se trata de la vulneración del derecho colectivo al propio derecho, garantizado en el Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes (art. 8,2 y 9,1). En este segundo supuesto, la defensa podría haber pasado de una actitud pasiva o meramente defensiva, a una actitud activa, como la presentación de una acción de garantía constitucional por la violación de un derecho colectivo, como es el respeto del derecho consuetudinario.

En segundo lugar, se debe usar todos los medios legales existentes, dando particular relevancia al uso de argumentos basados en la Constitución e instrumentos internacionales de derechos humanos, pues a partir de dicho marco se puede cuestionar normas de inferior categoría o prácticas institucionales contrarias. Cabe subrayar que el litigio estratégico busca incidir en la jurisprudencia mediante la aplicación de normas de derechos humanos en prevalencia de normas del derecho ordinario, o generando una nueva

interpretación, progresiva, de los derechos humanos, que supere las interpretaciones restrictivas que se dan en el derecho doméstico.

En el plano procesal, es necesario utilizar todos los mecanismos procesales existentes, tanto jurisdiccionales como no jurisdiccionales (este es el caso del recurso a la Procuraduría de los Derechos Humanos, por ejemplo). Tanto los recursos ordinarios, como los constitucionales -garantías constitucionales- y los mecanismos de protección internacional para lograr la aplicación de los derechos humanos en el caso concreto como para incidir en otros casos afines. En el plano de los mecanismos internacionales cabe utilizar las acciones disponibles ante los distintos órganos existentes: los mecanismos contenciosos y no contenciosos, como las visitas in situ y las comunicaciones. De igual modo, cabe accionar los mecanismos ordinarios como las acciones precautelatorias, por su capacidad para una intervención inmediata y puntual. También cabe utilizar los mecanismos de control de la OIT para los derechos de pueblos indígenas contemplados en el Convenio 169. Estos mecanismos se dirigen a los órganos de supervisión del Convenio, pero también pueden plantearse comunicaciones e incluso pedido de opiniones técnicas.

En cuanto al uso de acciones en la vía internacional es necesario considerar aquellas que requieren el agotamiento de la vía interna y que exigen exclusividad, pues tienen como requisito de procedibilidad que el caso no esté ante otra instancia de arreglo internacional. Hay otras acciones, por ejemplo las que se presentan ante la OIT por el Convenio 169, que no tienen requisitos de agotamiento de la vía interna ni exigen exclusividad porque no tienen un carácter jurisdiccional propiamente. Entonces, aquí cabe la posibilidad de combinar acciones jurisdiccionales y no jurisdiccionales.

El planeamiento de la estrategia jurídica supone tener claridad de los diferentes mecanismos existentes y estar al día de las novedades jurisprudenciales en el campo de los derechos humanos. En los casos en los que los estados están sometidos a determinadas instancias internacionales, su jurisprudencia es vinculante. Por tanto, es imprescindible estar al día de los avances jurisprudenciales de las instancias internacionales.

De otro lado, también es muy importante tener una actitud crítica y creativa, pues el avance interpretativo en un campo se puede utilizar creativamente en otro de uso no tradicional, como los derechos de la mujer, de los indígenas o los derechos colectivos.

Igualmente, tiene un impacto importante el análisis comparado. Si bien los avances normativos o jurisprudenciales en países extranjeros no tienen fuerza vinculante en un país dado, si tienen fuerza argumentativa.

De todo lo anterior se desprende la necesidad de actualización permanente por parte de las/os profesionales en derecho, así como de intercambio de información y análisis comparado.

En el campo de los derechos, se da la paradoja de que quienes son imputados por la violación de derechos humanos, e incluso quienes han declarado públicamente no creer en sus mecanismos internacionales, son quienes más utilizan todos los mecanismos procesales para trabar los casos a fin de salir bien librados. De otro lado, en este campo, los operadores jurídicos muestran gran resistencia al cambio. De ahí la importancia de acompañar cada paso legal con acciones de difusión a toda la ciudadanía, para el respaldo social a determinada interpretación de los derechos, así como con acciones de capacitación a operadores jurídicos para que puedan conocer y utilizar la jurisprudencia internacional y comparada más progresiva.

La difusión de jurisprudencia, normativa progresista, doctrina progresiva y el fomento del debate jurídico debe acompañar la estrategia legal.

- Un ejemplo de buena práctica en este campo lo da la Fundación Myrna Mack. Cada vez que los abogados del caso detectaban problemas jurídicos y ofrecían soluciones de ruptura con la doctrina tradicional, la Fundación realizaba debates, capacitaciones y publicaciones sobre tales temas. Por ejemplo, sobre la necesidad de distinguir la competencia civil de la militar, el uso de la teoría del dominio del hecho para perseguir a altos mandos militares, etc.

3. Estrategia de incidencia política y de alianzas

- **Objetivos:** Lograr el respaldo de la estrategia jurídica del caso por la comunidad jurídica, actores políticos y actores internacionales.
- Lograr que las instituciones correspondientes cumplan con aplicar los derechos humanos.
- **Acciones:** alianzas políticas, cabildeo, pedidos de intervención.
- Asistencia técnica y formación para una intervención eficaz.
- Fomento de la coordinación interinstitucional.

La estrategia política se dirige a los actores institucionales y políticos con un doble objetivo. En primer lugar, para que los actores institucionales cumplan con su responsabilidad de aplicar los derechos humanos. De otro, para que los diferentes actores políticos e institucionales respalden al caso, ya sea para lograr respuestas eficaces y concretas para el caso puntual, como para incidir en el cambio de la situación estructural.

Esta estrategia tiene como medio el establecimiento de alianzas institucionales y políticas; así como la asistencia técnica y la capacitación. Es importante planificar el logro de estas alianzas en torno a temas directa o indirectamente vinculados al caso.

- Por ejemplo, es una buena práctica, identificada por algunas organizaciones ambientalistas y de derechos humanos, el hacer alianza con la fiscalía para que ésta se encargue de la investigación y denuncia del caso, dado que la investigación y documentación de una violación de la ley es una tarea es muy costosa, riesgosa y delicada.
- Otra buena práctica es lograr que la Defensoría del Pueblo o Procuraduría de los Derechos Humanos se pronuncie y actúe. Si bien su actuación y los informes defensoriales no tienen un carácter jurisdiccional, pueden ser utilizados por los actores correspondientes (fiscales, jueces, etc.) para lograr una decisión jurisdiccional.
- En el plano interno e internacional se ha probado como una buena práctica la utilización de “*amici curie*” o amigos de la corte. Esto es, que juristas conocidos por haber desarrollado planteamientos doctrinarios progresistas se dirijan a los tribunales para pronunciarse sobre cuestiones de fondo que permitan a tales tribunales tener mejores argumentos a favor de una interpretación progresiva de los derechos humanos.
- También es importante hacer alianzas con instituciones de formación de funcionarios, jueces, fiscales, para que incluyan en los procesos formativos temas relevantes que son cruciales para los casos.
- Es igualmente importante hacer alianzas con instancias internacionales, tanto jurisdiccionales como no jurisdiccionales, para la difusión de temas relevantes al caso, así como para asegurar su intervención en forma de visitas in situ y buenos oficios.

Es obvio que las alianzas políticas pueden entrañar problemas y riesgos políticos diversos. Un problema del trabajo con actores institucionales es la precariedad de las instituciones que se expresa en escasa formación profesional y una alta rotación de funcionarios que tienen algún poder de decisión, lo que hace que el trabajo formativo, por ejemplo, tenga límites pues siempre hay que estar formando nuevos funcionarios. Otro riesgo es que los actores políticos quieran cobrar su apoyo con favores políticos, como el respaldo a sus agendas o la publicidad de su soporte, que puede comprometer el caso. Estos son riesgos que hay que tener en cuenta para manejarlos con cuidado.

4. Estrategia educativa y comunicacional: construcción de una cultura de derechos

- Uso de medios de comunicación: radio, prensa, TV, internet, etc.
- Acciones puntuales, y como parte de un plan estratégico y sostenido
- Acciones de difusión y educación: con pertinencia cultural, lingüística, de género y edad
- Capacitación, sensibilización
- Formación sostenida.

La estrategia educativa se dirige a grupos específicos de la sociedad civil en los cuales se busca desarrollar capacidades determinadas, por ejemplo, el uso de los mecanismos de protección de derechos. Dado que se busca resultados concretos, supone una interacción. Una estrategia comunicativa o comunicacional, por el contrario, es unidireccional. Tiene como objetivo dirigir ciertos mensajes a determinados públicos, pero no supone una interacción. En ambos casos, se busca tanto la difusión del caso particular como de los temas de fondo que están en juego, de tal modo que el litigio del caso sirva para el cambio de la cultura jurídica sobre los derechos. Algunas organizaciones realizan acciones comunicativas y educativas pero no como parte de una estrategia planificada. Es importante planificar tanto la difusión como la capacitación.

La estrategia comunicativa debería acompañar todo el litigio. Así, cada actuación y etapa procesal debería ser objeto de una acción comunicativa planificada, orientada a mantener el caso vigente en la opinión pública, informar a las víctimas de casos afines, a los diversos actores institucionales, e incidir tanto en el cambio de la cultura jurídica como en las decisiones que los actores institucionales puedan tomar en el caso concreto, gracias a una presión social favorable hacia los derechos humanos. Es decir, la estrategia comunicativa debe convertirse en un mecanismo tanto de soporte de las víctimas como de control social de los actores institucionales, para que sepan que su actuación no está libre del escrutinio público.

- Las madres de Plaza de Mayo (Argentina) siempre han utilizado la prensa para difundir su problemática y convertirse en un símbolo internacional.
- A pesar de los doce años que ha durado el caso Myrna Mack (Guatemala) siempre ha estado en titulares. Ello lo ha mantenido vigente.
- Los casos de discriminación racial contra María Tuyuc e Irma Alicia (Guatemala) han tenido cobertura pública, lo que ha permitido poner en la agenda pública el tema.

Es importante que las acciones comunicativas combinen información puntual sobre el caso como sobre el tema de fondo.

- En cuanto al caso, debería difundirse información tanto de carácter formal o impersonal (como la etapa procesal), como de carácter personal (sobre las percepciones de las víctimas, su perspectiva), para generar solidaridad e identificación con el caso.
- En cuanto al tema de fondo sería importante poner en el debate público la cuestión de derechos humanos que se dilucida en el caso considerando el análisis legal (lo que dicen algunos juristas, el derecho comparado o las cortes internacionales) y un análisis político. Esto es, la importancia política del éxito del caso y el cumplimiento del derecho de fondo para la gobernabilidad y la paz social (entrevistas a políticos y encuestas de opinión de la ciudadanía en general).

Resulta útil el uso de medios de comunicación externos para que las noticias vuelvan a llegar “por rebote” de medios extranjeros a las agencias nacionales que puedan ser reticentes para difundir el caso en primera instancia.

En cuanto a las estrategias educativas, puede ser útil hacer alianzas con diferentes instituciones formativas para poder llegar a distintos públicos:

- Las víctimas directas del caso, y otras de la misma situación problemática. La comunidad o pueblo de las víctimas y posibles grupos de soporte.
- Operadores de justicia: abogados, jueces, fiscales, etc.
- Estudiantes de derecho y otros profesionales.
- Público interesado.

Sobre todo en el caso de grupos indígenas, mujeres analfabetas, jóvenes, u otros públicos especializados, se requiere trabajar con mecanismos educativos idóneos y pertinentes en términos lingüísticos, culturales, de género, edad, etc. a fin de que las personas y grupos destinatarios de las actividades formativas desarrollen las capacidades necesarias para el ejercicio o cumplimiento de derechos.

Es importante considerar acciones formativas en el servicio para operadores de justicia, pero también acciones formativas de largo plazo para que los nuevos profesionales manejen mejor el marco de derechos humanos.

5. Estrategia de Seguridad: construcción de protecciones frente a la corrupción y amenazas

- Prevención y protección frente a:
 - Problemas de corrupción.
 - Amenazas o intimidación.
 - Estrategia de prevención/protección y planes de contingencia.
 - ¿Han denunciado dichos casos? ¿Ante qué instancias? ¿Qué resultados han tenido?

Hay que tener en cuenta que los casos de derechos humanos tocan poderes materiales que están detrás de las situaciones de vulneración o incumplimiento de derechos. Por ello, cuando se pone ante la justicia un caso de éstos se genera una alta probabilidad de desatar mecanismos ilegales de presión política o económica; amenazas y posible riesgo tanto para las víctimas o sus familiares, como para los operadores de justicia. De ahí que la planificación debe incluir también el diseño de una estrategia de seguridad y planes de contingencia frente a posibles situaciones de riesgo contra la seguridad, o posibles acciones de corrupción económica o política.

Seguridad

La prevención de la seguridad incluye, en primer lugar, el manejo adecuado de información y la retroalimentación permanente entre defensores de derechos humanos y víctimas. Aparte de medidas para prevenir problemas de seguridad, también debe contemplarse planes de contingencia. No esperar que se produzcan las amenazas para hacer planes de contingencia. Siempre que el caso toca una forma de poder material puede haber una reacción, por lo que hay que proteger a las víctimas y a los operadores de justicia.

- Las amenazas se suelen presentar en caso de mujeres víctimas de violencia doméstica. Generalmente, a un hecho violento le sigue otro. Los hombres que utilizan violencia en la vida cotidiana, probablemente la utilizarán como reacción inmediata, para amedrentar a las mujeres que se han “atrevido” a denunciarlos. No hay que esperar que las mujeres sean golpeadas para pensar en refugios o lugares seguros para las mujeres y sus hijos cuando presentan denuncias contra sus parejas por hechos de violencia.
- Igualmente, en casos contra poderes fácticos como militares, mafias, poderes económicos corruptos o estructuras paramilitares, es altamente probable que tales poderes reaccionen utilizando los mismos mecanismos violentos o ilegales que usan como parte de su funcionamiento ordinario, para librarse de los procesos legales. Es probable que orienten sus acciones tanto hacia los denunciantes como hacia los operadores jurídicos.

Cuando se trata de casos que por su naturaleza hay una posibilidad de que se produzcan riesgos contra la seguridad, las víctimas y testigos deben reflexionar sobre dicho riesgo antes de decidirse a iniciar las acciones legales. Y debe hacerse la estrategia de seguridad y planes de contingencia como parte del planeamiento estratégico integral.

La estrategia de seguridad y los planes de contingencia deben incluir mecanismos de prevención, protección, defensa y eventual retiro o asilo de víctimas, testigos y operadores de justicia.

Entre las acciones que se pueden organizar cabe anotar:

- Organización de cadenas de comunicación.
- Organización de redes de solidaridad interna para refugio o acciones de protección inmediata.
- Si el caso lo amerita, no hay que esperar a que se produzcan las amenazas para sondear ante embajadas el apoyo para facilitar la salida temporal o definitiva de personas amenazadas o en riesgo.
- Uso de medios de comunicación cuando ello puede contribuir a mitigar las amenazas por la identificación de autores.
- Uso de lecciones aprendidas de casos que han ocurrido efectivamente.

Corrupción

La corrupción puede ser política o económica. Los poderes fácticos o materiales que se ven amenazados ante una denuncia por violación de derechos humanos o la exigencia para que se cumplan ciertos derechos pueden emplear mecanismos de presión política o económica para neutralizar acciones legales o revertirlas.

La corrupción se puede dirigir a cualquier actor:

- Los operadores de justicia, para que se pronuncien en un sentido determinado, cuando hay de por medio grandes intereses económicos o políticos.
- La corrupción también puede estar dirigida a fracturar a los grupos de víctimas u organizaciones que reclaman derechos.
- Igualmente, puede orientarse hacia los abogados defensores.
- Los medios de comunicación también pueden ser presionados para distorsionar la información del caso. Por ejemplo, algunos medios que dependen de la publicidad de ciertas empresas o el Estado, son renuentes a informar en contra de sus anunciantes para no perder su medio de subsistencia.

Como en el caso de posibles riesgos contra la seguridad, es importante desarrollar estrategias de prevención, protección y denuncia, así como planes de contingencia cuando se han producido posibles hechos de corrupción.

Hay algunas acciones que deber contemplarse, como las que siguen:

- El diálogo abierto con las víctimas, el ejercicio de información sistemática, el fortalecimiento de la organización de víctimas.
- La transparencia relativa a cuestiones económicas (fondos, apoyos, etc.).
- La transparencia política, la información y la toma de decisiones participativas relativas al establecimiento de alianzas y relaciones con actores políticos e institucionales.
- El escrutinio público permanente de las acciones de actores institucionales.

PARTE II

El caso de la comunidad nativa Tres Islas

1. <i>La demanda</i>	33
2. <i>El alegato final de la defensa</i>	55
3. <i>La sentencia</i>	69
4. <i>Nota del Tribunal Constitucional</i>	99
<i>sobre la sentencia</i>	

**"Año de la Consolidación Económica y Social del Perú"
"Madre de Dios Capital de la Biodiversidad del Perú"**

Casilla: 240

Exp.:

Cuaderno Principal

Escrito: 01

Sumilla: **Habeas corpus**

**SEÑOR JUEZ DEL JUZGADO DE INVESTIGACIÓN PREPARATORIA
DE TAMBOPATA**

JUANAGRISELDA PAYABA CACHIQUE con DNI 04823467, Presidenta de la Comunidad Nativa Tres Islas, compuesta por los pueblos indígenas Shipibo y Ese'Eja, con domicilio en real en la Comunidad Nativa Tres Islas, distrito y provincia de Tambopata, departamento de Madre de Dios- y -con domicilio procesal en Jr. Tacna N° 452. Puerto Maldonado, donde se deberá hacer llegar todas las notificaciones concernientes a la presente, a Usted atentamente digo:

I. PETITORIO

Que, con base en el art. 1 (derecho a la tutela jurisdiccional) y el art. 25 del Código Procesal Constitucional (Habeas Corpus), y con base en los artículos 8, 9 y 12 del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, ratificado por el Perú en 1994, y el artículo 34 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los Pueblos Indígenas, los artículos 2 inc.19, 88, 89, 149 y 200, inc. 1, de la Constitución Política del Perú, interpongo **ACCIÓN DE HABEAS CORPUS** a favor de **JUANA GRISELDA PAYABA CACHIQUE**, Presidenta de la Comunidad Nativa de Tres Islas, y a favor de los miembros de los pueblos indígenas Shipibo y Ese'Eja, contra la División de Seguridad del Estado de Tambopata, la Segunda Fiscalía Provincial Corporativa – Sede Tambopata y el Poder Judicial, por la amenaza al derecho constitucional a la libertad individual, en violación del derecho a ejercer funciones jurisdiccionales como autoridad de la Comunidad Nativa Tres Islas.

Estoy siendo arbitrariamente investigada y perseguida penalmente con grave riesgo para mi libertad por la División de Seguridad del Estado RP-MDD de

la Policía Nacional del Perú, el Fiscal de la Segunda Fiscalía Provincial Penal Corporativa –Sede Tambopata, el Primer Juzgado Penal de Investigación Preparatoria de Madre de Dios y la Sala Superior Mixta y Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Madre de Dios, por hechos que no configuran delito. Esto es, por la decisión jurisdiccional tomada por la Comunidad Nativa Tres Islas de la cual soy Presidenta (Art. 149 de la Constitución Política del Perú). Esta decisión fue tomada para controlar la intrusión no autorizada de terceros que están vulnerando la integridad territorial, física y biológica de los pueblos indígenas Shipibo, Ese'Eja (Art. 18 del Convenio 169 de la OIT). Por ello, es que solicito declare fundado el Habeas Corpus a mi favor y a favor de todos los miembros de los pueblos Shipibo y Ese'Eja.

II. FUNDAMENTOS DE HECHO

1. Antecedentes. Violación del derecho a la integridad del pueblo indígena, tala ilegal y minería informal

- 1.1. La Comunidad Nativa de Tres Islas, de la cual soy presidenta, está conformada por los pueblos indígenas Shipibo y Ese'Eja, de las familias lingüísticas Pano y Tacana, y está asentada en la sub-cuenca del Río Madre de Dios en el Distrito de Tambopata, Provincia de Tambopata, Sub-región de Madre de Dios, Región Inka. (Mapa de ubicación de la Comunidad Tres Islas: ANEXO 1).
- 1.2. Mi comunidad tiene reconocimiento oficial inscrito en el Registro Nacional Desconcentrado de Comunidades Nativas a cargo de la Dirección Sub-regional Agricultura- Madre de Dios. Así mismo tiene título de propiedad No 538 otorgado por el Ministerio de Agricultura de fecha 24 de junio de 1994 (ANEXO 2).
- 1.3. El territorio de mi comunidad está ubicado en una zona de bosques tropicales húmedos, que es el hábitat natural de mi comunidad. Mi comunidad basa su subsistencia y alimentación en las plantas, frutos y animales, como la sachavaca que hay en el bosque, así como en los peces que hay en el Río Madre de Dios que bordea y atraviesa mi comunidad. Además, mi comunidad tiene como una de sus actividades de subsistencia la silvicultura y la extracción racional y sostenible de madera (RUC 202880672, ANEXO 3).
- 1.4. Desde hace unos años, mi comunidad viene sufriendo la tala ilegal de madera por parte de personas extrañas a la comunidad que están deforestando el bosque. Ello se prueba por las numerosas incautaciones de madera de dichos taladores ilegales por parte del Programa Regional de

Manejo de Recursos Forestales. Como ejemplo adjunto fotos de madera incautada (ANEXO 4) y el Acta ordinaria de la comunidad de fecha 11 de agosto del 2010, mediante la cual solicitamos al Programa mencionado disponer de la madera incautada para fines comunales (ANEXO 5).

- 1.5. Igualmente, desde hace unos años mi comunidad es víctima del deterioro del medio ambiente, la muerte de aguajales, plantas, peces, aves y animales del monte debido a la actividad de minería que vienen desarrollando personas no autorizadas por la comunidad, cada vez en mayor número. Se trata de actividad de minería artesanal, sin control medioambiental y sin fiscalización alguna.
- 1.6. Tengo entendido que algunos mineros contarían con denuncias y/o autorizaciones por parte del Ministerio de Energía y Minas, pero en caso de haberse dado dichas esas autorizaciones, tales serían inconstitucionales por no haber contado con la *consulta previa* a mi comunidad para la realización de dichas actividades, ni tampoco respecto de los beneficios e indemnizaciones vinculadas a tales actividades. Tampoco se han realizado estudios de impacto ambiental e incidencia social, espiritual y cultural por el Estado con nuestra cooperación. Y el Ministerio nunca nos ha consultado por nuestras prioridades de desarrollo, ni cómo tales actividades podrían mejorar nuestras condiciones de vida y de trabajo, y del nivel de salud y educación. Por el contrario, dichas actividades han generado un deterioro general de nuestras condiciones de vida, salud, trabajo, etc.
- 1.7. Los mineros y los madereros ilegales invaden el territorio de mi comunidad, deforestan los bosques, contaminan el río, y depredan el hábitat de mi pueblo, destruyendo el medio de subsistencia de mi comunidad y alterando nuestra forma de vida. Tales extraños, además de la actividad ilegal de la minería, desarrollan otras actividades que perturban la vida y tranquilidad de la comunidad y el libre desarrollo de sus miembros -en particular las niñas y niños-, como fiestas y reuniones donde expenden bebidas alcohólicas, provocando riñas y escándalos, además de introducir la prostitución y violencia. A los mineros sólo les importa las ganancias que puedan obtener en el presente, mientras que a nuestro pueblo nos preocupa el futuro de nuestros niños.

2. Decisión jurisdiccional de la Comunidad Nativa Tres Islas- pueblos indígenas Shipibo y Ese'Eja

- 2.1. Las violaciones a la integridad del territorio y medio ambiente, así como a la integridad, vida, salud y libre desarrollo de la vida de mi comunidad y sus miembros, cometida por los mineros informales y taladores ilegales ha sido tratada en numerosas ocasiones por la comunidad, a fin de buscar diferentes soluciones a los problemas generados por su presencia no autorizada en mi

comunidad. Mi comunidad identificó que la presencia e incremento de dichos mineros informales, taladores ilegales y de las personas dedicadas a la prostitución se debía al ingreso no autorizado de dos empresas de transporte en territorio de mi comunidad, las que posibilitan la entrada de tales personas.

- 2.2. Las dos **empresas de transporte** que ingresan a mi comunidad, “Los Mineros SAC” y “Los Pioneros SCRL” están conformadas por aproximadamente 20 propietarios de vehículos (station wagon) cada una. La empresa “Los Pioneros” contaría con la Resolución de Gerencia de la Municipalidad Provincial de Tambopata No 005-2010-A-MPT-GSC del 12 de abril del 2010 (ANEXO 6). La empresa “Los Mineros” contaría con una “Renovación de resolución de autorización de ruta”- Resolución de Gerencia de la Municipalidad Provincial de Tambopata No 013-2010-MPT-GSC de fecha de 9 agosto de 2010 (ANEXO 7). En ninguno de estos casos mi comunidad fue consultada debidamente por la **Municipalidad**, ni manifestó su acuerdo o consentimiento respecto de las decisiones administrativas tomadas por la Municipalidad para autorizar el ingreso de dichas empresas al territorio de mi comunidad.
- 2.3. Mi comunidad ha intentado en varias oportunidades comunicación directa con los transportistas, sin éxito. Inclusive, la Comunidad citó a tales empresas e invitó al regidor encargado de la Municipalidad, Eduardo Cavero Divivay, a una reunión el día 8 de agosto 2010. La comunidad hizo expreso su malestar y desacuerdo con las condiciones en las que las empresas desarrollan sus actividades ante el Regidor, pero las empresas no se presentaron a la cita, como consta en el acta de sesión ordinaria del Concejo Municipal de Tambopata No 015-2010-CMPT-SO del 19 de agosto del 2010. (ANEXO 8).
- 2.4. Mi comunidad ha hecho conocimiento de estos hechos a las diversas autoridades públicas durante varios años, para contar con su apoyo, coordinación y protección, sin éxito alguno. Mi comunidad ha recurrido al **Gobernador** para informarle de nuestros problemas y solicitarle su intervención. Con fecha 12 de julio le solicité por escrito su “actuación inmediata para impedir el tránsito de terceros dentro de la comunidad” debido al “ingreso diario de terceros que realizan actividades de deforestación (minería). A pesar de haberseles solicitado que no ingresen por nuestro territorio, éstos no han cumplido y siguen utilizando nuestro territorio como tránsito para trasladar maquinarias y personal hasta el sector Teniente Acevedo para la ejecución de dichas actividades.” (ANEXO 9). El Gobernador no atendió mi solicitud de impedir el ingreso de personas no autorizadas a mi comunidad. Es más, en reunión con la comunidad, nos informó que el Gobierno Regional había aprobado el presupuesto para que la trocha carrozable se convierta en carretera y nos instó a aceptarlo a fin de que

- nos “integremos”. A ello, nuestra comunidad respondió que no había sido consultada y no aceptaba tal proyecto inconulto.
- 2.5. Con fecha 12 de agosto 2010, en mi condición de presidenta comunal, envié el Oficio No 008-J-D-C-N-T-I-2010 al **Director Regional de PROVIAS MDD- Tambopata** para informarle la decisión comunal de “Rechazo al proyecto de carretera km. 24 San Bernardo, Diamante y San Jacinto”. Como fundamento de la misma explicamos que “este proyecto no cuenta con el estudio técnico y menos aún con la consulta Queremos indicarle que nuestra comunidad rechaza dicha propuesta o proyecto de mejoramiento de la mencionada trocha carrozable porque estaría intentando que terceras personas ingresaran a nuestro territorio y es más este proyecto están solicitando para que con facilidad realicen actividades ilegales, de las cuales ustedes deben tomar acciones inmediatas, ya que existe actividad minera informal, talado de madera, matanza de los aguajales, serrado y contaminando las quebradas que existe en esa zona.” (ANEXO 10).
 - 2.6. Mi comunidad solicitó el apoyo de la **Fiscalía Especializada en materia ambiental** para que, como ente especializado, coopere con nuestra comunidad en la investigación de la contaminación provocada por la minería informal y la tala ilegal, sin obtener respuesta positiva. Incluso, mi comunidad tuvo que recurrir a la **Defensoría del Pueblo** para requerir que la Fiscalía actúe según sus funciones, como consta en el Oficio 536-2010-DP/MDD.04 del 30 de setiembre de 2010 (ANEXO 11).
 - 2.7. Dado el incremento de las actividades destructivas realizadas por terceros en el territorio de mi comunidad, la misma se reúne en asamblea extraordinaria y, **en ejercicio de las funciones jurisdiccionales que la Constitución le reconoce**, debatió y tomó la decisión de controlar la entrada a “la trocha carrozable que ingresa por el km. 24 de la carretera Maldonado Cusco y pasa por el territorio de la comunidad causando acarreo de terceras personas y que están depredando nuestros bosques como talado ilegal, mineros informales, contaminación, la prostitución, sin [afectar el] permiso del derecho de servidumbre de paso a los hermanos comuneros de San Jacinto quienes comparten con nosotros la preocupación del uso de la carretera que nos sirve para ambas comunidades en la zona. Después de un amplio debate se acuerda por unanimidad construir una casa de 5 mts. de ancho por 10 mts. de largo para controlar el ingreso de terceras personas al territorio comunal”, según consta en el acta de fecha 1ro del mes de agosto de 2010. (ANEXO 12).
 - 2.8. El objetivo de construir dicha caseta era controlar el ingreso de terceros que estaban dañando la integridad de mi comunidad, más no impedir el libre tránsito de personas que tienen legítimo interés de pasar a través de mi comunidad, como es el caso de los miembros de la comunidad indígena vecina llamada “San Jacinto”. Como prueba de ello, mi comunidad tiene

formalizado un “contrato de servidumbre de paso” con dicha comunidad, lo que fue autorizado por asamblea general de la comunidad con fecha 12 de setiembre de 2010. (ANEXO 13).

- 2.9. En ejecución de esta decisión jurisdiccional de la comunidad nativa, toda la comunidad, incluida la Junta Directiva y mi persona como presidenta de la Comunidad, construimos el cerco y la caseta de control.

3. Desconocimiento de la decisión jurisdiccional indígena por parte de la Fiscalía

- 3.1. Los dueños de las empresas “Los Mineros” y “Los Pioneros”, al ver la construcción de la caseta que controlaría el paso de extraños, sorprendieron a la Fiscalía de Prevención del Delito denunciando a mi comunidad por delito de obstrucción de libre tránsito, en desconocimiento de la autoridad constitucional que mi comunidad tiene para ejercer funciones jurisdiccionales y tomar decisiones como cualquier juez.
- 3.2. La Fiscalía de Prevención del Delito, conformada por Octavio Ramos Pacompia, Fiscal Provincial Titular, y Rony León Warthon, Fiscal adjunto, se hizo presente en mi comunidad el 4 de agosto de 2010 conjuntamente con el policía Becerra, entre otros efectivos. Tales fiscales fueron informados por mi persona y la Junta Directiva de la Comunidad sobre la decisión tomada por mi comunidad de modo autónomo para proteger nuestro territorio así como la vida e integridad de nuestro pueblo, y la salud y futuro de nuestros niños, a fin de que evalúe que no se trataba de una decisión arbitraria. Ello consta en el Acta de fecha 4 de agosto de 2010 tomada por la propia Fiscalía: “La presidenta y la Junta directiva señalan que los mineros están depredando todo y que los transportistas vienen trayendo gente que está invadiendo su territorio, además esta no es carretera y que respeten su ruta”. En desconocimiento de la atribución constitucional que tengo como autoridad de comunidad nativa para ejercer funciones jurisdiccionales, los fiscales me pidieron que dejemos sin efecto la decisión tomada por mi comunidad. Y, sin respetar que la decisión comunal era, por mandato constitucional, una decisión de carácter jurisdiccional, los fiscales la consideraron una mera obstrucción del libre tránsito, como consta en la mencionada Acta fiscal. (ANEXO 14).

4. Desconocimiento de la decisión jurisdiccional indígena por el Poder Judicial

- 4.1. Miembros de las empresas “Los Mineros” y “Los Pioneros”, en desacato de la decisión jurisdiccional de mi comunidad nativa para controlar el paso de terceros, presentaron un *habeas corpus* ante el Primer Juzgado Penal de Investigación Preparatoria de Tambopata por presunta afectación arbitraria de la libertad individual y del libre tránsito, el 9 de agosto de 2010. (ANEXO 15).

El mismo día, el Primer Juzgado de Investigación Preparatoria admitió a trámite dicho *habeas corpus* y programó una constatación en la carretera para el día siguiente (ANEXO 16).

