

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ**

**ESCUELA DE POSGRADO**



**Aproximación al contenido constitucional y convencional del derecho de los pueblos indígenas a beneficiarse de las actividades extractivas en sus territorios**

**Tesis para optar el grado académico de Maestro en Derecho con mención en Derecho Constitucional que presenta:**

**Juan Carlos Ruiz Molleda**

**Asesor:**

**Miguel David Lovaton Palacios**

**Lima, 2024**


## Informe de Similitud

Yo, MIGUEL DAVID LOVATÓN PALACIOS, docente de la Escuela de Posgrado de la Pontificia Universidad Católica del Perú, asesor(a) de tesis titulada “Aproximación al contenido constitucional y convencional del derecho de los pueblos indígenas a beneficiarse de las actividades extractivas en sus territorios”, de el autor Juan Carlos Ruiz Molleda, dejo constancia de lo siguiente:

- El mencionado documento tiene un índice de puntuación de similitud de 16%. Así lo consigna el reporte de similitud emitido por el software *Turnitin* el 10/03/2024.
- He revisado con detalle dicho reporte y la Tesis o Trabajo de investigación, y no se advierte indicios de plagio.
- Las citas a otros autores y sus respectivas referencias cumplen con las pautas académicas.

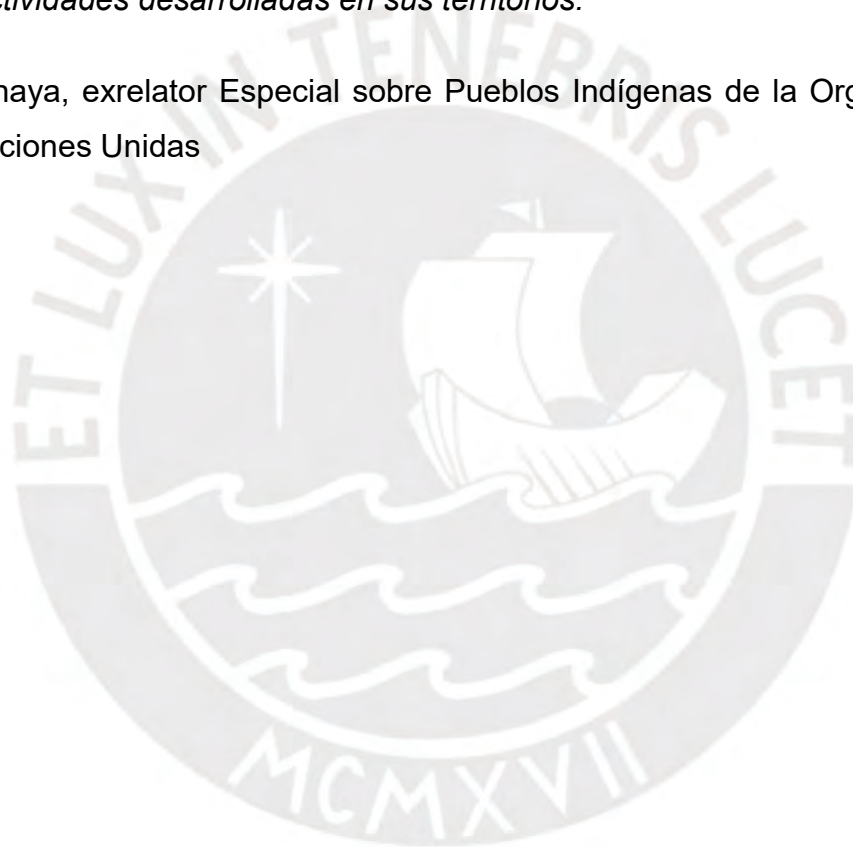
Lugar y fecha:

Lima, 11 de marzo de 2024.

Apellidos y nombres del asesor / de la asesora: <u>Lovaton Palacios Miguel David</u>	
DNI: 07900393	Firma 
ORCID: Coloque su código ORCID <a href="https://orcid.org/0000-0002-5529-1226">https://orcid.org/0000-0002-5529-1226</a>	

*Como resultado de las actividades extractivas en Perú a lo largo de varios años, diversos pueblos indígenas en el país han sufrido impactos sociales y ambientales devastadores, y sin percibir muchos beneficios de estas actividades. A raíz de esta situación, ha existido un alto nivel de descontento y de desconfianza entre los pueblos indígenas hacia el Estado y el sector industrial extractivo, lo que ha resultado en numerosos actos de protesta y enfrentamientos. A pesar de esas experiencias negativas, cabe notar que los pueblos indígenas en Perú no han expresado una posición de rechazo completo a las actividades extractivas, sino que han remarcado la necesidad de que sus derechos sean respetados, incluyendo sus derechos sobre sus territorios tradicionales, su derecho de participar en todos los niveles de los procesos de decisión relacionados con las industrias extractivas que les pueden afectar, así como su derecho de obtener beneficios e indemnizaciones por las actividades desarrolladas en sus territorios.*

James Anaya, exrelator Especial sobre Pueblos Indígenas de la Organización de las Naciones Unidas



## RESUMEN

Los pueblos indígenas en cuyos territorios se realizan actividades de explotación de recursos naturales no se benefician mayoritariamente de ellas. Ello, a pesar de que nuestro país experimenta un auge en la expansión de las industrias extractivas –en especial mineras y agroindustriales– y de las enormes ganancias que estas generan para sí mismas y, en menor medida, para el Estado. Todo lo contrario, estas actividades dejan tras de sí una estela de contaminación y afectación de los territorios donde estos pueblos viven, y lo que es peor, afectando el acceso de estos pueblos a los recursos naturales indispensables para su subsistencia. Esta situación contribuye a generar un contexto social de alta conflictividad social que a todos afecta. Ante esta realidad, esta tesis quiere contribuir a precisar, cuál es el contenido constitucional y más precisamente convencional, del derecho de los pueblos indígenas a beneficiarse de las actividades extractivas en sus territorios, reconocido en el artículo 15.2 del Convenio 169 de la OIT, tratado internacional de derechos humanos de rango constitucional. Tras 24 años de entrada en vigencia del Convenio 169 de la OIT, es necesario comenzar a exigir la vigencia de este derecho. Y esto solo será posible, si se tiene más claridad sobre el contenido constitucional y convencional protegido de este derecho. Con esa finalidad esta tesis, intenta revisar el desarrollo jurisprudencial de este derecho por diferentes cortes constitucionales, y de manera especial por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Asimismo, revisamos los diferentes pronunciamientos de la OIT, que han ido desarrollando y arrojando luces sobre este derecho. La falta de desarrollo normativo legal y reglamentario de este derecho no justifica su desconocimiento. A pesar de ello, nuestra conclusión, es que existe un mínimo contenido normativo convencional suficiente para exigir la vigencia de este derecho ante los órganos administrativos, políticos y jurisdiccionales.

## ÍNDICE

<b>Introducción.....</b>	<b>9</b>
<b>Capítulo I: La protección de los derechos de los pueblos indígenas.....</b>	<b>13</b>
1.1. La fuerza normativa del derecho de los pueblos indígenas a beneficiarse de las actividades extractivas en sus territorios .....	13
1.1.1. Los derechos constitucionales y su aporte a una concepción material de la democracia .....	13
1.1.2. La jerarquía de los tratados internacionales de derechos humanos y el Convenio 169 de la OIT .....	15
1.1.3. La fuerza normativa del Convenio 169 .....	18
1.1.4. Los derechos constitucionales o de rango constitucional son vinculantes y exigibles incluso si no han sido reglamentados .....	22
1.1.5. El principio de normatividad y la aplicación inmediata de la Constitución .....	23
1.1.6. La jurisprudencia de la Corte IDH también vincula a todos los funcionarios y poderes públicos.....	27
1.1.7. Crítica a la interpretación “iusprivatista” de las normas constitucionales .....	28
1.1.8. Las normas legales y reglamentarias deben interpretarse desde la Constitución Política y los TIDH.....	30
1.1.9. Adecuar y compatibilizar el ordenamiento jurídico nacional al Convenio 169 y a su desarrollo jurisprudencial por el TC y la Corte IDH ..	32
1.2. El Estado como “garante” de los derechos de los pueblos indígenas....	34
1.2.1. El Estado social y la obligación de proteger a los sectores sociales más vulnerables frente la violación de sus derechos.....	34
1.2.2. Razones jurídicas para exigir el reconocimiento y protección del derecho a compartir beneficios.....	36
<b>Capítulo II: Reconocimiento normativo del derecho de los pueblos indígenas a beneficiarse de las actividades extractivas en sus territorios .....</b>	<b>44</b>

2.1. Reconocimiento normativo del derecho de los pueblos indígenas a beneficiarse de las actividades extractivas en su territorio .....	44
2.1.1. Reconocimiento normativo del derecho de los pueblos indígenas a beneficiarse de las actividades extractivas en su territorio en el Convenio 169 de la OIT .....	44
2.1.2. El derecho de los pueblos indígenas a beneficiarse de las actividades extractivas en sus territorios en la jurisprudencia de la Corte IDH.....	45
2.1.3. Pronunciamientos desde las Naciones Unidas .....	50
2.1.4. El derecho de los pueblos indígenas a beneficiarse de las actividades extractivas en sus territorios para la CIDH.....	55
2.1.5. El derecho de los pueblos indígenas a beneficiarse de las actividades extractivas en sus territorios en las políticas operativas de bancos de desarrollo.....	59
2.1.6. El derecho de los pueblos indígenas a beneficiarse de las actividades extractivas en sus territorios en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional .....	63
2.1.7. El derecho de los pueblos indígenas a beneficiarse de las actividades extractivas en sus territorios desde la política institucional de la OIT.....	69
2.1.8. El derecho de los pueblos indígenas a beneficiarse de las actividades extractivas en sus territorios según organismos de las Naciones Unidas.....	71
2.1.9. El derecho de los pueblos indígenas a beneficiarse de las actividades extractivas en sus territorios en la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia .....	72
2.1.10. El derecho de los pueblos indígenas a beneficiarse de las actividades extractivas en sus territorios en la legislación interna .....	76
2.2. Elementos para la configuración del derecho de los pueblos indígenas a beneficiarse de la actividad extractiva en sus territorios .....	78
2.2.1. Concepto del derecho.....	79
2.2.2. Naturaleza jurídica .....	82
2.2.3. El bien jurídico constitucional.....	88
2.2.4. El objeto del derecho .....	99
2.2.5. El derecho de los pueblos indígenas a beneficiarse de las actividades extractivas en sus territorios como derecho fundamental .....	100
2.2.6. Titular del derecho .....	104



2.2.7. Sujeto obligado .....	106
2.2.8. La finalidad del derecho.....	107
2.2.9. La oportunidad de su concreción.....	111
2.2.10. Contenido constitucional y convencional protegido del derecho de los pueblos indígenas a beneficiarse de las actividades extractivas en sus territorios.....	113
2.2.11. Principios que regulan y orientan la concreción del beneficio.....	127
2.2.12. Criterios a tener en cuenta a la hora de concretar el beneficio de los pueblos indígenas.....	130
2.2.13. Configuración deóntica del derecho de los pueblos indígenas a beneficiarse de las actividades extractivas en sus territorios.....	138
2.2.14. Tutela jurisdiccional del derecho de los pueblos indígenas a beneficiarse de las actividades extractivas en sus territorios.....	141

**Capítulo III: La implementación del derecho de los pueblos indígenas a beneficiarse de las actividades extractivas en sus territorios en el Perú**

.....	143
3.1. La violación sistemática del derecho de los pueblos indígenas a beneficiarse de las actividades extractivas en sus territorios.....	143
3.1.1. Balance del desconocimiento de este derecho en los procesos de consulta previa realizados .....	143
3.2. La irrenunciabilidad del derecho de los pueblos indígenas a beneficiarse de la actividad extractiva en su territorio .....	148
3.2.1. La irrenunciabilidad de los derechos fundamentales .....	148
3.2.2. La figura del “acuerdo previo” .....	157
3.2.3. Criterios para examinar la validez constitucional de los acuerdos previos en que se concreta los beneficios .....	164
3.3. Intento de concretar el derecho de los pueblos indígenas a beneficiarse de las actividades extractivas en sus territorios .....	171
3.3.1. Derecho de configuración autónoma de los pueblos indígenas a beneficiarse de las actividades extractivas en su territorio .....	172
3.3.2. Porcentaje del canon y sobre canon petrolero.....	175
3.3.3. Servidumbres sobre territorio de pueblos indígenas.....	181
3.3.4. Compensación por derrames de petróleo.....	185
3.3.5. Servidumbres mineras .....	187

3.3.6. Beneficio por explotación minera en los territorios de las comunidades campesinas .....	188
3.3.7. Beneficios o medidas compensatorias por actividades extractivas en sus territorios .....	189
3.3.8. La titulación del territorio no es condición para recibir beneficios ..	190
<b>Conclusiones.....</b>	<b>192</b>
<b>Bibliografía.....</b>	<b>197</b>





## INTRODUCCIÓN

Han pasado cerca de 24 años desde que entró en vigencia el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y, con él, el derecho de los pueblos indígenas a beneficiarse de las actividades extractivas realizadas en sus territorios. Sin embargo, el Congreso de la República y el Ministerio de Energía y Minas, hasta hoy no han desarrollado legislativa o reglamentariamente las reglas básicas para el ejercicio y aplicación de este derecho, dificultando así su ejercicio pleno y efectivo<sup>1</sup>, pese a existir algunas normas que, de forma aislada y desordenada, han intentado hacerlo sin tomar en cuenta el Convenio 169 de la OIT.

Ante esta omisión e indiferencia del Estado, resulta imperativo promover no solo el desarrollo normativo de este derecho, sino más aún su real vigencia, toda vez que las poblaciones indígenas que habitan zonas donde se desarrollan actividades extractivas, no se benefician de estas actividades extractivas<sup>2</sup>.

En tal sentido, el objetivo de esta tesis es hacer una aproximación al contenido constitucional y, más precisamente, al contenido convencional de este derecho para exigir su cumplimiento. Su delimitación resulta de gran relevancia, pues las actividades extractivas –antes que mejorar las condiciones de vida de los pueblos indígenas– les han traído pobreza, contaminación y la destrucción de sus culturas, incluso han puesto en peligro su propia subsistencia<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> En efecto, con fecha 5 de diciembre del año 1993 el Gobierno Peruano expidió la Resolución Legislativa N° 26253, mediante la cual aprobó el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes. Dicho instrumento fue ratificado el 17 de enero del año 1994 y fue hecho el depósito el 2 de febrero de 1994, entrando en vigencia en febrero del año 1995.