- 4.2. A los tres días de presentado, el 12 de agosto de 2010, el Primer Juzgado de Investigación Preparatoria resolvió el *habeas corpus* a favor de los demandantes, considerando que la construcción del cerco y la caseta construidos por mi comunidad obstruía el derecho al libre tránsito que “todo peruano tiene”. (ANEXO 17). El Juzgado no tuvo en cuenta mi calidad de autoridad jurisdiccional, que la decisión de mi comunidad de restringir el libre tránsito era una decisión de una autoridad jurisdiccional, y que dicha decisión no era arbitraria, sino que estaba fundada en la protección de un bien superior, esto es, el derecho a la integridad colectiva de un pueblo indígena.
- 4.3. Mi comunidad apeló con fecha 16 de agosto del 2010 y explicó a la Judicatura los fundamentos por los cuales la misma tomó la decisión colectiva de controlar el ingreso de madereros ilegales y mineros informales, con base en la Constitución y el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes (Convenio 169 OIT). Dicho control era fundado, racional y proporcional, y no afectaba a quienes tienen legítimo interés de paso. (ANEXO 18).
- 4.4. Con fecha 25 de agosto del 2010, la Sala Superior Mixta y de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Madre de Dios emitió sentencia confirmando en todos sus extremos la sentencia de primera instancia que declaraba fundado el *habeas corpus* a favor de las empresas “Los Mineros” y “los Pioneros” y sus miembros. (ANEXO 19). La Sala consideró que mi actuación como presidenta de la comunidad nativa violaba el derecho al libre tránsito, constituyendo una obstrucción ilegal. Esta sentencia volvía a ignorar que yo soy autoridad jurisdiccional y que mi comunidad nativa puede tomar decisiones jurisdiccionales como cualquier otro juez. La Sala hizo caso omiso que mi comunidad había tomado una decisión jurisdiccional razonable y ponderada para controlar y restringir el paso de extraños que están dañando a mi comunidad, como son los mineros informales y madereros ilegales.
- 4.5. A resultas de la decisión inconstitucional de la Sala, que confirmó la sentencia de primera instancia, el Primer Juzgado Penal de Investigación Preparatoria, mediante Resolución No 11 del 21 de setiembre 2010, resolvió la ejecución de sentencia, consistente en: “proceder el retiro inmediato del cerco de madera y la edificación precaria de vivienda, edificada en el centro de la carretera o camino vecinal Fitzcarrald- Teniente Acevedo-Diamante, señalándose como fecha para el día 23 de setiembre del 2010, a horas DIEZ de la MAÑANA (10. AM), para tal efecto cúrsase al Director de la Región

Policial de Madre de Dios y/o Apoyo de la Justicia, un contingente de 100 efectivos policiales, debiendo la parte agraviada, facilitar los medios de transporte del contingente policial. Ordeno que se remita copia certificada de todo lo actuado a la Fiscalía de Turno, para que proceda conforme sus atribuciones”. (sic). (ANEXO 20).

- 4.6. Mi comunidad no fue notificada debidamente y, al día siguiente de la decisión judicial, el 22 de setiembre del 2010, mi comunidad se informó a través de medios periodísticos la decisión del Poder Judicial de “desalojar y desarmar la casa construida por la comunidad para controlar el ingreso de personas extrañas a nuestros territorios”, por lo que comunicamos al Gobernador en dicha fecha a fin de que intervenga (ANEXO 21).
- 4.7. El 23 de setiembre de 2010, a las 10 am., el representante del Primer Juzgado Penal de Investigación Preparatoria se presentó a mi comunidad con un contingente de aproximadamente treinta policías, los agraviados y personas extrañas llevadas por los mismos. Dicho representante del juzgado, de modo abusivo y sin respeto de la autoridad jurisdiccional especial, no quiso atender las razones de la comunidad para ejercer control sobre su territorio, alegando que sólo iba a ejecutar una decisión judicial, esto es, la destrucción del cerco y la caseta de control comunal. Para efectos de dicha destrucción, llamó a los agraviados, quienes con el apoyo de personas extrañas efectuaron la destrucción de la caseta con sierras eléctricas y otros instrumentos a la vista de los policías. Para evitar la resistencia comunal, el representante del Juzgado ordenó a la policía que detengan a quienes se opongan a dicho operativo. Todo esto obra en los videos cuya copia adjunto. Así mismo, en el Testimonio presentado en el I Congreso de Justicia Intercultural en la Merced el 30 de setiembre de 2010 (ANEXO 22).

5. Persecución penal arbitraria e inconstitucional de autoridades indígenas

- 5.1. A partir del 1ro de octubre de 2010 estoy siendo citada por Seguridad del Estado ilegalmente.
La Federación Nativa Del Río Madre de Dios y Afluentes- FENAMAD, a la que mi comunidad pertenece, recibió el Oficio N° 390-2010-X-DIRTEPOL-RP-MDD-DIVSE-DIDSE, mediante el cual el Jefe de la División de Seguridad del Estado solicita a FENAMAD que me cite para comparecer ante dicha Unidad Especializada por estar siendo investigada por el Ministerio Público por presunto delito “Contra los Medios de Transporte Comunicaciones y otros Servicios - Atentado contra los medios de transportes”. (ANEXO 23).
La Policía Nacional del Perú, División de Seguridad del Estado RP-MDD, Departamento de Investigación Especiales ha emitido la “Citación S/N-RP-

MDD-DIVISE de fecha 1-10-2010 para que comparezca ante la Unidad de Seguridad del Estado por presunto delito contra los medios de transporte y, que, en caso de incumplimiento “procederá conforme a ley”. (ANEXO 24).

- 5.2. Estoy siendo investigada por el Ministerio Público por hechos que no configuran delito, al constituir una decisión de la jurisdicción especial. El Fiscal Provincial Daniel Callata Gómez ha abierto investigación preliminar contra mi persona por delito de “atentado contra los medios de transporte” (Carpeta Fiscal 1519-2010), delito que tiene una pena privativa de libertad entre tres y seis años. Es decir, de encontrármese responsable de los hechos materia de investigación, sería pasible de pena privativa de la libertad. (ANEXO 25)
- 5.3. El Juzgado de Investigación Preparatoria de Tambopata y la Sala Superior Mixta y de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Madre de Dios, en primera y segunda instancia, ignorando las funciones jurisdiccionales que me asisten según la Constitución, me consideran responsable de obstruir el libre tránsito de las empresas “Los Mineros” y “Los Pioneros” y sus miembros, por lo que declararon amparado el habeas corpus contra mi persona y ordenaron pasar copias de dichos actuados a la Fiscalía, lo que ha dado lugar a la apertura de otra investigación penal contra mi persona.

En principio, los órganos públicos como la Policía, la Fiscalía y el Poder Judicial, pueden investigar a las personas por presuntos delitos, lo cual puede restringir legalmente la libertad o movilidad de las personas, tanto durante la investigación misma (para ir a declarar), como luego de una posible condena, pues ello es parte de su función, y no da lugar a que las personas presenten *habeas corpus* contra el ejercicio constitucional de dicha función investigatoria. Sin embargo, si estamos ante una investigación y posibles restricciones a la libertad derivadas de actos arbitrarios o inconstitucionales, sí cabe cuestionar tal arbitrariedad mediante un *habeas corpus*, como es este caso, y paso a fundamentar.

III. FUNDAMENTOS DE DERECHO

El ejercicio de funciones jurisdiccionales no constituye delito y su persecución es inconstitucional

Según el art. 2 inc. 11 de la Constitución “toda persona tiene derecho a transitar por el territorio nacional y a salir de él y entrar en él, salvo limitaciones por razones de sanidad o **mandato judicial**”. Es decir, los mineros y madereros pueden transitar

libremente por el territorio nacional, incluyendo los caminos comunales, salvo *mandato judicial* fundado.

Mi comunidad (como todo pueblo indígena, comunidad nativa, comunidad campesina y ronda campesina), tiene atribución constitucional según el art. 149 para ejercer funciones jurisdiccionales y tomar decisiones con carácter de mandato judicial. Este es el caso de la decisión tomada por mi comunidad para evitar la intrusión no autorizada de terceros, con el efecto de restringir el tránsito de personas ajenas que venían atentando contra la integridad colectiva de mi pueblo. Al tomar decisiones jurisdiccionales fundadas en derechos, la autoridad jurisdiccional comunal **no comete delito** de obstrucción del libre tránsito, contra los medios de transporte o ningún otro. Al no tratarse de un delito, la persecución penal que sufro como autoridad jurisdiccional, por una decisión jurisdiccional de mi comunidad, constituye una persecución penal arbitraria que amenaza ilegítimamente mi libertad individual y vulnera derechos fundamentales colectivos de mi comunidad.

El ejercicio de funciones jurisdiccionales por los pueblos indígenas

Antes de la Constitución Política del Perú de 1993, el Estado sólo reconocía una cultura, un pueblo y un solo sistema jurídico dentro del espacio geopolítico, por lo que sólo el Poder Judicial podía ejercer funciones jurisdiccionales. Es decir, establecía un modelo de monoculturalidad y monismo jurídico. Esto cambió desde la Constitución de 1993, la cual reconoce el derecho a la diversidad cultural y el pluralismo jurídico, como lo explica la Sala Penal de la Corte Suprema del Perú en el Acuerdo Pleno Número 1 del 8 de enero 2010:

“6. (...) la Carta Política afirma dos derechos fundamentales colectivos:

- (i) el derecho a la identidad cultural de las Comunidades Campesinas y Nativas, y a su existencia legal, personería jurídica y **autonomía** dentro de la ley (artículo 89°); y
- (ii) el derecho de una **jurisdicción especial comunal** respecto de los hechos ocurridos dentro del ámbito territorial de las Comunidades Campesinas y Nativas de conformidad con el **derecho consuetudinario**, siempre que no violen los derechos fundamentales de la persona (artículo 149°). El reconocimiento de la referida jurisdicción es, en buena cuenta, un desarrollo del principio de pluralidad étnica y cultural sancionado por el artículo 2°.19 de la Ley Fundamental.”

El Artículo 149 de la Constitución Política del Perú de 1993 establece que

“Las autoridades de **las Comunidades Campesinas y Nativas**, con el apoyo de las Rondas Campesinas, **pueden ejercer las funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial** de conformidad con el **derecho consuetudinario**, siempre que no violen los derechos fundamentales de la persona. La ley establece las formas de **coordinación** de dicha **jurisdicción especial** con los Juzgados de Paz y con las demás instancias del Poder Judicial.”

El artículo 149 de la Constitución reconoce la llamada “**jurisdicción especial**”, esto es, la potestad para conocer o investigar, juzgar o **decidir, sancionar y ejecutar sus decisiones** de acuerdo a su propia normativa o **derecho consuetudinario**. Esta jurisdicción o “fuero especial” tiene competencia para ejecutar las decisiones dentro de su ámbito territorial por medio de sus representantes, como es el caso de sus directivos.

El derecho al propio sistema jurídico (las propias instituciones, autoridades, derecho consuetudinario y funciones jurisdiccionales) se encuentra reconocido y protegido en el Convenio 169 de la OIT y en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los Pueblos Indígenas.

Convenio 169 de la OIT, Artículo 8, inc 2: Dichos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Siempre que sea necesario, deberán establecerse procedimientos para solucionar los conflictos que puedan surgir en la aplicación de este principio.

Como indica la Corte Suprema del Perú en el Primer Acuerdo de su Sala Penal (de fecha 8-01-2010): “El propósito del Convenio, y también de la Declaración, es garantizar el respeto tanto del derecho de esos pueblos a su identidad social y cultural, sus costumbres y tradiciones, y sus instituciones (artículo 2º,b del Convenio, artículo 5º de la Declaración),... La Declaración estipula, con toda precisión, que tienen derecho a promover, desarrollar y mantener sus estructuras, instituciones y sus propias costumbres, espiritualidad, tradiciones, procedimientos, prácticas y, cuando existan, costumbres o **sistemas jurídicos**, de conformidad con las normas internacionales de derechos humanos (artículo 34º).”

El **fundamento** del derecho al propio sistema jurídico está en el derecho de los pueblos a gozar de su autonomía y libre determinación. Las comunidades Nativas tienen **autonomía dentro de su territorio**, como indican los artículos 88 y 89 de la Constitución de 1993, y las autoridades del Estado están obligadas a respetar sus decisiones.

El Convenio 169 de la OIT reconoce “las aspiraciones de los pueblos a asumir el control de sus propias instituciones y formas de vida y de su desarrollo económico y a mantener y fortalecer sus identidades, lenguas y religiones dentro del marco de los estados en que viven” (5to considerando). El derecho a la autonomía ha sido reforzado por el derecho a la libre determinación, recogido en el artículo 3 de la Declaración de Naciones Unidas de los derechos de los pueblos indígenas.

El Tribunal Constitucional del Perú asegura el derecho de los pueblos indígenas a su libre determinación y lo define como sigue:

“Entonces, la **libre autodeterminación** es la capacidad pueblos indígenas de **organizarse de manera autónoma, sin intervenciones** de índole política o económica **por parte de terceros**, y la facultad de aplicar su **derecho consuetudinario** a fin de resolver los conflictos sociales surgidos al interior de la comunidad, siempre que en el ejercicio de tal función no se vulneren derechos fundamentales de terceros, de los cuales el Estado es garante, por ser guardián del interés general y, en particular, de los derechos fundamentales.”

Potestades de la jurisdicción especial

Según la doctrina, “el reconocimiento de la jurisdicción especial incluye mínimamente las potestades que tiene cualquier jurisdicción: *Notio, Iudicium, Imperium* o *coercio*. Esto es, la potestad para conocer los asuntos que le correspondan, incluyendo funciones operativas para citar a las partes, recaudar pruebas (*Notio*); la potestad para resolver los asuntos que conoce, siguiendo su propio derecho (*Iudicium*), y finalmente, la potestad de usar la fuerza para hacer efectivas sus decisiones en caso de ser necesario. Ello comprende acciones que **pueden restringir derechos** como ejecutar detenciones, obligar a pagos, a realizar trabajos, etc. (*Coercio o Imperium*)”¹⁰. En otras palabras, los actos derivados del ejercicio de la función jurisdiccional especial que restringen derechos, dentro de su territorio y siguiendo su propio derecho, no constituyen delito.

Ponderación de derechos por la jurisdicción especial

La jurisdicción especial tiene como límite no vulnerar los derechos de la persona.

¹⁰ Yrigoyen Fajardo, Raquel (2002): “**Hacia un reconocimiento pleno de las rondas campesinas y el pluralismo legal**” en: *Revista Alpanchis: Justicia Comunitaria en los Andes. No 59-60 Edición Especial, Vol. 1 (2002) Sicuani, Cusco: Instituto de Pastoral Andina (pp.31-81)*. En el mismo sentido: Sánchez Botero y Cristina Jaramillo (2001): *Jurisdicción especial. Bogotá: Procuraduría General de la Nación y Procuraduría Delegada Para Minorías Étnicas*. En esta Obra, Sánchez y Jaramillo citan la Enciclopedia Jurídica Omeba en su definición de Jurisdicción. Tomo XVII, p. 538-9, SA. Buenos Aires. Las autoras explican que la Corte Constitucional de Colombia ha reconocido en reiterada jurisprudencia que la jurisdicción especial tiene todas las potestades de cualquier jurisdicción. (pp 130-131).

Sin embargo, en caso de conflicto de derechos, tiene potestad para ponderar los mismos, proteger los bienes de carácter superior y restringir derechos que no afecten el núcleo de derechos intangibles.

La autoridad jurisdiccional indígena o especial puede, por ejemplo, ponderar entre el derecho individual al libre tránsito y un bien superior, esto es, el derecho colectivo de un pueblo indígena a existir, a su integridad territorial, biológica y cultural. De modo específico, el Convenio 169 de la OIT prevé en su artículo 18 el derecho de los pueblos a contar con garantías frente a la intromisión no autorizada de personas ajenas a la comunidad, máxime si se trata de personas que afectan bienes colectivos indígenas.

Convenio 169 de la OIT, artículo 18: “La ley deberá prever sanciones apropiadas contra toda **intrusión no autorizada en las tierras** de los pueblos interesados o **todo uso no autorizado** de las mismas **por personas ajenas** a ellos, y los gobiernos deberán tomar medidas para impedir tales infracciones.”

Una autoridad jurisdiccional indígena o especial tiene competencia para tomar una decisión jurisdiccional razonada, razonable, proporcional y no-arbitraria. En el caso concreto de mi comunidad, la misma ejerció su derecho a no permitir la intrusión no autorizada de personas ajenas a la comunidad, con el efecto de restringir el libre tránsito de extraños, para efectos de proteger un bien superior, esto es, la integridad de mi pueblo.

Siguiendo la jurisprudencia comparada, cabe interpretar que la jurisdicción especial puede limitar o restringir los derechos, siempre que no infrinja el núcleo mínimo de derechos conformado por el derecho a la vida, integridad (prohibición de la tortura), libertad personal (prohibición de esclavitud) y el debido proceso¹¹. En el presente caso, la jurisdicción especial nativa sólo restringió fundadamente el libre tránsito, sin vulnerar el núcleo mínimo de derechos.

Tribunal Constitucional de Colombia T-1127-01:

“A juicio de la Sala, este núcleo de derechos intangibles incluiría solamente el derecho a la vida, la prohibición de la esclavitud y la prohibición de la tortura. Dos son las razones que llevan a esta conclusión: en primer lugar, el reconocimiento de que únicamente respecto de ellos puede predicarse la existencia de un verdadero consenso intercultural. En segundo lugar, la verificación de que este grupo de derechos se encuentra dentro del núcleo de derechos

¹¹ Véase la Sentencia del Tribunal Constitucional de Colombia T-1127-01.

intangibles que reconocen todos los tratados de derechos humanos, derechos que no pueden ser suspendidos ni siquiera en las situaciones de conflicto armado.”

Este principio del derecho comparado ha sido acogido por la Corte Suprema del Perú:

“El reconocimiento –validez y práctica- tanto del **derecho consuetudinario** –que es un sistema normativo propio, entendido como conjunto de normas y potestad de regulación propia- como de la organización autónoma de sus instituciones para la **decisión de los asuntos que reclaman la intervención de la jurisdicción comunal, es evidente conforme al artículo 149°** de la Constitución, aunque con una limitación material relevante: interdicción de vulneración de los derechos fundamentales (...). [Ello] exige que ... no [se] vulnere el **núcleo esencial de los derechos fundamentales** –se trata de aquellos derechos fundamentales en los que existe suficiente consenso intercultural-, entendiendo por tales, como pauta general, los derechos fundamentales que no pueden derogarse ni siquiera en situaciones de máximo conflicto o estados de excepción. (...). Entre los derechos fundamentales de primer orden, inderogables, es de citar, enunciativamente, la vida, la dignidad humana, la prohibición de torturas, de penas y de tratos inhumanos, humillantes o degradantes, la prohibición de la esclavitud y de la servidumbre, la legalidad del proceso, de los delitos y de las penas –bajo la noción básica de “previsibilidad” para evitar vulnerar el derecho a la autonomía cultural (Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia T-349, del 8 de agosto de 1996)-.” (Primer Acuerdo de la Sala Penal de la Corte Suprema del Perú, del 8 de enero 2010).

Derechos colectivos de carácter superior que la autoridad jurisdiccional comunal ponderó

Los pueblos indígenas tenemos derechos colectivos reconocidos en instrumentos internacionales que protegen nuestra **integridad** territorial, biológica y cultural como pueblos; el derecho de asumir decisiones de modo **autónomo**, así como el derecho a ser **consultados** y participar en las decisiones estatales que nos vayan a afectar, como parte de nuestro derecho a la **libre determinación**.

En el presente caso, mi comunidad tomó la decisión jurisdiccional de controlar y evitar la intrusión no autorizada de terceros dañinos a la comunidad (madereros ilegales y mineros informales), a fin de proteger el derecho a la integridad territorial, biológica y cultural que tenemos como pueblos indígenas.

La intrusión no autorizada de terceros constituye una flagrante vulneración del derecho de autonomía y libre determinación, la que se vio facilitada por acciones y omisiones de autoridades estatales las cuales violaron derechos colectivos como el derecho de **consulta previa**. Varias autoridades adoptaron medidas administrativas inconsultas como:

- Las licencias de ruta, por parte de la Municipalidad de Tambopata,
- Títulos de derechos mineros, por parte del Ministerio de Energía y Minas,
- Aprobación de proyectos de infraestructura, como la construcción de una carretera rechazada por la comunidad, por el Gobierno Regional.

En este sentido, el Tribunal Constitucional del Perú ha establecido la estrecha vinculación entre la protección del derecho de consulta previa y el derecho a la libre determinación.

“Esta libre determinación, juntamente con la concepción que los pueblos indígenas tienen sobre la tierra, sirve de base para la configuración y sustento del derecho a la consulta previa. Este derecho, que viene a ser una concretización también del artículo 2. 17 de la Constitución, se encuentra explícitamente recogido en los artículos 6 y 7 del Convenio N.º 169. El artículo 6, literal a), indica que cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectar directamente a los pueblos indígenas, el Gobierno tendrá que consultar previamente y mediante los procedimientos apropiados e instituciones representativas. Tales consultas deberán efectuarse de buena fe y de forma apropiada a las circunstancias del caso, con la finalidad de llegar a un acuerdo y lograr el consentimiento de las medidas propuestas.” (Subrayado del TC).

Aplicación obligatoria de los instrumentos internacionales

Según la disposición 4ta transitoria de la Constitución, la misma debe interpretarse a la luz de los instrumentos internacionales. Y, el Tribunal Constitucional, ha establecido que tales instrumentos, y entre ellos el Convenio 169 de la OIT, forman parte del “Bloque de Constitucionalidad”.

“[E]ste Tribunal ha afirmado que los “tratados internacionales sobre derechos humanos no sólo conforman nuestro ordenamiento sino que, además, ostentan rango constitucional” (STC N.º 0025-2005-PI/TC, Fundamento 33). De tal manera, habiéndose aprobado el Convenio N.º 169 mediante Resolución Legislativa N.º 26253, publicada el 5 de diciembre de 1993, su contenido pasa a ser parte del Derecho nacional, tal como lo explicita el artículo 55 de la Constitución, siendo además obligatoria su aplicación por todas las entidades estatales. Por

consiguiente, en virtud del artículo V del Título Preliminar del Código Procesa Constitucional, el tratado internacional viene a complementar -normativa e interpretativamente- las cláusulas constitucionales sobre pueblos indígenas que, a su vez, concretizan los derechos fundamentales y las garantías institucionales de los pueblos indígenas y sus integrantes.

(Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú. Expediente: N° 03343-2007-PA/TC. Caso: Cordillera Escalera. Fecha: 19.02.2009).

En este mismo sentido se pronuncia la Corte Suprema del Perú:

“Todos estos artículos [constitucionales], ... deben ser analizados desde una perspectiva de sistematización e integración normativa, con el necesario aporte del “Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989”..., y de la Declaración de Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas. ... El **Convenio**, tiene expuesto el Tribunal Constitucional, viene a complementar –normativa e interpretativamente- las clausulas constitucionales sobre pueblos indígenas que, a su vez, concretizan los derechos fundamentales y las garantías institucionales de los pueblos indígenas y sus integrantes (STC número 3343-2007-PA/TC, del 19 de febrero de 2009).” (Primer Acuerdo de la Sala Penal de la Corte Suprema del Perú del 8-01-2010).

Derecho a la tutela jurisdiccional frente a la violación o amenaza derechos Constitucionales.

La Presidenta de la Comunidad y demás autoridades de la Comunidad Indígena Tres Islas tienen derecho a la tutela jurisdiccional frente a la vulneración o amenaza de su libertad individual conforme lo establece:

Constitución Política del Estado, Artículo 200, 1: “La Acción de Hábeas Corpus, que procede ante el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o **amenaza** la libertad individual o los derechos constitucionales conexos.”

Código Procesal Constitucional, Artículo 1: “Toda persona tiene derecho a la tutela jurisdiccional efectiva para el ejercicio o defensa de sus derechos o intereses, con sujeción al debido proceso”. Así como, los **Artículos 2 y 25**, que protegen el derecho a la libertad cuando se amenacen de manera cierta e inminente, como es el presente caso.

En conclusión,

La Comunidad Nativa “Tres Islas”, a través de sus autoridades, dentro de su territorio y conforme a su derecho consuetudinario, puede impedir la intrusión no autorizada de terceras personas ajenas a su comunidad como es el caso de las Empresas de Transporte “Los Pioneros” y “Los Mineros” y otros terceros dañinos.

Esta decisión, motivada en el derecho de salvaguardar la integridad y la forma de vida de la Comunidad Nativa, no constituye delito de obstrucción del libre tránsito ni ningún otro, sino el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales amparadas en la Constitución, el Convenio 169 de la OIT y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

Por lo tanto, las citaciones de la División de Seguridad del Estado por supuesto delito de atentado contra los medios de transporte, la investigación preliminar iniciada por el Fiscal de la Segunda Fiscalía Provincial Penal Corporativa – Tambopata contra mi persona y las decisiones judiciales que ampararon el *habeas corpus* a favor de Los Mineros y Pioneros, no sólo carecen de motivación jurídica válida, sino que configuran hechos arbitrarios por parte de dichos funcionarios, con el efecto de amenazar mi libertad personal y criminalizar ilegalmente el ejercicio de la función jurisdiccional de la Comunidad Nativa de Tres Islas. Adicionalmente, la intrusión no autorizada de terceros ajenos a la comunidad vulnera gravemente la integridad de mi pueblo y amenaza su existencia misma, por la destrucción que dichos terceros están haciendo de nuestro hábitat y forma de vida.

V. MEDIOS PROBATORIOS

1. Mapa de la comunidad nativa Tres Islas, elaborado por SIG-FENEMAD/RANP, setiembre de 2010.
2. Título de Propiedad N° 538 otorgado por el Ministerio de Agricultura a la Comunidad Nativa Tres Islas de fecha 24 de junio de 1994.
3. Hoja Informativa de SUNAT del RUC N° 202880672 de la Comunidad Nativa Tres Islas de fecha 09 de noviembre de 2010.
4. Fotos que demuestran la tala ilegal de madera.
5. Acta ordinaria de la comunidad de fecha 11 de agosto de 2010, mediante la cual solicitamos al Programa Regional de Manejo de Recursos Forestales disponer de la manera incautada para fines comunales.
6. Resolución de Gerencia de la Municipalidad Provincial de Tambopata N° 005-2010-A-MPT-GSC de 12 de abril de 2010, por medio del cual la Municipalidad renueva la autorización de ruta para el servicio de transporte público a la empresa “Los Pioneros S.C.R.L”; sin que se consulte a mi comunidad.
7. Resolución de Gerencia de la Municipalidad Provincial de Tambopata N° 013-2010-MPT-GSC de fecha 09 de agosto de 2010, donde se renueva la autorización de ruta a la empresa “Los Mineros SCR “, sin previa consulta a mi comunidad.
8. Acta de sesión ordinaria del Concejo Municipal de Tambopata No 015-2010-CMPT-SO del 19 de agosto del 2010.

9. Carta de fecha 12 de julio de 2010 dirigida al Gobernador de la Provincia de Tambopata-MDD, donde le solicité por escrito su “actuación inmediata para impedir el tránsito de terceros dentro de la comunidad” debido al “ingreso diario de terceros que realizan actividades de deforestación (minería).
10. Oficio No 008-J-D-C-N-T-I-2010 dirigido al Director Regional de PROVIAS MDD- Tambopata, con fecha 12 de agosto 2010 para informarle la decisión comunal de “Rechazo al proyecto de carretera km. 24 San Bernardo, Diamante y San Jacinto”.
11. Oficio 536-2010-DP/MDD.04., de 30 de setiembre de 2010, dirigido por el Representante de la Defensoría del Pueblo de Madre de Dios al Fiscal Provincial Especializado en Materia Ambiental, para requerir a la Fiscalía que inicié las investigaciones de la contaminación provocada por la minería informal.
12. Acta de la asamblea extraordinaria de la Comunidad de fecha 1º de agosto de 2010, donde se acuerda por unanimidad construir una casa de 5 mts. de ancho por 10 mts. de largo para controlar el ingreso de terceras personas al territorio comunal.
13. Acta de asamblea general de la comunidad de fecha 12 de setiembre de 2010 autorizando una servidumbre de paso a favor de la comunidad indígena vecina llamada “San Jacinto”.
14. Acta Fiscal de fecha 04 de agosto de 2010 donde señalamos que los mineros están depredando todo y que los transportistas vienen trayendo gente que está invadiendo su territorio, además esta no es carretera y que respeten su ruta.
15. Habeas corpus de fecha 09 de agosto de 2010 ante el Primer Juzgado Penal de Investigación Preparatoria de Tambopata por presunta afectación arbitraria de la libertad individual y del libre tránsito.
16. Resolución N°1 de 09 de agosto de 2010 del Primer Juzgado Penal de Investigación Preparatoria el cual admitió a trámite dicho *habeas corpus* y programó una constatación en la carretera para el día siguiente.
17. Resolución N° 3 (Sentencia) del Primer Juzgado Penal de Investigación Preparatoria de 12 de agosto de 2010 donde se resolvió el *habeas corpus* a favor de los demandantes, considerando que la construcción del cerco y la caseta construidos por mi comunidad obstruía el derecho al libre tránsito que “todo peruano tiene”.
18. Escrito de mi apelación con fecha 16 de agosto del 2010 ante el Primer Juzgado Penal de Investigación Preparatoria de Tambopata.
19. Sentencia de la Sala Superior Mixta y de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Madre de Dios, con fecha 25 de agosto del 2010, confirmando en todos sus extremos la sentencia de primera instancia que declaraba fundado el *habeas corpus* a favor de las empresas “Los Mineros” y “los Pioneros” y sus miembros.

20. Resolución No 11 del Primer Juzgado Penal de Investigación Preparatoria de 21 de setiembre 2010 mediante la cual se resolvió la ejecución de sentencia.
21. Carta N° 47 CN Tres Islas del 22 de setiembre del 2010 dirigida al Representante de Gobernatura de Tambopata, donde comunicamos sobre la decisión del Poder Judicial de “desalojar y desarmar la casa construida por la comunidad para controlar el ingreso de personas extrañas a nuestros territorios”, por lo que comunicamos al Gobernador en dicha fecha a fin de que intervenga.
22. Escrito de mi Testimonio de 23 de setiembre de 2010, donde manifiesto que a las 10 am., el representante del Primer Juzgado Penal de Investigación Preparatoria se presentó a mi comunidad con un contingente de aproximadamente treinta policías, los agraviados y personas extrañas llevadas por los mismos para destruir la casa comunal de control construida por mi comunidad.
23. Oficio N° 390-2010-X-DIRTEPOL-RP-MDD-DIVSE-DIDSE del 1° de octubre de 2010, mediante el cual el Jefe de la División de Seguridad del Estado solicita a FENAMAD que me cite para comparecer ante dicha Unidad Especializada por estar siendo investigada por el Ministerio Público por presunto delito “Contra los Medios de Transporte Comunicaciones y otros Servicios - Atentado contra los medios de transportes”.
24. Citación S/N-RP-MDD-DIVISE de fecha 1 de octubre de 2010 de la Policía Nacional del Perú, División de Seguridad del Estado RP-MDD, Departamento de Investigación Especiales, mediante la cual se me solicita que comparezca ante la Unidad de Seguridad del Estado por presunto delito contra los medios de transporte y, que, en caso de incumplimiento “procederá conforme a ley”.
25. Escrito de 13 de octubre de 2010, por medio del cual me apersono ante el Fiscal de la Segunda Fiscalía Provincial Penal Corporativa-Sede Tambopata.

VI. ANEXOS:

1. Mapa de la Comunidad Nativa Tres Islas, elaborado por SIG-FENEMAD/RANP de setiembre de 2010.
2. Título de Propiedad N° 538 otorgado por el Ministerio de Agricultura a la Comunidad Nativa Tres Islas de fecha 24 de junio de 1994.
3. Hoja Informativa de SUNAT del RUC N° 202880672 de la Comunidad Nativa Tres Islas de fecha 09 de noviembre de 2010.
4. Fotos que demuestran la tala ilegal de madera.

5. Acta ordinaria de la comunidad de fecha 11 de agosto de 2010.
6. Resolución de Gerencia de la Municipalidad Provincial de Tambopata N° 005-2010-A-MPT-GSC de 12 de abril de 2010.
7. Resolución de Gerencia de la Municipalidad Provincial de Tambopata N° 013-2010-MPT-GSC de fecha 09 de agosto de 2010.
8. Acta de sesión ordinaria del Concejo Municipal de Tambopata No 015-2010-CMPT-SO del 19 de agosto de 2010.
9. Carta de fecha 12 de julio de 2010 dirigida al Gobernador de la Provincia de Tambopata-MDD.
10. Oficio No 008-J-D-C-N-T-I-2010 dirigido al Director Regional de PROVIAS MDD- Tambopata, con fecha 12 de agosto de 2010.
11. Oficio 536-2010-DP/MDD.04 de 30 de setiembre de 2010.
12. Acta de la Asamblea Extra Ordinaria de fecha 1ro de agosto de 2010.
13. Acta de asamblea general de la comunidad con fecha 12 de setiembre de 2010.
14. Acta Fiscal de 04 de agosto de 2010.
15. Habeas corpus ante el Primer Juzgado Penal de Investigación Preparatoria de Tambopata de 9 de agosto de 2010.
16. Resolución N°1 del Primer Juzgado Penal de Investigación Preparatoria de 09 de agosto de 2010.
17. Resolución N° 3 (Sentencia) del Primer Juzgado Penal de Investigación Preparatoria de 12 de agosto de 2010.
18. Escrito de apelación de fecha 16 de agosto de 2010.
19. Sentencia de la Sala Superior Mixta y de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Madre de Dios, con fecha 25 de agosto del 2010.
20. Resolución No 11 del Primer Juzgado Penal de Investigación Preparatoria de 21 de setiembre 2010.
21. Carta N° 47 CN Tres Islas del 22 de setiembre del 2010 dirigida al Representante de Gobernatura de Tambopata.
22. Escrito de mi Testimonio de 23 de setiembre de 2010.
23. Oficio N° 390-2010-X-DIRTEPOL-RP-MDD-DIVSE-DIDSE del 1° de octubre de 2010.
24. Citación S/N-RP-MDD-DIVISE de fecha 1 de octubre de 2010 de la Policía Nacional del Perú, División de Seguridad del Estado RP-MDD, Departamento de Investigación Especiales.
25. Escrito del 13 de octubre de 2010, donde me apersono ante el Fiscal de la Segunda Fiscalía Provincial Penal Corporativa-Sede Tambopata.
26. Copia simple de mi Documento Nacional de Identidad.

Sírvase admitir y merituarlo en su oportunidad procesal.

VII. PORTANTO

Pido a Usted, señor Juez, se sirva admitir a trámite el presente proceso de **HABEAS CORPUS** a favor de mi persona, **JUANA GRISELDA PAYABA CACHIQUE**, presidenta de la comunidad nativa “Tres Islas”, la **Junta Directiva y miembros de los pueblos indígenas Shipibo y Ese'Eja**, de acuerdo a su naturaleza, declararla fundada, ordenando se archive la investigación y se dé fin a la criminalización de la función jurisdiccional comunal por parte del Fiscal de la Segunda Fiscalía Provincial Penal Corporativa-Sede Tambopata, Seguridad del Estado y el Poder Judicial. Así mismo, solicito que disponga según corresponda a sus atribuciones, para la apertura de proceso penal contra todas las autoridades ordinarias y terceros involucrados en la vulneración del derecho constitucional al ejercicio de funciones jurisdiccionales por parte de los pueblos indígenas implicados en el caso.

Puerto Maldonado, 13 de Noviembre de 2010.

Expediente N° 1126-2011

Sumilla: Alegatos

SEÑOR PRESIDENTE DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ

JUANA GRISELDA PAYABA CACHIQUÉ, expresidenta de la Comunidad Nativa Tres Islas; y los abajo firmantes miembros de la Comunidad Nativa de Tres Islas, compuesta por los pueblos indígenas *Shipibo* y *Ese'Eja*, ubicada en el distrito y provincia de Tambopata, departamento de Madre de Dios, en el Proceso de *Hábeas Corpus* interpuesto a mi favor y de la Comunidad Nativa de Tres Islas, ante usted nos presentamos y atentamente decimos:

En atención de lo establecido en el artículo 139 inciso 3 de la Constitución Política del Perú de 1993 (*Tutela Jurisdiccional y debido proceso*); el artículo 1 (*Finalidad de los Procesos*), el artículo 20 (*Plazo para el pronunciamiento del Tribunal Constitucional*) y el artículo 25 del Código Procesal Constitucional; quinto considerando (*Derecho al control de sus instituciones*), el artículo 6 (*Derecho a la consulta y consentimiento*), el artículo 12 (*Protección contra la violación de derechos*), 18 (*Protección contra la intrusión*) del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo – OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes y; el artículo 8 (*Garantías Judiciales*), 21 (*Propiedad Colectiva*) y 25 (*Protección Judicial*) de la Convención Americana de Derechos Humanos, solicitamos a su Despacho tener presente los argumentos que pasamos a exponer a fin de declarar fundado el hábeas corpus interpuesto a favor de mi comunidad y de mi persona.

I. FUNDAMENTOS DE HECHO:

1. El presente hábeas corpus es contra otro hábeas corpus.

El presente proceso de hábeas corpus es contra otra sentencia de hábeas corpus (expediente HC 624-2010) del Primer Juzgado de Investigación Preparatoria de Tambopata que fue declarado fundado y ejecutado de modo arbitrario, con la consecuencia de violaciones de mis derechos fundamentales y los de mi comunidad.

2. Arbitrariedad de la sentencia.

El HC 624-2010 fue presentado por Lucía Apaza, diez personas más y dos empresas de transporte “Los Mineros SAC” y “Los Pioneros SCRL por la presunta vulneración del libre tránsito por parte de mi persona, como Presidenta de la

Comunidad Nativa Tres Islas¹² (**Anexo 1**), a raíz de la decisión comunal (registrada en acta) de controlar el ingreso de terceros a nuestro territorio¹³ (**Anexo 2**), el cual está titulado y registrado. La sentencia de HC 624-2010 favoreció a los demandantes para ingresar en nuestro territorio a través de una trocha carrozable desconociendo que dicha **trocha está dentro del territorio de la Comunidad**¹⁴ (**Anexo 3 - Mapa**), violando: (i) el **derecho de propiedad** de la Comunidad y que, como cualquier propietaria, tiene derecho de proteger su propiedad frente al ingreso no autorizado de terceros, y (ii) la **autoridad y autonomía** en su territorio que la Constitución le reconoce por ser comunidad nativa o pueblo originario.

3. Arbitrariedad en la valoración de los supuestos de hecho.

La sentencia de HC 624-2010 es arbitraria porque:

- (i) Ampara el supuesto “derecho al libre tránsito” por **una vía que no es pública**, lo cual es un imposible jurídico. El Ministerio de Transporte y Comunicaciones y la Dirección Regional de Transporte y Comunicaciones se han pronunciado indicando que la trocha que está dentro del territorio de la Comunidad Nativa Tres Islas **no es vía pública**¹⁵.
- (ii) Las empresas transportistas demandantes carecían de autorizaciones válidas para ingresar en nuestro territorio¹⁶ (**Anexo 4, 5, 6, 7, y 8**); Incluso dichas empresas han presentado pruebas falsas¹⁷, y

¹² La Comunidad Nativa Tres Islas está conformada por 103 familias pertenecientes a los pueblos indígenas Shipibo y Ese'Eja, y está asentada en el Distrito de Tambopata, Madre de Dios. La Comunidad tiene reconocimiento oficial y título de propiedad No. 538, otorgado por el Ministerio de Agricultura el 24/06/1994 e inscrita en la Partida N.º 07002969 de Registros Públicos, asiento I.

¹³ El 01/08/2010, la Comunidad decidió en asamblea comunal proteger su integridad, mediante el control del ingreso de terceros (mineros informales e ilegales, taladores ilegales, entre otros), construyendo una casa y tranquera de control a la entrada de una trocha carrozable a la altura del km. 24 de la carretera interoceánica.

¹⁴ Dentro de nuestra comunidad hay dos caminos: (a) Camino por **el kilómetro 8 de la carretera interoceánica**. Y, (b) una **trocha** carrozable interna a la altura del **Km 24 de la carretera interoceánica**, que ingresa por el sector Teniente Acevedo. La trocha fue utilizada inicialmente por la comunidad para sacar legalmente madera; y posteriormente ha venido siendo utilizada y mantenida de forma ilegal e informal por las empresa de transporte Los Mineros y Los Pioneros.

¹⁵ El Ministerio de Transportes y Comunicaciones en el **Informe 226-2011-MTC, del 30/06/ 2011** señaló que la trocha que está dentro del territorio de la C.N. Tres Islas **no se encuentra dentro del clasificador vial**. En el mismo sentido, el 22/11/2011, la Dirección Regional de Transporte y Comunicaciones de Madre de Dios emitió el **Informe N. 104-2011-GR-GRI-MADRE-DE-DIOS/DRTC/UF, donde** reitera que “la ruta MD-561 de Distrito y Provincia de Tambopata, es de trayectoria Emp. PE-30C-Teniente Acevedo y que **dicha ruta según el clasificador, no pasa por la comunidad no es vía pública**” (**resaltado nuestro**).

¹⁶ Las dos (2) supuestas **autorizaciones provisionales** presentadas por las empresas de transporte “Los Pioneros” y “Los Mineros” en el proceso de HC (exp. 624-2010) estaban caducas o eran falsas. Oficio N.º 156-2011-MPT-GSC-SGVYT de la Gerencia de Seguridad Ciudadana de la Municipalidad Provincial de Tambopata, de 30/06/2011.

¹⁷ La autorización provisional de la empresa de la Transporte “Los Pioneros” del año 2006 que supuestamente

- (iii) No hay ninguna servidumbre de paso inscrita en Registros Públicos¹⁸
(Anexo 9).

E incluso, en el supuesto negado que la trocha carrozable fuera una vía pública, ponderando la seguridad e integridad frente a la libertad de tránsito, la sentencia desconoció: (a) nuestro derecho a la propiedad, puesto que un propietario cualquiera puede poner rejas en vías públicas –con ciertos requisitos–, como ha sido amparado por este Tribunal; y (b) la autoridad jurisdiccional que la Constitución nos reconoce, y que como tal puede restringir la libertad de tránsito.

4. Arbitrariedad de la decisión.

La sentencia de HC 624-2010, arbitrariamente, consideró que el control del ingreso al territorio comunal mediante una tranquera y casa comunal constituía violación del libre tránsito, y ordenó que:

- (I) dejemos entrar a “todo peruano” en nuestro territorio;
- (ii) que se retire la casa comunal y la tranquera que pusimos a la entrada de nuestro territorio, y
- (iii) que se me procese por el delito de extorsión con pena entre 5 y 10 años.

Incluso en el supuesto negado de que fuera una vía pública, el juzgador pudo haber ordenado que haya un vigilante para abrir la tranquera, como ha dispuesto este Tribunal en otros casos, y no el retiro de la casa y tranquera de control. Además, en la resolución de ejecución de sentencia, el juzgador ordenó la presencia de 100 policías, a ser transportados por los demandantes; medida desproporcionada a todas luces.

5. Arbitrariedad de la ejecución de la sentencia de HC.

En ejecución de la sentencia HC 624-2010 el funcionario judicial correspondiente: (i) ordenó a la policía detener a cualquier miembro de la comunidad que se oponga

autorizaba a dicha empresa a ingresar por la trocha carrozable era FALSA y fue incorporada en el HC (624-2010). Esto lo demostramos mediante el oficio 133-2011-MPT-GSC-SGSV de la Municipalidad Provincial de Tambopata, quien solicitó al señor José Carlos Miranda García, ex Sub Gerente de Seguridad Vial y Tránsito, el sustento técnico legal de la autorización provisional en mención. Frente a ello, el 13/06/2011, el señor José Carlos Miranda García responde con la carta 77-2011-MPT-GAF-CP señalando lo siguiente: “*me he dado con la sorpresa que la AUTORIZACIÓN PROVISIONAL NUNCA FUE EMITIDA NI FIRMADA POR EL SUSCRITO a favor de la Empresa de Transportes Los Pioneros (...)*”. La comunidad presentó el 16/09/2011 una denuncia contra Lucia Apaza Apaza con carpeta 353-2011 ante la Segunda Fiscalía Provincial de Tambopata. En dicha investigación, José Carlos Miranda García ha ratificado que “*la autorización provisional nunca fue emitida y firmada por el suscrito a favor de la empresa de transporte los pioneros (...)*”.

¹⁸ El 21/11/ 2011, la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos, de la Zona Registral de Madre de Dios, emitió el Certificado Compendioso del Registro de Propiedad Inmueble donde señala “**De acuerdo a la búsqueda respectiva en el índice de esta ofician no aparece inscrito ninguna Servidumbre**” en la comunidad nativa Tres Islas.

a la ejecución de la sentencia por resistencia a la autoridad, por lo que pueden ser detenidos en cualquier momento si ponen trancas o controlan el ingreso de terceros; (ii) dispuso que los demandantes “desalojaran” a la comunidad y (iii) facilitó que los demandantes destruyeran la casa y tranquera comunal, bajo amenaza de detener a los demandados en caso de oponerse. **Esto consta en el video adjuntando en el expediente.**

6. Vulneraciones a raíz de la sentencia.

Como resultado del HC 624-2010 se han producido las siguientes vulneraciones: (a) **vulneración del debido proceso material y de la libertad**: (i) toda la junta directiva de la comunidad está perseguida arbitrariamente, con acusación fiscal y pedido de pena de 6 años de prisión efectiva (ii) toda la comunidad sufre amenaza de ser detenida en cualquier momento si controla el ingreso de terceros al territorio; (b) **vulneración de la inviolabilidad de domicilio**: todos los días ingresan terceros no autorizados violando el domicilio comunal; (c) **vulneración de la autonomía comunal**: la comunidad ya no puede ejercer su autoridad, funciones jurisdiccionales y ninguna forma de control de su ámbito territorial; (d) **vulneración la propiedad y el medio ambiente**: todos los días mineros y taladores ilegales ingresan y destruyen el bosque primario, contaminan las aguas, suelos y aire; y matan la flora y fauna; e) **vulneración de la seguridad física, patrimonial, psicológica, cultural y espiritual** por el ingreso diario de intrusos. (f) **vulneración de la vida digna**: la destrucción del hábitat acarrea afectación de la seguridad alimentaria, salud, integridad y condiciones necesarias para la vida (**Anexo 10- diapositivas**).

7. Vulneraciones por la demora de la sentencia.

La dilación en la emisión de la sentencia del presente proceso ha dado lugar y sigue generando daños irreparables en nuestro territorio y forma de vida; y nuevas vulneraciones cada día que pasa.

Volvemos a reiterar que para la comunidad es muy penoso y desconcertante constatar que el *Hábeas Corpus* presentado por las empresas de transportistas fue resuelto a su favor y ejecutado en apenas **mes y medio**, mientras que nosotros llevamos más de **un año y nueve meses** esperando una respuesta que proteja nuestros derechos. A efectos que su despacho verifique dicha dilación adjunto un cuadro comparativo entre la tramitación de ambos procesos constitucionales:

Comparación	Hábeas Corpus de las empresas de transporte “Los Pioneros” y “Los Mineros”	Hábeas corpus de la C.N
Demanda HC	9 de agosto de 2010	13 de noviembre de 2010
Res. de primera instancia	Fundada: en tres días (12/ de agosto de 2010)	Improcedente: después más de dos meses (19/1/2011)
Res. de segunda instancia	Confirmada: en dos semanas (25 de agosto de 2010)	Confirmada Improcedencia: después de casi un mes (9/2 /11)
Res. de ejecución de la sentencia	A menos de un mes de confirmada: 21 de septiembre de 2010)	(...)
Ejecución de la sentencia con presencia de efectivos policiales	A los dos (2) días de la resolución de ejecución (23 de septiembre de 2010) y sin notificación a la comunidad	(...)
RAC		24 de febrero de 2011
Audiencia en el TC		Después de cuatro meses (1 /8/2011)
Nueva audiencia en el TC		A más de un año de la primera vista 18/7/2012
Tiempo total para resolver y ejecutar	Un mes y medio (resuelto y ejecutado)	Un año y nueve meses SIN RESOLVER

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. Autonomía territorial y organizativa.

La Constitución atribuye a las comunidades nativas un derecho de propiedad reforzado respecto del territorio que ocupan, pues les da autonomía en el uso y disposición de sus tierras (Art. 70), así como en su organización interna (Art. 88 y 89).

Artículo 70°. Propiedad y expropiación

“El derecho de propiedad es inviolable. El Estado lo garantiza. Se ejerce en armonía con el bien y dentro de los límites de ley. A nadie puede privarse de su propiedad sino, exclusivamente, por causas de seguridad nacional o necesidad pública, declarada por ley, y previo pago en efectivo de indemnización justipreciada que incluya compensación por el eventual perjuicio. (...)”

*Artículo 88°. El Estado apoya preferentemente el desarrollo agrario. Garantiza el derecho de **propiedad sobre la tierra**, en forma privada o **comunal** o en*

cualquiera otra forma asociativa. La ley puede fijar los límites y la extensión de la tierra según las peculiaridades de cada zona.

Las tierras abandonadas, según previsión legal, pasan al dominio del Estado para su adjudicación en venta.

Artículo 89°.*Las Comunidades Campesinas y las Nativas tienen existencia legal y son personas jurídicas.*

Son autónomas en su organización, en el trabajo comunal y en el uso y la libre disposición de sus tierras, así como en lo económico y administrativo, dentro del marco que la ley establece. La propiedad de sus tierras es imprescriptible, salvo en el caso de abandono previsto en el artículo anterior.

El Estado respeta la identidad cultural de las Comunidades Campesinas y Nativas.

En el presente caso – por las diversas consideraciones antes mencionadas - estamos ante una evidente violación del derecho a la propiedad colectiva de la comunidad, tanto respecto de sus territorios ancestrales como respecto de los recursos naturales existentes en ellos. El artículo 21° de la Convención Americana reconoce el derecho a la propiedad privada. En este sentido, tanto la Comisión como la Corte Interamericana de derechos humanos han reconocido el derecho de propiedad de los pueblos indígenas sobre sus territorios comunales; han ampliado los alcances de dicho derecho, otorgándoles las características especiales que conlleva la propiedad colectiva o comunal debido a la especial vinculación (tanto relacionada a la subsistencia física como espiritual) de los pueblos indígenas respecto de su territorio; y, haciendo explícito el deber de los Estados de garantizar el ejercicio de tal derecho.

Sobre el particular, en el Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni (Sentencia de 31/08/2001), la Corte ha reconocido la especial relevancia de este derecho respecto del ejercicio de muchos otros al establecer que “entre los indígenas existe una tradición comunitaria sobre la forma comunal de la propiedad colectiva en el sentido de que la pertenencia de ésta no se centra en un individuo sino en el grupo y su comunidad (...) para las comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras”.

2. Autonomía regulatoria y jurisdiccional dentro del ámbito territorial comunal.

La Constitución reconoce a las autoridades de las comunidades autonomía organizativa, normativa, administrativa, económica y jurisdiccional, dentro de su territorio y de acuerdo a su derecho consuetudinario (Art. 149).

Constitución de 1993, Art. 149. *“Vigencia del Derecho Consuetudinario: Las autoridades de las Comunidades Campesinas y Nativas, con el apoyo de las Rondas Campesinas, pueden ejercer las funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial de conformidad con el derecho consuetudinario, siempre que no violen derechos fundamentales.*

La ley establece las formas de coordinación de dicha jurisdicción especial con los Juzgados de Paz y con las demás instancias del Poder Judicial.”

El artículo 149° de la Constitución reconoce la llamada “jurisdicción especial” a las comunidades nativas, con competencia para ejecutar decisiones dentro de su ámbito territorial por medio de sus representantes, como es el caso de sus autoridades.

3. Derecho a la libre determinación (artículo 1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 21° de la Convención Americana y artículo 3 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los Pueblos Indígenas)

Según el artículo 1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos señala lo siguiente:

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

Las evidentes restricciones en el acceso y movilidad en el ámbito del territorio comunal que han dificultado o imposibilitado que los miembros de la comunidad puedan disponer libremente de sus recursos naturales, los cuales a su vez les garantizan su subsistencia, constituyen una violación de su derecho a la libre determinación, reconocido expresamente en el artículo 3° de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, derecho en virtud del cual éstos *“persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural”*, prerrogativas específicas que según lo manifestado por la propia Corte Interamericana están incluidas en el artículo 21° de la Convención Americana.

4. Derecho a la Inviolabilidad de Domicilio

4.1. Derecho a la protección de la integridad de los pueblos indígenas.

Los pueblos indígenas tienen derecho a su integridad territorial, biológica y cultural. Tienen el derecho de definir su modelo y prioridades de desarrollo dentro de su territorio, así como a gozar de un medio ambiente sano y condiciones adecuadas. El Estado está obligado a proteger a los pueblos frente al genocidio o la vulneración de sus derechos, garantizando su integridad, así como el medio ambiente de los territorios que habitan dichos pueblos.

Convenio 169, Artículo 2

1. *Los gobiernos deberán asumir la responsabilidad de desarrollar, con la participación de los pueblos interesados, una acción coordinada y sistemática con miras a proteger los derechos de esos pueblos y a garantizar el respeto de su integridad.*
2. *Esta acción deberá incluir medidas: b) que promuevan la plena efectividad de los derechos sociales, económicos y culturales de esos pueblos, respetando su identidad social y cultural, sus costumbres y tradiciones, y sus instituciones;*

Convenio 169, Artículo 7

3. *Los pueblos interesados deberán tener el derecho de **decidir sus propias prioridades** en lo que atañe el proceso de **desarrollo**, en la medida en que éste afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las **tierras que ocupan o utilizan** de alguna manera, y de **controlar**, en la medida de lo posible, su **propio desarrollo** económico, social y cultural. Además, dichos pueblos deberán participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente.*
4. *Los gobiernos deberán tomar medidas, en cooperación con los pueblos interesados, para proteger y preservar el **medio ambiente** de los territorios que habitan.”*

Constitución Política, Artículo 2. Inciso 9

“A la inviolabilidad del domicilio. Nadie puede ingresar en él ni efectuar investigaciones o registros sin autorización de la persona que lo habita o sin mandato judicial, salvo flagrante delito o muy grave peligro de su perpetración (...).”

4.2. Derecho a no permitir la intrusión no autorizada de terceros en territorios indígenas.

Los pueblos indígenas tienen la potestad de regular, consentir o no, y establecer condiciones para el ingreso de terceros en su territorio, incluyendo individuos y empresas de transporte.

Convenio 169, Artículo 18

*La ley deberá prever sanciones apropiadas contra toda **intrusión no autorizada en las tierras de los pueblos interesados o todo uso no autorizado de las mismas por personas ajenas a ellos**, y los gobiernos deberán tomar medidas para impedir tales infracciones.*

5. Derecho de Consulta Previa y Consentimiento de los Pueblos Indígenas

Según el artículo 6 del Convenio 169 de la OIT, los pueblos indígenas, como la Comunidad Nativa Tres Islas, tienen derecho a ser consultados antes de cualquier medida administrativa o legislativa que vaya a dar el Estado. La obligación para el Estado peruano rige desde el día 2 de febrero de 1995 en atención de la fecha de ratificación del Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales por parte de Perú.

Convenio 169 de la OIT, Artículo 6

1. Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán:

*a) **consultar** a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean **medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente;***

En el presente caso, la Dirección Regional de Energía y Minas del Gobierno Regional de Madre de Dios (Drem) al haber otorgado concesiones mineras en el ámbito de la comunidad (a través de las respectivas medidas administrativas) sin garantizar el ejercicio del derecho colectivo a la consulta y consentimiento previo, libre e informado ha violado el derecho de consulta y consentimiento que tienen los pueblos indígenas.

En el *Informe sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*, de 30 de diciembre de 2009, ha señalado en su párrafo 329 lo siguiente “ Sin perjuicio del hecho de que todo proceso de consulta debe perseguir el objetivo del consentimiento, en algunos casos específicos definidos, la jurisprudencia de la Corte Interamericana y los estándares internacionales exigen jurídicamente que los Estados obtengan el consentimiento libre e informado de los pueblos indígenas con carácter previo a la ejecución de planes o proyectos que puedan afectar sus derechos de propiedad sobre sus tierras, territorios y recursos naturales”¹⁹.

¹⁹ Pueden acceder a dicho informe en la página siguiente:
<http://cidh.org/countryrep/TierrasIndigenas2009/Indice.htm>

6. Derecho a un medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado

En el presente caso, la invasión progresiva y, en ocasiones, compulsiva de los territorios de la comunidad, para el desarrollo de actividades mineras ilegales, ha conllevado - además de la deforestación y la degradación de las tierras - la contaminación del suelo, el agua y el aire por diversas sustancias tóxicas (tales como el mercurio), lo que sin duda afecta los derechos antes mencionados y pone en significativo peligro la subsistencia y la seguridad alimentaria de los miembros de la comunidad.

Por ello, es importante mencionar que el derecho a un medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado ha sido expresamente reconocido en el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (denominado “Protocolo de San Salvador”), cuyo artículo 11° establece expresamente que

*“1. Toda persona tiene **derecho a vivir en un medio ambiente sano** y a contar con servicios públicos básicos. // 2. Los **Estados partes promoverán la protección, preservación y mejoramiento del medio ambiente**” (resaltado nuestro).*

7. Derecho a ser juzgado en un plazo razonable.

El artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos indica que: “Toda persona tiene **derecho a un recurso sencillo y rápido** o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales”. Por lo tanto, existe una **obligación de los tribunales de resolver en un plazo razonable los conflictos o causas que son sometidas a su competencia.** (Subrayado nuestro)

El artículo 8 de la Convención señala que:

*“Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y **dentro de un plazo razonable**, por un juez o tribunal competente, (...) para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o **de cualquier otro carácter**”.*

El Tribunal Constitucional en su jurisprudencia ha señalado, en los casos “Lucio Valentin Rosado Adanque”, Moura Garca (Exp. N.º 594-2004-HC/TC), Tito Martín Ramos Lam (Exp. 3778-2004-AA/TC), que el derecho al plazo razonable forma parte del debido proceso.

8. Derecho a acceso a la justicia

La dilación del proceso por la falta de pronunciamiento de los magistrados del Tribunal Constitucional contribuye a que se continúe con la violación de derechos y daños al hábitat de nuestra comunidad, y que este se convierta en irreparable.

La falta de pronunciamiento del Tribunal limita mi derecho de acceso a la justicia para recurrir a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, toda vez que debo agotar los recursos internos para poder acudir a instancias internacionales. Por ello, si continúan aplazando el tiempo para resolver esta causa, **nos veremos obligados a iniciar la acción internacional**. La justicia tardía no es justicia.

9. EL derecho a la libertad de tránsito

La Libertad de tránsito tiene como **supuesto de hecho** que existe **una vía pública** o una **servidumbre de paso**, vías en las cuales las personas pueden ejercer dicha libertad, como ha dejado sentada la jurisprudencia del TC. Tal no es el caso de senderos, caminos, vías o trochas carrozables que se encuentran dentro de una propiedad privada, en cuyo caso, el ingreso requiere de la autorización de su propietario.

“Este Tribunal Constitucional ha señalado que la facultad de desplazamiento que supone el derecho a la libertad de tránsito también se manifiesta a través del uso de las vías de naturaleza pública o las vías privadas de uso público. En el primer supuesto, el *ius movendi et ambulandi* se expresa en el tránsito por parques, calles, avenidas, carreteras, entre otros; en el segundo supuesto se manifiesta, por ejemplo, en el uso de las servidumbres de paso. Sin embargo, en ambas situaciones, el ejercicio de dicha atribución debe efectuarse respetando el derecho de propiedad.” (Cfr. STC Exp. No 846-2007-HC/TC).

Ahora, para que una empresa de transporte público de carga y pasajeros pueda circular, además de tratarse de vías públicas, tal empresa requiere contar con las **autorizaciones legales** correspondientes, como ha dejado sentado también la jurisprudencia del mismo TC. Es decir, a diferencia de una persona individual, una empresa de transportes no puede circular por donde desee sino por donde las autoridades correspondientes le han autorizado y bajo las condiciones de dicha autorización. (Expediente N° 05533-2008.PHC/TC).

El Tribunal Constitucional ha indicado que se puede restringir el tránsito vehicular para preservar el ambiente. Expediente N° 05533-2008.PHC/TC de 23 de marzo de 2010, fundamento 8: “(...) si bien los decretos de alcaldía cuestionados restringieron el derecho a la libertad de tránsito; ello no implica necesariamente que esta situación sea arbitraria o irracional, pues como ya se ha establecido los

derechos no son absolutos. En el caso de autos, las restricciones obedecen a normas expedidas por la Municipalidad Provincial de Trujillo con el fin de proteger la calidad ambiental del Centro Histórico de la ciudad recupera su patrimonio arquitectónico; lo que a su vez implica la protección de otros derechos como el derecho a la vida y salud, así como a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de la vida”.

II. PETITORIO:

Por los argumentos antes expuestos, solicitamos que el Pleno del Tribunal Constitucional:

- 1. Declare la nulidad de la sentencia de hábeas corpus (Exp. 624-2010) presentado por los demandantes, suspendiendo todos sus efectos y reponiendo las cosas al estado anterior, a fin de proteger nuestros derechos de debido proceso, libertad individual, inviolabilidad de nuestro domicilio colectivo respecto del ingreso de terceros y autoridad sobre nuestro territorio y demás derechos colectivos.**
- 2. Ordene el archivo definitivo del proceso penal arbitrario por presunto delito contra los medios de transporte (Exp. 952-2010 Primer Juzgado Penal de Investigación Preparatoria del Distrito Judicial de Puerto Maldonado) que se sigue en mi contra y los miembros de la junta directiva de la Comunidad que presidí; y cese de toda persecución arbitraria contra todo miembro de la comunidad por ejercer control de nuestro territorio como propietarios y como autoridad.**
- 3. Ordene el cese de la violación de nuestro domicilio colectivo mediante la restitución de la tranquera y casa de control comunal construida por la Comunidad Nativa “Tres Islas” dentro del territorio de la comunidad, a la altura del Km. 24 de la carretera Interoceánica.**
- 4. Restituya nuestra autoridad y autonomía organizativa, territorial, administrativa y jurisdiccional dentro de nuestro territorio como comunidad nativa y pueblo indígena que somos.**
- 5. Ordene a las empresas de transporte “Los Pioneros” y “Los Mineros” que no ingresen en nuestro territorio sin nuestra autorización, que respeten nuestra propiedad y nuestra autoridad, y que reparen todo el daño que nos han causado por desconocer nuestros derechos constitucionales, por facilitar el ingreso de mineros y taladores ilegales y otros intrusos, y por usar pruebas falsas para denunciarnos.**
- 6. Ordene la salida de los terceros que ingresan y están instalados en nuestro territorio sin nuestra autorización, como mineros y taladores ilegales, dueños de bares y prostíbulos, y a las personas que trabajan para tales personas.**

7. **Ordene la restitución de la propiedad comunal dañada**, incluyendo la reparación del hábitat, daños ambientales, aguas contaminadas, bosques primarios destruidos, fauna y flora destruida y todos los daños causados por los demandantes del HC 624-2010 y los terceros llevados por los transportistas a nuestro territorio.
8. **Ordene a toda autoridad estatal** (municipal, regional, judicial, fiscal, policial y del gobierno central) que respete los derechos de propiedad y la autoridad y autonomía que tenemos sobre nuestro territorio como comunidad nativa y pueblo indígena, y que **no den ningún tipo de autorización que nos pueda afectar, sin nuestro consentimiento**.
9. **Ordene al gobierno regional y nacional que no dé ninguna concesión minera ni de ningún tipo en nuestro territorio** sin consultarnos ni obtener nuestro consentimiento previo, libre e informado, como manda la Corte Interamericana (Caso Saramaka vs. Surinam, punto resolutivo 7).
10. **Disponga la publicación de esta sentencia por medios de comunicación** masivos a nivel nacional y regional, por medios escritos y audiovisuales, a fin de que “todo peruano” se informe de nuestros derechos y sepa que no tiene atribución para ingresar a nuestro territorio sin nuestra autorización, y menos para dañarlo de algún modo.
11. **Disponga la capacitación de magistrados/as**, policías y todo tipo de funcionario, a nivel regional y nacional, sobre los derechos que tenemos como pueblos indígenas, a fin de que no se repita con otros pueblos el irrespeto y daño que nos ha ocurrido.
12. **Ordene abrir investigación penal contra las autoridades que resulten responsables por las arbitrariedades cometidas en contra de la comunidad al amparar infundadamente el HC 624-2010, por amenazarnos y perseguirnos penalmente; por desconocer nuestra propiedad y autoridad; y por todos los daños ocasionados a nuestra integridad territorial, física, biológica y cultural; asimismo, contra los demandantes del HC 624-2010 por haber presentado documentos y pruebas falsas.**
13. **Disponga la reparación de costas y costos del presente proceso.**

POR TAL MOTIVO:

A Usted señor Presidente, solicitamos tener presente los alegatos antes expuestos y declarar fundada nuestra demanda por ser de justicia.