<sup>2</sup> Es el caso de los Decretos de Urgencia, 028-2006 y 026-2010, los que establecen que el 10% y 5% de lo que reciben los gobiernos regionales y los municipios distritales por canon y sobre canon petrolero, sean invertidos en proyectos de desarrollo en favor de las comunidades donde se realizan actividades extractivas. La Contraloría General de la República encontró que este dinero era desviado y que no se beneficiaba a las comunidades nativas afectadas, como mandaban los mencionados decretos de urgencia. Ver Juan Carlos Ruiz Molleda y Maritza Quispe Mamani. Mujeres kukamas exigen al Estado beneficiarse de la actividad petrolera en sus territorios. Disponible <https://www.servindi.org/actualidad-noticias/18/12/2018/mujeres-kukamas-exigen-al-estado-beneficiarse-por-actividad-0>

<sup>3</sup> Es el caso por ejemplo de las comunidades nativas amazónicas afectadas por los sistemáticos derrames de petróleo. Ver Juan Carlos Ruiz Molleda. Mitos y verdades sobre los derrames de petróleo en la

Tal como lo ha reconocido la OIT y la Organización de las Naciones Unidas (ONU), la explotación de recursos naturales ha sido “devastadora” para los pueblos indígenas. Según la OIT, “la reducción de la pobreza es un motivo de preocupación esencial para los pueblos indígenas, ya que existe una desproporción en la representación que ellos tienen entre los pobres”<sup>4</sup>. Añade que “los pueblos indígenas con frecuencia terminan siendo las víctimas del desarrollo en lugar de ser sus beneficiarios. Mientras que la construcción de infraestructura, la explotación del petróleo, la explotación forestal y la minería han contribuido al crecimiento económico de determinados sectores de la sociedad, las consecuencias para los pueblos indígenas a menudo han sido devastadoras. Sufrieron el despojo de sus tierras, la desaparición de sus bosques y la contaminación de sus ríos. Por lo tanto, han sido despojados de sus medios de vida, a menudo sin recibir ninguna compensación ni acceso a medios de vida alternativos”<sup>5</sup>.

En esa misma línea, el exrelator especial sobre Pueblos Indígenas de la ONU – James Anaya– sostiene que la implementación de proyectos extractivos es la causa de la violación de los derechos de los pueblos indígenas. Según este, “los proyectos de extracción de recursos naturales y otros grandes proyectos de desarrollo llevados a cabo en territorios indígenas o en proximidad de ellos constituyen una de las fuentes más importantes de abuso de los derechos de los pueblos indígenas en todo el mundo. En su forma prevaleciente, el modelo de extracción de recursos naturales en los territorios de los pueblos indígenas parece socavar la libre determinación de los pueblos indígenas en las esferas política, social y económica”<sup>6</sup>.

---

Amazonía del Perú. Un cuestionamiento de las afirmaciones de Petroperú. Disponible en: <https://juancruizm.lamula.pe/2017/10/29/mitos-y-verdades-sobre-los-derrames-de-petroleo-en-la-amazonia-del-peru/juancruizm/>.

<sup>4</sup> Departamento de Normas Internacionales del Trabajo (2009). *Los derechos de los pueblos indígenas y tribales en la práctica. Una guía sobre el Convenio núm. 169 de la OIT*. Lima, p. 117.

<sup>5</sup> *Ibidem*.

<sup>6</sup> *Ibidem*, p. 117.

En un contexto de creciente y preocupante conflictividad entre los pueblos indígenas, el Estado y las empresas extractivas<sup>7</sup>, el esfuerzo de configuración y desarrollo normativo y jurisprudencial de este derecho es un imperativo jurídico y también político.

Ciertamente, somos conscientes que esta no es la solución “mágica” que acabará con los conflictos socioambientales, como reporta la Defensoría del Pueblo. No obstante, estamos seguros que este derecho forma parte de la “caja de herramientas” básica que, de la mano con una mayor institucionalidad estatal en materia ambiental e indígena, pueden ayudar a reconducir los conflictos de forma pacífica y democrática hacia mecanismos institucionales para la resolución de conflictos.

El 20 de noviembre de 2011, el diario La República entrevistó al español Javier Arellano, quien, tras una investigación de los conflictos sociales relacionados con las empresas extractivas en nuestro país, llegó a la conclusión que:

*El daño ambiental que provocan las mineras no es la principal causa de los conflictos sociales en el país [...] concluye que la mayoría de los conflictos es ocasionada por el crecimiento de la rentabilidad de las minas y, por consiguiente, de los ingresos por canon de las regiones. En otras palabras, la gente no se opone a las mineras. Lo que les exige es que compartan sus ganancias<sup>8</sup>.*

De acuerdo a este investigador del Centro de Ética Aplicada de la Universidad de Deusto (España) –autor del libro *Conflicto y desarrollo en regiones mineras del Perú*–, si bien los pasivos ambientales (como el agua contaminada, los daños ambientales y a la salud, los efectos en las economías agrícolas-ganaderas, etc.), son muchas veces los “caballitos de batalla” de muchas de

---

<sup>7</sup> Defensoría del Pueblo, Adjuntía para la Prevención de Conflictos Sociales y la Gobernabilidad enero de 2019. Reporte de Conflictos Sociales N.º 179. Disponible en: <https://www.defensoria.gob.pe/wp-content/uploads/2019/02/Conflictos-Sociales-N%C2%B0-179-Enero-2019.pdf>.

<sup>8</sup> Diario La República (20 de noviembre de 2011). *La mayoría de conflictos no rechaza a la minería*. Recuperado de: <http://www.larepublica.pe/20-11-2011/la-mayoria-de-conflictos-no-rechaza-la-mineria>.

las movilizaciones y protestas sociales de las comunidades afectadas por la explotación de los recursos naturales en sus tierras, su real naturaleza es la falta de equidad en la repartición de los beneficios económicos entre estas comunidades y las empresas. No se trata, en tal sentido, de especulaciones sin base real.

Por nuestra parte, consideramos que la realización de actividades extractivas en los territorios de los pueblos indígenas recorta el control político que ejercen estos sobre sus territorios y sobre los recursos naturales indispensables para su subsistencia, mientras que afectan y restringen un conjunto de derechos en su condición de pueblos indígenas. Es allí, en contextos caracterizados por el abandono y el olvido del Estado, donde se hace más evidente la necesidad de configurar e implementar el derecho de los pueblos indígenas a beneficiarse de la explotación de los recursos naturales en sus territorios.

Como consecuencia de la falta de claridad sobre el contenido constitucional y convencional del derecho de los pueblos indígenas a beneficiarse de las actividades extractivas realizadas en sus territorios, los funcionarios públicos y los operadores del sistema de justicia violan este derecho sistemáticamente, causando graves perjuicios a la población indígena.

Se trata en definitiva de un derecho de rango constitucional, sobre el cual existe poca reflexión y poco análisis. Su fuerza, contenido, alcances y posiciones *ius fundamentales* aún no han sido objetos de un amplio estudio.

## **CAPÍTULO I**

### **LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS**

#### **1.1. La fuerza normativa del derecho de los pueblos indígenas a beneficiarse de las actividades extractivas en sus territorios**

Antes de desarrollar el contenido de este derecho, es necesario precisar cuál es su fuerza normativa dentro del ordenamiento jurídico. Es decir, debe precisarse los contenidos del Convenio 169 de la OIT y de la jurisprudencia que han permitido su configuración.

##### **1.1.1. Los derechos constitucionales y su aporte a una concepción material de la democracia**

Los derechos constitucionales, estén recogidos en la Constitución o en tratados internacionales de derechos humanos, no solo son límites de la acción del Estado, sino también objetivos y límites que deben orientar el contenido de las decisiones que adopten los funcionarios públicos incluso los particulares. En efecto, la Constitución no solo exige una forma particular de tomar decisiones, que por lo general está recogida en su parte orgánica, sino también que su contenido esté ajustado y sea coherente con un conjunto de derechos, principios y valores recogidos en la Constitución.

Todo esto supone transitar del positivismo jurídico al constitucionalismo jurídico, en palabras de Luigi Ferrajoli<sup>9</sup>. Según este, “[a]llí donde el positivismo jurídico, en ausencia de constituciones rígidas, confiaba únicamente a la forma de la producción de leyes -independientemente de su contenido- el criterio de reconocimiento tanto de la existencia como de su validez, el constitucionalismo jurídico condiciona la validez de las leyes también a la sustancia de las

---

<sup>9</sup> Ferrajoli, L. (2002). *Positivismo crítico, derechos y democracia*. En: Revista Isonomía, Núm. 16, p. 10.



decisiones, o sea, a la coherencia de sus contenidos con los principios de justicia establecidos por las constituciones”<sup>10</sup>.

Añade “el constitucionalismo puede bien ser configurado como un complemento del positivismo jurídico. Él designa, en efecto, una concepción y un modelo de derecho en el que no sólo la existencia de las normas, en tanto vinculada a su forma de producción, sino también los criterios sustanciales de reconocimiento de su validez, son puestos, artificialmente, por el propio derecho positivo”<sup>11</sup>.

Esto exige recurrir a categorías como vigencia y validez. Supone “[l]a revisión de la teoría puramente formal de la validez, inducida por el paradigma constitucional y basada en la disociación entre la vigencia, relativa a la forma, y la validez, relativa a la sustancia, de las decisiones, implica, paralelamente, una revisión de la concepción puramente formal de la democracia”<sup>12</sup>.

La consideración de los derechos constitucionales como parámetros de validez de las decisiones de los Estados, implica como muy bien lo anota Ferrajoli, pasar de una concepción formal de democracia a una concepción material de democracia, pues no basta respetar procedimientos “democráticos”, sino que el contenido de estas decisiones debe estar orientado a beneficiar los derechos de todos:

*La positivización de principios y derechos fundamentales en normas constitucionales, condicionando la legitimidad del sistema político a su plena tutela y observancia, ha incorporado también en la democracia una dimensión sustancial, que se añade a la dimensión formal o política tradicional*<sup>13</sup>.

---

<sup>10</sup> *Ibid.*, p. 7.

<sup>11</sup> *Ibidem*.

<sup>12</sup> *Ibid.*, p. 12.

<sup>13</sup> *Ibid.*, p. 12.



Es decir, tenemos en primer lugar una dimensión formal de la democracia, que está asociada al concepto de vigencia. Según esta, las normas formales se refieren a quién y cómo se toma las decisiones que garantizan, con la igualdad en derechos políticos, la representatividad de las instituciones parlamentarias y el gobierno de la mayoría. Y al lado de esta, tenemos una dimensión sustancial de la democracia, referida al concepto de validez. De acuerdo a esta, las normas sustanciales referidas a qué cosa se debe o no decidir se identifican con los derechos de libertad, que el Estado no debe violar, y con los derechos sociales, que este debe satisfacer<sup>14</sup>.

Estas normas se encuentran no solo en la Constitución sino en tratados internacionales, como el Convenio 169, al que nos hemos referido. La consecuencia es que la Constitución se configura como el instrumento compuesto por el conjunto de estas normas, gracias a las cuales todos los poderes se encuentran sujetos a la ley, en el doble sentido que todos, también aquellos de mayoría, solo pueden ejercerse en las formas establecidas por las normas formales y están, además, sujetos a normas sustanciales que imponen límites y vínculos a los contenidos de sus decisiones para tutelar los derechos de todos los individuos<sup>15</sup>.

### **1.1.2. La jerarquía de los tratados internacionales de derechos humanos y el Convenio 169 de la OIT**

Los tratados internacionales de derechos humanos tienen rango constitucional y son parte del derecho interno. Es pertinente señalarlo, pues el Convenio 169 es un tratado internacional de derechos humanos. Si bien no se ha reconocido en forma expresa y literal que tengan rango constitucional, ello se desprende de una interpretación sistemática<sup>16</sup> de la Constitución, de conformidad con los

---

<sup>14</sup> *Ibid.*, p. 13.

<sup>15</sup> *Ibid.*, p. 13.

<sup>16</sup> Borowski, Martín (2003). *La estructura de los derechos fundamentales*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, p. 104.

principios de unidad de la Constitución, y concordancia práctica<sup>17</sup>, en consonancia con la jurisprudencia vinculante del Tribunal Constitucional (TC).

Esto es posible gracias a las cláusulas de apertura del derecho constitucional al Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH)<sup>18</sup>. Tenemos así el artículo 55 de la Constitución, el cual reconoce de manera general que los TIDH forman parte del derecho nacional. Por otro lado, el artículo 3 señala que serán también derechos fundamentales aquellos que se funden en la dignidad humana, tales como los derechos humanos reconocidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) y el Convenio 169. Finalmente, la Cuarta Disposición Final y Transitoria establece que las normas relativas a los derechos y libertades reconocidas en la Constitución se interpretan *de conformidad* con los instrumentos internacionales de protección a los derechos humanos, con lo cual queda claro que no tendrá cobertura constitucional una interpretación que no sea conforme con estos instrumentos.

No obstante, el TC en reiterada, sostenida y uniforme jurisprudencia<sup>19</sup> ha sostenido que TIDH no solo forman parte del ordenamiento jurídico, sino tienen rango constitucional:

*Los tratados internacionales sobre derechos humanos de los que el Estado peruano es parte integran el ordenamiento jurídico. Dichos tratados no sólo conforman nuestro ordenamiento, sino que, además, detentan rango constitucional<sup>20</sup>.*

---

<sup>17</sup> Cfr. Principio de concordancia práctica (STC Exp. N° 5854-2005-PA/TC, fundamento 12.b); principio de corrección funcional (STC Exp. N° 5854-2005-PA/TC, fundamento 12.c); principio de fuerza normativa de la Constitución (STC Exp. N° 5854-2005-PA/TC, fundamento 12.e); principio de función integradora (STC Exp. N° 5854-2005-PA/TC, fundamento 12.d); principio de unidad de la Constitución (STC Exp. N° 04747-2007-HC/TC, fundamento 5 y STC Exp. N° 5854-2005-PA/TC, fundamento 12.a).

<sup>18</sup> Saiz Arnaiz, Alejandro (1999). *La apertura constitucional al derecho internacional y europeo de los derechos humanos. El artículo 10.2 de la Constitución Española*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, p. 49.

<sup>19</sup> Cfr. Al respecto, pueden consultarse las siguientes sentencias: Exp. N° 00217-2002-HC/TC y N° 00218-2002-HC/TC, fundamento 2; Exp. N° 00026-2004-AI/TC, fundamento 13; Exp. N° 02798-04-HC/TC, fundamento 8; Exp. N° 01417-2005-AA/TC, fundamento 7; Exp. N° 04677-2005-PHC/TC, fundamentos 11-13; Exp. N° 05854-2005-PA/TC, fundamentos 22 y 23; Exp. N° 04587-2004-AA/TC, fundamento 44; Exp. N° 08123-2005-PHC/TC, fundamentos 22 y 23; Exp. N° 00047-2004-AI/TC, fundamentos 18-22; Exp. N° 08453-2005-PHC/TC, fundamentos 22 y 23; entre varias otras.