Lima, 02 de agosto de 2012.

EXP. N.º 01126-2011-HC/TC
MADRE DE DIOS
JUANA GRISELDA
PAYABA CACHIQUE

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 11 días del mes de setiembre de 2012, el Pleno del Tribunal Constitucional, con la asistencia de los señores magistrados Álvarez Miranda, Urviola Hani, Vergara Gotelli, Mesía Ramírez, Beaumont Callirgos, Calle Hayen y Eto Cruz, pronuncia la siguiente sentencia, con el fundamento de voto del magistrado Mesía Ramírez, que se agrega.

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por doña Juana Griselda Payaba Cachique, presidenta de la Comunidad Nativa Tres Islas, contra la resolución expedida por la Sala Superior Mixta y de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Madre de Dios, de fojas 215, que en mayoría declaró improcedente la demanda de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 13 de noviembre de 2010, doña Juana Griselda Payaba Cachique, Presidenta de la Comunidad Nativa Tres Islas, interpone demanda de hábeas corpus en su nombre y a favor de los integrantes de su comunidad contra la División de Seguridad del Estado de la Policía Nacional del Perú con sede en Tambopata, la Segunda Fiscalía Provincial Penal Corporativa con sede en Tambopata y la Sala Superior Mixta y de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Madre de Dios. Alega que mediante la sentencia contenida en la Resolución N.º 8, de fecha 25 de agosto de 2010, derivada del Expediente N.º 624-2010-0-2701-JR-PE-01 expedida por la Sala Mixta y Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Madre de Dios, se ordenó el retiro inmediato del cerco de madera y de la vivienda construida en el centro del camino vecinal Fitzcarrald-Teniente Acevedo-Diamante, y que se remita lo actuado al representante del Ministerio Público para que proceda conforme a sus atribuciones. Indica que con tal sentencia el Poder Judicial está desconociendo la decisión jurisdiccional indígena, reconocida por el artículo 149º de la Constitución, de controlar el ingreso de personas extrañas al territorio comunal. De otro lado, afirma que a partir de ello se ha iniciado una persecución penal arbitraria e inconstitucional en contra de su persona y de las autoridades indígenas

de la Comunidad Nativa Tres Islas que tomaron tal decisión. Así, afirma que desde el 1 de octubre de 2010 viene siendo citada por la Policía Nacional del Perú y viene siendo investigada por el Ministerio Público por el hecho de ejercer la función jurisdiccional indígena.

Refiere que la Comunidad Nativa Tres Islas está conformada por los pueblos indígenas *Shipibo* y *Ese`Eja*, de las familias lingüísticas Pano y Tacana, y se encuentra asentada en la sub-cuenca del Río Madre de Dios en el Distrito de Tambopata, Provincia de Tambopata, Departamento de Madre de Dios. Sostiene que su comunidad tiene reconocimiento oficial inscrito en el Registro Nacional Desconcentrado de Comunidades Nativas, a cargo de la Dirección Subregional de Agricultura-Madre de Dios, y cuenta con título de Propiedad N.º 538, otorgado por el Ministerio de Agricultura. Agrega que el territorio está ubicado en una zona de bosques tropicales húmedos, que es el hábitat natural de su comunidad, la cual basa su subsistencia en las plantas, frutos y animales del bosque, así como en la extracción racional y sostenible de madera de los bosques y de los peces del río Madre de Dios, que bordea y atraviesa su territorio.

Aduce que desde hace unos años su comunidad viene sufriendo la tala ilegal de madera por personas extrañas a la comunidad que están deforestando la zona; que su comunidad es víctima del deterioro del medio ambiente, la muerte de aguajales, plantas, peces, aves y animales del monte debido a la actividad de minería artesanal que vienen desarrollando personas no autorizadas por la comunidad, sin control medioambiental ni fiscalización alguna; y que dichas actividades han generado un deterioro general en sus condiciones de salud y trabajo. Al respecto, manifiesta que los mineros y madereros ilegales invaden el territorio de su comunidad, deforestan los bosques, contaminan el río y depredan el hábitat de su pueblo, destruyendo el medio de subsistencia de la comunidad y alterando su forma de vida. Refiere además que el ingreso de taladores y mineros ilegales implica la realización de otras actividades que perturban la vida y tranquilidad de la comunidad y el libre desarrollo de sus miembros, en particular la de los niños y niñas. Y es que se expenden bebidas alcohólicas en fiestas, provocando riñas y escándalos, además de introducir la prostitución y provocar actos de violencia. Agrega que su comunidad identificó que la presencia e incremento de dichos mineros informales, taladores ilegales de madera y personas dedicadas a la prostitución se debía al ingreso no autorizado de dos empresas de transporte en su territorio: *Los Mineros S.A.C.* y *Los Pioneros S.R.L.*, las que contarían con el permiso otorgado por la resolución de gerencia de la Municipalidad Provincial de Tambopata para circular por la ruta que ingresa al territorio de la comunidad, sin que tal autorización haya sido consultada a la comunidad.

Frente a esta situación manifiesta que en ejercicio de sus funciones jurisdiccionales indígenas, y luego de que el tema fuera debatido al interior de la

comunidad, se tomó la decisión de controlar la entrada de vehículos que ingresaban por la trocha carrozable que viene del kilómetro 24 de la carretera Maldonado-Cusco y que pasa por el territorio de la comunidad, para lo cual la comunidad construyó una caseta de 5 metros de ancho por 10 metros de largo; y que frente a ello los miembros de las empresas de transporte referidas interpusieron demanda de hábeas corpus, la misma que fue declarada fundada en primera y segunda instancia por la supuesta afectación arbitraria del derecho a la libertad de tránsito. No obstante, la demandante alega que no se tomó en cuenta que la decisión de la comunidad de restringir el libre tránsito era la decisión de una autoridad jurisdiccional indígena y que se fundaba en la necesidad de proteger su integridad colectiva.

Por consiguiente, de un lado alega que se viene amenazando su libertad individual al estar siendo investigada y perseguida penalmente de manera arbitraria e inconstitucional, por cuanto la decisión de controlar la intrusión de terceros que dañan la integridad territorial, física y biológica de los pueblos indígenas *Shipibo* y *Ese`Eja* se efectuó de conformidad con el artículo 149° de la Constitución, así como el artículo 18 del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo. De otro lado indica que se ha vulnerado su derecho a ejercer funciones jurisdiccionales como autoridad de la Comunidad Nativa Tres Islas, puesto que la Sala Superior Mixta y de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Madre de Dios ordenó la destrucción de la caseta e impide que la comunidad nativa regule y controle quiénes pueden ingresar a su territorio, vulnerando con ello la integridad territorial de su comunidad. Al respecto, aduce que conforme al artículo 89° de la Constitución, se reconoce el derecho a la identidad cultural de las comunidades campesinas y nativas y a su existencia legal, personería jurídica y autonomía dentro de la ley. Y que el artículo 149° de la Constitución reconoce que las autoridades campesinas y nativas pueden ejercer funciones jurisdiccionales de conformidad con el derecho consuetudinario, siempre que no violen los derechos fundamentales.

La Procuraduría del Poder Judicial solicita que la demanda sea rechazada, sosteniendo que la sentencia cuestionada ha sido motivada adecuadamente, no vulnerando derecho fundamental alguno.

El Segundo Juzgado de Investigación Preparatoria de Tambopata, con fecha 15 de noviembre de 2010, declaró la improcedencia liminar de la demanda, por considerar que el Ministerio Público, como órgano autónomo, no tiene facultades coercitivas para restringir o limitar la libertad, y que, por consiguiente, no tiene ninguna incidencia negativa en la libertad de las personas. La Sala de Apelaciones-Sede Central Puerto Maldonado, con fecha 27 de diciembre de 2010, declara nulo el rechazo liminar y ordena al Juez admitir a trámite la demanda y emitir una nueva

resolución. El Segundo Juzgado de Investigación Preparatoria de Tambopata, con fecha 19 de enero de 2011, declara improcedente la demanda, por los mismos motivos ya expuestos.

La Sala Mixta y Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lima, con fecha 4 de febrero de 2011, emitió voto en mayoría suscrito por los magistrados Marrrou Garmes y Arcela Ynfante, que declaró improcedente la demanda de hábeas corpus por considerar que no puede acudir a la justicia constitucional con la finalidad de reevaluarse los medios probatorios del proceso constitucional ya fenecido ni en la investigación penal en curso. Con fecha 8 de febrero de 2011 se emite el voto en discordia expedido por el juez superior Rodas Huamán, que estima que la demanda debe ser declarada infundada, argumentando que no se evidencia en el caso, que el proceso de hábeas corpus haya sido tramitado transgrediéndose el derecho a la tutela procesal efectiva.

FUNDAMENTOS

1. Delimitación del petitorio

1. Debe identificarse primeramente cuáles son los supuestos actos lesivos a fin de centrar el análisis que se llevará a cabo en la presente sentencia. Esta demanda de hábeas corpus tiene por finalidad anular la sentencia contenida en la Resolución N.º 8, de fecha 25 de agosto de 2010, del Expediente N.º 624-2010-0-2701-JR-PE-01 expedida por la Sala Mixta y Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Madre de Dios (fojas 45). De igual modo, solicita la suspensión de las investigaciones que la Policía Nacional del Perú (PNP) y el Ministerio Público vienen llevando a cabo en contra de la demandante.
2. Como ha sido indicado en la presente demanda, la comunidad nativa representada por la demandante decidió controlar la intrusión no autorizada de terceros que estarían vulnerando la integridad territorial, física y biológica de la comunidad nativa porque estarían realizando actividades de tala ilegal de árboles, minería informal y la prostitución informal. Por ello, dentro de su territorio, se construyó una garita y un cerco de madera en el camino vecinal Fitzcarrald-Teniente Acevedo–Diamante, que permite el acceso a su propiedad. La demandante argumenta que dicha decisión fue tomada por los dirigentes de la comunidad nativa en virtud del ejercicio de su función jurisdiccional, reconocido por el artículo 149º de la Constitución. De igual modo, la demandante alega que luego de la sentencia antes referida y que ahora se cuestiona, se inició una persecución en contra ella y contra los directivos de la comunidad que tomaron la decisión, atentando contra su libertad.

3. Este Tribunal observa que el elemento que genera el presente conflicto se ubica en la supuesta afectación del derecho a la propiedad del territorio de la comunidad nativa Tres Islas. En efecto, fue en virtud a la alegada protección de la integridad de su territorio por lo cual la comunidad nativa decidió controlar la intrusión no autorizada de terceros a su territorio comunal. Decisión que, a decir de la demandante, no habría sido respetada por la sentencia del Poder Judicial, a pesar de haber sido tomada en virtud del artículo 149° de la Constitución. Y como consecuencia de ello, se habrían iniciado las investigaciones policiales y del Ministerio Público por delitos contra los medios de transporte, comunicación y otros servicios públicos, en la modalidad de entorpecimiento al funcionamiento de los servicios públicos.
4. No obstante lo alegado por la demandante y el proceso constitucional por medio del cual se solicitó la protección de los derechos fundamentales, lo que este Tribunal debe determinar, en primer lugar, es si es que existe vulneración del derecho de propiedad de la comunidad nativa, específicamente respecto de la propiedad de su territorio. Seguidamente se tendrá que determinar si es que el control de la intrusión al territorio comunal mediante la construcción de un cerco de madera y una caseta en el camino vecinal, es una materialización de la función jurisdiccional de las comunidades nativas y campesinas. Debe precisarse, en todo caso, que este Tribunal entiende que, en estricto, se trataría del ejercicio de la autonomía que tienen tales comunidades de conformidad con lo establecido en el artículo 89° de la Constitución. Así también lo ha expuesto la demandante, al afirmar que el derecho al propio sistema jurídico descansa en el derecho de los pueblos indígenas a gozar de su autonomía y autodeterminación. Como se apreciará más adelante, lo resuelto acerca de estas pretensiones tendrá una incidencia directa sobre la pretensión relativa a la amenaza de libertad que se ha invocado en la presente demanda, debiendo repercutir en las investigaciones del Ministerio Público y la PNP.

2. Consideraciones previas

2.1 Quebrantamiento de forma y necesidad de dilucidación de la controversia planteada

5. Si bien se advierte que la sentencia de hábeas corpus materia del recurso de agravio constitucional no cuenta con tres firmas en un mismo sentido, ello no implica que se tenga que declarar la nulidad de todo lo actuado. Así, este Tribunal ha establecido que frente a casos en donde urge la resolución a fin de evitar daños irreparables, es factible que se resuelva sobre el fondo a pesar de que la Sala no haya emitido pronunciamiento con tres firmas en un mismo sentido (STC 04053-2007-PHC/TC, fundamento 2).

6. Como se puede apreciar en el presente caso, a fojas 215-224 los vocales superiores Marrou Garmes y Arcela Ynfante determinaron la improcedencia de la demanda mientras que el vocal Rodas Huaman decidió declarar infundada la demanda. Sin embargo, como ya se advirtió, este Colegiado considera innecesario rehacer el procedimiento, habida cuenta de la necesidad de pronunciamiento inmediato, sustentada en las razones de urgente tutela que más adelante se exponen. Tal proceder, por otra parte y como lo ha señalado en innumerables ocasiones este mismo Colegiado, se sustenta en la idea de no sacrificar el objetivo del proceso constitucional, por encima de aspectos esencialmente formales, tal como lo establece el Artículo III, párrafo tercero, del Código Procesal Constitucional.

2.2. Proceso de hábeas corpus y reconducción al amparo

7. La Constitución ha dispuesto en su artículo 200, inciso 1, que frente a la amenaza o vulneración de la libertad individual y los derechos conexos procede la interposición del hábeas corpus. Por su parte, el inciso 2, dispone que el amparo procede frente a amenazas o vulneraciones a los demás derechos reconocidos por la Constitución, con excepción del derecho al acceso a la información y a la autodeterminación informativa, que se tutelan por medio del hábeas data.
8. En el presente caso, la demandante alega que impedir la construcción de una caseta –ubicada dentro del territorio comunal– en un camino para poder controlar el ingreso de personas ajenas a la comunidad, vulnera la “integridad territorial, física y biológica de los pueblos *Shipibos* y *Ese’ija*.” Así, la demandante se ha referido en el escrito de la demanda a la vulneración de la “integridad del territorio”, y posteriormente ha hecho referencia al “domicilio territorial” o “domicilio comunal”. No obstante ello este Tribunal entiende que el derecho de propiedad no puede ser equiparado al de domicilio, domicilio territorial o inclusive de domicilio comunal. En tal sentido, puesto que el derecho de propiedad no tiene en este caso una vinculación inmediata o conexas con la libertad individual y de locomoción, debe ser tutelado mediante el proceso de amparo.
9. Así, este Colegiado considera pertinente en el presente caso recordar que ante situaciones en las que se advierta la falta de conexidad con la libertad, no solamente cabe la improcedencia de la demanda o su anulación a fin de que sea tramitada desde un principio como proceso de amparo. Es posible también que el Tribunal Constitucional reconvierta el proceso de hábeas corpus en uno de amparo, a fin de resolver el conflicto constitucional. Al respecto, este Colegiado, en uso de su autonomía procesal, ha previsto reglas para la

reconversión de procesos de hábeas corpus a procesos de amparo [STC 05761-2009-PHC/TC, fundamento 27]. En tal sentencia se determinan los principios y límites para la conversión de los procesos constitucionales, que a saber son:

- a) La conversión no es obligatoria para los jueces constitucionales de primera instancia, mas sí para los de segunda y última instancia.
- b) La conversión deberá observar que el plazo de prescripción de la demanda no haya vencido.
- c) La conversión deberá verificar la legitimidad para obrar del demandante.
- d) La conversión en ningún caso podrá variar el petitorio ni la fundamentación fáctica de la demanda.
- e) Ha de existir riesgo de irreparabilidad del derecho.
- f) La conversión deberá preservar el derecho de defensa del demandado.

10. a) *La conversión deberá observar que el plazo de prescripción de la demanda no haya vencido.* El artículo 44° del Código Procesal Constitucional prevé un plazo de 30 días hábiles para interponer la demanda de amparo contra una resolución judicial. De acuerdo con la jurisprudencia de este Tribunal, dicho plazo concluye 30 días hábiles después de la notificación de la resolución que ordena se cumpla lo decidido [STC 0252-2009-PA/TC, fundamento 13]. Mediante resolución del 1 de julio de 2011 (fojas 45 del cuadernillo del Tribunal Constitucional), este Tribunal ordenó al Juzgado de Investigación Preparatoria del Módulo Penal CPP-CSJMD/PJ que informe documentadamente sobre la ejecución de lo ordenado en la sentencia emitida en el proceso de hábeas corpus 00624-2010-0-2701-JR-PE-01 y, asimismo, se remita copia de los cargos de notificación de la resolución N.º 11, de fecha 21 de setiembre de 2010, que dispone la ejecución de la sentencia. Mediante oficio N.º 624-2010-0-1JIP-CSJMD-PJ/pcqh (fojas 794 del cuadernillo del Tribunal Constitucional), el referido juzgado dio respuesta a lo dispuesto por el Tribunal. De acuerdo con el informe que se acompaña al dicho oficio, la sentencia de hábeas corpus cuestionada se ejecutó el 23 de setiembre de 2010 (fojas 796), conforme al “Acta de ejecución de sentencia” obrante en fojas 812. En dicho informe se aprecia también una fotocopia incompleta de la Resolución N.º 11, de fecha 21 de setiembre de 2010 (fojas 814), así como la constancia de notificación de tal resolución firmada por Lucía Apaza Apaza, demandante en aquel caso (fojas 815). Sin embargo, no se aprecia notificación alguna a la ahora demandante de la resolución de “*cúmplase lo decidido*”, omisión que además ha sido alegada a lo largo del expediente por parte de la actora.

En tal sentido, al no acreditarse que la resolución que ordena “*cúmplase lo decidido*” haya sido notificada a la ahora demandante, este Colegiado considera que la demanda ha sido planteada dentro del plazo estipulado en el

artículo 44° del Código Procesal Constitucional, ya que la no notificación genera la continuidad de la vulneración, de acuerdo con la referida STC N.º 0252-2009-PA/TC.

- b) *La conversión deberá verificar la legitimidad para obrar del demandante.* En el presente caso la misma persona que interpone la demanda, doña Juana Griselda Payaba Cachique, es la emplazada en el proceso de hábeas corpus, cuya sentencia ahora se cuestiona. Por tanto, este Colegiado entiende que en caso de producirse la conversión se estaría observando la regla de legitimidad para obrar activa.
- c) *La conversión en ningún momento podrá variar el petitorio ni la fundamentación fáctica de la demanda.* Como se aprecia, no existe mayor modificación respecto los actos cuestionados y las que provocan la lesión al derecho fundamental argumentadas por la demandante y que fueron explicadas en la demanda. Con ello el Tribunal no sustituye la labor de la demandante, sino que encausa, en virtud de su labor profiláctica, las interpretaciones constitucionales.
- d) *Riesgo de irreparabilidad del derecho.* En el presente caso el cuestionamiento de la sentencia de hábeas corpus y de la investigación fiscal persiste en que se continúa afectando la propiedad de la Comunidad Nativa Tres Islas. Se aduce que la continua afectación al derecho a la propiedad y a la autonomía de la comunidad impactaría irremediablemente en la vida y desarrollo de sus miembros. Así, no es solo cuestión de resolver aspecto relativos a la libertad de la demandante, sino de evitar que precisamente esta alegada afectación pueda extenderse hasta hacer inviable el modo de vida que tiene el pueblo indígena asentado en la zona. Frente a este peligro latente de irreparabilidad, es de apreciarse que se cumple también con esta condición.
- e) *La conversión deberá preservar el derecho de defensa del demandado:* El juez constitucional habrá de ser muy escrupuloso en verificar si el demandado ejerció de modo sustancial su derecho de defensa, pues este Colegiado considera que en ningún caso se puede habilitar la tutela de un derecho fundamental si es que se está dejando desprotegido a otro de la misma clase. En el presente caso, tanto el procurador del Ministerio Público como el Poder Judicial han tomado conocimiento de la demanda, habiendo incluso informado oralmente a esta sede.

De otro lado, mediante Oficio N.º 5007-2011-MP-FN-2FPPCT-MDD (fojas 56 del cuadernillo del Tribunal Constitucional), el Fiscal de la Segunda Fiscalía

Provincial Penal Corporativa de Tambopata informó a este Colegiado de las investigaciones abiertas en contra de la recurrente. Del mismo modo, el Juez Supernumerario del Primer Juzgado de Investigación Preparatoria de Tambopata, mediante Oficio N.º 00624-2010-0-1JIP-CSJMD-PJ/pcqh (fojas 794), también informó a este Tribunal sobre el hábeas corpus materia de demanda, por lo que se puede afirmar que tanto el Ministerio Público como el Poder Judicial han tomado conocimiento del proceso y han ejercido su derecho de defensa.

Asimismo, cabe señalar que mediante resolución de fecha 9 de noviembre de 2011, este Colegiado dispuso que se oficie a las empresas de transporte *Los Pioneros S.R.L.* y *Los Mineros S.A.C.* a fin de que tengan la oportunidad de ejercer su derecho de defensa, en tanto que en el presente proceso constitucional se cuestiona la resolución que declaraba fundada la demanda de hábeas corpus a favor de los transportistas accionistas de estas empresas. Al respecto, si bien la sentencia de hábeas corpus cuestionada menciona como beneficiarios de dicha demanda a personas naturales, sin hacer referencia directa a las citadas empresas, en la demanda del presente proceso se precisa que los beneficiarios del hábeas corpus cuestionado son los accionistas de las citadas empresas, lo que ha sido confirmado en los escritos de absolución de los cargos presentados por las empresas *Los Pioneros S.R.L.* y *Los Mineros S.A.C.*, ambos de fecha 29 de diciembre de 2011. De este modo, habiéndose permitido ejercer su derecho de defensa a los emplazados como a quienes resultaron beneficiados con la sentencia de hábeas corpus cuestionada, la conversión al amparo de la presente demanda de hábeas corpus permitirá efectuar un control más adecuado de la resolución que declara fundada la demanda de hábeas corpus ahora cuestionada.

11. En suma, como se aprecia, se cumplen los requisitos impuestos por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional a fin de permitir la conversión del presente proceso de hábeas corpus en uno de amparo.

2.3. Amparo contra hábeas corpus

12. Debe considerarse también que este Tribunal ha establecido en la STC 01761-2008-PA/TC (fundamentos 29 y 30), que son procedentes las demandas de amparo contra sentencias de hábeas corpus. En efecto, se observa del expediente que se está cuestionando una sentencia de hábeas corpus estimatoria en procura de tutelar los derechos fundamentales de la demandante y los integrantes de la Comunidad Nativa Tres Islas, siendo esta la primera vez que tal hábeas corpus viene siendo cuestionado.

2.4. Constitución, multiculturalismo y realidad social

13. El multiculturalismo puede ser comprendido de dos maneras: como la descripción u observación de determinada realidad social, y también como una política de Estado que en base al reconocimiento de tal realidad, pretende reconocer derechos especiales a minorías estructuradas e identificadas en torno a elementos culturales. Este Tribunal ha dicho que “la Constitución de 1993 ha reconocido a la persona humana como miembro de un Estado multicultural y poliétnico; de ahí que no desconozca la existencia de pueblos y culturas originarios y ancestrales del Perú” [STC 0042-2004-AI/TC, fundamento 1]. Tal reconocimiento constitucional no es una mera declaración formal de principios sin consecuencias tangibles; por el contrario, implica un cambio relevante en la propia noción del Estado y la sociedad. Así, la inclusión de la perspectiva multicultural (o intercultural) en la Constitución, implica un giro copernicano en el concepto de Nación y, por consiguiente, de la identidad nacional.
14. Desde la perspectiva multicultural, la idea de una nación conformada por una única y exclusiva cultura homogénea debe de repensarse. Lo multicultural implica la aceptación de distintas culturas, manifestaciones culturales y distintas actitudes de ser y entender lo que es ser peruano, del desarrollo de la libre personalidad, de la visión comunitaria de las costumbres que provienen de la experiencia histórica, religiosa y étnica; y que informa a su manera y en su singularidad peculiar la identidad nacional en todas sus variantes. Este Colegiado ha indicado que la cláusula constitucional de igualdad [artículo 2, inciso 2 de la Constitución], contiene un reconocimiento implícito de *tolerancia a la diversidad* como valor inherente al texto fundamental y como una aspiración de la sociedad peruana [STC 0022-2009-PI/TC, fund. 3]. La *tolerancia a la diversidad* contempla también diferentes formas de aceptar concepciones de justicia y de respetar el ejercicio del poder contramayoritario, siempre que no contravengan directamente derechos fundamentales y los fines esenciales del Estado.
15. Debe considerarse también que el reconocimiento de otras culturas o identidades no debe ser confundido con políticas de asimilación. El concepto de asimilación está construido sobre percepciones que observan que otras culturas minoritarias son “menos avanzadas”, y como consecuencia de ello estarían irremediabilmente destinadas a perder su identidad en un proceso de “superación cultural”, al ser absorbidas por la sociedad dominante. Por el contrario, una visión que pretenda la integración considerando las diferencias culturales o que plantee estrategias de tolerancia por ciudadanías diferenciadas, es más respetuosa de las realidades e identidad cultural y étnica

de los pueblos indígenas. La premisa de la que se parte es que deben dejarse atrás perspectivas que situaban a los pueblos indígenas como culturas de menor desarrollo y valía y pasar a reconocerlas como iguales, con el mismo valor y legitimidad que la llamada cultura dominante. Ello es un proceso que requerirá un cambio progresivo de las instituciones democráticas del Estado y la sociedad.

16. Es por ello que el constituyente ha expresado [lo que ya fue resaltado en la STC 0022-2009-PI/TC, fundamento 4], en el artículo 2º, inciso 19 de la Constitución, el derecho a la identidad étnica y cultural, y el artículo 48º que, además del castellano, también son idiomas oficiales el quechua, el aimara y las demás lenguas aborígenes en las zonas donde predominen. Por su parte, el artículo 89º, reconoce la autonomía organizativa, económica y administrativa a las comunidades nativas, así como la libre disposición de sus tierras, las que no son materia de prescripción, reiterándose de igual forma la obligación del Estado de respetar su identidad cultural. A su vez, el artículo 149º permite que las comunidades nativas y campesinas puedan aplicar su derecho consuetudinario, ejercitando funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito de territorial, siempre que no vulneren derechos fundamentales. Es relevante mencionar también que el artículo 191º de la Constitución prescribe que la ley establecerá porcentajes mínimos para hacer accesible la representación de género, comunidades campesinas y nativas, y pueblos originarios en los consejos regionales y concejos municipales. Con ello, los pueblos indígenas han sido proveídos de herramientas legales cuyo objeto es proteger su existencia y su cosmovisión. De esta manera se reconoce el respeto a la diversidad y el pluralismo cultural, lo que tendrá que efectuarse siempre dentro del marco de respeto a los derechos fundamentales, el dialogo intercultural, los principios constitucionales y los valores superiores que la Constitución incorpora, tales como la dignidad de la persona, los principios de soberanía del pueblo, el Estado democrático de Derecho y la forma republicana de gobierno.
17. Y si bien resulta ya evidente afirmar que tales derechos y prerrogativas no pueden ser dejados de lado o desnaturalizados por los poderes constituidos, debe tomarse en cuenta que las tensiones y distancia entre la normativa y la realidad son parte de la dinámica social y del fenómeno jurídico. Es, pues, deber del Estado, en su función implementadora del ordenamiento jurídico, resolver estas tensiones e integrar la normativa en la realidad, a fin de que las consecuencias deseadas por las leyes y reglamentos tengan un impacto efectivo en la vida de los ciudadanos. La labor de los jueces del Poder Judicial, en general, y en particular el Tribunal Constitucional, en su calidad de supremo intérprete de la Constitución, adquiere una dimensión relevante en la tarea de cubrir los vacíos existentes entre las normas y la realidad. Con mayor énfasis si

se contempla la función supervisora que tienen los jueces constitucionales sobre la actividad de la Administración cuando se alegue la vulneración de derechos fundamentales. Y es que es la Administración la que aplica, en un primer momento, el ordenamiento jurídico en su función administrativa.

18. Así, debe resaltarse que uno de los elementos característicos del fenómeno multicultural en nuestro medio es que se reconoce y ensalza lo multicultural de hecho, pero no se implementan o se protegen eficazmente las políticas y derechos de naturaleza multicultural. Basta poner el ejemplo de lo ocurrido con el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo [en adelante Convenio 169] sobre el cual el Tribunal emitió la STC 05427-2009-PC/TC, en la que se hizo referencia a la inconstitucionalidad indirecta por omisión por parte del Ministerio de Energía y Minas al no haber reglamentado el referido convenio. O por el solo hecho de que tal convenio internacional no haya sido implementado en nuestro ordenamiento jurídico sino luego de más de 15 años desde su aprobación.
19. Es por ello que el Tribunal debe estar atento al referido contexto a fin de repensar categorías jurídicas y derechos desde la perspectiva multicultural, considerando además lo complejo de la implementación de normas multiculturales específicas, en procura de maximizar garantías que sostengan una sociedad plural y respetuosa de las diferencias. Específicamente para el caso de los pueblos indígenas, estos no solo legitiman sus derechos especiales en virtud de la distinción cultural, sino también por elementos históricos. En efecto, los pueblos indígenas u originarios, existentes desde antes de la creación del virreinato del Perú y de la República del Perú, ejercían hasta ese momento soberanía sobre sus territorios [artículo 1b) del Convenio 169]. Esto implica la autonomía en la toma de decisiones políticas de tal comunidad, incluyendo además la aplicación de sus costumbres jurídicas a fin de resolver conflictos sociales surgidos dentro de la comunidad. Pero esta realidad varió considerablemente con el proceso de conquista y de creación y expansión del Estado peruano, que decidió obviar toda diferenciación cultural a fin de iniciar la construcción de una sola identidad nacional.

2.5. La garantía de la propiedad sobre la tierra de las comunidades nativas y campesinas

20. En la STC 0005-2006-PI/TC (fundamento 40), este Tribunal ha reiterado que el derecho de propiedad es concebido como el poder jurídico que permite a una persona usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien. Así, la persona propietaria podrá servirse directamente de su bien, percibir sus frutos y sus productos, y darle destino y condición conveniente a sus intereses, siempre que

ejerza tales actividades en armonía con el bien común y dentro de los límites establecidos por la ley; e incluso podrá recuperarlo si alguien se ha apoderado de él sin derecho alguno. “Constitucionalmente, el derecho a la propiedad se encuentra reconocido no sólo como un derecho subjetivo, conforme a los incisos 8) y 16) del artículo 2º, sino también como una garantía institucional, conforme lo dispone el artículo 70º, según el cual el Estado garantiza su inviolabilidad”. Pero, además, la Constitución reconoce su artículo 88º el derecho de propiedad sobre la tierra en forma privada o comunal.

En la misma sentencia se ha indicado que en el “ámbito civil, el derecho de propiedad confiere a su titular cuatro atributos respecto del bien: usar, disfrutar, disponer y reivindicar, cada uno de los cuales permite un ejercicio pleno de este derecho. Asimismo, la doctrina civil analiza los caracteres de la propiedad, en tanto que es un derecho real, absoluto, exclusivo y perpetuo. Así, **es un derecho real** por excelencia, porque establece una relación directa entre el titular y el bien, ejercitando el propietario sus atributos sin intervención de otra persona. Además, la propiedad es *erga omnes*, esto es, se ejercita contra todos, cualidad denominada “oponibilidad”. **Es un derecho absoluto** porque confiere al titular todas las facultades sobre el bien: usa, disfruta y dispone. **Es exclusivo**, porque descarta todo otro derecho sobre el bien, salvo que el propietario lo autorice. Y **es perpetuo**, pues no se extingue por el solo uso”.

21. Pero esta visión civilista de la propiedad debe ser recompuesta desde una mirada multicultural, esto es, tomando en cuenta aspectos culturales propios para el caso de los pueblos indígenas. Así, este Tribunal ya ha establecido en anteriores sentencias la relevancia que las tierras tienen para los pueblos indígenas. En efecto, en la STC 0022-2009-PI/TC, este Colegiado recogió e hizo suyos los criterios establecidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Yakye Axa vs Paraguay*. Específicamente en lo concerniente al vínculo espiritual de las comunidades para con sus territorios. En efecto, en dicho caso la Corte Interamericana estableció que “la estrecha vinculación de los pueblos indígenas sobre sus territorios tradicionales y los recursos naturales ligados a su cultura que ahí se encuentren, así como los elementos incorporeales que se desprendan de ellos, deben ser salvaguardados por el artículo 21 [derecho a la propiedad privada] de la Convención Americana” [fundamento 137 del caso *Yakye Axa vs Paraguay*].
22. Y si bien la Constitución hace referencia a la protección de las tierras de las comunidades campesinas y nativas [artículo 88º y 89º de la Constitución], sin recoger el concepto de “territorio” de forma expresa, el Convenio 169 establece en su artículo 13º que la utilización del término “tierras” debe incluir el concepto de “territorios”. La diferencia entre el concepto de tierra y territorio

radica en que el primero se encuentra dentro de una dimensión civil o patrimonial, mientras que el segundo tiene una vocación política de autogobierno y autonomía. Así, esta dimensión política del término territorio se ajusta a la realidad de los pueblos indígenas, que descienden de las poblaciones que habitaban lo que ahora es el territorio de la República del Perú. Pero que, no obstante, luego de haber sido víctimas de conquista y colonización, mantienen sus instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o partes de ellas.

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 3° y 4° de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas-DNUDPI]. Ello no implica, desde luego, proponer o incentivar la desintegración del Estado o propiciar demandas separatistas; por el contrario, ha sido una tendencia estable en el derecho y la doctrina internacional conceptualizar el derecho a la autodeterminación de los pueblos indígenas sin el elemento separatista o secesionista. El objetivo es más bien el respeto de su autonomía para definir sus propios destinos, así como su idea y proyecto de desarrollo. Por lo tanto, el propio artículo 46° del DNUDPI establece específicamente una limitación -como todo derecho lo tiene- al derecho de autodeterminación indígena, explicitándose que nada de lo establecido en la declaración “autoriza o fomenta acción alguna encaminada a quebrantar o menoscabar, total o parcialmente, la integridad territorial o la unidad política de Estados soberanos e independientes”.
24. De igual forma, en virtud de los principios interpretativos de unidad de la Constitución y de concordancia práctica [STC 05854-2005-PA/TC, fundamento 12], la Constitución debe estar orientada a ser considerada como un “todo” armónico en donde “toda aparente tensión entre las propias disposiciones constitucionales debe ser resuelta “optimizando” su interpretación, es decir, sin “sacrificar” ninguno de los valores, derechos o principios concernidos, y teniendo presente que, en última instancia, todo precepto constitucional (...)”. Es por ello que lo referido al territorio indígena no puede ser interpretado sin considerar que el Estado peruano es uno e indivisible [artículo 43° de la Constitución].
25. De otro lado, el artículo 18° del Convenio 169 establece que: “La ley deberá prever sanciones apropiadas contra toda intrusión no autorizada en las tierras de los pueblos interesados o todo uso no autorizado de las mismas por personas

ajenas a ellos, y los gobiernos deberán tomar medidas para impedir tales infracciones.” En efecto, la Constitución establece una garantía expresa sobre la propiedad de la tierra en forma comunal o cualquier otra forma asociativa [artículo 88]. Y además prescribe en el artículo 89° que las comunidades campesinas y nativas deciden sobre el uso y la libre disposición de sus tierras, desprendiéndose de ello la facultad para decidir quiénes ingresan a sus territorios. Así, tales herramientas legales permiten ejercer su derecho a la propiedad de su territorio. En tal sentido, resulta claro que las comunidades nativas y campesinas tiene el legítimo derecho de, en virtud del derecho a la propiedad, controlar intrusiones a su propiedad. Cabe precisar, no obstante, que tal derecho de propiedad, como cualquier otro derecho en el marco del Estado Democrático y Social de Derecho, se encuentra limitado por otros bienes constitucionales, como lo son los establecidos en los artículos 66°, 67°, 70° y 72°, entre otros.

26. Se advierte entonces que la propiedad del territorio comunal se encuentra también limitada, por lo que no pueden ignorarse cláusulas constitucionales como las precitadas. Las tensiones sobre tales límites tendrán que ser resueltas desde el desarrollo del dialogo institucional. En la siguiente sección se analizará si es que se viene vulnerando el derecho a la propiedad de la Comunidad Nativa Tres Islas, lo cual será determinado sobre las consideraciones de los artículos 2°.16, 88° y 89° de la Constitución.

3. Sobre la afectación del derecho de propiedad del territorio indígena

a) Argumentos de la demandante

27. La demandante alega que la sentencia de hábeas corpus cuestionada permite que terceros extraños a la comunidad ingresen al territorio comunal sin autorización alguna. Argumenta que, de acuerdo con el Informe N.º 226-2011-MTC/14.07, de fecha 30 de junio de 2011, emitido por el Director de Caminos del Ministerio de Transportes y Comunicaciones, la ruta vecinal o rural MD-561 no atravesaría la Comunidad Nativa de Tres Islas (fojas 1047 del Cuadernillo del Tribunal Constitucional). De igual manera, indica que si bien las empresas de Transportes *Los Pioneros S.R.L.* contaba con autorización para transitar por tal camino, otorgado por la Municipalidad Provincial de Tambopata, esta era una autorización provisional de 60 días vigentes a partir de 15 de setiembre de 2006 (fojas 1052), por lo que ya habría expirado. Pero más aún, se aprecia a fojas 1050 que el Jefe de Control Patrimonial de la Municipalidad Provincial de Tambopata afirma que la autorización provisional referida no fue suscrita o firmada por quien ejercía la función de Sub-Gerente de Seguridad Vial y Tránsito en esa época, por lo que tales permisos serían fraudulentos. Además a

tenor del Oficio N.º 0140-2010-MPT-GSC-SGSV y T, de fecha 22 de noviembre de 2010, la Sub-gerente Seguridad Vial y Tránsito, refiere que las empresas referidas no cuentan con resolución de ampliación de ruta. Por último, indica que conforme al Certificado Compendioso del Registro de Propiedad Inmueble emitido por la Oficina de Registros Públicos, Zona Registral Madre de Dios, no aparece inscrito registro de servidumbre de paso sobre el lote de terreno rural denominado Tres Islas. Por lo tanto, la demandante sostiene que no existe derecho alguno que permita a terceros a la comunidad ingresar a su territorio sin su consentimiento, por lo que se estaría vulnerando el derecho a la integridad territorial de la Comunidad nativa Tres Islas.

b) Argumentos del Procurador Público del Poder Judicial

28. El procurador del Poder Judicial (fojas 201 del expediente) alega que la sentencia contra la cual se interpone la demanda se hizo con pleno respeto de los derechos fundamentales de los demandantes. Alega que no se puede determinar una vulneración de la tutela judicial efectiva.

c) Argumentos del señor Edgardo Salomón Jiménez Jara (Juez ponente de la sentencia de la Sala Superior Mixta y de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Madre de Dios)

29. Con fecha 9 de febrero de 2012, don Edgardo Salomón Jiménez Jara, quien suscribió en calidad de Juez ponente la sentencia cuestionada en este proceso, presentó documentación a este Tribunal. Así, ha adjuntado copia simple de la Resolución Gerencial General Regional N.º 069-2010-GOREMAD/GGR, de fecha 4 de mayo de 2010, que aprueba el expediente técnico de la obra de mantenimiento del camino vecinal Fitzarrald-Teniente Acevedo-Diamante.

d) Argumentos de las empresas de transportes los *Pioneros S.R.L.* y transportes *Los Mineros S.A.C.*

30. Con fecha 29 de diciembre 2011, la empresa de transporte *Los Pioneros S.R.L.* sostiene que la demandada nunca interpuso recurso de agravio constitucional contra la sentencia ahora cuestionada, y que pretender anular la sentencia del Expediente N.º 00624-2010-0-2701-JR-PE-01 constituye un imposible jurídico. Agrega, además, que en el referido expediente se adjuntó el Informe N.º 024-98-DRTCVC-MDD-DC, de fecha 9 de setiembre de 1998, de la Dirección Regional de Transportes, Comunicaciones, Vivienda y Construcción, CTAR-Madre de Dios, Dirección de Caminos, con lo que se justifica técnicamente la construcción de la carretera “Fitzcarrald-Teniente Acevedo-Diamante”.

31. Explica que la carretera “Fitzcarrald-Teniente Acevedo-Diamante” es una carretera de penetración que da acceso a varias comunidades de la zona, tales como la comunidad no nativa de Fitzcarrald, a la comunidad no nativa de Teniente Acevedo, la Comunidad no nativa y minera de Diamante y a la comunidad nativa de San Jacinto. Agrega que a pesar de contar con autorización para transitar por dicha vía, doña Juana Griselda Payaba Cachiqueobstruyó el paso por tal camino vecinal con la intención de cobrar un peaje ilegal, ante lo cual se interpuso demanda de hábeas corpus. La empresa de transportes *Los Mineros S.A.C.* expone los mismos argumentos recién expuestos.

e) Consideraciones del Tribunal Constitucional

32. Obra a fojas 2 del expediente el título de propiedad N.º 538, emitido por el Ministerio de Agricultura, por el cual se aprueba la demarcación del territorio ocupado por la Comunidad Nativa Tres Islas. En el presente caso se ha acreditado, a fojas 1047, que el Ministerio de Transportes y Comunicaciones ha indicado que la ruta vecinal o rural MD-561 no cruza o pasa por el territorio de la Comunidad Nativa Tres Islas. De igual forma, el documento de Provías Descentralizado, de fecha 10 de agosto de 2010, a fojas 283 del cuadernillo del Tribunal Constitucional, refiere que tal ruta vecinal no ha sido elaborada por la entidad. De otro lado, se observa que no existe documento alguno mediante el cual se acredite que tal camino es una servidumbre. Por el contrario, la demandante ha presentado documentación emitida por la Oficina de Registros Públicos, Zona Registral Madre de Dios, en donde se indica que no aparece inscrito registro servidumbre de paso sobre el lote de terreno rural denominado Tres Islas.
33. El Juez ponente de la sentencia de la Sala Mixta y de Apelaciones de la Corte de Justicia de Madre de Dios (señor Edgardo Salomón Jiménez Jara), ha acompañado copias simples de la Resolución de Gerencia General Regional N.º 069-2010-GOEMAD/GGR, sobre la aprobación de obra de mantenimiento del camino vecinal denominado “Fitzcarrald-Teniente Acevedo-Diamante”. Sin embargo, no argumenta nada en base a tal documento. Este Tribunal recuerda que es obligación de las partes presentar las argumentaciones e interpretaciones que coadyuven a este Colegiado a resolver las causas, lo que no ha ocurrido en esta ocasión. No obstante, respecto a dicha documentación, es relevante indicar que no se aprecia referencia alguna en la que se identifique que tal camino pasará por las tierras de la Comunidad Nativa Tres Islas o que se ha iniciado un proceso de expropiación o inclusive que se hayan programado mecanismos de consulta respecto de dicho proyecto. Es decir, no se establece referencia alguna a la naturaleza del camino ni al derecho de propiedad de la comunidad en cuestión.

34. Por lo expuesto, este Tribunal entiende que se ha acreditado la vulneración del derecho a la propiedad del territorio de la Comunidad Nativa Tres Islas, al haberse permitido a las empresas de transporte ingresar al territorio de tal comunidad, sin que medie título legítimo que así lo autorice. Y es que si bien es cierto que la libertad de tránsito es un derecho fundamental, también lo es que está sometida a ciertos límites, como lo es no invadir tierras ajenas sin consentimiento de los propietarios.
35. En este caso, se observa que la sentencia cuestionada no toma en cuenta el derecho de propiedad de la comunidad nativa amparada por los artículos 2º.16, 88º y 89 de la Constitución, centrándose tan solo en la libertad de tránsito invocada por los demandantes. Igualmente, indica que tal vía no podría ser cerrada ya que afectaría un interés mayor, como lo sería el tránsito por determinadas áreas. Si bien en dicha sentencia se explicita que la mencionada vía se encuentra dentro del “ambiente de propiedad o posesión de la comunidad nativa Tres Islas”, la Sala determina que dicho camino es una “vía privada pero de acceso público, ya que la misma tiene larga data en su uso como tal, que no ha sido materia de cuestionamiento (...) y no se trata de un área en la cual una persona en particular como posesionaria o propietaria del mismo haya construido dicho cerco de madera en medio de dicho camino en salvaguarda de su posesión y propiedad”. Esta afirmación no hace sino poner en evidencia la flagrante vulneración de la propiedad comunal.
36. Así, tales fundamentos no resultan constitucionalmente legítimos para sostener la decisión cuestionada. En efecto, no basta con argumentar que el cierre de tal camino afecta un interés de naturaleza colectiva, como lo es el desplazamiento de personas, cuando de otro lado existe otros derechos o intereses igualmente legítimos. Más aún cuando existen títulos que acreditan la propiedad de tal territorio, los mismos que no han sido negados o cuestionados en ningún momento por los demandados. Por consiguiente, se acredita que se ha vulnerado el derecho a la propiedad del territorio indígena de la Comunidad Nativa Tres Islas. En tal sentido, la comunidad nativa tiene el legítimo derecho de hacer uso de su derecho a la propiedad y determinar quiénes pueden ingresar a su propiedad, y quiénes no.

4. Sobre la afectación de la autonomía comunal

a) Argumentos de la demandante

37. La demandante indica que en virtud de la autonomía comunal reconocida por el artículo 89º y materializada en el artículo 149º de la Constitución, la comunidad tiene derecho de organizarse y tomar las medidas que estimen más

pertinentes para la protección de sus intereses y derechos, lo que en este caso se manifiesta en la capacidad de controlar quiénes ingresan a su territorio. No obstante, mediante la sentencia que ahora se cuestiona se ordenó la destrucción de la caseta y el cerco de madera que permitía realizar tal control. Alega que la sentencia cuestionada vulnera su autonomía comunal, facultad constitucional otorgada a las comunidades campesinas y nativas.

b) Argumentos del Procurador Público del Poder Judicial

38. El procurador del Poder Judicial (fojas 201) alega que la sentencia contra la cual se interpone la demanda se emitió con pleno respeto de los derechos fundamentales. Aduce que no se puede determinar una vulneración de la tutela judicial efectiva.

c) Argumentos de las empresas de transportes *Los Pioneros S.R.L.* y *Los Mineros S.A.C.*

39. En sus escritos de fecha 29 de diciembre de 2009, las empresas transportistas no han presentado argumentos específicos sobre la función jurisdiccional ejercida por la Comunidad Nativa Tres Islas; tan solo se limitaron a argumentar, de manera comprensiva, que el impedimento de transitar por el caminocarrozable vulneraba el derecho a la libertad de tránsito de los vehículos de la empresa.

d) Consideraciones del Tribunal Constitucional

40. En la STC 0023-2003-AI/TC (fundamento 11) este Tribunal Constitucional explicó que la “función jurisdiccional debe entenderse como aquel fin primario del Estado consistente en dirimir los conflictos interindividuales.” Por su parte, el artículo 149° de la Constitución reconoce el ejercicio de la función jurisdiccional a las comunidades campesinas y nativas, indicando que se trata de una jurisdicción especial, la cual se ejerce dentro de su ámbito territorial y con el límite de no vulnerar derechos fundamentales de la persona.

41. En tal sentido, este Tribunal entiende que la finalidad de la función jurisdiccional comunal o indígena es la de resolver conflictos interpersonales sobre la base del derecho consuetudinario. En el caso que ahora toca revisar se está más bien frente a una determinación no jurisdiccional de la comunidad nativa. En efecto, la Comunidad Nativa Tres Islas, mediante sus representantes, no resolvió un conflicto interpersonal, sino que plasmó una medida sobre el “uso y la libre disposición de sus tierras”, en virtud de la autonomía reconocida por el artículo 89 de la Constitución.

42. Como ya se estableció, la función jurisdiccional reconocida a las comunidades campesinas y nativas es una manifestación de la autonomía reconocida a tales las comunidades, pero, y esto debe resaltarse, no es la única. Por el contrario, existen otras formas en que esta autonomía es manifestada, como por ejemplo la manera en que usan o disponen de sus tierras, lo que incluye la determinación de quiénes ingresan al territorio de la comunidad. Como ya se ha anotado, esta protección a la propiedad de la tierra comunal permite el desarrollo de la identidad cultural de las comunidades nativas y campesinas, puesto que brinda un espacio material indispensable para el sostenimiento de la comunidad.
43. En la sentencia materia de la presente demanda se expresa que la decisión comunal se sobrepone al interés colectivo de quienes transitan por tal camino. Tal afirmación es realizada sin tomar en consideración la propia naturaleza de la autonomía comunal. En efecto, el artículo 7° del Convenio 169 establece que “Los pueblos interesados deberán tener el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural” (subrayado agregado). Ello, desde luego, puede verse materializado a través del ejercicio de su autonomía. Por su parte, el artículo 89° de la Constitución preceptúa que las comunidades nativas pueden disponer y hacer uso de sus territorios. En tal sentido, al no haberse permitido ejercer su derecho a controlar el ingreso de terceros a su comunidad, este Colegiado estima que el ámbito de autonomía de la Comunidad Nativa Tres Islas ha sido vulnerando.
44. Al respecto, debe tomarse en cuenta que la autonomía de las comunidades nativas y campesinas debe ser ejercida dentro del marco constitucional y legal, siempre que no se desnaturalice la esencia del derecho. En este caso, la comunidad nativa no ha afectado disposiciones legales ni administrativas. Por el contrario, la construcción de la caseta y del cerco de madera fue decisión legítima tomada en virtud de su autonomía comunal, reconocida por el artículo 89° de la Constitución. En tal sentido, al ser tal medida el ejercicio de un derecho constitucionalmente protegido, no podrían generarse consecuencias lesivas a tal actividad, de lo contrario se estaría vaciando de contenido la esencia de tales cláusulas constitucionales.
45. Así pues, debe considerarse que esta autonomía no implica que las autoridades estatales no puedan, en el ejercicio de sus funciones fiscalizadoras, ingresar, a fin de cumplir tales labores. Pero tal intromisión en el territorio indígena tendrá que ser debidamente justificada por la autoridad administrativa. De igual forma, este Tribunal estima importante enfatizar que, en virtud del Convenio

169 y la Ley N.º 29785, el Estado está obligado a consultar previamente a los pueblos indígenas aquellos actos administrativos o legislativos que pudieran afectarles directamente.

5. Sobre las consecuencias del ejercicio de protección del territorio comunal y la autonomía comunal

46. La demandante ha expresado que en virtud a la sentencia cuestionada se le ha iniciado una serie de investigaciones a nivel de la PNP y del Ministerio Público. Este Tribunal, atendiendo a los argumentos expuestos por la demandante, los fundamentos expuestos en la presente demanda y en virtud del *principio de corrección funcional* [STC 05854-2005-PA/TC, fundamento 12, c)], estima necesario notificar a las autoridades pertinentes a fin de que resuelvan tales investigaciones, tomando en cuenta las consideraciones expuestas en esta sentencia.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

HARESUERTO

1. Declarar **FUNDADA** la demanda de autos en lo que respecta a la afectación del derecho a la propiedad de la tierra comunal y del derecho a la autonomía comunal de la Comunidad Nativa Tres Islas. En consecuencia, **NULA** la Resolución N.º 8, de fecha 25 de agosto de 2010, derivada del Expediente N.º 00624-2010-0-2701-JR-PE-01, expedida por la Sala Mixta y Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Madre de Dios.
2. **ORDENA** a la Sala Mixta y Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Madre de Dios emita una nueva Resolución conforme a los fundamentos de la presente sentencia.
3. **ORDENA** que cesen los actos de violación del territorio de la propiedad comunal y de autonomía de la Comunidad Nativa Tres Islas vinculados a este caso.

Publíquese y notifíquese.

SS.

**ÁLVAREZ MIRANDA
URVIOLA HANI
VERGARAGOTELLI
MESÍA RAMÍREZ
BEAUMONT CALLIRGOS
CALLE HAYEN
ETO CRUZ**

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO MESÍA RAMÍREZ

1. En la sentencia, el Tribunal reconduce la demanda de hábeas corpus para resolverla como una de amparo, pues considera que los hechos alegados no evidencian que el derecho a la libertad se encuentre vulnerado. Este razonamiento me parece incorrecto, pues denota un desconocimiento del contenido del derecho a la libertad y de la jurisprudencia de la Corte IDH. En efecto, en el Caso *Chaparro Álvarez y Lapo Íniguez vs. Ecuador*, se subrayó que la libertad es “la capacidad de hacer y no hacer todo lo que esté lícitamente permitido”, es decir, constituye “el derecho de toda persona de organizar, con arreglo a la ley, su vida individual y social conforme a sus propias opciones y convicciones”.

Además, la sentencia demuestra un error de comprensión sobre el contenido normativo del art. 200.1 de la Constitución, en tanto que prescribe que el proceso de hábeas corpus procede cuando se “vulnera o amenaza la libertad individual” (subrayado agregado). Es evidente que la Constitución no habla de libertad física (como pretende hacer entender la sentencia), sino de libertad individual. En consecuencia, el hábeas corpus tiene un ámbito de protección que va mas allá de la libertad corpórea. A ello cabe agregar que en el hábeas corpus preventivo no existe acto que vulnere el derecho a la libertad, sino una amenaza cierta e inminente de que ello va a suceder. Lo mismo sucede en el hábeas corpus restringido, que tiene por objeto tutelar el derecho a la libertad cuando es objeto de molestias, obstáculos, perturbaciones o incomodidades.

2. En el presente caso, la demandante alega que está “siendo arbitrariamente investigada y perseguida penalmente” por la División de Seguridad del Estado de la PNP, la Segunda Fiscalía Penal de Tampobata y la Sala Mixta y Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Madre de Dios, por “hechos que no configuran delito”. Refiere que la investigación penal se inició porque la Comunidad Nativa Tres Islas decidió construir un cerco y una caseta para controlar el ingreso a su territorio; que este hecho fue denunciado por dos

empresas de transporte, aduciendo la comisión del delito de obstrucción a la libertad de tránsito; que las dos empresas de transporte interpusieron una demanda de hábeas corpus por afectación de su derecho a la libertad de tránsito, aduciendo que la construcción del cerco y de la caseta era el acto lesivo; y que en primera y segunda instancia se estimó la demanda de hábeas corpus, mientras que en su etapa de ejecución de la sentencia se dispuso el retiro del cerco y de la caseta mencionada.

Los alegatos referidos evidencian que la demanda no solo busca el cese de la amenaza de violación del derecho a la libertad de la demandante, sino también la tutela del derecho a la libertad de la Comunidad Nativa Tres Islas, pues el tramo por donde transitan las dos empresas de transporte que le interpusieron una demanda de hábeas corpus forma parte de su propiedad.

En buena cuenta, por aplicación del principio *iura novit curia*, considero que la demanda de autos busca que se declare la nulidad de las sentencias de hábeas corpus que estimaron la demanda de las dos empresas de transporte y que se ordene que las investigaciones fiscales originadas por dichas sentencias concluyan. Este último extremo a pesar de haber sido alegado en la demanda, no es analizado en la sentencia. Se trata de un hábeas corpus mixto: preventivo correctivo.

3. Planteada así la cuestión, estimo pertinente señalar que con la Resolución N° 087/MA-DSRA-MD-RI, de fecha 24 de junio de 1994, obrante a fojas 2, se acredita que a la Comunidad Nativa Tres Islas se le otorgó título de propiedad por una extensión superficial de 31,423 Has. 71 m². En la mencionada resolución se precisa que 18,402 Has. 10 m² están constituidos por tierras con aptitud para el cultivo y la ganadería y 9,173 Has. 10 m² por tierras con aptitud forestal.

En la sentencia de hábeas corpus de primera instancia, obrante de fojas 34 a 38, el Juzgado de Investigación Preparatoria de Tampobata para estimar la demanda, aduce que la caseta “obedece a intereses mezquinos y económicos, para exigir que los afectados ingresen vía fluvial, hecho que le genera ingresos económicos para la Comunidad [Nativa] Tres Islas”.

El argumento transcrito no resiste mayor análisis para concluir que contiene un razonamiento arbitrario, irrazonable e inconstitucional. Además, demuestra que el juez del Juzgado de Investigación Preparatoria de Tampobata imparte justicia con manifiesta subjetividad y no con objetividad. En dicha sentencia, además, de ordenarse el retiro del cerco de madera y de la caseta, se dispuso la remisión de copia de todo lo actuado al Ministerio Público.

En el recurso de apelación de esta sentencia, obrante de fojas 40 a 44, la Comunidad Nativa Tres Islas precisa que mediante la instalación de un cerco de madera y una caseta “ha manifestado de modo legítimo el ejercicio de [su] derecho de propiedad, que solamente se podría ver regulado (mas no limitado) por una servidumbre de paso otorgada a nuestros vecinos, que para ese fin tiene el camino vecinal (vía privada de uso público)”.

La sentencia de segunda instancia confirmó la estimación de la demanda de hábeas corpus, por estimar que “el camino (...) corresponde a una vía privad[a] de acceso público ya que la misma tiene larga data en su uso como tal” y porque “no se trata de un área en la cual una persona en particular como poseionaria o propietaria del mismo haya construido dicho cerco de madera en medio de dicho camino en salvaguarda de su posesión o propiedad”.

4. La motivación transcrita demuestra que la Sala de segunda instancia del proceso de hábeas corpus ahora cuestionado, para estimar dicha demanda desconoció el derecho a la propiedad de la Comunidad Nativa Tres Islas, pues ignora que el cerco de madera y la caseta fueron construidos en la superficie de su propiedad.

Este razonamiento demuestra que la orden de retiro inmediato del cerco de madera y de la caseta afecta el derecho a la libertad de la Comunidad Nativa Tres Islas, por cuanto los órganos jurisdiccionales mencionados le están prohibiendo hacer algo que lícitamente está permitido, por cuanto ella en ejercicio de su derecho a la propiedad construyó el cerco y la caseta referida y en ejercicio regular de ambos derechos decidió quienes podían transitar por su propiedad. Dicha decisión en ningún modo puede afectar la libertad de tránsito, pues el propietario es libre de decidir quienes ingresan o transitan por su propiedad y quienes no.

5. Por estas razones, considero que el mandato de la Resolución N° 1, de fecha 9 de agosto de 2010, y de la Resolución N° 8, de fecha 25 de agosto de 2010, emitidas en el Exp. N° 624-2010, privan el ejercicio del derecho a libertad de la Comunidad Nativa Tres Islas. Asimismo, las investigaciones fiscales recaídas en los Casos N°s 3606014502-2010-1519-0, 3606014502-2010-1882-0, 3606014502-2010-1519-1 y 3606014502-2010-1519-2, al tener conexión con las sentencias mencionadas, deben ser declaradas terminadas, pues suponen una molestia y obstrucción a la libertad de la demandante.
6. Finalmente, considero que la sentencia desarrolla un enfoque de multiculturalismo impertinente para resolver la demanda, pues en autos no existe discusión sobre la naturaleza de la propiedad o las dimensiones de ésta,

ya que la titularidad del derecho a la propiedad por parte de la Comunidad Nativa Tres Islas se encuentra fehacientemente acreditada.

Para entender la falta de trascendencia de esta argumentación, es necesario recordar que la Corte IDH en el *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*, enfatizó que “para las comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras”.

Los alegatos de la demanda demuestran que en el presente caso no se alega afectación del elemento material y espiritual que tiene la Comunidad Nativa Tres Islas sobre su tierra. Tampoco se aduce la existencia de acciones que busquen dañar el legado cultural que tienen en su tierra. Menos se habla de la autonomía comunal.

Por las consideraciones expuestas, considero que debe:

1. Declararse **FUNDADA** la demanda de hábeas corpus, por haberse acreditado la violación del derecho a la libertad de la Comunidad Nativa Tres Islas; en consecuencia, **NULAS** la Resolución N° 1, de fecha 9 de agosto de 2010, y la Resolución N° 8, de fecha 25 de agosto de 2010, emitidas en el Exp. N° 624-2010.
2. **ORDENAR** a las fiscalías correspondientes del Distrito Judicial de Madre de Dios tener por concluidas las investigaciones de los Casos N°s 3606014502-2010-1519-0, 3606014502-2010-1882-0, 3606014502-2010-1519-1 y 3606014502-2010-1519-2, por tener conexión con las sentencias anuladas.

Sr.

MESÍA RAMÍREZ

Fuente: Página web del TC

Versión Word: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2012/01126-2011-HC.html>

Versión PDF: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2012/01126-2011-HC.pdf>

Nota de Prensa N° 129-2012-OII/TC

Le dio la razón a Comunidad Nativa Tres Islas en Madre de Dios

**TC PRECISÓ EL DERECHO A LA PROPIEDAD TERRITORIAL Y
RESPECTO A LA AUTONOMÍA DE LAS COMUNIDADES NATIVAS
FRENTE A LA MINERÍA ILEGAL**



El Tribunal Constitucional precisó el derecho a la propiedad territorial y el respeto a la autonomía de las comunidades nativas, al declarar fundada la demanda de hábeas corpus (Exp. N° 01126-2011-HC/TC) interpuesta por la Comunidad Nativa Tres Islas contra la sentencia de hábeas corpus emitida por la Sala de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Madre de Dios.

De esta forma, anuló la resolución judicial que permitía el ingreso a su territorio de personas ajenas a la comunidad nativa. El Colegiado argumentó que la sentencia cuestionada no tomó en cuenta que al permitir tal ingreso se vulneraba la autonomía comunal y la propiedad territorial de la Comunidad Nativa Tres Islas, ubicada en la provincia de Tambopata, departamento de Madre de Dios.

En virtud a su autonomía comunal, la Comunidad Nativa Tres Islas, decidió impedir el ingreso de personas extrañas a su territorio puesto que desde hace unos años su comunidad viene sufriendo la tala ilegal que está deforestado la zona, el deterioro del medio ambiente, la muerte de aguajales, plantas, peces, aves y animales del monte debido a la actividad de minería artesanal que vienen desarrollando personas no autorizadas por la comunidad, sin control medioambiental ni fiscalización alguna; y que dichas actividades han generado un deterioro general en sus condiciones de salud y trabajo.

No obstante, tal decisión de la comunidad fue ignorada por el Poder Judicial y también por la Policía Nacional y el Ministerio Público, abriendo estas últimas entidades, investigación a las autoridades de la comunidad nativa.

En ese sentido, el Tribunal Constitucional ha revertido esta situación en virtud a la legitimidad constitucional de la Comunidad Nativa Tres Islas de regular quienes ingresan a su territorio, consideraciones que tendrán que ser tomadas en cuenta por el Ministerio Público y el Poder Judicial.

En esta sentencia el Tribunal desarrolló consideraciones sobre la autonomía comunal, reconocida en el artículo 89° de la Constitución y el derecho a la propiedad territorial, reconocida en el artículo 88° de la Constitución y en los artículos 13° y 14° del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo. De igual modo, se incluyeron referencias a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), en específico sobre la protección de la propiedad y el territorio de los pueblos indígenas y a la Declaración de la Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (DNUDPI), a fin de reforzar sus fundamentos sobre la protección de los derechos de los pueblos indígenas.

Este es el primer pronunciamiento de un órgano jurisdiccional nacional sobre el tema de la autodeterminación indígena, especificando que se trata de un derecho fundamental que no debe ser confundido con pretensiones separatistas o secesionistas. Por el contrario, se trata del espacio vital a partir del cual se preserva, construyen y reconstruye la identidad cultural de los pueblos indígenas, que se concretiza en la protección concreta de su territorio.