<sup>20</sup> Sentencias del Tribunal Constitucional, Exp. N° 00025-2005-PI/TC y N° 00026-2005-PI/TC (acumulados), fundamento 25.

El TC, igualmente, ha reconocido el rango constitucional del Convenio 169<sup>21</sup>:

*[H]abiéndose aprobado el Convenio N° 169 [...] su contenido pasa a ser parte del Derecho nacional, tal como lo explicita el artículo 55 de la Constitución, siendo además obligatoria su aplicación por todas las entidades estatales. Por consiguiente, en virtud del artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, el tratado internacional viene a complementar -normativa e interpretativamente- las cláusulas constitucionales sobre pueblos indígenas que, a su vez, concretizan los derechos fundamentales y las garantías institucionales de los pueblos indígenas y sus integrantes<sup>22</sup>.*

En ese sentido, el TC reconoce dos funciones a los TIDH, a través de una fuerza *activa* y otra *pasiva*. Mediante la primera, “estos tratados han innovado nuestro ordenamiento jurídico incorporando a éste, en tanto derecho vigente, los derechos reconocidos por ellos, pero no bajo cualquier condición, sino a título de derechos de rango constitucional”. Asimismo, mediante la segunda, “trae[n] consigo su aptitud de resistencia frente a normas provenientes de fuentes infraconstitucionales, es decir, ellas no pueden ser modificadas ni contradichas por normas infraconstitucionales e, incluso, por una reforma de la Constitución que suprimiera un derecho reconocido por un tratado o que afectara su contenido protegido<sup>23</sup>”.

La primera es la “función hermenéutica”, en virtud de la cual al momento de interpretarse los derechos fundamentales y precisarse su contenido constitucional, debe recurrirse a los TIDH. Esta función no solo está recogida en la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución, sino en el artículo VIII del Título Preliminar del Nuevo Código Procesal Constitucional, que extiende el margen de interpretación a los tribunales internacionales sobre

---

<sup>21</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional, Exp. N° 00022-2009-PI, fundamento 9.

<sup>22</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional, Exp. N° 03343-2007-PA, fundamento 31.

<sup>23</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional, Exp. N° 00025-2005-PI/TC y N° 00026-2005-PI/TC (acumulados), fundamento 34.

derechos humanos de los que el Perú es parte, como la Comisión Interamericana (Comisión IDH) y la Corte Interamericana (Corte IDH).

Una segunda es la denominada “función normativa”, que a su vez tiene dos manifestaciones. La “función positiva”, de ensanchar el catálogo de derechos fundamentales reconocidos en la Constitución –posible, como se ha dicho, gracias a las cláusulas de apertura de nuestro derecho interno al DIDH–. La consecuencia práctica es que los derechos fundamentales ya no serán los expresamente reconocidos en la Constitución, sino el conjunto de derechos reconocidos en los diferentes TIDH y los desarrollados en la jurisprudencia de la Corte IDH.

Muy ligada se encuentra la “función negativa”, en virtud de la cual los TIDH constituyen límites materiales y criterios de validez sustancial del conjunto del ordenamiento jurídico, y especialmente de la facultad legislativa del Congreso de la República. Esta fuerza vinculante ha sido reconocida acertadamente en el propio artículo VIII del Título Preliminar del Nuevo Código Procesal Constitucional. Esta función se manifiesta, por ejemplo, en el artículo 31 de la Constitución, cuando sanciona con nulidad al acto que restrinja derechos constitucionales. Esta norma se concretaba en el artículo 55 inciso 2 del anterior Código Procesal Constitucional (Ley No 28237), que precisaba que la sentencia en un proceso de amparo declarará la nulidad de todo acto administrativo que viole derechos constitucionales.

### **1.1.3. La fuerza normativa del Convenio 169**

Si tenemos en cuenta que el derecho de los pueblos indígenas a compartir beneficios de la explotación de recursos naturales en sus territorios –contenido en el artículo 15.2 del Convenio 169 y los TIDH– se incorpora a la Constitución a través de las cláusulas de apertura a las que nos hemos referido<sup>24</sup> (artículos 3, 55 y Cuarta Disposición Final y Transitoria), y que la Constitución y el propio

---

<sup>24</sup> Saiz Arnaiz, *op. cit.*, p. 49.

TC les ha reconocido rango constitucional, resulta necesario analizar cuál es la naturaleza y los efectos jurídicos de la Constitución.

En primer término, debe reconocerse el carácter vinculante del Convenio 169, en su condición de norma de rango constitucional, con los mismos atributos normativos de la Constitución<sup>25</sup>. En tal sentido, los atributos que aquí atribuimos a la Constitución se aplican también al Convenio 169. Si bien la Constitución es una norma política en la medida en que organiza y limita el ejercicio de poder, es también, y fundamentalmente, una norma jurídica vinculante para todos los poderes públicos y para los propios particulares, sin excepción alguna<sup>26</sup>. En segundo lugar, debe reconocerse la supremacía o superioridad jerárquica no solo de la Constitución en el sistema de fuentes<sup>27</sup>, sino también del Convenio 169. Es decir, la Constitución no sólo es una norma jurídica, sino que es la norma suprema del ordenamiento jurídico, la de mayor importancia en el sistema de fuentes del Derecho, cuyos efectos irradian a todo el ordenamiento jurídico.

De ahí que se señale, con propiedad, que ella condiciona la validez de todos los demás componentes del ordenamiento jurídico, y que representa un criterio de interpretación prioritario<sup>28</sup>. Ello solo es posible gracias a “la omnipresencia de la Constitución en todas las áreas jurídicas y en todos los conflictos

---

<sup>25</sup> Seguimos el esquema desarrollado por Prieto Sanchís cuando caracteriza los elementos claves de lo que él llama un constitucionalismo fuerte. Ver: Prieto Sanchís, L. (2003). *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Madrid: Trotta, p. 116.

<sup>26</sup> El Tribunal Constitucional ha desarrollado jurisprudencialmente el principio según el cual ningún poder puede estar exento del control constitucional, pues lo contrario significaría que el poder constituyente está por encima del poder constituido. Así por ejemplo en la sentencia recaída en el expediente N° 00006-2006-CC, fundamento 44, señala: “En un Estado Constitucional Democrático los poderes constituidos no están por encima de la Constitución, sino que están sometidos a ella”. Esto implicaría en los hechos la pérdida o la limitación de la eficacia normativa de la Constitución. Ver: Castillo Córdova, L (2007). *La inexistencia de ámbitos exentos de vinculación a la Constitución*. En: Gaceta Jurídica, Año 13, p. 73 y ss.

<sup>27</sup> Para García de Enterría, el origen de esto está en la distinción entre un poder constituyente, que es de quien surge la Constitución, y los poderes constituidos por este, de los que emanan todas las normas ordinarias. De aquí se dedujo inicialmente, la idea de “rigidez” de la norma constitucional, que la asegura una llamada “súper legalidad formal”, que impone formas reforzadas de cambio o modificación constitucional, frente a los procedimientos ordinarios”. Esto a su vez, llevará al reconocimiento de una “superlegalidad material” que asegura a la Constitución una preeminencia jerárquica sobre todas las demás normas del ordenamiento, producto de los poderes constituidos por la Constitución misma, obra del poder constituyente. Cfr. García de Enterría, Eduardo (1985). *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. Madrid: Editorial Civitas, 3° Ed., p. 50.

<sup>28</sup> Prieto Sanchís, Luis (2003). *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Madrid: Trotta, p. 116.



mínimamente relevantes, en lugar de espacios exentos a favor de la opción legislativa o reglamentaria”<sup>29</sup>.

Una lógica consecuencia de los dos elementos antes predicados (la Constitución y el Convenio 169) es su eficacia y aplicación inmediata. Negarle dicha característica implica regresar al Estado Legislativo de derecho, en el cual el texto constitucional no vinculaba a los poderes públicos. En efecto, si esta es una verdadera norma suprema, ello supone que no requiere del desarrollo legislativo para desplegar su fuerza vinculante. En tal sentido, en la medida en que los preceptos constitucionales o sean relevantes en un proceso cualquiera, su aplicación resultará obligatoria<sup>30</sup>. Esta característica se predica principalmente de las normas de la parte dogmática, que reconoce derechos fundamentales, antes que la orgánica. La supremacía o superioridad jerárquica en el sistema de fuentes y la eficacia o aplicación directa de la Constitución se encuentra recogida en sus artículos 51º y 138º.

Como señala De Otto, uno de los problemas clave de los ordenamientos en los que la Constitución tiene verdadero valor de norma jurídica, es el de si resulta o no aplicable por los órganos llamados a aplicar el ordenamiento. Fundamentalmente por los jueces (eficacia directa) o si, por el contrario, es un mandato dirigido al legislador y que solo afectará a la actividad de los demás órganos del Estado en la medida en que se haya incorporado a las leyes (eficacia indirecta)<sup>31</sup>. Como agrega este autor, se trata en definitiva de resolver si la Constitución es una fuente de derecho en sí misma<sup>32</sup>.

Para De Otto, la opción por un sistema u otro de eficacia tiene una enorme influencia sobre la operatividad de la Constitución, en cada caso serán diferentes las consecuencias. Si la Constitución solo obliga directamente al legislador, y a los demás únicamente de modo indirecto en cuanto están

---

<sup>29</sup> *Ibid.*, p. 117.

<sup>30</sup> *Ibid.*, p. 116.

<sup>31</sup> De Otto, Ignacio (1999). *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*. Barcelona: Ariel, 7º reimpresión, p. 76.

<sup>32</sup> *Ibidem*.



sometidos a la ley, la acomodación del contenido del ordenamiento a las prescripciones constitucionales dependerá de aquel. En consecuencia, la única garantía posible será el control de constitucionalidad de la ley. En otras palabras, la Constitución solo estará presente en el ordenamiento jurídico por mediación del legislador y del órgano que lleve a cabo el control de constitucionalidad de la ley<sup>33</sup>. Esta tesis, que predica la eficacia indirecta de la Constitución, es incompatible con la propia Constitución peruana.

Por el contrario -siguiendo a De Otto-, la eficacia directa de la Constitución implica que los jueces, y en general todos los llamados a aplicar el derecho, habrán de tomar la norma constitucional como una premisa de su decisión, igual que cualquier otra norma, con las siguientes consecuencias: a) dado que la Constitución es norma superior, habrán de examinar con ella todas las leyes y cualquier norma para comprobar si es o no compatible; b) habrán de aplicar la norma constitucional para extraer de ella la solución del litigio o, en general, para configurar de un modo u otro una situación jurídica; c) habrán de interpretar todo el ordenamiento conforme a la Constitución<sup>34</sup>.

Un cuarto elemento es la garantía jurisdiccional de la Constitución<sup>35</sup>. La denominada garantía jurisdiccional o judicial no es otra cosa que la exigibilidad en sede jurisdiccional de la Constitución. Esto significa que su primacía, como la de cualquier otra normatividad, es jurídicamente imperfecta si carece de una garantía jurisdiccional y, concretamente, si la constitucionalidad de las decisiones y actos de los poderes públicos no es enjuiciable por órganos distintos de aquellos que son sus propios actores<sup>36</sup>. La cobertura de esta característica se encuentra en los artículos 138º y 200º de la propia Constitución.

---

<sup>33</sup> *Ibidem*.

<sup>34</sup> *Ibidem*.

<sup>35</sup> Este tema ha sido desarrollado en: Kelsen, Hans (2001). *La garantía jurisdiccional de la Constitución (La justicia constitucional)*. Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México.

<sup>36</sup> Manuel García Pelayo, "El status del Tribunal Constitucional". *Revista Española de Derecho Constitucional* N° 1. Madrid, 1981, p. 18.

#### **1.1.4. Los derechos constitucionales o de rango constitucional son vinculantes y exigibles incluso si no han sido reglamentados**

Un argumento usualmente invocado por el Gobierno para no cumplir con el Convenio 169 de la OIT -por ejemplo, en relación a la consulta previa- es que los derechos que contiene no son de cumplimiento obligatorio, pues no han sido desarrollados legislativa ni reglamentariamente. Es decir, la tesis que subyace es que este Convenio y los derechos que reconoce necesitan una intermediación normativa por parte del Congreso o el Gobierno para ser normativos y exigibles.

Como ha señalado el TC en jurisprudencia vinculante, “no es un argumento constitucionalmente válido excusar la aplicación de derechos fundamentales debido a una ausencia de regulación legal o infra legal. Ello sería dejar en manos de la discrecionalidad estatal el cumplimiento de los derechos fundamentales, posición que riñe con el Estado Constitucional del Derecho, en la que la Constitución vincula a toda la sociedad, incluyendo a los órganos constitucionales o a los llamados Poderes de Estado. Desde esta perspectiva, la naturaleza programática o aplicativa no tienen mayor incidencia, puesto que lo concreto es que, debido a una omisión normativa, se deniega el ejercicio de una serie de derechos fundamentales a un sector de la sociedad”<sup>37</sup>.

Esto lleva al TC a concluir en forma categórica que “la omisión en la regulación de algún mandato ius fundamental contenido en un tratado internacional tampoco habilita al Estado a incumplir con las obligaciones emanadas de él”<sup>38</sup>. En dicho supuesto, frente al vacío o deficiencia de la ley, los entes jurisdiccionales no pueden dejar de administrar justicia, como establece la Constitución en su artículo 139, inciso 8.

Como añade el TC, ello coloca al juez constitucional que debe aplicar dicha norma en una situación delicada y compleja, por cuanto, “tendrá que configurar

---

<sup>37</sup> STC. Exp. N° 00022-2009-PI/TC, fundamento 12.

<sup>38</sup> *Ibid.*, fundamento 13.

los elementos y requisitos del derecho sobre la base de situaciones concretas”<sup>39</sup>. Esto significa que el juez deberá cumplir funciones de legislador positivo; es decir, deberá “configurar” los elementos mínimos para hacer operativas las normas constitucionales.

De tal forma, el derecho de los pueblos indígenas a compartir beneficios no necesita de intermediación legislativa para su desarrollo o despliegue de efectos jurídicos. Ciertamente, una ley permitiría el desarrollo pleno de su contenido constitucional, pero de ninguna manera puede negarse su fuerza vinculante por la falta de desarrollo legislativo o jurisprudencial.

#### **1.1.5. El principio de normatividad y la aplicación inmediata de la Constitución**

Debe insistirse en este punto, pues a menudo algunos operadores del derecho, a nivel nacional y local, le asignan a la Constitución y al Convenio 169 una naturaleza programática y política, en detrimento de su fuerza normativa<sup>40</sup>. Siguiendo a García de Enterría debemos de señalar que, “[l]o primero que hay que establecer con absoluta explicitud es que toda la Constitución tiene valor normativo inmediato y directo”<sup>41</sup>. Su vinculación normativa afecta a todos los ciudadanos y poderes públicos, sin excepción, incluyendo a todos los jueces y tribunales de la República<sup>42</sup>.