Lima, 25 de setiembre de 2012

Fuente: http://www.tc.gob.pe/notas_prensa//notas/2012/nota_2012_129.html



PARTE III



*Aportes de la sentencia del caso
de la comunidad nativa Tres Islas
para la defensa de los pueblos indígenas*

**APORTES DE LA SENTENCIA DE LA
COMUNIDAD NATIVA TRES ISLAS
PARA LA DEFENSA DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS**

Raquel Z. Yrigoyen Fajardo²⁰
Instituto Internacional de Derecho y Sociedad- IIDS /
International Institute on Law and Society- IILS

La Sentencia del Tribunal Constitucional (TC) en el caso de la Comunidad Nativa Tres Islas, Exp. 1126-2011-HC/TC. MADRE DE DIOS. JUANA GRISELDA PAYABA CACHIQUÉ (en adelante La Sentencia), constituye un avance paradigmático en materia de derechos indígenas, teniendo en cuenta la línea jurisprudencial del TC. Esta Sentencia contiene aportes muy importantes para la defensa de los derechos de los pueblos indígenas en el Perú, pues hace exigibles derechos que estaban consagrados en la Constitución Política del Perú de 1993 (Constitución) y el Derecho Internacional, pero que no tenían aplicación práctica.

Esta sentencia también es relevante porque integra un conjunto de fuentes de los derechos de los pueblos indígenas y los interpreta desde una perspectiva progresiva, *pro-homini* o pro-indígena, lo que permite resolver conflictos entre normas que reconocen derechos y otras que los niegan o restringen.

1. El cambio de la línea jurisprudencial del TC

Esta sentencia marca un hito importante, pues permite al Estado empezar a saldar una deuda pendiente con los pueblos indígenas en materia de protección efectiva de su autonomía, territorio y, en última instancia, de su autodeterminación.

La era de la inaplicación de derechos indígenas por el TC. A pesar de las provisiones de la Constitución Política del Perú de 1993, que reconocen la autonomía comunal, y la ratificación del Convenio N° 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en países independientes de la Organización Internacional del Trabajo (Convenio N° 169 de la OIT) por el Estado peruano, las organizaciones indígenas prácticamente no judicializaban el reclamo de sus derechos ante el TC, y el mismo no lo solía amparar. La ratificación del Convenio N° 169 fue aprobada mediante Resolución Legislativa N° 26253 del Congreso Constituyente

²⁰ Abogada peruana (PUCP), master y doctora en derecho por la Universidad de Barcelona con Especialidad en derecho consuetudinario indígena (UNAM, USAC). Ha tenido a su cargo la conducción de la estrategia de defensa legal en este caso, conjuntamente con el equipo del IIDS. (www.derechoysociedad.org, raquelyf@alertanet.org).

Democrático-CCD, y publicada el 5 de diciembre de 1993. Sin embargo, el TC tenía una práctica de inaplicación de derechos indígenas. Hace apenas cinco años, el 14 de marzo del 2007, el TC había declarado la inaplicabilidad del Convenio N° 169 de la OIT en la Sentencia EXP. N° 0033-2005-PI/TC del Gobierno Regional de Pasco²¹. Se trataba de un proceso de inconstitucionalidad interpuesto contra el artículo 3 de la Ley N° 26458, que creaba la provincia de Lauricocha en el departamento de Huánuco. Esta ley no había sido consultada, no obstante afectar a comunidades campesinas de dicho departamento. En tal oportunidad, el TC estableció que, dado que la consulta previa de leyes modificaba provisiones constitucionales sobre las facultades del Congreso, el Convenio N° 169 de la OIT era “inaplicable” porque debió haber sido ratificado según los procedimientos reforzados de aprobación de tratados que modifican provisiones constitucionales y, a juicio del TC, ello no había acontecido. El TC decía que no se había respetado las normas de la Constitución de 1993, cuando tal Constitución entró en vigencia después de ratificado el Convenio N° 169 de la OIT y sin tener en cuenta que la aprobación de la ratificación se dio por dicho Congreso Constituyente Democrático-CCD que tenía potestades de Congreso y Constituyente.

La era del reconocimiento del Convenio N° 169 de la OIT como parte del bloque de constitucionalidad, pero la consideración de la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas como “soft law”. En el 2010, el TC dio una sentencia en la que abandonaba su posición anterior de negar la aplicabilidad del Convenio N° 169 de la OIT. En el caso Cordillera Escalera, el TC reconoció por primera vez la vigencia del Convenio 169 de la OIT y estableció que tal formaba parte del “bloque de constitucionalidad”, abriendo una nueva línea jurisprudencial²². En ese marco, el TC estableció la obligatoriedad de la consulta previa, aunque definió a dicho derecho de modo negativo. Esto es, que el derecho de consulta no incluía el derecho de veto²³. Asimismo, estableció que la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas era parte del “soft law” o derecho blando, y que por lo tanto tal no era obligatorio²⁴.

²¹ Tribunal Constitucional del Perú. EXP. N° 0033-2005-PI/TC. GOBIERNO REGIONAL DE PASCO. RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, 14 de marzo de 2007, párr.4.a.

²² Tribunal Constitucional del Perú. EXP. N° 03343-2007-PA/TC. LIMA. JAIME HANS BUSTAMANTE JOHNSON. SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, 19 de febrero de 2009, párr. 31.

²³ Tribunal Constitucional del Perú. EXP. N° 0022-2009-PI/TC. LIMA. GONZALO TUANAMA TUANAMAY MAS DE 5000 CIUDADANOS. SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, 9 de junio de 2010, párr. 24, 25, 37, 40.

²⁴ Tribunal Constitucional del Perú. EXP. N° 0022-2009-PI/TC. LIMA. GONZALO TUANAMA TUANAMAY MAS DE 5000 CIUDADANOS, 9 de junio de 2010, párr. 8.

El retroceso. Luego hubo un momento de franco retroceso, cuando el TC, no obstante haber reconocido la plena vigencia del Convenio N° 169 de la OIT, indicó que el derecho de consulta previa regía a partir de la publicación en la web de la sentencia del Exp. 022-2009-PI/TC.LIMA.GONZALO TUANAMA TUANAMA Y MAS DE 5000 CIUDADANOS²⁵, sentencia que felizmente fue revertida²⁶.

Una ruptura paradigmática. La sentencia que ahora nos ocupa, Exp. 1126-2011-HC/TC, del caso de la Comunidad Nativa Tres Islas, marca un punto de quiebre con la línea jurisprudencial del TC que consideraba la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas como *soft law* o derecho blando y por lo tanto no exigible. Esta sentencia funda los derechos, en última instancia, en el derecho de autodeterminación de los pueblos reconocido en la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (La Sentencia, párr. 23). En esta sentencia, por primera vez el TC desarrolla propiamente el contenido de la autonomía comunal prevista en la Constitución y la interpreta de modo extensivo, según el Derecho Internacional de los Derechos de los Pueblos Indígenas. La sentencia desarrolla el concepto de territorio y autonomía, en su dimensión económica, política, cultural y espiritual. Y, si bien la sentencia, como toda pieza jurídica, tiene puntos discutibles y criticables, lo relevante es que contiene herramientas muy importantes para la defensa efectiva de los derechos de los pueblos. He aquí los puntos más saltantes de la sentencia.

2. El [nuevo] *corpus iuris* del derecho de los pueblos indígenas y la hermenéutica pro-indígena

La Sentencia de la Comunidad Nativa Tres Islas tiene la virtud de integrar en el *corpus iuris* de los derechos indígenas todas las fuentes del derecho internacional bajo el principio de interpretación *pro-homini* o pro-indígena. Ello le permitirá, a su vez, salvar las limitaciones que tiene el propio texto constitucional y las restricciones que la normativa secundaria y las políticas públicas han establecido, a fin de aplicar los estándares del Derecho Internacional.

Al respecto, cabe resaltar que la sentencia:

- **Recoge e integra los artículos dispersos de la Constitución** que hablan de comunidades campesinas, comunidades nativas, rondas campesinas y

²⁵ Tribunal Constitucional del Perú. EXP. N° 06316-2008-PA/TC. LORETO. ASOCIACIÓN INTERÉTNICA DE DESARROLLO DE LA SELVA PERUANA (AIDSESP). RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, 24 de agosto de 2010, párr. 8 y Parte Resolutiva. Punto 2.

²⁶ Tribunal Constitucional del Perú. EXP. N° 00025-2009-PA/TC. LIMA. GONZALO TUANAMA TUANAMA Y OCHO MIL NOVENTA Y NUEVE CIUDADANOS. SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, 17 de marzo de 2012, párr. 23

pueblos originarios (párr. 16). Esto es, las provisiones referidas a la identidad cultural (art. 2, inc. 19), la oficialidad de los idiomas indígenas (art. 48); la garantía de la propiedad comunal y autonomía (arts. 88 y 89); la jurisdicción indígena (art. 149); y la representación política de pueblos originarios (art. 191).

- **Establece una hermenéutica pluralista y pro-indígena.** La sentencia, en un ejercicio verdaderamente pedagógico, indica que, si bien la Constitución no se refiere a “territorios” sino a “tierras comunales” (art. 88 y 89), establece que tales provisiones constitucionales deben entenderse aplicando el Convenio N° 169 de la OIT. Esto es, incluyendo el concepto de “territorios”, como prescribe art. 13 del mismo (La Sentencia, párr. 22). Esta forma de interpretar las normas constitucionales se da en cumplimiento de la Cuarta Disposición final transitoria de la Constitución²⁷ y del art. V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional²⁸, que obligan a una lectura de los derechos fundamentales de conformidad con el derecho internacional (tratados, acuerdos internacionales, jurisprudencia de cortes internacionales). En primer lugar, queda claro que todo juez y funcionario debe hacer un control de convencionalidad mediante esta metodología de hermenéutica pro-indígena. En segundo lugar, esta sentencia deja establecido que todos los derechos deben leerse a la luz de la norma más progresiva.
- **Aplica la jurisprudencia de la Corte IDH para interpretar la Constitución.** Otro ejercicio de hermenéutica pro-indígena que hace la sentencia es releer los derechos constitucionales a la luz de la jurisprudencia internacional. En este sentido, interpreta el concepto de tierras a la luz de los avances de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. La sentencia se basa en el Caso *Yakye Axa vs. Paraguay*, que establece que los “recursos naturales” que son necesarios para la supervivencia de los pueblos se deben comprender como parte de la propiedad territorial. La sentencia deja así establecido que debe leerse la Constitución a la luz de la jurisprudencia de la Corte IDH.
- **Se funda en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas** (La Sentencia, párr. 23). En esto, la sentencia es verdaderamente innovadora y abandona su jurisprudencia anterior por la que consideraba que la Declaración era meramente parte del *soft law* o

²⁷ 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.”

²⁸ Código Procesal Constitucional del Perú. Título Preliminar. 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.”

derecho blando, es decir, sin fuerza vinculante para fundar derechos exigibles al Estado, como lo hizo en el Exp. 22-2009-AI/TC²⁹.

- **Establece una interpretación de las normas acorde a la realidad indígena.** La sentencia hace un esfuerzo muy importante para incorporar la visión política indígena como fuente de los derechos al establecer que las normas deben ser concordantes con la realidad indígena (La Sentencia, párr. 22). Gracias a este ejercicio, la sentencia pone en práctica el reconocimiento de lo que la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas llama “derechos intrínsecos” en el séptimo considerando de su preámbulo³⁰. Esto es compatible con lo que el art. 3 de la Constitución del Perú reconoce como derechos inherentes³¹.
- **Optimiza la interpretación constitucional** (La Sentencia, párr. 24). La sentencia plantea también una metodología de interpretación que busca optimizar los derechos constitucionales de tal modo que, en caso de tensión o conflicto, no se sacrifiquen unos bienes jurídicos en función de otros.
- **Resuelve tensiones con base en el diálogo institucional** (La Sentencia, párr. 26). En caso de que persistan tensiones entre bienes jurídicos, es realmente innovador que el TC abandone la idea de que tiene la última palabra como último intérprete constitucional. Por el contrario, el TC establece que la resolución de tales tensiones debe hacerse con base en el “diálogo institucional”. Es decir, el TC no reconoce al Estado la potestad de imponer a los pueblos una visión sobre los derechos por la fuerza, sino que obliga a que tales tensiones deban resolverse con base en el diálogo. En este sentido, el TC empieza a hacer efectivas las obligaciones internacionales de coordinación (Convenio N° 169 de la OIT, art. 2)³² y no uso de violencia (Convenio N° 169 de la OIT, art. 3.2)³³, fundadas en el reconocimiento de la

²⁹ Tribunal Constitucional del Perú. EXP. N° 0022-2009-PI/TC. LIMA. GONZALO TUANAMA TUANAMAY MAS DE 5000 CIUDADANOS. SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, 9 de junio de 2010, párr. 8

³⁰ Declaración de las Naciones sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Preámbulo. Séptimo Considerando. “Reconociendo la urgente necesidad de respetar y promover los derechos intrínsecos de los pueblos indígenas, que derivan de sus estructuras políticas, económicas y sociales y de sus culturas, de sus tradiciones espirituales, de su historia y de su filosofía, especialmente los derechos a sus tierras, territorios y recursos, (...)”

³¹ Constitución Política del Perú de 1993. Art. 3. “La enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno.”

³² Convenio N° 169 de la OIT. Art. 2.- “Los gobiernos deberán asumir la responsabilidad de desarrollar, con la participación de los pueblos interesados, una acción coordinada y sistemática con miras a proteger los derechos de esos pueblos y a garantizar el respeto de su integridad.”

³³ Convenio N° 169 de la OIT. Art. 3.2.- “No deberá emplearse ninguna forma de fuerza o de coerción que viole los derechos humanos y las libertades fundamentales de los pueblos interesados, incluidos los derechos contenidos en el presente Convenio.”

igual dignidad de los pueblos (Declaración de las Naciones sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, art. 2)³⁴.

3. Sobre el sujeto de derechos: de comunidades a pueblos

El juez constitucional, al interpretar las provisiones constitucionales de conformidad con el derecho internacional, aplica a la categoría constitucional de “comunidades” los derechos que el derecho internacional otorga a la categoría de “pueblos indígenas” (La Sentencia, párr. 22). Esta sentencia permite dejar claro que no importa el nombre o la situación jurídica de los sujetos colectivos, esto es, comunidades campesinas, comunidades nativas, rondas campesinas, pueblos originarios u otros (mencionados en los artículos 88, 89, 149, 191 de la Constitución), para aplicarles los derechos que el derecho internacional reconoce a los pueblos indígenas. En esto, la sentencia da cumplimiento al art. 1 del Convenio N° 169 de la OIT, que establece la aplicación de derechos a los pueblos sin importar el nombre o situación jurídica de tales colectivos³⁵.

La aplicación automática de los derechos de los pueblos indígenas a las comunidades es sumamente importante porque varias normas secundarias y políticas públicas estaban dejando de aplicar derechos de pueblos indígenas a algunos sujetos colectivos que menciona la Constitución. En efecto, varias leyes han recortado derechos a las comunidades campesinas de la costa frente a las de la sierra y a éstas frente a las de la selva. Este problema ha sido reiteradamente observado por la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR) de la OIT³⁶. Así por ejemplo, a pesar de que la Ley de Rondas Campesinas dice en su art. 1ro que se les aplican los derechos y ventajas de comunidades campesinas y pueblos indígenas, en tanto les corresponda y favorezca³⁷, otras normas (como la Ley de Consulta Previa y su Reglamento) y

³⁴ Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Art. 2.- “Los pueblos y las personas indígenas son libres e iguales a todos los demás pueblos y personas y tienen derecho a no ser objeto de ningún tipo de discriminación en el ejercicio de sus derechos, en particular la fundada en su origen o identidad indígenas.”

³⁵ Convenio N° 169 de la OIT. Art. 1.1.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.” (Resaltado nuestro)

³⁶ Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR) de la OIT. Observación al Perú 2010/81° reunión y Observación al Perú 2008/79° reunión. (Disponible en: <http://webfusion.ilo.org/public/db/standards/normes/appl/index.cfm?lang=ES>)

³⁷ Ley N° 27908. Art. 1.- “Personalidad Jurídica. Reconócese personalidad jurídica a las Rondas Campesinas, como forma autónoma y democrática de organización comunal, pueden establecer interlocución con el Estado, apoyan el ejercicio de funciones jurisdiccionales de las Comunidades

políticas (como las convocatorias que hace el Viceministerio de interculturalidad) excluyen totalmente a las rondas campesinas de la aplicación de derechos indígenas.

4. Superando la fundamentación multiculturalista de los derechos indígenas.

La sentencia establece que el fundamento del reconocimiento de los pueblos indígenas no es tanto la diversidad cultural cuanto el hecho histórico de que los pueblos pre-existen al Estado (La Sentencia, párrs. 13 y 19). Esto es de suma relevancia. Una fundamentación meramente culturalista de los derechos obligaba fincar a los indígenas en el museo, de tal modo que si no se mostraban “con estilos de vida tradicional y distintos” no eran materia de reconocimiento de derechos. Este requisito es exigido, por ejemplo, por la Ley de Consulta Previa del Perú³⁸, de modo inconstitucional y sin base en el Convenio N° 169 de la OIT. La fundamentación multiculturalista había llevado, incluso a la Corte Constitucional de Colombia, a establecer el principio de que, “a mayor conservación [de costumbres tradicionales] mayor [respeto] de la autonomía de tales pueblos”³⁹. Esta interpretación, felizmente, ha sido abandonada⁴⁰. La fundamentación de los derechos de los pueblos en el hecho histórico de su pre-existencia al Estado deja sentado que el Estado reconoce, pero no constituye los derechos de unos pueblos que le pre-existen, y que así como no los pueden constituir, no los pueden derogar. Sólo le toca garantizar su respeto efectivo.

El no reducir los derechos indígenas a su dimensión cultural, permite a la sentencia dar cuenta de derechos territoriales y políticos, como la autonomía y

Campeñas y Nativas, colaboran en la solución de conflictos y realizan funciones de conciliación extrajudicial conforme a la Constitución y a la Ley, así como funciones relativas a la seguridad y a la paz comunal dentro de su ámbito territorial. **Los derechos reconocidos a los pueblos indígenas y comunidades campesinas y nativas se aplican a las Rondas Campesinas en lo que les corresponda y favorezca.**” (Resaltado nuestro)

³⁸ Ley del Derecho a la Consulta Previa. Art. 7. “Criterios de identificación de los pueblos indígenas u originarios. Para identificar a los pueblos indígenas u originarios como sujetos colectivos, se toman en cuenta criterios objetivos y subjetivos. Los criterios objetivos son los siguientes: 1. Descendencia directa de las poblaciones originarias del territorio nacional. 2. Estilos de vida y vínculos espirituales e históricos con el territorio que tradicionalmente usan u ocupan. 3. Instituciones sociales y costumbres propias. 4. Patrones culturales y modo de vida distintos a los de otros sectores de la población nacional.

El criterio subjetivo se encuentra relacionado con la conciencia del grupo colectivo de poseer una identidad indígena u originaria. Las comunidades campesinas o andinas y las comunidades nativas o pueblos amazónicos pueden ser identificados también como pueblos indígenas u originarios, conforme a los criterios señalados en el presente artículo. Las denominaciones empleadas para designar a los pueblos indígenas u originarios no alteran su naturaleza ni sus derechos colectivos.”

³⁹ Corte Constitucional de Colombia. T-254-94. Sentencia de 30 de mayo de 1994, párr. 7.1

⁴⁰ Corte Constitucional de Colombia. T-903-09. Sentencia de 4 de diciembre de 2009, párr. 4.3

autodeterminación; derechos que no necesariamente tienen todos los colectivos culturales, como los inmigrantes o las minorías culturales.

Entonces, cuando la sentencia se hace eco del concepto de Estado multicultural y poliétnico [de Kymlicka], hay que entenderlo en este sentido fuerte de un Estado en el que coexisten pueblos que pre-existen al Estado y cuyos derechos son garantizados por el mismo (La Sentencia, párr. 13). Hasta ahí llega la sentencia, pero ello ya sienta las bases para que, más adelante, el TC pueda superar términos como la “tolerancia” entre culturas y empezar a hablar de “pacto” entre pueblos.

5. Sobre los criterios de identificación de pueblos.

La sentencia sólo utiliza dos criterios objetivos para reconocer la aplicación de derechos indígenas, esto es, que se trate de pueblos que pre-existen al Estado y que actualmente conserven en todo o en parte sus propias instituciones, como lo establece el art. 1.1.b del Convenio N° 169 de la OIT (La Sentencia, párr. 22). En esto, el TC corrige la plana de la Ley de Consulta previa que exige cinco requisitos no previstos en el derecho internacional para aplicar los derechos indígenas.

6. Sobre el derecho de propiedad territorial indígena: de tierras a territorio.

La sentencia, al hacer una interpretación del término “tierras comunales” de la Constitución (art. 88 y 89) a la luz del art. 13 del Convenio N° 169 de la OIT, establece que se debe “incluir el concepto de territorios, lo que cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna otra manera” (La Sentencia, párr. 22).

Posesión protegida como propiedad. El uso de la categoría de “territorios” del Derecho Internacional también importa la protección, bajo la garantía de propiedad, de tierras que los pueblos poseen, ocupan o utilizan de alguna manera, así no se trate de tierras tituladas. Cabe anotar que esta mención del art. 13 en la sentencia puede servir para otros casos de pueblos no titulados. En el caso de la Comunidad Nativa Tres Islas, la misma tiene título.

La sentencia despliega un esfuerzo importante en distinguir entre el concepto civil de propiedad y el concepto de territorio aplicable a los pueblos indígenas. A lo largo de la sentencia se van desbrozando estas diferencias. El propietario, según el derecho civil, puede ejercer los derechos de poseer, usufructuar, vender y reivindicar, y está protegido por el art. 70 de la Constitución. Un pueblo indígena no sólo tiene tales protecciones, sino otras adicionales porque hay un vínculo especial, material e incluso espiritual, entre los pueblos y los territorios donde viven. Esta es una de las diferencias. Otra diferencia es la dimensión política de autoridad o autogobierno que tienen los pueblos indígenas dentro de sus

territorios, lo que nos lleva al concepto de autonomía. Es decir, la sentencia desarrolla la dimensión política, económica, cultural y espiritual del territorio de los pueblos indígenas, conceptos todos que están garantizados por la Constitución, interpretada a la luz del derecho internacional.

7. La dimensión económica o material del territorio: los recursos naturales.

La sentencia se pliega a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que reconoce el territorio incluyendo los recursos naturales que son necesarios para la supervivencia de los pueblos, como establece la sentencia del Caso Yakye Axa vs. Paraguay (La Sentencia, párr. 21). El art. 13 del Convenio N° 169 de la OIT complementa los contenidos económicos y ecológicos del territorio al incluir el concepto de hábitat.

Al reconocer que el concepto de territorio de los pueblos indígenas abarca los recursos naturales que los pueblos utilizan para su subsistencia (como es el caso de las aguas y los bosques, entre otros), ello automáticamente obliga a reinterpretar el art. 66 de la propia Constitución referida a los recursos naturales⁴¹. La Constitución dice que “los recursos naturales son de la Nación y que el Estado es soberano en su aprovechamiento”. Esta provisión constitucional se había traducido en leyes y políticas públicas que, en la práctica, despojaban a los pueblos indígenas de aguas, bosques y otros recursos naturales existentes en sus territorios y que ellos utilizan como parte de su modo de vida. Así por ejemplo, cuando una comunidad recibe un título de propiedad, el mismo explicita que la parte de los bosques sólo se encuentran en “cesión en uso”, como pasa con la misma Comunidad Nativa Tres Islas. Esta interpretación del TC sobre territorio debe ayudar al cambio de normas y políticas registrales en este sentido.

8. La dimensión cultural y espiritual del territorio

La sentencia, siguiendo lo prescrito en el Convenio N° 169 de la OIT⁴² y la jurisprudencia de la Corte Interamericana Derechos Humanos⁴³ protege la especial

⁴¹ Constitución Política del Perú de 1993. Artículo 66. “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 otorga a su titular un derecho real, sujeto a dicha norma legal.”

⁴² Convenio N° 169 de la OIT. Art. 13.1.- “Al aplicar las disposiciones de esta parte del Convenio, los gobiernos deberán respetar la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios, o con ambos, según los casos, que ocupan o utilizan de alguna otra manera, y en particular los aspectos colectivos de esa relación.”

⁴³ Corte IDH. Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001, párr. 148; Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005, párr. 137; Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de

importancia que para las culturas y valores espirituales de los pueblos tiene su relación con las tierras o territorio. Los territorios de los pueblos no sólo son los espacios de reproducción material, sino también simbólica y cultural. De ahí la protección reforzada de los territorios indígenas.

9. Dimensión política del territorio: la autonomía y autogobierno

Para la sentencia, una diferencia fundamental entre el derecho a la propiedad de las tierras y el derecho al territorio se asienta en una dimensión política. Mientras que la propiedad de la tierra da derechos civiles, el territorio supone autogobierno y autonomía (La Sentencia, párr. 22). Esto es, la capacidad de tener autoridades y tomar decisiones sobre un espacio geopolítico. Y esta es la diferencia entre cualquier propietario civil y un pueblo indígena. Un particular sólo tendrá los atributos de la propiedad que le da el derecho civil. En cambio, el pueblo indígena tiene, además de los atributos de la propiedad, la capacidad de tomar decisiones sobre su territorio.

La sentencia aplica el concepto de autonomía contenido en la Constitución, el cual comprende la autoridad, normas propias y potestades para tomar decisiones dentro de los territorios (Constitución, arts. 89 y 149). En este sentido, la sentencia da vida al quinto considerando del Convenio N° 169 de la OIT que reconoce las aspiraciones de los pueblos a controlar sus instituciones, formas de vida y desarrollo⁴⁴.

10. La autodeterminación de los pueblos

Si bien el TC menciona la autodeterminación de los pueblos en la sentencia Cordillera Escalera, no desarrolla propiamente el concepto en la misma⁴⁵. En cambio, en esta sentencia, el TC funda los derechos de los pueblos indígenas, en última instancia, en la libre determinación que establece la Declaración de Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas en los arts. 3 y 4. Por virtud de la libre determinación, los pueblos definen su condición política y forma de desarrollo. El derecho a definir el modelo de desarrollo es esencial para que los pueblos puedan existir como tales. Este derecho también es citado por la sentencia con base en el art. 7 del Convenio N° 169 de la OIT que establece que los pueblos

marzo de 2006, párrs. 118, 121; Corte IDH. Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007, párr. 90; y Corte IDH. Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010, párr. 85 y 86.

⁴⁴ Convenio N° 169 de la OIT. Quinto Considerando. “Reconociendo las aspiraciones de esos pueblos a asumir el control de sus propias instituciones y formas de vida y de su desarrollo económico y a mantener y fortalecer sus identidades, lenguas y religiones, dentro del marco de los Estados en que viven; (...)”

⁴⁵ Tribunal Constitucional del Perú. EXP. N.º 03343-2007-PA/TC. LIMA. JAIME HANS BUSTAMANTE JOHNSON, 19 de febrero de 2009, párrs. 32 y 33.

establecen sus prioridades de desarrollo dentro de los estados en los que viven⁴⁶. La sentencia aclara que la autodeterminación no ampara la secesión, como también lo hace la propia Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas⁴⁷, pero sí precisa que el objetivo de este derecho es garantizar que los pueblos “definan su destino y proyecto de desarrollo” (La Sentencia, párr. 23).

11. Contenidos de la autonomía

Si bien la autonomía se ejerce en un territorio, es un derecho propio y distinto de la propiedad. La autonomía comprende potestades para organizarse, administrarse, beneficiarse de los recursos, tener su propio derecho consuetudinario, funciones jurisdiccionales y capacidades dispositivas. Esto es, la autonomía también supone toma de decisiones y aplicación de normas y funciones jurisdiccionales (La Sentencia, párr. 19). En esto, aunque no lo cita, el fraseo de la sentencia es semejante a lo establecido por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, cuando la misma recordó a los Estados respetar la autonomía de los pueblos⁴⁸.

12. Protección frente a la intrusión de terceros.

La sentencia cita directamente el art. 18 del Convenio N° 169 de la OIT⁴⁹ para dejar claro que nadie puede ingresar en un territorio indígena sin su consentimiento. De un lado, está el derecho de los pueblos de definir quién ingresa y quién no en su territorio. Y, de otro, está el deber del Estado de tomar medidas para impedir la

⁴⁶ Convenio N° 169 de la OIT. Art. 7.1.- “Los pueblos interesados deberán tener el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural. (...)”

⁴⁷ Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Art. 46.1.- “Nada de lo señalado en la presente Declaración se interpretará en el sentido de que confiere a un Estado, pueblo, grupo o persona derecho alguno a participar en una actividad o realizar un acto contrarios a la Carta de las Naciones Unidas, ni se entenderá en el sentido de que autoriza o fomenta acción alguna encaminada a quebrantar o menoscabar, total o parcialmente, la integridad territorial o la unidad política de Estados soberanos e independientes. (...)”

⁴⁸ Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Anexo al Comunicado sobre el 141° Período de Sesiones:

“Finalmente, en una audiencia sobre jurisdicción indígena y derechos humanos, se recibió información sobre la falta de respeto por la aplicación de sistemas jurídicos ancestrales por las autoridades indígenas. La CIDH recuerda que el ejercicio de la jurisdicción indígena constituye una manifestación del derecho a la autonomía de los pueblos indígenas, el cual está reconocido en el derecho internacional de los derechos humanos.” (Fuente: <http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2011/028A.asp>) Véase también: Audiencia Temática ante la CIDH “Jurisdicción Indígenas y Derechos Humanos”. Video: http://www.oas.org/OASPage/videosasf/2011/03/CIDH_032511_RubenDario_JurisdiccionIndigenayDHH.wmv. Audio: <http://www.cidh.org/audiencias/141/5.mp3>

⁴⁹ Convenio N° 169 de la OIT. Art. 18.- “La ley deberá prever sanciones apropiadas contra toda intrusión no autorizada en las tierras de los pueblos interesados o todo uso no autorizado de las mismas por personas ajenas a ellos, y los gobiernos deberán tomar medidas para impedir tales infracciones.”

intrusión no autorizada de terceros. Hasta aquí podría tratarse de la garantía de la propiedad. Pero, además, la sentencia vincula este derecho a otros derechos colectivos de los pueblos indígenas como el derecho de definir su proyecto de desarrollo y la consulta previa. La sentencia es clara al establecer un mandato de “cese” de todo acto que pueda constituir una violación del territorio o de la autonomía, esto es, de la autoridad de los pueblos indígenas (La Sentencia, punto resolutivo N° 03).

La protección del derecho a la autonomía de los pueblos indígenas garantiza que no se permitan actividades como la prostitución debido a la presencia de terceros ajenos a la comunidad y que afecta sobre todo a las mujeres, jóvenes, niñas de los pueblos indígenas (La Sentencia, Antecedentes). En ese sentido, el respeto de la autonomía permite el fortalecimiento de los pueblos como sujetos colectivos de derechos asegurando que las actividades que se realicen al interior de su territorio sean acorde a su modelo de desarrollo y permitan una mejor calidad de vida a las futuras generaciones.

13. La consulta previa

La afirmación del derecho de los pueblos de decidir quién ingresa y quién no en su territorio es ligada por la sentencia con el derecho a la consulta previa. Esto es muy importante porque manda un mensaje directo no sólo a los terceros sino también a las autoridades estatales, como gobiernos locales, regionales y el gobierno nacional, a fin de que no otorguen concesiones sin dicha consulta previa. Cabe recordar que, en el caso la Municipalidad, tal habría dado una autorización provisional de ruta. Y, en caso del Gobierno Regional, éste es responsable de las concesiones mineras artesanales y de los proyectos de carretera, de mantenimiento y otros; concesiones y proyectos que se hicieron sin consulta ni consentimiento de la comunidad.

Esta sentencia permite establecer la responsabilidad de la autoridad local, regional y central en la medida que, en el caso de la Comunidad Tres Islas, tales autoridades facilitaron la intrusión no autorizada de terceros dentro del territorio indígena con consecuencias fatales respecto del hábitat, a tal punto que la propia sentencia dice que si el TC no resolvía el caso, el daño se haría irreparable para el modo de vida del pueblo indígena afectado (La Sentencia, párr. 10.d).

Esta precisión es muy importante, pues la demandante había esclarecido que muchos terceros cuentan con concesiones mineras otorgadas sin consulta ni consentimiento del pueblo indígena. En este sentido, el TC recuerda a las autoridades administrativas del Ejecutivo y de los gobiernos regionales y locales su deber de consultar.

14. Sobre libertad y función correctiva.

La sentencia dispone que el hábeas corpus interpuesto por la demandante debe convertirse en un amparo, considerando que se trata de un proceso constitucional contra otro proceso constitucional y que los bienes jurídicos que han sufrido mayor lesión estarían conformados por la propiedad y la autonomía, derechos garantizados mediante el amparo. Por ello, el TC ordena una nueva sentencia, en tanto la Sala no respetó los derechos de la comunidad frente a una supuesta libertad de tránsito de los transportistas. No obstante ello, la sentencia tiene en cuenta que está en juego la libertad de los dirigentes de la comunidad, la que se pone en riesgo como consecuencia del ejercicio de sus derechos de propiedad y autonomía.

Aquí cabe correlacionar el mandato tercero de la parte resolutive, que ordena el cese de todo acto que violente la propiedad o la autonomía con el párr. 46 de la sentencia (La Sentencia, párr. 46). Este párrafo esclarece la función correctiva del TC y, en virtud de esa función, ordena que se pasen copias de la sentencia a todas las autoridades correspondientes.

La consecuencia del mandato correctivo del Tribunal es que la policía nunca más persiga a la comunidad o haga caso de denuncias vinculadas al control de su territorio o toma de decisiones por parte de la comunidad. Igualmente en el caso de la Fiscalía y toda autoridad. En el caso de la Fiscalía, además, este mandato tendría que tener como consecuencia el desistimiento o retiro de acusación fiscal, y que el fiscal solicite el archivamiento de los procesos penales. En consecuencia, el juez deberá archivar toda denuncia en contra de la comunidad.

Este punto fue materia del voto fundamentado y consideramos que la libertad sí estaba afectada por el ejercicio de su propiedad y autoridad.

15. Sobre jurisdicción y autonomía.

El TC tiene una definición muy estrecha de las funciones jurisdiccionales del Estado, y en consecuencia, de la jurisdicción especial, que las reduce a conflictos interindividuales. Aplicando dicho concepto al caso de autos, considera que no hubo un conflicto interindividual sino con la comunidad. Por ello, la sentencia considera que la decisión de la comunidad no se ubica en el plano de las funciones jurisdiccionales, sino del ejercicio del derecho a la autonomía en general por lo que no ampara en este punto la demanda (La Sentencia, párr. 41 y 42). Sin embargo, la sentencia es clara en reconocer las funciones jurisdiccionales de todo pueblo, y que dichas funciones forman parte de la autonomía, como también lo dice la CIDH en la audiencia temática sobre jurisdicción indígena y derechos humanos. Lo importante es que la Sentencia reconoce la autonomía (que comprende las

funciones jurisdiccionales) y que es el ejercicio de esta autonomía lo que dio lugar a la persecución de la directiva comunal. De ahí que la sentencia ordene el cese de toda violación a la autonomía.

16. Sobre las pruebas.

La sentencia da cuenta que, en el primer proceso de HC (de Lucía Apaza y demás transportistas contra Juana Payaba) la demandante había presentado pruebas falsas para poder interponer su demanda, esto es, presentó una supuesta licencia municipal de ruta para ingresar a la Comunidad Nativa Tres Islas, lo que fue negado por el funcionario municipal respectivo (La Sentencia, párr. 27). Se debió seguir que el TC ordene la apertura de investigación fiscal contra quienes usaron tales pruebas falsas para hacerse amparar de un derecho que no tenían. En todo caso, esta debería ser tarea del juez ejecutor.

17. Sobre la conducta de jueces.

La sentencia da cuenta que los magistrados del primer HC no motivaron adecuadamente su sentencia (La Sentencia, párr. 33), y que tampoco pudieron fundamentar la misma ante el TC.

De otro lado, la sentencia da cuenta que en el HC cuestionado, la autoridad judicial ni siquiera había notificado la resolución de “cúmplase” a la parte demandada (La Sentencia, párr. 10), asunto fundamental para que la parte agraviada pueda presentar un amparo contra tal resolución judicial.

La consecuencia directa de esto es que los órganos de control de la Fiscalía y el Poder Judicial deberían revisar las quejas presentadas por la Sra. Juana Payaba y que habían archivado.

18. Ejecutoriedad.

Lo que sigue de la sentencia del TC es su ejecución, y aquí se inician los retos para la efectividad de sentencias que protegen derechos indígenas. El derecho de acceso a la justicia se juega, justamente, en la eficacia de la protección de los derechos.

Dado que todos los operadores de justicia locales habían resuelto en contra de los derechos del pueblo indígena, constituye un problema del diseño legal (de cómo deben ejecutarse los procesos constitucionales), que los mismos magistrados que estaban en contra de los derechos indígenas sean los encargados de hacer cumplir una sentencia del TC que ampara tales derechos. Las resistencias al respecto no se han hecho esperar y constituye otro capítulo el análisis de las dificultades y retos de la ejecutoriedad de las decisiones jurisdiccionales que protegen derechos indígenas.



PARTE IV



1. *¿Cómo hemos litigado en el caso 115*
de la comunidad nativa Tres Islas?

2. *Memoria de acciones legales 125*
Equipo de trabajo del IIDS-IILS

¿CÓMO HEMOS LITIGADO EN EL CASO DE LA COMUNIDAD NATIVA TRES ISLAS?

El éxito obtenido en el caso de la Comunidad Nativa Tres Islas no es casual, sino resultado de un planeamiento estratégico. La gestión del caso estuvo basada en un acuerdo entre la Comunidad Nativa Tres Islas y el IIDS, y supuso la implementación de cinco estrategias intermedias para lograr los objetivos inmediatos y mediatos trazados. Esto es: (i) una estrategia de fortalecimiento del sujeto colectivo de derechos, (ii) una estrategia jurídica centrada en derechos constitucionales, (iii) una estrategia de alianzas, (iv) una estrategia educativo-comunicativa y (v) un plan de contingencia frente a posibles amenazas o riesgos. La gestión directa del caso estuvo en el IIDS y las decisiones del caso fueron tomadas conjuntamente por la Comunidad y el IIDS. Las decisiones políticas fueron exclusiva decisión de la comunidad, tomadas con base en información suficiente proporcionada por el IIDS.

El caso. El caso se origina en la invasión por terceros, taladores y mineros, transportistas y otros, que sufre la Comunidad Nativa Tres Islas, como le pasa a muchos pueblos indígenas en la Amazonía. La Comunidad, como pueblo indígena que es, toma una decisión en asamblea para proteger la integridad de su territorio frente a tales terceros, construyendo una casa y tranquera de control. La Comunidad actúa como propietaria que es de su territorio, y, sobre todo, como autoridad. La autoridad que la Comunidad ejerce en su territorio, además de provenir de sus derechos intrínsecos, está reconocida por la Constitución y el derecho internacional. La Constitución (arts. 89 y 149) reconoce su autonomía organizativa, administrativa, económica, cultural, normativa y jurisdiccional. Tal decisión comunal no fue respetada por dos empresas de transporte, Los Pioneros SAC y los Mineros SRL, que interpusieron un hábeas corpus por libertad de tránsito y lo ganaron.

Violaciones a los derechos individuales y colectivos. Cuando las empresas de transporte ganaron el hábeas corpus para poder transitar libremente por el territorio comunal, lo que el juzgador constitucional no respetó fue el derecho de la Comunidad, como pueblo indígena que es, a proteger su integridad territorial, en tanto propietaria de su territorio; pero tampoco respetó su derecho a tomar decisiones autónomas en asamblea, como autoridad que es en su territorio. De ahí que el juzgador constitucional dispuso que se retire la tranquera y casa de control, y que la Comunidad deje entrar a todo peruano en su territorio. Pero, además, ordenó pasar copias del proceso a la Fiscalía, lo que se derivó en un proceso penal contra los dirigentes, por presunta obstrucción del normal funcionamiento de las comunicaciones (transporte público). Cuatro dirigentes encaraban un proceso en el cual el fiscalía pedía 6 años de prisión y reparación

civil de 2,000 soles a favor de los transportistas. Asimismo, cualquier miembro de la comunidad podía sufrir detención por resistencia a la autoridad al oponerse al ingreso de terceros en su comunidad, dado que había una orden judicial de que dejasen entrar a cualquier persona.

Objetivos del litigio estratégico.

El objetivo inmediato buscado por la Comunidad era proteger la libertad de los dirigentes y de todos los miembros de la comunidad. La libertad de los mismos estaba en riesgo por el proceso penal abierto en contra de los dirigentes, y por la posibilidad de que cualquier miembro fuera detenido por resistencia a la autoridad en caso de controlar el ingreso a su territorio.

De modo mediato, lo que estaba en juego era la autonomía de la comunidad para tomar sus decisiones de protección de su integridad territorial. Y esto era lo que la comunidad quería recuperar, su capacidad de controlar nuevamente su territorio frente a los terceros que la estaban invadiendo, contaminando y destruyendo.

(i) La estrategia de fortalecimiento del sujeto de derechos.

Cuando la Comunidad planteó su caso ante un miembro del IIDS, el Instituto realizó una reunión con la junta directiva y un taller en la Comunidad para analizar el caso y sus percepciones sobre el mismo.

Las percepciones de los miembros de la comunidad no eran las mismas, pero todos tenían un sentimiento de tristeza y derrota al inicio, pues consideraban “que la justicia sólo está al lado de los que tienen dinero”. Inclusive, varios miembros lloraban al recordar cómo los transportistas habían destruido la caseta de control delante de decenas de policías y el juez de ejecución. Y, frente a ello, pensaban que poco podían lograr ante la justicia: “¿Cuándo un nativo ha ganado un caso?” se preguntaban.

El taller inicial, como los que le siguieron, sirvió para informar a la Comunidad sobre sus derechos constitucionales e internacionales como pueblo indígena y sus opciones procesales. En el taller se determinó los objetivos que buscaba la Comunidad, lo que permitió establecer las estrategias a seguir, y el modelo de gestión del caso. La primera estrategia a desarrollar tenía como objetivo que la Comunidad pasara de sentirse víctima a sentirse sujeto titular de derechos. Esto no se logró en un solo taller, sino que fue el objetivo de todas las reuniones y talleres con la comunidad.

Los talleres tenían siempre una primera parte que consistía en repasar sus derechos constitucionales y los contenidos en el Convenio 169 y la Declaración de Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, para lo cual cada miembro recibió un ejemplar de cada instrumento.

Todas las decisiones estratégicas del caso fueron tomadas en asamblea, lo que supuso reuniones periódicas con la junta directiva y talleres permanentes con toda la comunidad cada vez que se tenía que dar un paso procesal o tomar una decisión importante sobre el caso.

Además de los adultos, también los jóvenes y los/as niños de la escuela fueron informados de sus derechos en sendos talleres, a través de pinturas, juegos y dinámicas; gracias a la participación de los/as estudiantes de la Clínica de litigio estratégico en derechos indígenas de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

En los talleres nos asegurábamos que las personas mayores que sólo hablaban shipibo gocen de la traducción por otras personas bilingües, a fin de que puedan participar debidamente.

La estrategia de fortalecimiento del sujeto de derechos tenía dos componentes. De un lado, tenía como destinataria a la comunidad como un todo, para que las asambleas tomen decisiones informadas sobre el caso. Y, de otro lado, tenía como destinataria a la presidenta de la Comunidad y a sus dirigentes, para que aprendan a presentar y argumentar su caso ante autoridades ordinarias y todas las instancias procesales. Esto se logró a través de procesos educativos específicos. En todos los procesos, la presidenta de la Comunidad presentó directamente su caso, conjuntamente con las/os abogadas/os defensores.

(ii) La estrategia jurídica.

La estrategia jurídica tenía como eje la protección de derechos constitucionales y se desarrolló en cuatro áreas o campos: el constitucional, penal, administrativo e internacional.

a) La estrategia constitucional.

La estrategia jurídica central del caso fue construida en torno a los derechos constitucionales e internacionales, a fin de poder utilizar garantías o procesos constitucionales, pues tales procesos son más cortos y eficaces que los ordinarios. Y, en caso de fallar, se puede recurrir a instancias internacionales.

Dado que la Comunidad venía sufriendo persecución penal arbitraria, decidimos interponer un hábeas corpus para proteger la libertad de sus miembros. Argumentamos que dicha persecución se debía a que la comunidad, al poner la tranquera y casa de control, no estaba obstruyendo el libre tránsito ilegítimamente, sino que estaba ejerciendo sus derechos constitucionales. La decisión había sido tomada en ejercicio de su autonomía, para proteger su integridad territorial, ambos derechos (autonomía y propiedad territorial) de rango constitucional e internacional.

Basando nuestro argumento en derechos constitucionales, buscamos atacar la raíz del problema, esto es, la sentencia del hábeas corpus ganado por los transportistas. Dicha sentencia de HC no había respetado los derechos indígenas, y tal había dado lugar a la orden de procesar penalmente a los dirigentes, destruir la tranquera y casa comunal y dejar entrar a toda persona en su territorio. Por ello solicitamos la nulidad de dicha sentencia. Y, dado que con el transcurso del tiempo, aumentaba la presencia ilegal de terceros en el territorio comunal, también solicitamos el cese de la violación del domicilio colectivo.

Entre los argumentos del caso, siempre utilizamos jurisprudencia internacional, como si ya estuviéramos litigando ante la Corte IDH.

En todas las audiencias del proceso constitucional, la presidenta de la Comunidad habló directamente, explicando su caso. Asimismo, miembros de la Comunidad participaron en las audiencias, vestidos con sus trajes, y también se movilizaron por fuera de los locales públicos, haciendo oír su voz. En las audiencias llevaron carteles alusivos a su caso.

b) La estrategia penal.

Dado que los dirigentes venían siendo procesados penalmente, por presunta obstrucción del normal funcionamiento de las comunicaciones (transporte público), la defensa penal se organizó en torno a argumentos constitucionales. Esto era muy importante, para tener una consistencia con la defensa constitucional, pero también porque queríamos dejar sentado que el hecho de que las comunidades establezcan controles a la entrada de sus territorios (ya sea en vías privadas o públicas) era parte de su derecho constitucional a ejercer su autoridad dentro de su ámbito territorial, para proteger sus bienes jurídicos.

La defensa penal no negó el hecho de que la comunidad hubiera construido una tranquera y casa comunal de control en medio de la trocha carrozable que daba inicio a su territorio, y no planteó que se tratara de una protesta social. Por el contrario, la defensa afirmó que tales hechos eran ciertos, pero que no configuraban delito, en tanto la Comunidad tenía el derecho constitucional de tomar decisiones autónomas para proteger sus bienes jurídicos dentro de su territorio, incluyendo el control del ingreso de terceros y la restricción del libre tránsito —en caso de haberlo— de terceros, para proteger bienes que consideraba superiores.

Esta estrategia de defensa penal supuso entonces la presentación de una excepción de improcedencia de la acción (bajo el nuevo Código Procesal Penal, lo que antes era la excepción de naturaleza de la acción). Esta excepción que fue rechazada en todas sus instancias en Madre de Dios, bajo el argumento de que las

decisiones comunales no pueden “afectar derechos humanos”. Entonces, la defensa penal presentó una queja, argumentando que, habiendo un Acuerdo Plenario⁵⁰ que reconocía las funciones jurisdiccionales de los pueblos indígenas, comunidades campesinas, nativas y rondas campesinas, la decisión de denegar la excepción se apartaba de la doctrina jurisprudencial de la Corte Suprema.

La concesión de la queja permitió que el proceso se suspendiera, lo que dio un respiro a los dirigentes mientras avanzaba el proceso constitucional. En la sustentación de la queja, la defensa pidió que hablara la presidenta de la Comunidad, como en los otros procesos, pero los miembros de la Sala se negaron, alegando que se trataba de un asunto de puro derecho, y que, al no haber presentación de hechos, no tenía lugar que hable una dirigente comunal. Aquí, el argumento de la defensa fue que, al tratarse de la presidenta de una comunidad, era una autoridad jurisdiccional por mandato constitucional (art. 149), por lo que ella también presentaría argumentos de derecho, desde su derecho consuetudinario indígena. Ante la insistencia, la Sala le permitió el uso de la palabra. La queja fue concedida a fin de que la Corte Suprema viera la casación.

c) Las acciones de información y en el campo administrativo.

Al iniciar el caso, en el hábeas corpus ganado por los transportistas se había basado en el supuesto de que la trocha por la que ingresaban dichos transportistas a la comunidad era de uso público y que tales transportistas tenían licencias de ruta otorgadas por la Municipalidad. Al no tener la certeza de que la trocha era parte de la propiedad comunal, utilizamos el argumento de que, aún siendo una vía de uso público, la comunidad tenía autoridad para restringir el paso, como autoridad constitucional que era, para proteger bienes de interés superior, como su integridad territorial, biológica y cultural (arts. 89 y 149 de la Constitución).

Decidimos utilizar el derecho de información para corroborar todas y cada una de las supuestas pruebas que el juzgador había dado por ciertas, de modo negligente y sin verificación alguna en el hábeas corpus ganado por los transportistas. Tales pruebas, además, estaban siendo utilizadas para la incriminación penal de los dirigentes indígenas.

Utilizando el derecho de información, recurrimos ante el Ministerio de Transportes y la Dirección correspondiente del Gobierno Regional, lo que nos permitió verificar que la vía pública sólo llegaba hasta la frontera de la comunidad y por lo tanto, la trocha carrozable donde la comunidad había construido la tranquera y casa de control no se encontraba en el Clasificador Vial.

⁵⁰ Corte Suprema de Justicia del Perú. Acuerdo Plenario N° 1-2009/CJ-116 sobre Rondas Campesinas y Derecho Penal. Publicado el 8 de enero de 2010.

Ello corroboraba el título comunal de propiedad y que dicha vía era parte del territorio comunal.

También, utilizando el derecho de información, pudimos establecer que las supuestas licencias de ruta otorgadas por la Municipalidad no eran tales. Un funcionario municipal informó que la supuesta licencia provisional de ruta del 2006, que sirvió de base para que las empresas sacaran licencias de ruta provisionales en el 2010, era falsa. Y, aunque costó que el funcionario de los Registros Públicos entendiera que era posible expedir un “certificado negativo” de que no había servidumbres de paso registradas sobre el territorio comunal, dicho certificado fue contundente para establecer que ningún tercero tenía derecho a ingresar en territorio comunal. El funcionario argumentaba que sólo podía certificar las servidumbres registradas, y que, al no existir ninguna registrada, no podía expedir dicho certificado.

Igualmente, vía el derecho de acceso a la información, la Comunidad pudo informarse que el Gobierno Regional había otorgado más de 140 concesiones de minería artesanal en su territorio, sin consulta ni consentimiento alguno de su parte, lo que explicaba los miles de mineros que ingresaban a su territorio a hacer minería, en contra de su voluntad. Asimismo, la Comunidad se informó que había un proyecto de carretera y de mantenimiento, entre otras obras, que nunca habían sido consultadas con la Comunidad ni tenían su consentimiento.

Todas estas pruebas permitieron establecer que la trocha donde la comunidad había construido la tranquera y casa de control formaba parte de su propiedad territorial, que no era vía pública, ni había servidumbre de paso acreditada que la convirtiera en vía de uso público. Y que, por lo tanto, la Comunidad tenía la plena decisión sobre la misma, y que el juzgador había sido, por lo menos, negligente al dar por ciertas las afirmaciones y supuestas pruebas presentadas por los transportistas. Ello también puso en evidencia la fabricación de documentos públicos y el uso fraudulento de pruebas por parte de dichos transportistas. Estas evidencias fueron presentadas tanto en la vía penal como en la constitucional.

Quejas de control interno. Otro campo utilizado ha sido el de las quejas ante órganos de control interno, tanto contra fiscales como contra jueces, por las disfunciones en su actuación. Estas quejas han tenido un trámite muy lento y la tendencia ha sido denegarlas. Sin embargo, ahora que la sentencia del TC nos da la razón, esperamos las quejas se reactiven y las autoridades respectivas tengan en cuenta esta sentencia al resolver las apelaciones.

d) La estrategia internacional.

Dado que el proceso constitucional demoraba, pensamos que, de perder en la vía interna, teníamos que ir a la vía internacional. Ahora, considerando que la Corte Interamericana no se había pronunciado en ningún caso sobre el tema de la autonomía y las funciones jurisdiccionales de los pueblos indígenas, de llegar nuestro caso ante la CIDH, no sabíamos si la CIDH tendría interés en asumir nuestro caso. Entonces, diseñamos una estrategia internacional para llamar la atención de la CIDH sobre el tema y para asegurarnos que, de llegar ante la CIDH, ganaríamos el caso.

Dado que el proceso estaba tramitándose en la vía interna, aún no podíamos presentar el caso como una petición en la vía internacional, porque todavía no estaba agotada la vía interna. Es así que solicitamos una **audiencia temática regional sobre jurisdicción indígena**, para que la Comisión Interamericana pudiera ver el tema, sin tener que pronunciarse sobre el caso. La audiencia nos fue concedida en marzo 2011. En dicha audiencia hicimos una presentación general sobre el derecho de los pueblos a su libre determinación y autonomía, y su derecho de tomar decisiones jurisdiccionales dentro de su territorio. A modo ilustrativo, presentamos el caso de la Comunidad Nativa Tres Islas, el caso de las rondas campesinas de Perú, y de los caciques Yukpa de Venezuela. Solicitamos a la Comisión se pronuncie al respecto en su Informe, al finalizar el período de sesiones, y lo logramos. La CIDH prestó atención al tema y le pareció de suma importancia el mismo, por lo que puso un párrafo explícito al respecto en su Informe, recordando a los estados su obligación de “respetar la jurisdicción indígena, como una manifestación de la autonomía de los pueblos indígenas”. Al volver al Perú, utilizamos dicho pronunciamiento de la CIDH en la audiencia ante el Tribunal Constitucional. Argumentamos que ya la CIDH se había pronunciado sobre la obligación de los Estados de respetar la autonomía y la jurisdicción indígena, y que, de tardar la decisión en nuestro caso, o de no sernos favorable, llevaríamos el caso ante la CIDH.

(iii) La estrategia de alianzas.

Un caso como este es complejo, largo y costoso; y requiere trabajo en varios frentes. De ahí que sea muy importante tejer una red de aliados a nivel local, regional, nacional e internacional.

Con la Comunidad hicimos el ejercicio de analizar los obstáculos, pero también las fortalezas y una relación de posibles alianzas para contar con apoyo institucional, recursos humanos y materiales para llevar el caso. La Comunidad construyó una red de aliados en diferentes campos, reuniéndose tanto con autoridades locales como nacionales. Así, la Comunidad fortaleció y amplió sus alianzas con organizaciones indígenas de diverso nivel, organizaciones sociales, la Iglesia,

instituciones académicas, organizaciones de derechos humanos, de comunicación, e instituciones públicas.

Entre otros, fue muy importante hacer eventos y alianzas con la Defensoría del Pueblo, a fin de que la propia Defensoría comprenda el derecho de la comunidad de tomar decisiones respecto de quién ingresa y quién no en su territorio, cambie su actitud inicial respecto del caso y apoye a la Comunidad en la defensa de sus derechos. Y su apoyo fue vital cuando, por ejemplo, no le querían recibir escritos a la Comunidad, pues el defensor local pudo acompañar a la presidenta de la Comunidad para hacer valer sus derechos. Igualmente, fue muy importante el apoyo legal de la Comisión Episcopal de Acción Social (CEAS), y del Obispo de Puerto Maldonado, pues el Vicariato prestó diversas formas de acompañamiento y soporte a la Comunidad, y a su equipo jurídico.

Un apoyo relevante ha sido el de la Sección de Litigio Estratégico en derechos indígenas de la Clínica Jurídica de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Las y los estudiantes de la Clínica, gracias a una beca de la *Open Society Foundations* y de la Dirección Académica de Responsabilidad Social (DARS) de la PUCP han podido visitar la Comunidad y contribuir con la defensa del caso, en particular, utilizando el derecho de acceso a la información pública. Esto también ha servido para que los/as estudiantes aprendan sobre la realidad.

Apoyos de ONUMUJER y otras instituciones internacionales también han permitido que la presidenta de la Comunidad pueda viajar y presentar su caso ante la CIDH. Asimismo, apoyos de personas individuales han sido imprescindibles, como las de los miembros del IIDS, entre otras personas de buena voluntad.

(iv) Estrategia comunicativa y educativa.

Como algunos dicen, para ganar un caso en los tribunales es necesario ganarlo en la prensa. En efecto, es necesario tener una estrategia comunicativa amplia, y una estrategia educativa respecto de actores relevantes, para poder ganar un caso. En el presente, aún con pocos recursos, pudimos poner el caso en los medios cada vez que había un acto procesal importante, como una audiencia o resolución, de tal modo que pudiéramos contar con el apoyo de la opinión pública. También hicimos difusión a través de videos y utilizando las redes sociales de internet.

En cuanto a la estrategia educativa, ha sido de mucha importancia la participación de miembros de la Comunidad en espacios formativos mixtos, con magistrados, funcionarios estatales y defensores, como las Diplomaturas en derechos indígenas coorganizadas por la PUCP y el IIDS. Gracias al soporte de varias instituciones, participantes indígenas han contado con becas por parte de la Fundación Ford, y magistrados, con becas del PNUD. Esto ha sido beneficioso por doble vía. De un

lado, porque tales magistrados han podido formarse en derechos indígenas, para aplicarlos en sus decisiones. Y, de otro, las autoridades indígenas, entre ellas de la Comunidad Nativa Tres Islas, han podido aprender no sólo sobre sus derechos, sino que han desarrollado competencias para entender otros puntos de vista, dialogar y discutir con jueces y otras autoridades. Ello les ha posibilitado que, estando ante audiencias en la vida real, puedan tener mayor soltura y argumentar con mayor convicción.

(v) Plan de contingencia.

En un caso como éste hay que hacer un plan de contingencia ante posibles amenazas o riesgos. De hecho, la presidenta sufrió amenazas en su integridad y la de su familia. También se dan problemas de división entre miembros de la comunidad o agotamiento y desánimo ante la demora de los procesos. De ahí la importancia de la frecuencia y transparencia de reuniones, y de la información y fortalecimiento constante, para evitar el desaliento o abandono del caso.

La gestión del caso.

La conducción estratégica del caso estuvo en el IIDS, cuyo equipo tomó todas las decisiones en conjunto con la Comunidad. Las decisiones cotidianas eran tomadas por el equipo de defensa conjuntamente con la presidenta o directivos de la Comunidad.

La gestión del caso estuvo a cargo del IIDS, que puso una procuradora a tiempo completo durante los dos años que duró el caso, para evitar que se perdiera un término o un recurso, y para llevar el control de los diferentes procesos.

La conducción central estuvo en la estrategia constitucional e internacional, y las demás estrategias de defensa (penal y administrativa) se organizaron para fortalecer la estrategia constitucional.

Fue necesario establecer varios equipos de defensa, para la defensa penal, constitucional, administrativa e internacional. La defensa constitucional, internacional y administrativa se llevó a cabo por las abogadas del IIDS. La defensa penal fue llevada a cabo por abogados/as del IIDS, CEAS y del Estudio Ugaz. Además, fue necesario consultar con expertos en derecho penal, constitucional, internacional, administrativo, municipal, derecho de transportes, medio ambiente, minero, entre otros, a lo largo del caso.

Cuatro promociones de estudiantes de la Clínica Jurídica de la PUCP han participado en el caso, aprendiendo y apoyándolo. Abogados/as de organizaciones indígenas y de derechos humanos también han participado en reuniones para apoyar y aprender del caso. Y, actualmente, hay un equipo para la ejecución e implementación de la sentencia.

La sistematización y la retroalimentación del caso están a cargo del IIDS, al igual que la mayor parte del aporte en trabajo y la gestión de recursos. Si bien la Comunidad ha aportado con algunos gastos (pasajes y otros), el caso no se podría haber llevado sin el trabajo voluntario y el aporte de muchas personas e instituciones.

Una etapa del caso ha terminado, pero todavía está pendiente el cierre de los procesos penales, las quejas ante las instancias de control, la ejecución de la sentencia y la implementación de medidas que garanticen la protección de los derechos y el cese definitivo de las violaciones al territorio y la autonomía comunal.

Todavía queda un gran trabajo hacia adelante para que la Comunidad pueda establecer su propio plan de desarrollo libremente determinado.

MEMORIA DE LAS ACCIONES LEGALES

I. EL CASO DE LA COMUNIDAD NATIVA “TRES ISLAS”

➤ La Comunidad Nativa “Tres Islas”, pueblos Shipibo y Ese'ejá

La Comunidad Nativa “Tres Islas” (en adelante la Comunidad) está conformada por familias pertenecientes a los pueblos indígenas Shipibo y Ese'Eja, y está asentada en el Distrito de Tambopata, Madre de Dios. El hábitat natural de la Comunidad es una zona de bosques tropicales húmedos, basa su subsistencia y alimentación en las plantas, frutos y animales, como la sachavaca que hay en el bosque y los peces que hay en el Río Madre de Dios que bordea y atraviesa la Comunidad.

Además, tiene como una de sus actividades de subsistencia la silvicultura, la extracción racional y sostenible de madera y la recolección de castañas. Finalmente, la Comunidad tiene reconocimiento oficial y título de propiedad.

➤ ¿Cómo se estaba/está afectando la integridad del Pueblo Indígena?

Desde hace unos años, la Comunidad sufre la intrusión no autorizada de terceros que realizan tala ilegal de madera, minería ilegal e informal y prostitución en su territorio. La minería ilegal e informal genera una gran deforestación del bosque, contaminación de aguas, muerte de animales terrestres, peces y aves, lo que afecta la seguridad alimentaria, salud, integridad territorial, física y cultural de la Comunidad, su modo de vida y libre determinación del desarrollo, así como el libre desarrollo de sus miembros. El contagio de sida o hepatitis B a causa de prostíbulos es un gran peligro para los jóvenes y la comunidad toda.

➤ ¿Quién favorece la intrusión no autorizada de terceros que afectan la integridad?

La intrusión no autorizada de terceros en territorio comunal (mineros ilegales e informales, taladores ilegales, personas que ejercen la prostitución y personas que trafican y comercializan combustible) es facilitada por dos empresas de transporte, “Los Mineros SAC” y “Los Pioneros SCRL”. Estas empresas tienen unos 20 autos aproximadamente cada una e ingresan a través de una trocha, sin autorización de la Comunidad ni autorización de ruta de la Municipalidad Provincial de Tambopata (Oficio N° 140-2010.MPT-GSC-SGSV y T).

El exalcalde de la Municipalidad Tambopata, Luis Alberto Bocangel es dueño de dragas que se utilizan en la minería (hay dragas que cuestan un millón de dólares). El Gobierno Regional ha autorizado un proyecto de carretera, también inconsulto. La Dirección Regional de Energía y Minas (Drem) del Gobierno Regional ha otorgado concesiones mineras, sin ningún tipo de consulta ni consentimiento de la Comunidad, ni estudios de impacto ambiental.

➤ **¿Qué decisión tomó la Comunidad nativa para proteger su integridad?**

El 01/08/2010, la Comunidad decidió en asamblea comunal proteger su integridad territorial, cultural, física y biológica, mediante el control del ingreso de terceros, construyendo una casa y tranquera de control a la entrada de una trocha carrozable, dentro de su territorio. ¿Se trataba de un delito o una medida de hecho? No es un delito ni medida de hecho, sino de derecho.

El art. 149 de la Constitución del 1993, y el Convenio 169 de la OIT, reconoce que las autoridades de comunidades campesinas/nativas/rondas **pueden ejercer funciones jurisdiccionales** dentro de su territorio, de conformidad con su derecho consuetudinario. Es decir, pueden, como cualquier autoridad jurisdiccional de la república, usar la coerción legítima para restringir derechos (como el libre tránsito u otros), en tanto sigan su debido proceso (decisión de asamblea) y se trate de la protección de derechos superiores (integridad). El 4/8/2010, la Comunidad construyó la casa y tranquera de control en la trocha carrozable, en ejercicio de su función jurisdiccional.

II. HABEAS CORPUS CONTRA LA COMUNIDAD NATIVA “TRES ISLAS”

➤ **¿Qué hicieron los mineros y transportistas para seguir ingresando a la Comunidad?**

A raíz de la construcción de un cerco y caseta de control a la entrada del territorio comunal por el Km. 24 de la carretera Interoceánica, que ingresa por el sector Teniente Acevedo, las empresas de transporte “Los Mineros SAC” y “Los Pioneros SCRL” interpusieron denuncias penales ante la Fiscalía (el 4/8/2010), y una acción de hábeas corpus(HC), con expediente N.º 624-2010, ante el **Primer Juzgado Penal de Investigación Preparatoria de Tambopata** contra la Sra. Juana Payaba Cachique, presidenta de la Comunidad, por supuesta vulneración del derecho al libre tránsito, presentada el 9/8/2010.