El carácter normativo o fuerza vinculante directa<sup>43</sup> está recogida en los artículos 38 y 45 de la Constitución. Según estas normas, todos los peruanos tienen el

---

<sup>39</sup> *Ibidem*.

<sup>40</sup> Como bien señala, la tradición de nuestro derecho constitucional “conduce a negar a la Constitución valor normativo específico fuera del ámbito de la organización y las relaciones de los poderes superiores; todo lo demás, y en concreto toda la parte material de la Constitución, contendría solo principios “programáticos”, indicaciones que sólo en cuanto el legislador recogiera llegarían a encarnarse en normas jurídicas verdaderas, las leyes de desarrollo de tales principios, únicas normas aplicables por los tribunales y vinculantes para los poderes públicos y para los ciudadanos”. Ver: García de Enterría, *op. cit.*, p. 39.

<sup>41</sup> *Ibidem*, p. 63.

<sup>42</sup> *Ibidem*, p. 64.

<sup>43</sup> El concepto de fuerza vinculante directa de la Constitución viene de la sentencia del Tribunal Constitucional Español 15/82, 23 de abril sobre objeción de conciencia. Puede ser consultada en: López

deber de respetar, cumplir y defender la Constitución, y quienes lo ejercen (el poder), lo hacen con las limitaciones y responsabilidades que la Constitución y las leyes establecen. Sin embargo, se puede objetar que no todas las disposiciones de la Constitución tienen vigencia inmediata, pudiendo señalarse que muchas normas requieren una norma de desarrollo legislativo para entrar en vigencia.

Es el caso de aquellos órganos que requieren de una ley orgánica para concretar su funcionamiento, pues en esta se fijan las condiciones de su utilización y otorgamiento a particulares. En efecto, en el caso del derecho a la consulta previa, una de las principales objeciones que el Gobierno expresó en su momento<sup>44</sup> -antes de expedirse la ley de consulta y su reglamento- fue que el artículo 6 del Convenio 169 no era una norma de aplicación inmediata, pues no existía una norma de desarrollo legislativo sobre el derecho a la consulta. Sustentan esta posición en que entonces no estaba regulado su ejercicio. Se invocó este argumento, pues en aquella época, no existía ni ley de consulta ni reglamento.

Si la Constitución es una verdadera norma jurídica -y además no cualquiera, sino una de carácter fundamental-, es necesario atribuirle un carácter adicional, a efectos de que su finalidad de limitación al poder político no se vea desacreditada. Como señala Castillo Córdova, tal carácter, como regla general, es el de aplicabilidad inmediata, particularmente de las normas referidas a derechos constitucionales<sup>45</sup>. Agrega Castillo que “lo contrario, supondría dejar su efectividad en manos (y al arbitrio) de aquel a cuyo control y limitación va precisamente dirigida la norma constitucional, pues se estaría supeditando el cumplimiento de las normas constitucionales en general, y las referidas a los

---

Guerra, Luis (2000). *Las sentencias básicas del Tribunal Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, pp. 79 y ss.

<sup>44</sup> STC. Exp. N° 00022-2009-PI/TC, fundamentos 10 y 11.

<sup>45</sup> Castillo Córdova, Luis (2007). *Los derechos constitucionales. Elementos para una teoría general*. Lima: Palestra, p. 200.

derechos en particular, a una futura legislación o reglamentación, ya del órgano Legislativo, ya de la Administración pública”<sup>46</sup>.

Y es que, indica el autor, “una norma de tales caracteres (norma fundamental y fundamentadora del ordenamiento jurídico) no puede depender en su eficacia de ninguna otra. Es por eso que es de aplicación inmediata”<sup>47</sup>. Si esto es así en relación con las normas constitucionales en general, con mucha mayor razón son de aplicación inmediata las normas que reconocen derechos.

Como señala Castillo, debido al importante papel que juegan como límites al poder -y, por tanto, como obligaciones estatales-, se “exige además que los derechos humanos fundamentales sean directamente vinculantes para todos los poderes del Estado (...) que el desarrollo que pueda o deba efectuar el legislativo no se configure como una mediación necesaria e imprescindible para su efectiva vigencia”<sup>48</sup>. Agrega este autor que “[l]a regla general de directa aplicabilidad de los derechos constitucionales, no tiene problema alguno de verificarse, para cuando se trata de normas sobre derechos que por su propia naturaleza o contenido, basta sean recogidos en el texto constitucional para que, a partir de ahí y sin ninguna dificultad, puedan desplegar toda su virtualidad normativa”<sup>49</sup>.

Lo contrario significaría que la vigencia de la Constitución estaría supeditada a la voluntad –si es que no a la paciencia o temperamento- del legislador, lo cual es un absurdo, pues el poder constituido (Congreso) estaría por encima que el poder constituyente (la Constitución). Esto resulta imposible en el Estado Constitucional de Derecho, pues contradice los dos elementos antes referidos. Así lo ha recogido el propio TC en el principio de fuerza normativa de la Constitución, según el cual “La interpretación constitucional debe encontrarse orientada a relevar y respetar la naturaleza de la Constitución como norma

---

<sup>46</sup> *Ibidem*.

<sup>47</sup> *Ibid.*, p. 201.

<sup>48</sup> Prieto Sanchis, Luis (1983). *El sistema de protección de los derechos fundamentales: el artículo 53 de la Constitución Española*. Madrid: Universidad Complutense e Instituto de Derechos Humanos, p. 382. Citado por: Castillo Córdova, *op. cit.*, p. 201.

<sup>49</sup> Citado por Castillo Córdova, *op. cit.*, p. 201.



jurídica, vinculante in toto y no sólo parcialmente. Esta vinculación alcanza a todo poder público (incluyendo, desde luego, a este Tribunal) y a la sociedad en su conjunto”<sup>50</sup>.

No se trata de una interpretación aislada y forzada, el Tribunal Constitucional español, en sus primeros años de funcionamiento, tuvo que definir la fuerza normativa del derecho constitucional a la objeción de conciencia, a pesar que no estaba desarrollado legislativamente. Esta sentencia es considerada una de sus principales sentencias, y es relevante revisarla pues se pronuncia sobre el tema que nos ocupa: la fuerza vinculante directa de la Constitución. Nos referimos a la sentencia 15/82, 23 de abril de 1982<sup>51</sup>.

Según este tribunal:

*De ello no se deriva, sin embargo, que el derecho del objetor esté subordinado a la actuación del legislador. El que la objeción de conciencia sea un derecho que para su desarrollo y plena eficacia requiera la interpositio legislatoris no significa que sea exigible tan sólo cuando el legislador lo haya desarrollado, de modo que su reconocimiento constitucional no tendría otra consecuencia que la de establecer un mandato dirigido al legislador sin virtualidad para amparar por sí mismo pretensiones individuales. Como ha señalado reiteradamente este tribunal, los principios constitucionales y los derechos y libertades fundamentales vinculan a todos los poderes públicos [...] y son origen inmediato de derechos y obligaciones y no meros principios programáticos; el hecho mismo de que nuestra norma fundamental [...] prevea un sistema especial de tutela a través del recurso de amparo, [...] no es sino una confirmación del principio de su aplicabilidad inmediata<sup>52</sup>.*

---

<sup>50</sup> STC Exp. Nº 05854-2005-AA/TC, fundamento 13. Ver también: STC Exps. Nº 0976-2001-AA/TC, fundamento 5; y Nº 01124-2001-AA/TC, fundamento 6.

<sup>51</sup> Esta tesis puede ser consultada en: López Guerra, Luis (2000). *Las sentencias básicas del Tribunal Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, p. 79 y ss.

<sup>52</sup> *Ibid.*, p. 85.



Luego, con relación al contenido de los derechos, agrega que:

*Es cierto que cuando se opera con esa reserva de configuración legal el mandato constitucional puede no tener, hasta que la regulación se produzca, más que un mínimo contenido [...] pero ese mínimo contenido ha de ser protegido, ya que de otro modo el amparo [...] de la Constitución carecería de efectividad y se produciría la negación radical de un derecho que goza de la máxima protección constitucional en nuestro ordenamiento jurídico. La dilación en el cumplimiento del deber que la Constitución impone al legislador no puede lesionar el derecho reconocido en ella<sup>53</sup>.*

Esto se aplica al derecho de los pueblos indígenas a compartir beneficios, pues se trata de un derecho contenido en el Convenio 169 que aún no ha sido objeto de desarrollo legislativo.

#### **1.1.6. La jurisprudencia de la Corte IDH también vincula a todos los funcionarios y poderes públicos**

Pero no solo los TIDH vinculan a los jueces nacionales. También lo hace la jurisprudencia de la Corte IDH, cuando esta interpreta o desarrolla la CADH. Sobre esa base, el TC ha señalado que:

*(...) al Tribunal Constitucional [...] no le queda más que ratificar su reiterada doctrina, imprescindible para garantizar los derechos fundamentales, bien se trate de procesos jurisdiccionales, administrativos o políticos: que las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos son vinculantes para todos los poderes públicos y que esta vinculatoriedad no se agota en su parte resolutive, sino que se extiende a*

---

<sup>53</sup> *Ibid.*, p. 86.

*la ratio decidendi, incluso en aquellos casos en los que el Estado peruano no haya sido parte en el proceso*<sup>54</sup>.

Adviértase que el TC dice que este carácter vinculante va más allá de los procesos jurisdiccionales, alcanzando a todas las demás autoridades, entre ellas las del Ejecutivo y Legislativo. Esto es sumamente importante para el caso del derecho a compartir beneficios porque, como luego veremos, la Corte IDH ha desarrollado y en otros casos ha reinterpretado derechos humanos desde la perspectiva de los derechos de los pueblos indígenas<sup>55</sup>, interpretación que es vinculante para todos los jueces nacionales.

En relación con este derecho, esta referencia es relevante toda vez que la Corte IDH ha establecido -como luego veremos- algunas reglas sobre el derecho de los pueblos indígenas a compartir beneficios.

#### **1.1.7. Crítica a la interpretación “iusprivatista” de las normas constitucionales**<sup>56</sup>

Una tendencia peligrosa que venimos advirtiendo desde hace algún tiempo en los operadores del sistema jurídico nacional es la interpretación de las normas legales, sobre todo en todo lo relacionado a las actividades extractivas, de espaldas no solo a la Constitución Política sino fundamentalmente al Convenio 169. En general, una interpretación de espaldas al cuerpo jurídico de normas de rango constitucional que desarrollan los derechos de los pueblos indígenas.

---

<sup>54</sup> STC. Exp. N° 00007-2007-PI/TC, fundamento 36.

<sup>55</sup> Corte IDH. Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua. 31 de agosto de 2001; Caso Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala. 29 de abril de 2004; Caso Comunidad Moiwana vs. Surinam. 15 de junio de 2005; Caso Comunidad Yakye Axa vs. Paraguay. 17 de junio de 2005; Caso Yatama vs. Nicaragua. 23 de junio de 2005; Caso López Álvarez vs. Honduras. 1 de febrero de 2006; Caso Comunidad Sawhoyamaxa vs. Paraguay. 29 de marzo de 2006; Caso Escué Zapata vs. Colombia; Caso Pueblo Saramaka vs. Surinam. 28 de noviembre de 2007; Caso Tiu Tojín vs. Guatemala. 26 de noviembre de 2008; y Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek. vs. Paraguay. 24 de agosto de 2010.

<sup>56</sup> Tomamos algunas ideas desarrolladas en nuestra publicación: *Balance de la implementación del derecho a la consulta en el Perú. A propósito de los sucesos de Puno*. Documento de Trabajo N° 52, 21 de julio de 2011. Disponible en: [http://www.justiciaviva.org.pe/webpanel/doc\\_trabajo/doc04082011-172440.pdf](http://www.justiciaviva.org.pe/webpanel/doc_trabajo/doc04082011-172440.pdf)

Este fenómeno es explicado de manera clara por Néstor Sagüés<sup>57</sup>. Las razones que explican la poca consideración de la Constitución pueden ser varias. Tal vez la más significativa sea la visión esencialmente “jusprivatista” del mundo jurídico, que identifica “derecho” con el Derecho Civil. A ello se suma que el Derecho Constitucional se perfila, no obstante su vocación de supremacía sobre el resto del aparato jurídico, como un derecho débil, a menudo vapuleado por el poder político<sup>58</sup>. Es interesante advertir como varios juristas procuran en cambio mostrar al derecho privado como “mejor”, en el sentido edénico de derecho “neutral”, “puro”, no contaminado políticamente, como sería el Constitucional y el DIDH, así como del propio derecho internacional de los pueblos indígenas<sup>59</sup>.

Lo que está ocurriendo es que en los conflictos entre normas de rango constitucional y de rango legal o reglamentario, señala Sagüés, “se tiende[n] a abordar y a razonar jurídicamente con la mentalidad civilista con la que cotidianamente opera. Por una especie de casi insalvable deformación profesional, es normal que [...] capte al derecho constitucional con los criterios, los enfoques y hábitos mentales, los valores, la metodología, las soluciones y el discurso propio de la especialidad en la que ha sido formado y con la que convive diariamente, vale decir, el derecho civil”<sup>60</sup>.

La ausencia de una mentalidad constitucionalista en los abogados que aplican las normas sobre actividades extractivas en territorios de pueblos indígenas -no formados en el Derecho Constitucional- aparte de llevar a visualizar a este último con los ojos de otras disciplinas, ocasiona una interpretación legalista de la Constitución, que solo genera indefensión para los pueblos indígenas. Para estos abogados, la Constitución y el Convenio 169 son básicamente un fenómeno extranormativo, un “instrumento de gobierno” entendido como una

---

<sup>57</sup> Sagüés, Néstor (2011). *Del juez legal al juez constitucional*. En: Revista Estado Constitucional, Año 1, Núm. 1, p. 26.

<sup>58</sup> *Ibidem*.

<sup>59</sup> *Ibidem*.

<sup>60</sup> *Ibidem*.

suerte de herramienta para el manejo del poder, no para regular jurídica y cotidianamente la vida de los habitantes<sup>61</sup>.

Los abogados deben incorporar en su caja de herramientas jurídicas el principio de supremacía constitucional. Esto es muy importante y tiene enormes consecuencias para la suerte de los pueblos indígenas. Como dice Sagüés, “el derecho positivo subconstitucional no es un derecho independiente de la Constitución, sino dependiente de ella. Un derecho subconstitucional ajeno a la Constitución, o separado de la misma, es, prima facie, un derecho inconstitucional, tal como lo es un derecho violador de la Constitución”<sup>62</sup>.

#### **1.1.8. Las normas legales y reglamentarias deben interpretarse desde la Constitución Política y los TIDH**

Muchos funcionarios afirman no aplicar el Convenio 169 por no encontrarse en su legislación aplicable. Esta negativa estaría fundamentada en el artículo 9 de la Ley del Procedimiento Administrativo General (Ley N° 27444), la cual establece la presunción de validez de toda decisión del Estado. Según esta, “[t]odo acto administrativo se considera válido en tanto su pretendida nulidad no sea declarada por autoridad administrativa o jurisdiccional, según corresponda”.

Asimismo, podía invocarse -en defensa de la legalidad de la decisión de la autoridad- que el derecho no está regulado normativamente. El principio de legalidad, reconocido en la Ley N° 27444, precisa en el artículo IV, inciso 1 y numeral 1.1 de su Título Preliminar que “[l]as autoridades administrativas deben actuar con respeto a la Constitución, la ley y al derecho, dentro de las facultades que le estén atribuidas y de acuerdo con los fines para los que les fueron conferidas”. En otras palabras, la decisión es protegida por normas de rango y jerarquía de ley.

---

<sup>61</sup> *Ibidem*.

<sup>62</sup> *Ibid.*, p. 29.

Es evidente que ciertas instituciones no han hecho una interpretación “desde la Constitución” de las normas de la Ley N° 27444. En este caso, el problema jurídico de fondo es evaluar si la aplicación casi literal del artículo 9 antes mencionado, en consonancia con el principio de legalidad, es compatible con los principios, valores y derechos constitucionales. La razón es que las leyes no son las normas de mayor jerarquía en nuestro ordenamiento, por lo cual solo serán válidas mientras sean compatibles con la Constitución. Como señala el TC, “el principio de legalidad en el Estado constitucional no significa simple y llanamente la ejecución y el cumplimiento de lo que establece una ley, sino también, y principalmente, su compatibilidad con el orden objetivo de principios y valores constitucionales”<sup>63</sup>.

Como señala el expresidente del TC César Landa, “si bien no se duda de la relevancia del principio de legalidad, el mismo que orienta la actuación de la Administración Pública y opera como una garantía a favor del administrado impidiendo que ésta –la Administración- proceda arbitrariamente en su perjuicio; es importante no perder de vista que, en el marco de un Estado constitucional y democrático de derecho, el principio de legalidad sólo tiene sentido si con su aplicación no se niega el principio de supremacía jurídica y fuerza normativa de la Constitución, ni la vigencia efectiva de los derechos fundamentales”<sup>64</sup>.

Añade Landa que, “en aquellos casos en que la aplicación del principio de legalidad sea incompatible con el principio de constitucionalidad, será preciso apelar *ab initio* a un criterio de jerarquía entre ambos principios para concluir que este último no puede quedar supeditado al principio de legalidad, al menos no en un Estado Constitucional de Derecho”<sup>65</sup>.

---

<sup>63</sup> STC. Exp. N° 3741-2004-AA/TC, fundamento 15.

<sup>64</sup> Landa Arroyo, César (2008). *Principios rectores y derechos fundamentales del administrado en el marco de la Constitución Económica de 1993*. En: Constitución Económica del Perú. Lima: Editorial Palestra, p. 67.

<sup>65</sup> *Ibidem*.



El principio de legalidad es una expresión y concreción material del principio de constitucionalidad<sup>66</sup>, toda vez que establece que “[l]as autoridades administrativas deben actuar con respeto a la Constitución, la ley y al derecho, dentro de las facultades que le estén atribuidas y de acuerdo con los fines para los que les fueron conferidas”. Igual fundamento de nuestra posición encontramos en el artículo III del Título Preliminar de la Ley N° 27444 cuando precisa que esta tiene como objeto “establecer el régimen jurídico aplicable para que la actuación de la Administración Pública sirva a la protección del interés general, garantizando los derechos e intereses de los administrados y con sujeción al ordenamiento constitucional y jurídico en general”. La conclusión es evidente, no es válido el principio de legalidad sino se subordina al de constitucionalidad<sup>67</sup>.

Ciertamente, esto no implica desconocer que no hay control difuso en sede administrativa. Es decir, un funcionario público no puede inaplicar una norma legal o reglamentaria, si es que estima que ella es incompatible con la Constitución o el Convenio 169. El único que puede hacerlo es un órgano jurisdiccional como el Poder Judicial o el TC, de acuerdo a lo establecido en el segundo párrafo del artículo 138 de la Constitución, y de conformidad con la jurisprudencia de este último.

#### **1.1.9. Adecuar y compatibilizar el ordenamiento jurídico nacional al Convenio 169 y a su desarrollo jurisprudencial por el TC y la Corte IDH**

Es necesario adecuar todo el ordenamiento jurídico -en especial las normas susceptibles de afectar a los pueblos indígenas- a este cuerpo de derechos, en base al Convenio 169, la jurisprudencia del TC y la Corte IDH. En otras palabras, el gran desafío es “convencionalizar” el ordenamiento jurídico nacional.

---

<sup>66</sup> *Ibidem.*

<sup>67</sup> *Ibidem.*



Este pedido de adecuación ha sido formulado incluso por el Comité de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT (CEACR) en su informe del año 2010. En él, instó al Gobierno peruano “a que adopte las medidas necesarias para poner la legislación y la práctica nacional de conformidad con los artículos 2º, 6º, 7º y 15º del Convenio, teniendo en cuenta el derecho de los pueblos cubiertos por el Convenio a establecer sus propias prioridades y participar en los planes y programas de desarrollo nacional y regional”<sup>68</sup>.

Si bien el debate en torno a la naturaleza jurídica vinculante del Convenio 169 ha sido zanjado y superado, reconociéndose que este es de rango constitucional y de cumplimiento obligatorio; para la gran mayoría de los operadores del sistema de justicia- y para la generalidad de peruanos- el Convenio 169 no existe o sigue siendo una norma política que contiene aspiraciones. No es concebido como una norma con efecto vinculante y exigible en las instancias jurisdiccionales.

Hay que hacer lo que Manuel Aragón propone: impulsar un proceso de “constitucionalización de la cultura jurídica”<sup>69</sup>. Para él, una cultura jurídica que esté mucho más apegada a la interpretación de la ley que de la Constitución, o, mejor dicho, a los modos de interpretación “legal” que a los de interpretación “constitucional”, que conciba los derechos más como legales que fundamentales o constitucionales; en definitiva, una cultura jurídica “legalista” y no “constitucionalista” es difícilmente compatible con la existencia de una Constitución democrática, esto es, una Constitución auténtica<sup>70</sup>, y agregaríamos nosotros con una Constitución entendida como norma jurídica vinculante. Esto se aplica al Convenio 169 y demás fuentes de rango constitucional que reconocen los derechos de los pueblos indígenas.

---

<sup>68</sup> OIT, Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones. 2010, Informe General y observaciones referidas a ciertos países Oficina Internacional del Trabajo Ginebra. P. 80. Disponible en: [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed\\_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms\\_123426.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_123426.pdf).

<sup>69</sup> Aragón Reyes, Manuel (1998). *La Constitución como paradigma*. En: AA.VV. El significado actual de la Constitución. Ciudad de México: UNAM, p. 29.

<sup>70</sup> *Ibidem*.

No se trata de una reflexión académica sin consecuencias prácticas. Todo lo contrario, aquí se juega el Convenio 169, su fuerza jurídica y capacidad de generar cambios en la realidad de los pueblos indígenas en el Perú. Es por ello que Riccardo Guastini precisa que una de las condiciones para la “constitucionalización” del ordenamiento jurídico es la influencia de la Constitución sobre las relaciones políticas<sup>71</sup>. Esto implica que las relaciones políticas y los conflictos políticos sean resueltos a través de los mecanismos previstos en la Constitución, que hagan de esta un verdadero conjunto de reglas mínimas que orienten el ejercicio del poder.

## **1.2. El Estado como “garante” de los derechos de los pueblos indígenas**

El Estado no es un tercero imparcial. Tiene la obligación de garantizar la efectiva vigencia de los derechos fundamentales, y en este caso, de garantizar el derecho de los pueblos indígenas de beneficiarse de las actividades extractivas en sus territorios. Su posición, en consecuencia, no es expectante. Ello implica obligaciones muy concretas.

### **1.2.1. El Estado social y la obligación de proteger a los sectores sociales más vulnerables frente la violación de sus derechos**

El reconocimiento del Estado social de derecho realizado por nuestra Constitución, no es irrelevante al momento de fijar el contenido constitucional del derecho a compartir beneficios. Todo lo contrario, el Estado social, como a continuación veremos, impone obligaciones muy concretas.

El artículo 43 de la Constitución reconoce que el Estado peruano es “social y democrático de derecho”. A su vez, el artículo 58 de la misma precisa que la “iniciativa privada es libre” y que se “ejerce en una economía social de mercado”. Por su parte, el artículo 59 precisa que el Estado “[b]rinda

---

<sup>71</sup> Guastini, Riccardo (2003). *La “constitucionalización” del ordenamiento jurídico: El caso italiano*. En: Neoconstitucionalismo(s). Madrid: Editorial Trotta, p. 57.

oportunidades de superación a los sectores que sufren cualquier desigualdad”. Este último consagra el principio del favorecimiento de sectores excluidos, sustentando la adopción de medidas típicas de discriminación positiva. Estas, a su vez, tienen estrecha relación con el principio de igualdad sustancial, desarrollado por un sector de la doctrina y que tiene cobertura normativa en el artículo 2.2 de la Constitución. Según éste, tratar igual a los que son materialmente desiguales es tan violatorio del derecho a la igualdad como tratar desigual a los que son material y sustancialmente similares<sup>72</sup>.

Como muy bien lo explica el TC, “la Constitución de 1993 ha adoptado un modelo de Estado social y democrático de Derecho y no por un Estado liberal de Derecho. Esto es importante en la medida que las Constituciones de los Estados liberales presuponían una sociedad integrada, en abstracto, por personas iguales y, por lo tanto, su mayor preocupación fue asegurar la libertad de las personas. Por el contrario, el establecimiento del Estado social y democrático de Derecho parte, no de una visión ideal, sino de una perspectiva social de la persona humana. El enfoque social de la persona humana se condice con el hecho que, en el Estado peruano, los ciudadanos pertenecen a una sociedad que es heterogénea tanto en sus costumbres como en sus manifestaciones culturales. Por ello, 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”<sup>73</sup>.

El relación con los pueblos indígenas, el TC ha sostenido “que la Constitución de 1993 reconozca el derecho fundamental de las personas a su identidad étnica y cultural, así como la pluralidad de las mismas, supone que el Estado social y democrático de Derecho está en la obligación de respetar, reafirmar y promover aquellas costumbres y manifestaciones culturales que forman parte de esa diversidad y pluralismo cultural, pero siempre que ellas se realicen

---

<sup>72</sup> Prieto Sanchís, Luis (2001). *Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial*. En: *Derechos sociales y derechos de las minorías*. Ciudad de México: Editorial Porrúa (2° ed.), pp.17-68.

<sup>73</sup> STC. Exp. N° 00042-2004-AI/TC, fundamento 1.

dentro del marco de respeto a los derechos fundamentales, los principios constitucionales y los valores superiores que la Constitución incorpora”<sup>74</sup>.

Todo esto exige mirar e interpretar el derecho de los pueblos indígenas a beneficiarse de la actividad extractiva de otra manera, ya no desde una perspectiva formal sino material. En efecto, una concepción formal está emparentada con la teoría liberal, que parte del supuesto que todos somos iguales ante la ley. Una concepción material, en cambio, guarda relación con el Estado social del Derecho, que parte de reconocer las diferencias sociales, económicas y de diferente tipo.

Podemos advertir que la constitucionalización del Estado Social en nuestra Constitución implica un cambio de actitud en la posición del Estado frente a los pueblos indígenas. Ya no es más el árbitro, sino el garante de los derechos, en especial de los más débiles y vulnerables.

### **1.2.2. Razones jurídicas para exigir el reconocimiento y protección del derecho a compartir beneficios**

A continuación, enumeramos las razones para exigir al Estado el reconocimiento y protección del derecho de los pueblos indígenas a beneficiarse de la actividad extractiva en sus territorios.

#### **1.2.2.1. El “deber especial de protección” de los derechos fundamentales**

De conformidad con los artículos 1 y 4 de la Constitución, la razón de ser del Estado es la protección de los derechos fundamentales de las personas. El fin supremo no es el Estado, sino la dignidad humana de la persona. En palabras del TC, existe un “deber especial de protección de los derechos

---

<sup>74</sup> STC. Exp. N° 00042-2004-AI/TC, fundamento 1.2.

fundamentales”<sup>75</sup>. Como dice este, no se trata de una “cuestión teórica derivada de la existencia de una o más teorías sobre la legitimidad del Estado [...] constitucionalmente se sustenta la dimensión objetiva de los derechos fundamentales”<sup>76</sup>.

La constitucionalización del *deber especial de protección*, añade el TC, “comporta una exigencia sobre todos los órganos del Estado de seguir un comportamiento dirigido a proteger, por diversas vías, los derechos fundamentales, ya sea cuando estos hayan sido puestos en peligro por actos de particulares, o bien cuando su lesión se derive de otros Estados. Se trata de una función que cabe exigir que asuma el Estado, a través de sus órganos, cuando los derechos y libertades fundamentales pudieran resultar lesionados, en aquellas zonas del ordenamiento, en los que las relaciones jurídicas se entablan entre sujetos que tradicionalmente, no son los destinatarios normales de esos derechos fundamentales”<sup>77</sup>.

#### **1.2.2.2. La protección especial de los pueblos indígenas en el sistema interamericano**

Pero, además, el ordenamiento jurídico reconoce un deber de protección específico en el caso de los derechos de los pueblos indígenas. La Comisión IDH ha sido clara al reconocer que cada Estado debe asegurar que los miembros de los pueblos indígenas gocen efectivamente de todos los derechos humanos, en pie de igualdad con el resto de la población<sup>78</sup>. Esta obligación general del Estado adquiere un *contenido adicional* en el caso de los pueblos indígenas y tribales y sus miembros<sup>79</sup>.

---

<sup>75</sup> STC. Exp. N° 0858-2003-AA/TC, fundamentos 5 y 7.

<sup>76</sup> STC. Exp. N° 0976-2001-AA/TC, fundamento 5.

<sup>77</sup> STC. Exp. N° 0858-2003-AA/TC, fundamento 7.

<sup>78</sup> CIDH (2010). *Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. Washington D.C.: CIDH, p. 18.

<sup>79</sup> *Ibidem*.