➤ **¿El Poder Judicial protegió los derechos indígenas o amparó a los intrusos?**

El Juez **Iván Vélchez Cruz** del Primer Juzgado Penal de Investigación Preparatoria de Madre de Dios **declaró fundado el hábeas corpus** presentado por las empresas de transportes “Los Pioneros SCRL” y “Los Mineros SAC” el 12/08/2010.

Los Magistrados **Becerra Urbina, Jiménez Jara, Pichihua Torres** de la **Sala Superior Mixta y de Apelaciones** de la **Corte Superior de Justicia de Madre de Dios** denegaron la apelación de la Comunidad, sin considerar los derechos que la Constitución Política del Perú y el Convenio 169 de la OIT le reconocen, y su obligación de impedir toda intrusión no autorizada (25/08/2010). Incluso, le recordaron a la presidenta de la Comunidad que “debe honrar al Perú y proteger los intereses nacionales, así como respetar, cumplir y defender la Constitución y el ordenamiento jurídico de la Nación” y, por lo tanto, dejar entrar a terceros no indígenas en su Comunidad. El juez ordenó que se pasen copias de lo actuado a la fiscalía por delito de extorsión (bloqueo de carreteras para pedir algo ilegal a la autoridad).

Confirmada la sentencia apelada, el **Juez de Primera Instancia**, mediante **Resolución N.º 11**, dispuso el **retiro** de la caseta de control con la presencia de 100 policías llevados por los agraviados (21/09/2010). El 23/09/2010 en ejecución de sentencia, que no fue notificada a la Comunidad, el juez ordenó “el desalojo” de la caseta de control por parte de los transportistas, quienes la **destruyeron** con sierras eléctricas y machetes, resguardados por decenas de policías. Ante la resistencia de los presentes, el juez ordenó: “policía, deténga a quien se oponga”.

III. PROCESO PENAL CONTRA LA COMUNIDAD NATIVA “TRES ISLAS”

➤ **Represión ilegal de la presidenta de la Comunidad y otras vulneraciones. ¿Qué hace el fiscal de la Segunda Fiscalía Provincial Penal Corporativa de Tambopata: ampara los derechos de la comunidad o de los intrusos?**

La presidenta de la Comunidad tuvo cinco (5) investigaciones fiscales (carpetas N.º 1519-2010, -1605-2010, 1882-2010, 2013- 2010 y 1279-2010) por los supuestos delitos de extorsión, contra los Medios de Transporte Comunicaciones y otros. Todas estas carpetas fueron acumuladas en la carpeta fiscal 1519-2010, mediante la disposición N.º 6 (13/12/2010) emitida por el Fiscal Luis Daniel

Callata de la Segunda Fiscalía Penal Corporativa de Tambopata, formalizándose la investigación preparatoria en contra de la presidenta y la junta comunal, por el presunto delito de Entorpecimiento de Servicios Públicos (art. 283° Código Penal). Ello, por querer controlar el ingreso de terceros en su territorio, con base en una decisión jurisdiccional de su Comunidad. Es decir, **están siendo perseguidos penalmente por algo que no es delito, sino el ejercicio de funciones jurisdiccionales reconocidas por la Constitución** (art. 149) y el Convenio 169 de la OIT (art. 8).

La Comunidad también presentó una tutela de derechos por falta de precisión del delito, acción que no fue amparada en primera (21/02/2011) ni en segunda instancia (23/03/2011).

EL 13/10/2010, el fiscal formuló acusación contra la Junta Directiva (2010), por el delito contra los medios de transporte, y solicitó (i) 6 años de pena privativa de libertad, (ii) 2,000 soles de reparación civil y (iii) comparecencia simple contra los imputados.

El 10/01/12, el Juez Jenner Ower García Duran, del Primer Juzgado Penal de Investigación Preparatoria de Madre de Dios llevó a cabo la “Audiencia Pública de Control de Acusación” contra los imputados Juana Payaba Cachique, Sergio Perea Ponce, Marlene Racua Chávez y Esperanza Gonzales Perdiz, quienes fueron representados por Zulma Villa Vílchez y Guillermo Cornejo Perales. Luego de llevada a cabo la audiencia, el juzgado, en atención a nuestro pedido, dispuso suspender el trámite del proceso hasta que se resuelva previamente el recurso de casación que se verá en la Corte Suprema de Lima en los próximos meses.

➤ **Sobre la supuesta carretera o camino vecinal denominado “Fitzcarrald, Teniente Acevedo-Diamante”.**

Las empresas alegaron ante el Tribunal Constitucional que “el 04 de agosto del 2010 se produjo la afectación constitucional por parte de Juana Payaba, Presidenta de la Comunidad Nativa de Tres Islas; *al actuar, dirigir, conducir y encabezar la obstrucción de la Carretera o Camino Vecinal Fitzcarrald-Teniente Acevedo-Diamante, construyendo (con ayuda de aproximadamente 40 personas) en plena carretera una “casa” de sesenta Metros Cuadrados (60 M2) de Material de la Región (Madera) y techo de calamina (...)*” (SIC).

El Ministerio de Transportes y Comunicaciones ha indicado que la trocha que está dentro del territorio de la Comunidad Nativa Tres Islas no se encuentra dentro del clasificador vial. La vía pública, que es la *Ruta N° MD-561* no llega a atravesar el territorio comunal, pues tal sólo llega hasta el Sector Teniente Acevedo, el cual

se encuentra antes del territorio de la Comunidad Tres Islas. En efecto, el 30 de junio del 2011, el Ministerio de Transportes y Comunicaciones emitió el informe 226-2011-MTC, en virtud del cual concluyó: “*Sobre si la Ruta N° MD-561 pasa por comunidad Nativa Tres Isla y si ésta cuenta con la autorización de la comunidad, señalamos que de la información procesada con este código esta ruta no atravesaría la indicada Comunidad*”.

El 22 de noviembre de 2011, la Dirección Regional de Transporte y Comunicaciones de Madre de Dios emitió el Informe N. 104-2011-GR-GRI-MADRE-DE-DIOS/DRTC/UF. Este informe reitera que “la ruta MD-561 del Distrito y Provincia de Tambopata, es de trayectoria Emp. PE-30C-Teniente Acevedo y que dicha ruta según el clasificador, no pasa por la comunidad no es vía pública”.

Por lo tanto, la construcción de la **casa y tranquera de control** realizada por los miembros de la comunidad **no interrumpe una vía pública**, toda vez que fue realizada dentro de la propiedad colectiva de la Comunidad Nativa Tres Islas. De lo expuesto, queda claro que la vía en la que supuestamente los agraviados tenían autorización para transitar no atraviesa el territorio de la Comunidad Nativa Tres Islas, al ser ésta de propiedad privada de la comunidad.

- **Las empresas de transporte Los Pioneros y Los Mineros carecían y carecen de autorización para ingresar por la trocha carrozable “Fitzcarrald-Teniente Acevedo- Diamante”.**

Las tres (3) supuestas **autorizaciones provisionales** presentadas por las empresas de transporte “Los Pioneros” y “Los Mineros” en el proceso de hábeas corpus estaban caducas o eran falsas. La Municipalidad Provincial de Tambopata, a través del oficio 133-2011-MPT-GSC-SGSV, le solicitó al señor José Carlos Miranda García, ex Sub Gerente de Seguridad Vial y Tránsito, el sustento técnico legal de la autorización provisional del 2006 supuestamente otorgada a la empresa de transporte “Los Pioneros”. Frente a ello, el 13 de junio del 2011, el señor José Carlos Miranda García responde con la carta 77-2011-MPT-GAF-CP señalando lo siguiente: “*me he dado con la sorpresa que la AUTORIZACIÓN PROVISIONAL NUNCA FUE EMITIDA NI FIRMADA POR EL SUSCRITO a favor de la Empresa de Transportes Los Pioneros (...)*”.

A partir de ello, resulta evidente que la autorización del 15 de setiembre del 2006 **ES FALSA**, toda vez que presenta una rúbrica que no corresponde a la firma del señor Miranda García. Todo ello se ve acreditado no sólo con lo dicho por el ex Sub Gerente de Seguridad Vial y Tránsito, sino que también por una evidente diferencia entre la firma contenida en la autorización provisional y la firma registrada en el Documento Nacional de Identidad de José Carlos Miranda García.

➤ **¿Qué excepción interpuso la Comunidad en la vía penal para su defensa?**

La comunidad presentó una excepción de improcedencia de acción, con expediente N.º 952-2010-41 (03/02/2011) ante el Primer Juzgado Penal de Investigación Preparatoria de Puerto Maldonado, alegando que si bien la construcción de la casa y tranquera de control es un hecho cierto, ello no configura delito; pues es un ejercicio de sus potestades. Esta acción ha sido denegada en primera (24/02/2011) y segunda instancia (13/04/2011).

La Comunidad presentó el recurso de Casación; sin embargo, mediante Resolución N.º 8 de fecha 28 de abril de 2010, notificada el 27 de mayo de 2011, la Sala Penal de Apelaciones de Madre de Dios **resolvió declarar improcedente** el recurso de casación, desconociendo el Acuerdo Plenario Nro. 1-2009/CJ-116 de la Corte Suprema de Justicia de la República. Ante esto, la defensa presentó recurso de queja a la Corte Superior de Justicia de Lima.

El 02 de diciembre de 2011, la Corte Suprema de Justicia notificó a la defensa legal la Resolución S/N de fecha 22/08/11. En dicha resolución, los magistrados, por mayoría, **declararon fundada** la queja de derecho interpuesta por la expresidenta, Juana Payaba Cachique, y solicitaron a la Corte Superior de Justicia de Madre de Dios la remisión del expediente principal. El 11/09/2012, la Corte Suprema declaró fundado el recurso de queja. (Véase Gráfico 1)

IV. DENUNCIA CONTRA LUCIA APAZA APAZA

➤ **Sobre la denuncia interpuesta por la comunidad contra Lucía Apaza Apaza.**

Debido a la acreditación de documentos falsos presentados en el proceso de hábeas corpus seguido por Lucía Apaza Apaza a su favor y de las empresas de transporte, la comunidad presentó el 16 de setiembre de 2011 una denuncia contra Lucía Apaza Apaza, Mario Villanueva Ríos, y los que resulten responsables, por la comisión de los delitos de denuncia calumniosa, fraude procesal y falsificación de documentos.

En dicha investigación se ha recibido la declaración voluntaria de José Carlos Miranda García, el 22 de noviembre de 2011 ante el instructor de la Policía Nacional de Perú en Puerto Maldonado, quien ha indicado que *“la autorización provisional nunca fue emitida y firmada por el suscrito a favor de la empresa de transporte los pioneros (...). Asimismo quiero aclarar que la formalidad de*

documentos para este tipo de autorizaciones difiere mucho en los siguientes aspectos logos de la Región, Escudo, letras, el nombre del año el contenido de la formalidad en el supuesto documento de autorización provisional no aparece el número de expediente de la documentación que debió ingresar por mesa de parte para la autorización correspondiente (...)”.

V. QUEJAS CONTRA LOS MAGISTRADOS DEL PODER JUDICIAL DE MADRE DE DIOS

El 30/09/2011, en el “Primer Congreso Internacional sobre Justicia Intercultural en Pueblos Indígenas”, la presidenta de la Comunidad presentó una queja contra los magistrados del Poder Judicial de Madre de Dios, por irregularidades en el expediente N.º 624-2010 de HC, seguido por Lucía Apaza Apaza y las empresas de transporte Los Pioneros y Los Mineros.

La presidenta de la Comunidad formuló una queja ante la Oficina de Control de la Magistratura de Madre de Dios contra Iván Vílchez Cruz, Juez del Primer Juzgado Penal de Investigación Preparatoria de la Corte Superior de Justicia de Madre de Dios; Mary Luisa del Carmen Gómez, Especialista Legal del Juzgado de Investigación Preparatoria de Tambopata, y Roxana Elizabeth Becerra Urbina, Edgardo Salomón Jiménez Jara, Sabino Pichihua Torres; magistrados de la Sala Superior Mixta y de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Madre Dios.

El 01/04/2011, mediante el oficio N.º006-2011/CC.NN. Tres Islas, la presidenta de la Comunidad reiteró su queja (30/09/2010) contra los magistrados del Poder Judicial de Madre de Dios porque no respetaron la autonomía territorial, organizativa y jurisdiccional que reconoce la Constitución a las autoridades indígenas.

El 18/04/2011, con el oficio N.º 3083-2011-UD-OCMA-MZ de 08 de abril de 2011, el Jefe de la Unidad Documentaria de la Oficina de Control de Magistratura del Poder Judicial (OCMA), Emilio Almóguer Martínez respondió a la solicitud de queja presentada por la presidenta Comunidad. En dicho oficio se adjunta la Resolución N.º 01 de 08/04/2011 del Registro N.º 4656-2011 Madre de Dios emitida por Edgardo Torres López, Responsable Adjunto de la Unidad de Investigación y Anticorrupción (UIA) de la OCMA, que resuelve iniciar investigación preliminar contra los magistrados antes referidos, por las irregularidades en el hábeas corpus incoada por Lucía Apaza Apaza y las empresas “Los Mineros SAC” y “Los Pioneros SCRL”. Sin embargo, el 21/09/2012, la Dra. Vásquez Bustamante, magistrada de la OCMA declaró improcedente la queja contra los magistrados mediante la emisión de la

Resolución N° 07 de 13/08/2012. El 26/09/2012, la defensa legal presentó la apelación contra la decisión de dicha magistrada. Asimismo, el 4/10/2012, la defensa legal presentó copia de la apelación ante la Sociedad Civil del Poder Judicial para que se apersona al proceso.

El 5/10/2012, la OCMA resuelve conceder la apelación a la comunidad “Tres Islas”. El 25/10/2012, el Juez Supremo Enrique Javier Mendoza Ramírez se avoca al conocimiento de la apelación concedida. Esta queja está pendiente de resolverse aún.

VI. HABEAS CORPUS DE LA COMUNIDAD NATIVA “TRES ISLAS”

➤ ¿Qué hizo la Comunidad?

Hábeas Corpus por amenaza contra la libertad, debido proceso y violación de domicilio colectivo.

El 13/11/2010, Juana Payaba Cachique, presidenta de la Comunidad, interpuso ante el Segundo Juzgado Penal de Investigación Preparatoria una demanda de hábeas corpus (Exp. 00846-2010) a su favor y de la Comunidad contra la Segunda Fiscalía Provincial Penal Corporativa, el Poder Judicial y la División de Seguridad del Estado de la Policía Nacional de Tambopata, frente a la amenaza de su libertad y por violación del debido proceso, a fin de que cese la ilegal persecución penal en su contra, se declare nula la sentencia del hábeas corpus (Exp. 624-2010) que amparaba a los transportistas, y se restituya el derecho de la Comunidad a ejercer las funciones jurisdiccionales para controlar el ingreso de terceros que están afectando su integridad y derechos colectivos.

El Juez del Segundo Juzgado Penal de Investigación Preparatoria, Fernando Quispe Chauca, declaró improcedente la demanda (Resolución N° 2 de 15/11/2010), alegando que no hay certeza ni inminencia de detención, al no tener la fiscalía competencia para detener, sino que ello depende de una decisión judicial. El juez referido no tuvo en cuenta que la investigación misma es arbitraria porque los hechos no configuran delito alguno, y que la decisión de investigar a la presidenta comunal viene de una decisión y valoración judicial que emitió el Juez Penal de Investigación Preparatoria en el HC interpuesto por las empresas de transportistas en la Resolución N° 3 de 12/09/2010 (Exp. 00624-2010). El 24/11/2010, la Resolución N.° 2 (Exp. 846-2010) fue apelada y elevada a la Sala Penal de Apelaciones de Puerto Maldonado, que señaló fecha para la vista de la causa para el día 7/12/2010.

El 13/12/2010, la Comunidad presentó un escrito de “Téngase Presente”, adjuntando nuevas pruebas, como el Oficio N° 140-2010.MPT-GSC-SGSV y T (22/11/10) de la Sub Gerencia de Seguridad Vial y Transito de la Municipalidad de Tambopata, que señala que no existe resolución de autorización de ruta para las empresas de transporte “Los Pioneros” y “Los Mineros”. Estas dos empresas indujeron a error a la judicatura al señalar que sí contaban con licencia ruta por la trocha carrozable en cuestión.

A vísperas del año nuevo, la Sala Penal de Apelaciones de Madre de Dios, mediante Resolución N.º 8 (27/12/10) resolvió declarar nula la Resolución N.º 2 de la Primera Instancia que rechazó liminarmente la demanda de hábeas corpus a favor de la señora Juana Payaba Cachique, ordenando que el Juez de Primera Instancia debía emitir nueva resolución. Sin embargo, mediante Resolución N.º 10 de fecha 19/01/2011, el Segundo Juzgado Penal de Investigación Preparatoria de Tambopata declaró **IMPROCEDENTE** el hábeas corpus interpuesto por la presidenta de la Comunidad. Esto debido a que, según dicho Juez, no habría amenaza contra la libertad.

El 24/01/11, la presidenta de la Comunidad presentó la apelación contra la Resolución N.º 10 que contiene la sentencia que declara improcedente el hábeas corpus de la comunidad; y, el 01/02/11 se llevó a cabo el Informe Oral ante la Sala Penal de Apelaciones de Madre de Dios.

El 09/02/11, la Sala Superior Mixta y de Apelaciones NCPP de Madre de Dios resolvió confirmar la resolución N.º 10 que declara **IMPROCEDENTE** el proceso constitucional de hábeas corpus. Ello ha dado lugar a que el 24/02/2011, la presidenta de la Comunidad presente el recurso de agravio constitucional a la Sala Penal de Apelaciones de Madre de Dios. El 04/03/11, el Presidente de la Sala Penal de Apelaciones concedió el recurso de agravio constitucional, ingresando el expediente al Tribunal Constitucional (TC) (18/03/11).

El 01/06/11, la Segunda Sala del Tribunal Constitucional, llevó a cabo la audiencia del caso de la comunidad. Los magistrados concedieron la palabra a la entonces presidenta, Sra. Juana Payaba Cachique, para que informe sobre los fundamentos de hecho de la demanda. La abogada Zulma Villa Vilchez informó a los magistrados sobre los argumentos de derecho de la demanda de la comunidad. A dicha audiencia, también asistieron la actual presidenta de la comunidad, Sra. Vilma Payaba Cachique, Sr. Cesar Estanico, Sr. Sergio Perea Ponce, Esperanza González Perdiz y Marlene Racua Chávez; varios de ellos imputados en la investigación preparatoria ante la Segunda Fiscalía Provincial Penal Corporativa de Tambopata.

El 09/12/11, el Tribunal Constitucional emitió una resolución optando por posponer su decisión sobre el fondo, para efectos de otorgar un supuesto “**derecho de defensa**” a las empresas transportistas “Los Mineros SAC” y “Los Pioneros SCRL”, las que, con otros, habían obtenido sentencia fundada en el hábeas corpus (Exp. 624-2010), que la defensa legal de la comunidad busca anular con este proceso.

El 29/12/11, las empresas de transporte “Los Pioneros SRL” y “Los Mineros SAC” presentaron sus descargos al Tribunal Constitucional, y reiteraron los mismos argumentos presentados en la demanda de hábeas corpus en contra de la presidenta de la comunidad.

El 23/01/12, la defensa legal presentó una carta al nuevo presidente del Tribunal Constitucional, el magistrado Ernesto Álvarez Miranda, a fin de solicitarle que tenga a bien prestar atención al problema de la dilación de justicia que la comunidad viene sufriendo en el caso del hábeas corpus pendiente de sentencia por parte del Tribunal Constitucional por más de siete (7) meses desde la audiencia ante la Segunda Sala, y por más de catorce meses (14) desde su interposición en Madre de Dios.

El 20/03/12, la defensa legal presentó un escrito al Tribunal para solicitar la emisión de la sentencia y absolver los falsos argumentos presentados por las empresas de transporte “Los Pioneros” y “Los Mineros”.

El 10/07/12, los magistrados de la Segunda Sala del Tribunal Constitucional resolvieron dejar sin efecto la audiencia del día 1 de julio de 2011, calificando el caso de la Comunidad Nativa de Tres Islas como un caso complejo. Una nueva audiencia se realizó el 18 de julio de 2012 ante el Pleno del Tribunal Constitucional. Una vez más, los miembros de la Comunidad viajaron a la ciudad de Lima para participar en la nueva audiencia sobre el *Hábeas Corpus* presentado por su expresidenta, Juana Payaba Cachique (Expediente N.º 1126-2011-PHC/TC). La defensa legal estuvo a cargo de la abogada Raquel Yrigoyen F.

En esta audiencia, Juana Payaba Cachique explicó a los siete (7) magistrados del Pleno del Tribunal Constitucional que su comunidad tiene un territorio que cuenta con reconocimiento y título de propiedad inscrito en Registros Públicos, y cómo su comunidad tomó la decisión de controlar su territorio por los problemas que sufría por la presencia de terceros, como la tala ilegal de madera, la minería ilegal, el tráfico y comercialización de combustible y la trata de personas. La defensa profesional explicó los fundamentos jurídicos de los derechos de propiedad territorial, autonomía normativa, organizativa y jurisdiccional de los pueblos indígenas, basados en la libre determinación de los pueblos indígenas, así como

sobre los derechos de libertad personal, e inviolabilidad del domicilio colectivo, que venían siendo vulnerados.

El 25/09/2012, el Tribunal Constitucional publicó en su página web (http://www.tc.gob.pe/notas_prensa/notas/2012/nota_2012_129.html), la sentencia del 11/09/2012 correspondiente al caso de la Comunidad Nativa “Tres Islas” (Véase Gráfico 2). La sentencia declara **fundada** la demanda (Expediente N.º 1126-2011-HC/TC) a favor de la Comunidad en lo que respecta a la afectación del derecho a la propiedad de la tierra comunal y del derecho a la autonomía de la Comunidad.

El Tribunal Constitucional resolvió:

1. **DECLARAR NULA** la sentencia de HC (25/08/2010) expedida por la Sala Mixta y Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Madre de Dios.
2. **ORDENAR** a la Sala Mixta y Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Madre de Dios emita una nueva Resolución conforme a los fundamentos de la sentencia.
3. **ORDENAR** que cesen los actos de violación del territorio de la propiedad comunal y de autonomía de la Comunidad Nativa Tres Islas vinculados a este caso.

Además, el Tribunal Constitucional señaló lo siguiente respecto de las investigaciones a nivel de la PNP y del Ministerio Público:

“46. (...) Este Tribunal, atendiendo a los argumentos expuestos por la demandante, los fundamentos expuestos en la presente demanda y en virtud del *principio de corrección funcional* [STC 05854-2005-PA/TC, fundamento 12,c], estima necesario **notificar a las autoridades pertinentes a fin de que resuelvan tales investigaciones, tomando en cuenta las consideraciones expuestas en esta sentencia.**” (Resalta nuestro).

VII. AUDIENCIA TEMÁTICA ANTE LA CIDH SOBRE JURISDICCIÓN INDÍGENAS Y DERECHOS HUMANOS

El 25 /03/ 2011, acogiendo una solicitud del **Instituto Internacional de Derecho y Sociedad-IIDS**, la CIDH convocó, por primera vez en su historia, una audiencia temática regional sobre “**Jurisdicción indígena y derechos humanos**”, la cual tuvo lugar en la ciudad de Washington DC. La audiencia estuvo presidida por Dinah Shelton, entonces presidenta de la CIDH y relatora encargada de pueblos indígenas.

Con base en la información presentada por la Sra. Juana Payaba y las abogadas Raquel Yrigoyen Fajardo, Zulma Villa Vélchez y otros participantes en la Audiencia, la CIDH resaltó la falta de respeto de la aplicación de los sistemas jurídicos indígenas, a pesar de que se trata de un **“derecho reconocido en el derecho internacional de los derechos humanos**. Para la CIDH, se debe respetar el derecho a la jurisdicción indígena porque **“constituye una manifestación del derecho a la autonomía de los pueblos indígenas”**.

Referencia:http://www.oas.org/OASPage/videosasf/2011/03/CIDH_032511_RubenDario_JurisdiccionIndigenayDDHH.wmv

GRÁFICO 1. PROCESO PENAL - COMUNIDAD NATIVA TRES ISLAS

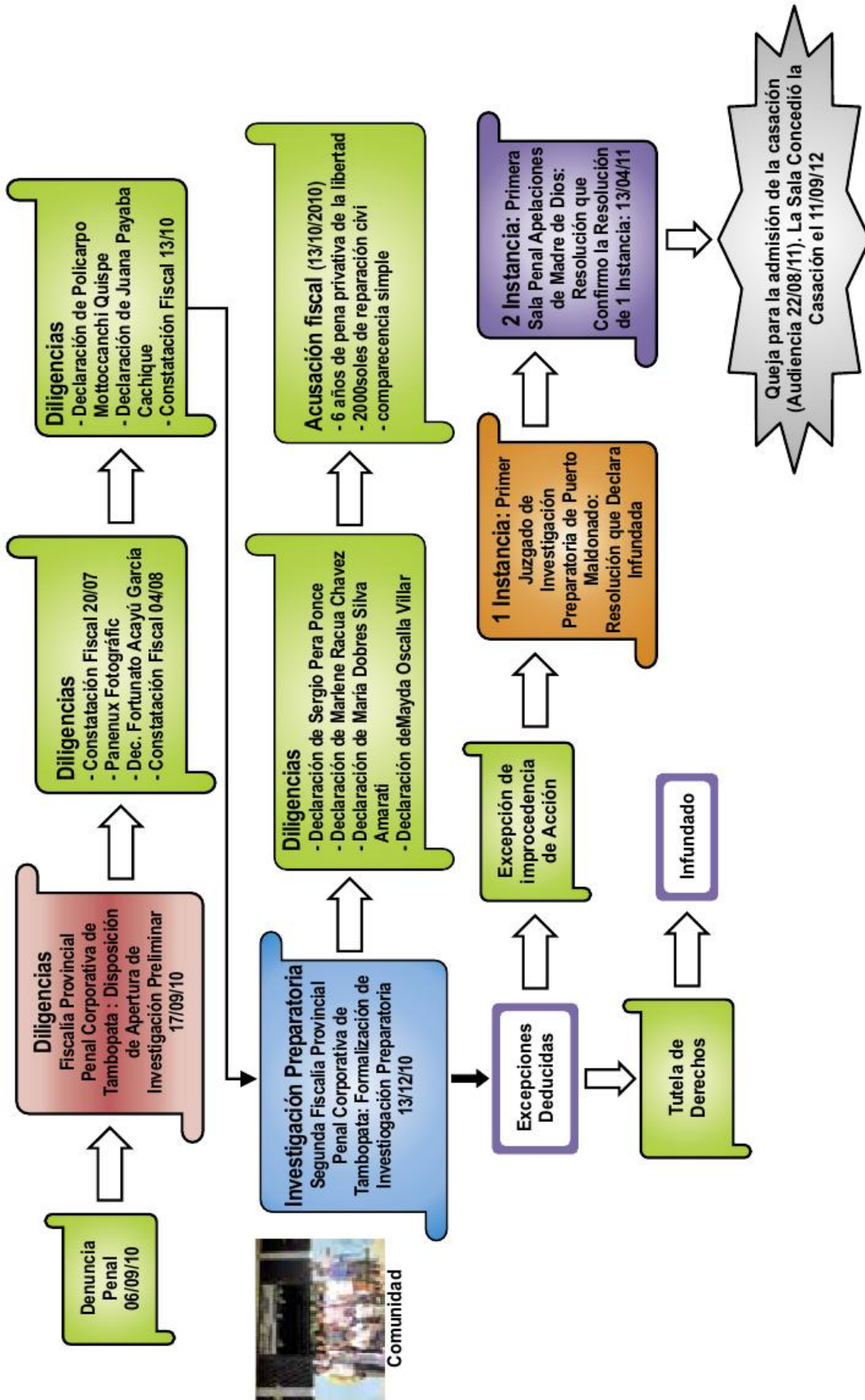
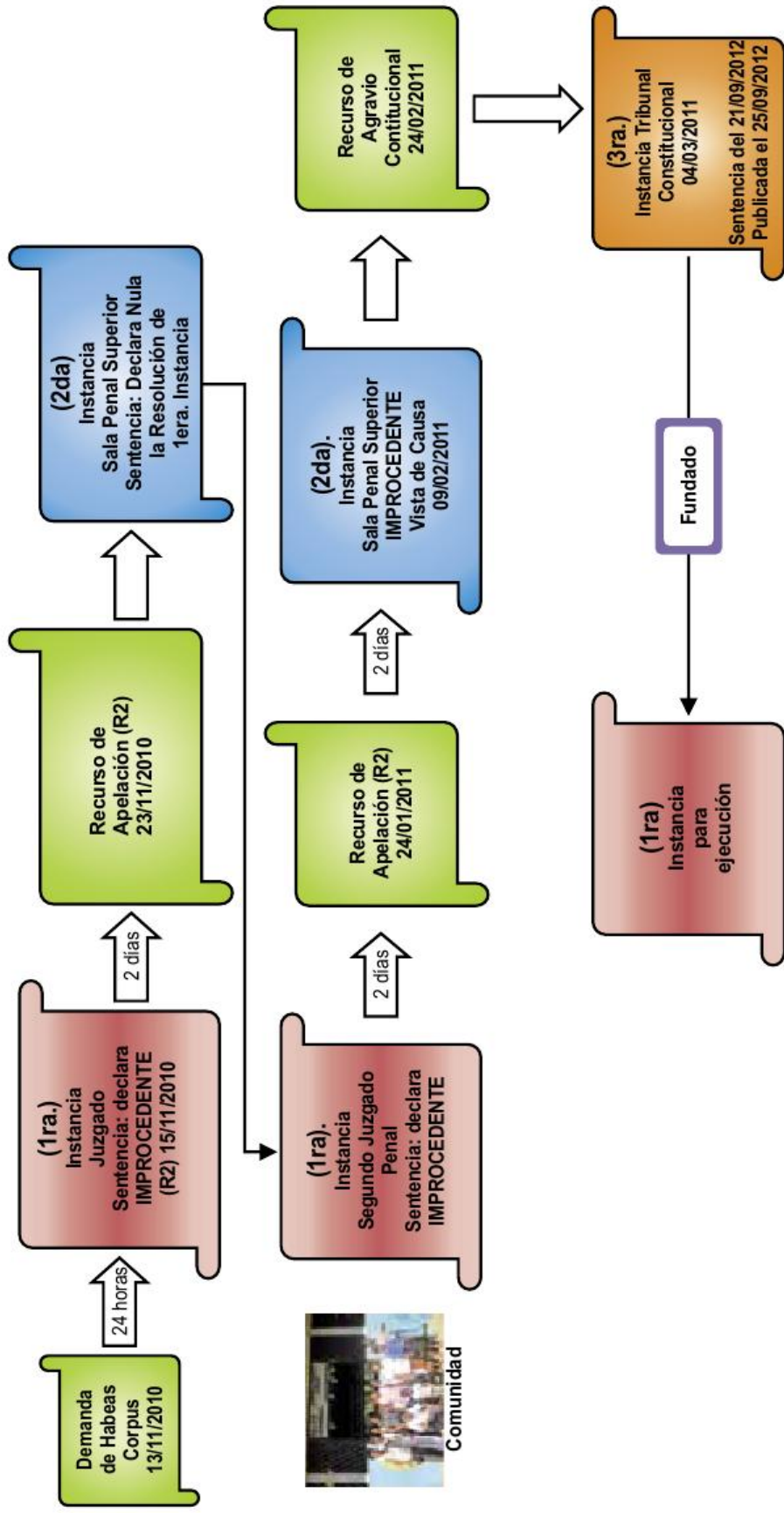


GRÁFICO 2. PROCESO DE HABEAS CORPUS - COMUNIDAD NATIVA TRES ISLAS



Comunidad



Se terminó de imprimir en los talleres gráficos de
Tarea Asociación Gráfica Educativa
Pasaje María Auxiliadora 156-164 - Breña
Correo e.: tareagrafica@tareagrafica.com
Página web: www.tareagrafica.com
Teléf. 332-3229 Fax: 424-1582



INSTITUTO INTERNACIONAL DE DERECHO Y SOCIEDAD - IIDS
INTERNATIONAL INSTITUTE ON LAW AND SOCIETY - IILS



giz Deutsche Gesellschaft
für Internationale
Zusammenarbeit (GIZ) GmbH

Por encargo de

BMZ



Ministerio Federal de
Cooperación Económica
y Desarrollo

**Programa Regional
PROINDIGENA**

Proyecto:

**Consolidación de la Reforma del
Sistema Procesal Penal y de la
Administración de la Justicia en el Perú**