La CIDH ha reconocido que los Estados deben adoptar medidas especiales y específicas destinadas a proteger, favorecer y mejorar el ejercicio de los derechos humanos por los pueblos indígenas y tribales y sus miembros. Asimismo, agrega que “[l]a necesidad de tal protección especial, surge de la mayor vulnerabilidad de estas poblaciones, dadas las condiciones de marginación y discriminación históricas que han sufrido, y del nivel especial de afectación que soportan por las violaciones de sus derechos humanos”<sup>80</sup>.

Esta obligación específica de proteger los derechos de los pueblos indígenas, se concreta en la necesidad del Estado de adoptar medidas especiales tendientes a proteger sus derechos humanos y de tomar en cuenta la forma de vida indígena, que es única<sup>81</sup>. Para la Corte IDH, con respecto a los pueblos indígenas, “es indispensable que los Estados otorguen una protección efectiva que tome en cuenta sus particularidades propias, sus características económicas y sociales, así como su situación de especial vulnerabilidad, su derecho consuetudinario, valores, usos y costumbres”<sup>82</sup>.

Añade que esta obligación es aplicable tanto en relación con la implementación del derecho interno, como con la implementación de los instrumentos interamericanos de derechos humanos<sup>83</sup>. Finalmente, los Estados violan el derecho a la igualdad y a la no discriminación si no protegen de manera especial a los pueblos indígenas.

### **1.2.2.3. La obligación del Estado de proteger la “vida digna” de los pueblos indígenas**

Si bien del artículo 4 de la Convención Americana se desprende una visión negativa del derecho a la vida -como obligación de no privar arbitrariamente de

---

<sup>80</sup> CIDH. *Observaciones preliminares de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre su visita a Honduras realizada del 15 al 18 de mayo de 2010*. Doc. OEA/Ser.LN/II., Doc. 68, 3 de junio de 2010, párr. 26, recomendación 11.

<sup>81</sup> Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa contra Paraguay. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párr. 163.

<sup>82</sup> *Ibid.*, párr. 63.

<sup>83</sup> *Ibid.*, párr. 51.

la vida a otra persona-, la jurisprudencia y doctrina contemporáneas ya han reconocido la doble vertiente de este derecho, que incluye a su vez una *noción positiva del derecho a la vida*<sup>84</sup>.

En tal sentido, no será suficiente no privar al otro de la vida. Se debe también garantizar que toda persona humana tenga una vida digna, “en libertad, paz y seguridad como pueblos distintos”<sup>85</sup>. Este criterio será importante a la hora de evaluar los impactos de las actividades extractivas en territorios de los pueblos indígenas<sup>86</sup>.

En esa línea, la Corte IDH rechaza enfoques restrictivos del derecho a la vida. Así sostendrá que “[su] goce pleno es un prerrequisito para el disfrute de todos los demás derechos humanos. De no ser respetado, todos los derechos carecen de sentido. En razón de dicho carácter, no son admisibles enfoques restrictivos del mismo. De conformidad con el artículo 27.2 de la Convención este derecho forma parte del núcleo inderogable, pues se encuentra consagrado como uno de los que no puede ser suspendido en casos de guerra, peligro público u otras amenazas a la independencia o seguridad de los Estados Partes”<sup>87</sup>.

A continuación, la Corte IDH ha reiterado que el derecho a la vida “no sólo presupone que ninguna persona sea privada de su vida arbitrariamente (obligación negativa), sino que además, a la luz de su obligación de garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos humanos, requiere que los Estados adopten todas las medidas apropiadas para proteger y preservar el derecho a la vida (obligación positiva) de todos quienes se encuentren bajo su jurisdicción”<sup>88</sup>.

---

<sup>84</sup> Salmón, Elizabeth (2019). *Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Tomo 3: Los derechos de los pueblos indígenas. Lima: IDEHPUCP, p. 78.

<sup>85</sup> Artículo 7.2 de la Declaración de las Naciones Unidas de los Derechos de los Pueblos Indígenas.

<sup>86</sup> *Ibidem*.

<sup>87</sup> Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya contra Paraguay. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146, párr. 150.

<sup>88</sup> Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa contra Paraguay. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párr. 152.

Por último, la Corte IDH establece que los estados, con relación al derecho a la vida, debe asumir la obligación de “generar las condiciones de vida mínimas compatibles con la dignidad de la persona humana y a no producir condiciones que la dificulten o impidan. En este sentido, el Estado tiene el deber de adoptar medidas positivas, concretas y orientadas a la satisfacción del derecho a una vida digna, en especial cuando se trata de personas en situación de vulnerabilidad y riesgo, cuya atención se vuelve prioritaria”<sup>89</sup>.

Sin lugar a dudas, el desarrollo normativo del derecho a compartir beneficios puede contribuir a este mejoramiento de la calidad de vida de los pueblos indígenas, ante el abandono en que se encuentran.

#### ***1.2.2.4. La efectiva vigencia del derecho a compartir beneficios permite concretar el principio constitucional de promover sectores excluidos***

El desarrollo legislativo y reglamentario del derecho de los pueblos indígenas a beneficiarse de la explotación de recursos naturales en sus territorios permite al Estado cumplir con su obligación -y el principio- de promover y favorecer a los sectores excluidos mediante la adopción de medidas especiales. Ello, de conformidad con en el artículo 59 de la Constitución. Se trata de una disposición constitucional que autoriza verdaderas medidas de discriminación positiva.

Precisa el TC que dicha disposición “establece un mandato, cual es, `brindar oportunidades de superación a aquellos sectores que sufren cualquier desigualdad [...] dicha cláusula no sólo determina un rol negativo para el legislador, [...] sino que al mismo tiempo le otorga un margen de actuación a fin de garantizar condiciones materiales de igualdad. De esta manera, el artículo 59° del texto constitucional habilita la intervención estatal para cumplir con el deber de garantizar el principio-derecho de igualdad, no sólo en aquellas situaciones de sospechosa mayor vulnerabilidad, recogidas expresamente en el artículo 2.2 de la Constitución –por motivo de origen, raza, sexo, idioma,

---

<sup>89</sup> Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa contra Paraguay. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párr. 166.

religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole– sino principalmente, lo habilita para establecer medidas adecuadas y necesarias que le permitan cumplir con la promoción de la pequeña empresa en todas sus modalidades<sup>90</sup>.

En ese mismo sentido, señala el TC que “el tránsito del Estado liberal al Estado social y democrático de derecho supone alejarse de una concepción de ley como fuente meramente abstracta, impersonal y generalizada, y aceptar la posibilidad de que ésta tenga alcances bastante más restringidos y concretos, procurando estrechar las distancias económicas, políticas y sociales entre los diferentes sectores poblacionales y logrando una igualdad no sólo formal sino también sustancial, lo cual se evidencia en el tránsito de la ley general a la ley especial. Muestra de ello es el artículo 59° de la Constitución que, en consonancia con el artículo 2°, inciso 2, que consagra el principio-derecho de igualdad<sup>91</sup>.

Finalmente, en otra oportunidad el TC estableció -con relación a las medidas de discriminación positiva- que “los poderes públicos [deben ser] capaces de revertir las condiciones de desigualdad o, lo que es lo mismo, reponer las condiciones de igualdad que pudieran estarse manifestando en la realidad social, a contracorriente de las aspiraciones constitucionales. Dicho juicio, desde luego, es aplicable también al ámbito económico, en el que, por mandato expreso de la Norma Fundamental, el Estado tiene la obligación de adoptar las medidas orientadas a brindar oportunidades de superación a los sectores que sufren cualquier desigualdad (artículo 59°)”<sup>92</sup>.

En resumen, el derecho a compartir beneficios constituye una medida que permite promover sectores desaventajados y excluidos. De alguna manera concreta la igualdad material sustancial, la cual como hemos visto tiene cobertura constitucional.

---

<sup>90</sup> STC. Exp. N° 00034-2004-AI/TC, fundamentos 30 y 31.

<sup>91</sup> STC. Exp. N° 00020-2005-AI/TC, fundamento 17.

<sup>92</sup> STC. Exp. N° 00008-2003-AI/TC, fundamento 4.

### **1.2.2.5. La obligación del Estado de remover obstáculos que impiden la vigencia de los derechos constitucionales**

Finalmente, el artículo 2 de la CADH establece la obligación del Estado de “adoptar [...] las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades”. Esta norma establece, en consecuencia, la obligación del Estado de remover los obstáculos legales y fácticos que impiden el ejercicio de los derechos humanos.

Ello impone al Estado la obligación de adecuar y compatibilizar el ordenamiento jurídico nacional al Convenio 169 y a su desarrollo jurisprudencial por el TC y la Corte IDH. Este, como ya hemos señalado, ha sido formulado también por la CEACR en el Informe 2010.

En definitiva, el Estado tiene la obligación de proteger los derechos fundamentales. En palabras de la Corte IDH en una de sus más emblemáticas sentencias, el Estado tiene la obligación de “(...) de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Como consecuencia de esta obligación los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos (...) y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos”<sup>93</sup>.

Añade la Corte IDH, que “[l]a obligación de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos no se agota con la existencia de un orden normativo dirigido a hacer posible el cumplimiento de esta obligación, sino que comporta la necesidad de una conducta gubernamental que asegure la existencia, en la

---

<sup>93</sup> Corte IDH. Caso Velásquez Rodríguez contra Honduras. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988, párrafo 166.



realidad, de una eficaz garantía del libre y pleno ejercicio de los derechos humanos”<sup>94</sup>.



---

<sup>94</sup> *Ibid.*, párr. 167.

## CAPÍTULO II

### RECONOCIMIENTO NORMATIVO DEL DERECHO DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS A BENEFICIARSE DE LAS ACTIVIDADES EXTRACTIVAS EN SUS TERRITORIOS

#### 2.1. Reconocimiento normativo del derecho de los pueblos indígenas a beneficiarse de las actividades extractivas en su territorio<sup>95</sup>

El derecho de los pueblos indígenas a beneficiarse de las actividades en sus territorios tiene cobertura normativa. El contenido debe ser precisado a partir de una interpretación sistemática de varias fuentes, debiendo tenerse en cuenta que estamos ante normas de rango constitucional, lo cual implica la necesidad de hacer una interpretación del conjunto del ordenamiento constitucional desde el Convenio 169.

##### 2.1.1. Reconocimiento normativo del derecho de los pueblos indígenas a beneficiarse de las actividades extractivas en su territorio en el Convenio 169 de la OIT<sup>96</sup>

La norma que reconoce el derecho de los pueblos indígenas a beneficiarse de la explotación de recursos en sus territorios ancestrales es artículo 15º, inciso 2 del Convenio 169<sup>97</sup>. Esta norma establece que:

#### *Artículo 15º*

*[...]*

*2. En caso de que pertenezca al Estado la propiedad de los minerales o de los recursos del subsuelo, o tenga derechos sobre otros recursos existentes en las tierras, los gobiernos deberán establecer o mantener*

<sup>95</sup> Utilizamos la misma denominación que utiliza la OIT. Ver: OIT (2009). *Los derechos de los pueblos indígenas y tribales en la práctica. Una guía sobre el convenio núm. 169 de la OIT*. Ginebra: OIT, p. 108.

<sup>96</sup> Utilizamos la misma denominación que utiliza la OIT. Ver: OIT (2009). *Los derechos de los pueblos indígenas y tribales en la práctica. Una guía sobre el convenio núm. 169 de la OIT*. Ginebra: OIT, p. 108.

<sup>97</sup> El Convenio 169 fue aprobado e incorporado a la legislación nacional mediante Resolución Legislativa N° 26253, publicada el 2 de diciembre de 1993.

*procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados, y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras. Los pueblos interesados deberán participar siempre que sea posible en los beneficios que reporten tales actividades, y percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades. (Subrayado nuestro)*

Adviértase que hay una separación entre el derecho de los pueblos indígenas a participar en los beneficios del derecho a una indemnización equitativa, diferencia que luego será abordada y confundida -en nuestra opinión- por la Corte IDH.

### **2.1.2. El derecho de los pueblos indígenas a beneficiarse de las actividades extractivas en sus territorios en la jurisprudencia de la Corte IDH**

Varias son las sentencias de la Corte IDH que hace alusión a este derecho y han delimitado partes de su contenido.

#### **2.1.2.1. La sentencia del fondo del caso Saramaka**

Este derecho también ha sido abordado por la Corte IDH en la sentencia recaída en el caso del pueblo Saramaka contra Surinam<sup>98</sup>, en las de fondo e interpretación de la sentencia. La Corte IDH ha establecido que uno de los tres requisitos para la procedencia de actividades de explotación de recursos naturales en territorios de los pueblos indígenas, a fin de garantizar su subsistencia, es precisamente el derecho de estos pueblos a beneficiarse.

---

<sup>98</sup> Corte IDH. Caso del Pueblo Saramaka contra Surinam. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007, párr. 138-140.

En palabras de la Corte IDH, estos requisitos tienen como finalidad “garantizar que las restricciones impuestas a los Saramakas respecto del derecho a la propiedad por la emisión de concesiones dentro de su territorio, no impliquen una denegación de su subsistencia como pueblo tribal, el Estado debe cumplir con las siguientes tres garantías: primero, el Estado debe asegurar la participación efectiva de los miembros del pueblo Saramaka, de conformidad con sus costumbres y tradiciones, en relación con todo plan de desarrollo, inversión, exploración o extracción (en adelante “plan de desarrollo o inversión”) que se lleve a cabo dentro del territorio Saramaka. Segundo, el Estado debe garantizar que los miembros del pueblo Saramaka se beneficien razonablemente del plan que se lleve a cabo dentro de su territorio”<sup>99</sup>.

Este derecho constituye una garantía de preservación de la supervivencia de los pueblos indígenas. Se convierte, por tanto, en una suerte de condición indispensable y necesaria.

Más adelante, la Corte IDH precisa que “[s]e puede decir que el concepto de compartir los beneficios, el cual puede encontrarse en varios instrumentos internacionales respecto de los derechos de los pueblos indígenas y tribales [...], es inherente al derecho de indemnización reconocido en el artículo 21.2 de la Convención”<sup>100</sup>. Como sabemos, dicha norma establece que “[n]inguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley”.

La Corte IDH desarrolla la tesis de los beneficios como una forma de indemnización, y la desprende del derecho de propiedad, reconocido en la CADH como una consecuencia de “la restricción del uso y goce regular del derecho propiedad”. A juicio de este tribunal, “el derecho a recibir el pago de una indemnización conforme al artículo 21.2 de la Convención se extiende no sólo a la total privación de un título de propiedad por medio de una

---

<sup>99</sup> *Ibid.*, párr. 129.

<sup>100</sup> *Ibid.*, párr. 138.

expropiación por parte del Estado, por ejemplo, sino que también comprende la privación del uso y goce regular de dicha propiedad. En el presente caso, el derecho a obtener el pago de una "indemnización justa" conforme al artículo 21.2 de la Convención se traduce en el derecho de los miembros del pueblo Saramaka a participar, en forma razonable, de los beneficios derivados de la restricción o privación del derecho al uso y goce de sus tierras tradicionales y de aquellos recursos naturales necesarios para su supervivencia"<sup>101</sup>. (Resaltado nuestro)

En esa línea, la Corte IDH sostiene que "de conformidad con el artículo 21.2 de la Convención, se puede entender la participación en los beneficios como una forma de indemnización razonable y en equidad, que deriva de la explotación de las tierras y recursos naturales necesarios para la supervivencia del pueblo Saramaka"<sup>102</sup>. Definitivamente indemnización *razonable* y en *equidad* son dos conceptos que dan sustancia al derecho a compartir beneficios, y constituyen parte de su contenido convencional.

#### **2.1.2.2. La sentencia de interpretación del caso Saramaka**

Asimismo, la Corte IDH ha indicado que corresponde a los propios pueblos indígenas y no al Estado, determinar quiénes serían los beneficiarios según sus costumbres y tradiciones:

*Consecuentemente, el Tribunal reitera que todos los asuntos relacionados al proceso de consulta con el pueblo Saramaka, así como aquellos relacionados a los beneficiarios de la "justa indemnización" que se debe compartir, deberán ser determinados y resueltos por el pueblo Saramaka de conformidad con sus costumbres y normas tradicionales, y según lo ordenado por el Tribunal en la Sentencia<sup>103</sup>.*

---

<sup>101</sup> *Ibidem*.

<sup>102</sup> *Ibid.*, párr. 140.

<sup>103</sup> *Ibid.*, párr. 129. Corte IDH. Caso del Pueblo Saramaka contra Surinam. Interpretación de la sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008., párrs. 25-27.



Adviértase que hay un reconocimiento de la necesidad de una interpretación intercultural de los beneficios, cuando se precisa que esta concreción deba ser realizada según sus costumbres y tradiciones.

En sentido similar, la sentencia de interpretación del caso Saramaka también tiene sustanciosos comentarios. Primero, exige que la cuestión de los beneficios se precise en la consulta con los pueblos indígenas involucrados. Esto significa también que el proceso de consulta será el espacio y oportunidad en que deberá precisarse la forma en que los pueblos indígenas serán beneficiados. Precisa la Corte IDH que “la determinación de dichos beneficiarios deberá ser hecha en consulta con el pueblo Saramaka y no unilateralmente por el Estado”<sup>104</sup>.

De otro lado, la Corte IDH no desconoce que la entrega de beneficios podría generar conflictos internos en el pueblo. Sobre el particular precisa que “en relación con la preocupación del Estado en el sentido de si podrían generarse divisiones internas entre los Saramaka al decidir quién puede beneficiarse de los proyectos de desarrollo e inversión, la Corte observa que, de conformidad con lo señalado en el párrafo 164 de la Sentencia, en el supuesto que surgiera algún conflicto interno entre los miembros del pueblo Saramaka sobre este asunto, esto debe ser resuelto por “el pueblo Saramaka de conformidad con sus propias costumbres [y normas tradicionales], y no [por] el Estado o esta Corte en el presente caso”<sup>105</sup>.

Este pronunciamiento resulta consistente con el principio de libre autodeterminación y de autonomía de los pueblos indígenas, el mismo que proscribe cualquier intervención interna en los pueblos.

---

<sup>104</sup> *Ibid.*, párr. 25.

<sup>105</sup> *Ibid.*, párr. 26.

### 2.1.2.3. La sentencia en el caso Kaliña y Lokono<sup>106</sup>

Esta sentencia es importante porque desarrolla en extenso el derecho de los pueblos indígenas a beneficiarse de las actividades extractivas, llamado por la Corte IDH como *el derecho al beneficio compartido*. La sentencia sostiene que este derecho no solo surge en caso de actividades extractivas -como la explotación minera o hidrocarburífera-, sino en caso de implementación de actividades de conservación como son las áreas naturales protegidas.

En efecto, sobre la base de una interpretación del artículo 8.j del Convenio de Diversidad Biológica<sup>107</sup> -instrumento de cumplimiento obligatorio y de rango constitucional, en tanto constituye un tratado internacional de derechos humanos-, la Corte IDH reconoce el derecho de los pueblos indígenas, a beneficiarse de actividades de conservación de recursos naturales en sus territorios, luego de reconocer que es posible reconocer propiedad de los pueblos indígenas en áreas naturales protegidas:

En vista de lo anterior, la Corte reitera que, en principio, existe una compatibilidad entre las áreas naturales protegidas y el derecho de los pueblos indígenas y tribales en la protección de los recursos naturales sobre sus territorios, destacando que los pueblos indígenas y tribales, por su interrelación con la naturaleza y formas de vida, pueden contribuir de manera relevante en dicha conservación. En este sentido, los criterios de a) participación efectiva, b) acceso y uso de sus territorios tradicionales y c) de recibir beneficios de la conservación —todos ellos, siempre y cuando sean compatibles con la protección y utilización sostenible—, resultan elementos fundamentales para alcanzar dicha compatibilidad, la cual debe ser evaluada por el Estado. En

<sup>106</sup> Corte IDH. Caso Pueblos Kaliña y Lokono contra Surinam. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2015, párr.183.

<sup>107</sup> El artículo 8.j) del Convenio de Diversidad Biológica señala que los Estados “respetará[n], preservará[n] y mantendrá[n] [...] las prácticas de las comunidades indígenas y locales que entrañen estilos tradicionales de vida pertinentes para la conservación y la utilización sostenible de la diversidad biológica y promoverá[n] su aplicación más amplia, con la aprobación y la participación de quienes posean esos conocimientos [...] y prácticas, y fomentará que los beneficios derivados de la utilización de [ellos] se compartan equitativamente”.

consecuencia, es necesario que el Estado cuente con mecanismos adecuados para la implementación de tales criterios como parte de la garantía de los pueblos indígenas y tribales a su vida digna e identidad cultural, en relación con la protección de los recursos naturales que se encuentren en sus territorios tradicionales.<sup>108</sup>. (Resaltado nuestro)

En otro momento en la misma sentencia la Corte IDH precisa que: “se previeron formas de participación en la vigilancia de la reserva, y se dispusieron medidas para compartir beneficios con el incremento de la actividad turística en la zona”<sup>109</sup>. Para la Corte IDH el derecho al beneficio compartido es un criterio para compatibilizar la protección del medio ambiente y los derechos de los pueblos indígenas:

*el Estado debió, a partir del surgimiento de sus compromisos nacionales e internacionales [...] procurar la compatibilidad entre la protección del medio ambiente y los derechos colectivos de los pueblos indígenas, a fin de garantizar a) el acceso y uso de sus territorios ancestrales, a través de sus formas tradicionales de vida en las reservas; b) brindar los medios para participar de manera efectiva con los objetivos de las mismas; principalmente, en el cuidado y conservación de las reservas; c) participar en los beneficios generados por la conservación*<sup>110</sup>. (Resaltado nuestro)

### **2.1.3. Pronunciamientos desde las Naciones Unidas**

#### **2.1.3.1. El pronunciamiento del Relatoría Especial sobre Pueblos Indígenas de las Naciones Unidas**

Es necesario destacar lo que señala James Anaya -exrelator especial sobre Pueblos Indígenas de las Naciones Unidas- sobre cuál debería ser el contenido

---

<sup>108</sup> Corte IDH. Caso Pueblos Kaliña y Lokono contra Surinam. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2015, párr.181.

<sup>109</sup> *Ibid.*, párr. 183.

<sup>110</sup> *Ibid.*, párr. 192.

mínimo de un acuerdo en un proceso de consulta. Considera cinco tópicos indispensables: “los acuerdos derivados de la consulta sean justos y encaminados a promover el goce de los pueblos indígenas de sus derechos fundamentales. Los acuerdos deberían incluir, entre otras, disposiciones sobre medidas de salvaguarda y mitigación, compensaciones, la participación en beneficios y mecanismos para la resolución de disputas” <sup>111</sup>. (Resaltado nuestro)

Para el exrelator son tres los conceptos que sustentan los beneficios: 1) por el uso del territorio ancestral; 2) por el efecto de los proyectos en los territorios indígenas; y 3) por el capital social que aportan. Precisa también: “En los casos en que se desarrollan proyectos extractivos en sus territorios, los pueblos indígenas deberían percibir compensaciones y beneficios financieros directos por permitir el acceso a sus territorios y por los efectos adversos de los proyectos que han aceptado, así como por el significativo capital social que aportan en el marco del conjunto de las circunstancias históricas y contemporáneas”<sup>112</sup>.

Igualmente, el exrelator va más allá y reconoce que -en el caso peruano- no existe beneficio directo para los pueblos indígenas, para lo cual diferencia tres conceptos: beneficio, servidumbre e indemnizaciones<sup>113</sup>. Señala que “la legislación no prevé una participación directa de los pueblos indígenas en las regalías o impuestos derivados de los proyectos extractivos que se desarrollan en sus territorios, pero si establece que, tal como cualquier otro propietario, deben ser compensados por el uso de la superficie de sus tierras e

---

<sup>111</sup> Anaya, James (2014). *La situación de los derechos de los pueblos indígenas en Perú, en relación las industrias extractivas* [en línea]. Disponible en: <http://unsr.jamesanaya.org/docs/special/2014-special-report-mission-to-peru-a-hrc-27-52-Add-3-sp-auversion.pdf>, p. 23. En la página 16 precisa: “los elementos esenciales para ser considerados como acuerdos equitativos centrados en los derechos de los pueblos indígenas, tales como la mitigación de los impactos y la participación efectiva de los pueblos indígenas en el desarrollo del proyecto y en los beneficios que eventualmente genere [...] Tampoco queda garantizado que las comunidades afectadas puedan revisar o participar en la negociación del acuerdo a firmarse entre el Gobierno y la contratista para la explotación y exploración de petróleo o gas, aunque fue una preocupación identificada por los representantes indígenas”.

<sup>112</sup> *Ibid.*, p. 18.

<sup>113</sup> Según la Ley Orgánica de Hidrocarburos (Ley N° 26221), en cuanto se refiere a los derechos de uso, servidumbre y expropiación.

indemnizados por los daños o limitaciones a sus derechos que pueden resultar de los proyectos”<sup>114</sup>

Sin embargo, Anaya también cuestiona y percibe que este tipo de fondos sociales realmente no benefician a los pueblos indígenas afectados por los proyectos. En palabras del relator, “[e]stos mecanismos de inversión de fondos pueden representar modelos que animan el desarrollo de proyectos de inversión social específicos para las comunidades indígenas. Sin embargo, falta más por hacer para asegurar que los proyectos extractivos que afectan a pueblos indígenas les beneficien más allá de compensaciones por el uso de la superficie de tierras y por daños ocasionados, o beneficios en forma de empleo o proyectos de desarrollo comunitario que, por lo general, tienen un valor económico insignificante en comparación con las ganancias obtenidas por la empresa”<sup>115</sup>.

Igualmente, el exrelator propone no solo que los pueblos indígenas se beneficien de las actividades, sino el tránsito a un modelo de “explotación compartida”, donde estos tengan un control de la propia actividad económica. Propone “un modelo alternativo para actividades extractivas en los territorios indígenas consiste en que los propios pueblos indígenas controlen las operaciones de extracción mediante sus propias iniciativas y empresas, a través, por ejemplo, de asociaciones con compañías no indígenas responsables que disponen de experiencia y financiamiento para implementar los proyectos”<sup>116</sup>. Incluso, sugiere que los Estados puedan prestar apoyo a los indígenas cuando quieran explotar por sí mismos sus recursos naturales, dándoles prioridad sobre las demás<sup>117</sup>.

El exrelator insiste en la *participación directa* de los pueblos indígenas en los beneficios. Según él, “[e]n relación a la participación en los beneficios derivados de las industrias extractivas que operan en territorios indígenas, se

---

<sup>114</sup> Anaya, *op. cit.*, p. 18.

<sup>115</sup> *Ibid.*, p. 19.

<sup>116</sup> *Ibid.*, p.19.

<sup>117</sup> *Ibidem.*



deben desarrollar nuevas fórmulas mediante las cuales los pueblos indígenas puedan recibir una participación directa en la distribución de los canones o regalías, o en las ganancias que se derivan de las actividades extractivas”<sup>118</sup>.

Finalmente, el exrelator en otro informe da cuenta que en otros lugares se viene arribando a acuerdos donde los pueblos indígenas se benefician. Este observa “un patrón de acuerdos en algunas partes del mundo por los que se garantiza a los pueblos indígenas un porcentaje de las ganancias procedentes de la operación de extracción u otros ingresos, y se les proporcionan medios de participación en algunas decisiones de gestión. En algunos casos, el pueblo indígena obtiene una participación minoritaria en la operación de extracción, y por ese medio es capaz de participar en las decisiones de gestión y en las ganancias del proyecto. El Relator Especial aguarda con interés nuevos acuerdos de ese tipo para llegar a modelos de verdadera asociación. Asimismo, señala la necesidad, en la mayoría de los casos, de que los pueblos indígenas reciban asistencia para fomentar su capacidad financiera y de gestión al aceptar esas oportunidades”<sup>119</sup>.

### **2.1.3.2. Reconocimiento en la Declaración de las Naciones Unidas de los Derechos de los Pueblos Indígenas**

A pesar que el TC ha precisado que la Declaración de las Naciones Unidas de los Derechos de los Pueblos Indígenas no tiene fuerza normativa, esto no quiere decir que no tenga fuerza interpretativa. En particular en aquellos casos en que la Declaración ha desarrollado *in extenso* el contenido un derecho que sí está reconocido en una fuente normativa, como el Convenio 169 de la OIT.

Esto quiere decir que la Declaración resulta vinculante, en la medida en que precise el contenido de un derecho que está reconocido en el Convenio 169 de

---

<sup>118</sup> *Ibid.*, p. 23.

<sup>119</sup> Anaya, James (2013). *Las industrias extractivas y los pueblos indígenas* [en línea] Disponible en: <http://unsr.jamesanaya.org/esp/docs/annual/2013-hrc-annual-report-spanish.pdf>, p. 21.

la OIT, como ocurre en este caso, con el derecho de los pueblos indígenas reconocido en el artículo 15.2 del mencionado convenio.

Prueba de esta fuerza normativa la podemos encontrar en el artículo 1.4 del Reglamento de la ley de consulta, aprobado por D.S. 0001-2012-MC, se reconoce la obligación de “tomar en cuenta” la Declaración:

*“1.4 El Viceministerio de Interculturalidad, en ejercicio de su función de concertar, articular y coordinar la implementación del derecho de consulta, por parte de las distintas entidades del Estado, toma en consideración la Declaración de las Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas”.*

Asimismo, en el fundamento 24 de la STC No 05427-2009-PC, el TC toma en cuenta la Declaración, a la hora de precisar el contenido de los derechos de los pueblos indígenas.

Sostenemos que, aun cuando no se hace referencia al derecho de los pueblos indígenas a beneficiarse de las actividades extractivas en su territorio, es posible sostener que el artículo 32 de la Declaración, brinda cobertura “interpretativa” para el reconocimiento del derecho de los pueblos indígenas a beneficiarse de las actividades extractivas en sus territorios, aun cuando no de manera muy clara.

#### *Artículo 32*

*1. Los pueblos indígenas tienen derecho a determinar y elaborar las prioridades y estrategias para el desarrollo o la utilización de sus tierras o territorios y otros recursos.*

*2. Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por conducto de sus propias instituciones representativas a fin de obtener su consentimiento libre e informado antes de aprobar cualquier proyecto que afecte a sus tierras o territorios*

*y otros recursos, particularmente en relación con el desarrollo, la utilización o la explotación de recursos minerales, hídricos o de otro tipo.*

*3. Los Estados proveerán mecanismos eficaces para la reparación justa y equitativa por cualquiera de esas actividades, y se adoptarán medidas adecuadas para mitigar las consecuencias nocivas de orden ambiental, económico, social, cultural o espiritual. (Resaltado nuestro)*

El inciso 3 del artículo 32 habla de reparación justa y equitativa. Lo que no queda claro es si esta reparación es por la realización de actividades extractivas en sus territorios, o por los daños ocasionados por estas actividades extractivas. No se precisa bien la causa de esta reparación.

#### **2.1.4. El derecho de los pueblos indígenas a beneficiarse de las actividades extractivas en sus territorios para la CIDH**

Hay dos informes que hacen referencia en forma expresa a este derecho, aun cuando no muy extensamente. El primero es “*Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales: normas y jurisprudencia del sistema interamericano de derechos humanos*”, del año 2010. El segundo, “*Pueblos indígenas, comunidades afrodescendientes y recursos naturales: protección de derechos humanos en el contexto de actividades de extracción, explotación y desarrollo*”, del año 2015. Ambos sistematizan los pronunciamientos de la CIDH.

##### **2.1.4.1. Informe de la CIDH del año 2010**

La CIDH reconoce con claridad que los “pueblos indígenas y tribales tienen derecho a participar en los beneficios derivados de los proyectos de exploración y explotación de recursos naturales o de los planes de desarrollo o inversión en sus territorios”<sup>120</sup>. Para la CIDH, el artículo 15.2 del Convenio

---

<sup>120</sup> CIDH. *Democracia y Derechos Humanos en Venezuela*. Doc. OEA/Ser.L/V/II, Doc. 54, 30 de diciembre de 2009, párr. 1137, recomendación 6. Ver también: CIDH. *Acceso a la Justicia e Inclusión Social: El*

reconoce “[l]a participación razonable de los pueblos indígenas en los beneficios derivados de la explotación de los recursos naturales o de la implementación de planes o proyectos de desarrollo o inversión en sus territorios tradicionales es un requisito confirmado por el Convenio 169 de la OIT”.<sup>121</sup>

La CIDH insiste en la relación de este derecho con la explotación de los recursos naturales. Según esta, en virtud del Convenio 169, los pueblos indígenas y tribales tienen derecho a la participación en los beneficios de las actividades de utilización de sus recursos naturales<sup>122</sup>. En atención a ello, los Estados deben asegurar, en consonancia con el Convenio 169, “que todo proyecto de infraestructura o de explotación de recursos naturales en área indígena o que afecte su hábitat o cultura, sea tramitado y decidido con participación y en consulta con los pueblos interesados con vistas a obtener su consentimiento y eventual participación en los beneficios”<sup>123</sup>. Adviértase también que la CIDH se reconoce beneficios en casos de proyectos de infraestructura pública.

Añade la CIDH que los “Estados tienen la obligación internacional de garantizar la participación de las comunidades indígenas en la determinación de los beneficios que producirán los planes o proyectos propuestos, a través de procedimientos apropiados”<sup>124</sup>. Para la CIDH es claro que es el Estado el responsable de garantizar este derecho. Por ello, este debe garantizar que, en el marco de los procedimientos de consulta previa, “se establezcan los beneficios que serán percibidos por los pueblos indígenas afectados, y las

---

*camino hacia el fortalecimiento de la Democracia en Bolivia*. Doc. OEA/Ser.L/V/II, Doc. 34, 28 de junio de 2007, párr. 297, recomendación 6.

<sup>121</sup> CIDH (2010). *Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales: normas y jurisprudencia del sistema interamericano de derechos humanos* [en línea], p. 99. Disponible en: <https://www.oas.org/es/cidh/indigenas/docs/pdf/tierras-ancestrales.esp.pdf>.

<sup>122</sup> CIDH. *Segundo Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en el Perú*. Doc. OEA/Ser.L/V/II.106, Doc. 59 rev., 2 de junio de 2000, párr. 26

<sup>123</sup> *Ibid.*, párr. 39, recomendación 5.

<sup>124</sup> CIDH. *Democracia y Derechos Humanos en Venezuela*. Doc. OEA/Ser.L/V/II, Doc. 54, 30 de diciembre de 2009, párr. 1137, recomendación 5. Ver también: CIDH. *Acceso a la Justicia e Inclusión Social: El camino hacia el fortalecimiento de la Democracia en Bolivia*. Doc. OEA/Ser.L/V/II, Doc. 34, 28 de junio de 2007, párr. 297, recomendación 5.

posibles indemnizaciones por los daños ambientales, siempre de conformidad con sus propias prioridades de desarrollo”<sup>125</sup>.

#### **2.1.4.2. Informe de la CIDH del año 2015**

En el segundo informe, al CIDH llama la atención sobre el derecho a compartir beneficios cuando se trata de los recursos naturales y la riqueza genética en su territorio ancestral; es decir, conocimientos, innovaciones y prácticas tradicionales. Lo hace en los siguientes términos: “la CIDH considera importante referirse a la propiedad de los pueblos indígenas sobre sus recursos o riqueza genética existente en sus territorios y los conocimientos tradicionales que guardan los pueblos indígenas y tribales en relación a sus territorios. En específico, resulta de especial importancia que estos pueblos se vean beneficiados por la explotación, industrialización o comercialización, entre otros, de tales recursos, conocimientos, innovaciones y prácticas tradicionales”<sup>126</sup>.

Póngase especial atención en que los pueblos indígenas no solo deberían beneficiarse de la explotación sino de la “industrialización y comercialización” de estos recursos. No solo nos referimos a los recursos mineros o hidrocarburíferos - patrimonio de la Nación-, sino a los recursos naturales indispensables para su subsistencia.

La CIDH insiste en que esta participación tiene que ser efectiva, concreta y no formal o retórica<sup>127</sup>. Precisa, además, que los pueblos indígenas se beneficien por su propia cultura, en concordancia con el artículo 14 del Protocolo de San Salvador<sup>128</sup>. Este punto, por demás interesante, merecía un mayor desarrollo.

---

<sup>125</sup> *Ibid.*, párr. 248.

<sup>126</sup> CIDH (2015). *Pueblos indígenas, comunidades afrodescendientes y recursos naturales: protección de derechos humanos en el contexto de actividades de extracción, explotación y desarrollo* [en línea], p. 115. Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/industriasextractivas2016.pdf>.

<sup>127</sup> *Ibidem*.

<sup>128</sup> *Ibidem*.



Asimismo, la CIDH hace referencia a la finalidad de este derecho: la mejora en las condiciones de vida de la población indígena de manera colectiva. La CIDH considera “que uno de los objetivos que se busca con el otorgamiento de beneficios a los pueblos indígenas por los planes y proyectos de extracción, explotación o desarrollo es que las condiciones de vida de tales pueblos mejoren. No obstante, la CIDH ha identificado que, a partir de la información recibida de la región americana, estos proyectos y planes no suelen traer beneficios a los pueblos indígenas como colectivo. A partir de las denuncias recibidas, los pueblos indígenas han indicado que estos planes y proyectos han traído, más bien, una serie de perjuicios”<sup>129</sup>.

En consecuencia, beneficio no significa la distribución de dinero, sino la obtención de un beneficio colectivo que, en primer lugar, busque mejorar las condiciones de vida de una colectividad.

Es también importante destacar que la CIDH se pronuncia sobre un tema que genera confusión, pues no se tiene clara la diferencia entre la entrega de dádivas a la población y el innegociable cumplimiento de derechos. En efecto, la CIDH precisa que “muchos Estados confunden esta garantía con los actos de buena voluntad que hacen las empresas en el marco de sus políticas de responsabilidad social empresarial. Por ello, la CIDH considera importante distinguir los beneficios que pudieran recibirse en virtud de la responsabilidad social de las empresas de aquellos beneficios que establece el sistema interamericano. Entre las diferencias existentes, la responsabilidad social se debe a la voluntad de las empresas y, por ende, los beneficios que decida otorgar a los pueblos indígenas están en función de, y en tanto exista, dicha buena voluntad. Por el contrario, los beneficios que deben de asegurar los Estados en cada proyecto son de obligatorio cumplimiento, debiendo los propios pueblos indígenas participar al momento de determinar tales beneficios”<sup>130</sup>.

---

<sup>129</sup> *Ibid.*, p. 116.

<sup>130</sup> *Ibidem*.

Finalmente, la CIDH precisa que “los beneficios que puedan recibir los pueblos indígenas no deben ser usados como condicionamientos o presiones para que tales pueblos acepten los proyectos en sus territorios”<sup>131</sup>.

## **2.1.5. El derecho de los pueblos indígenas a beneficiarse de las actividades extractivas en sus territorios en las políticas operativas de bancos de desarrollo**

### **2.1.5.1. Política operativa del Banco Mundial**

También es pertinente revisar la denominada Política Operacional OP 4.10 y las Normas de Procedimiento del Banco BP 4.10 del Banco Mundial. Ambas son de aplicación a todos los proyectos respecto de los cuales se lleve a cabo un examen a partir del 1 de julio de 2005.

Según precisa el Banco Mundial, los “proyectos financiados por el Banco se diseñan también de manera que los Pueblos Indígenas reciban beneficios sociales y económicos que sean culturalmente apropiados, e inclusivos desde el punto de vista intergeneracional y de género”<sup>132</sup>.

Añade que “[s]obre la base de la evaluación social y en consulta con las comunidades indígenas afectadas, el prestatario elabora un Plan para los Pueblos Indígenas (PPI) en el que se establecen las medidas que adoptará para asegurar que [...] los Pueblos Indígenas afectados por el proyecto reciban beneficios sociales y económicos apropiados desde el punto de vista cultural”<sup>133</sup>.

No obstante, en otra oportunidad el Banco Mundial dio un paso adelante y desarrolló un criterio para la concreción del derecho a compartir beneficios,

---

<sup>131</sup> *Ibidem*.

<sup>132</sup> Banco Mundial (2005). *Políticas Operacionales* [en línea], p. 2. Disponible en: <http://siteresources.worldbank.org/OPSMANUAL/Resources/210384-1170795590012/OP4.10.July1.2005.Spanish.pdf>.

<sup>133</sup> *Ibid.*, p. 6.

cuando precisa que se “incluye mecanismos en el PPI [Plan para los Pueblos Indígenas] para posibilitar que los Pueblos Indígenas reciban una participación equitativa en los beneficios que resulten de la explotación comercial; como mínimo, los mecanismos del PPI deberán asegurar que los Pueblos Indígenas reciban, de manera apropiada desde el punto de vista cultural, los beneficios, indemnizaciones y derechos a un debido proceso, equivalentes, cuando menos, a los que tendría derecho cualquier propietario con pleno título legal sobre la tierra en caso de que sus tierras fueran sometidas a explotación comercial”<sup>134</sup>.

De otro lado, para el IFC (International Finance Corporation) del Banco Mundial, en sus Normas de Desempeño sobre Sostenibilidad Ambiental y Social del año 2012, se fija como objetivo de los proyectos apoyado por esta corporación: *“Promover beneficios y oportunidades de desarrollo sostenible para los Pueblos Indígenas de una manera congruente con su cultura”*<sup>135</sup>.

Más adelante se precisa que: *“Si el cliente tiene la intención de utilizar recursos naturales que son centrales a la identidad y los medios de subsistencia de las Comunidades Afectadas de Pueblos Indígenas y dicho uso exagera el riesgo para los medios de subsistencia, se garantizará una participación justa y equitativa en los beneficios asociados con el uso de los recursos por parte del proyecto”*<sup>136</sup>.

Finalmente el IFC establece como reglas lo siguiente:

---

<sup>134</sup> *Ibid.*, p. 9.

<sup>135</sup> International Finance Corporation, Normas de Desempeño sobre Sostenibilidad Ambiental y Social. 1 de enero de 2012, Washington, pág. 48. Disponible en: <https://www.ifc.org/wps/wcm/connect/3e6d2780403835ca89de9b82455ae521/IFCPerformanceStandardsSpanish.pdf?MOD=AJPERES>

<sup>136</sup> International Finance Corporation, Normas de Desempeño sobre Sostenibilidad Ambiental y Social. 1 de enero de 2012, Washington, pág. 51. Disponible en: <https://www.ifc.org/wps/wcm/connect/3e6d2780403835ca89de9b82455ae521/IFCPerformanceStandardsSpanish.pdf?MOD=AJPERES>

*18. El cliente y las Comunidades Afectadas de Pueblos Indígenas identificarán medidas de mitigación acordes a la jerarquía de mitigación descrita en la Norma de Desempeño 1, así como oportunidades para generar beneficios culturalmente apropiados y de desarrollo sostenible. El cliente asegurará la entrega oportuna y equitativa de las medidas acordadas a las Comunidades Afectadas de Pueblos Indígenas.*

*19. En la determinación, entrega y distribución de compensación y otras medidas de participación en los beneficios a las Comunidades Afectadas de Pueblos Indígenas se tendrán en cuenta las leyes, instituciones y costumbres de estas comunidades, además de su nivel de interacción con la sociedad dominante. El derecho a compensación puede determinarse individual o colectivamente, o ser una combinación de ambas<sup>14</sup>. Cuando la compensación sea colectiva, se definirán e implementarán mecanismos que promuevan la entrega y distribución efectiva de la compensación a todos los miembros elegibles del grupo.*

*20. Varios factores, entre otros, la naturaleza del proyecto, su contexto y la vulnerabilidad de las Comunidades Afectadas de Pueblos Indígenas, determinarán cómo deben beneficiarse estas comunidades con el proyecto. Las oportunidades identificadas deben considerar las metas y las preferencias de los Pueblos Indígenas, entre ellas mejorar su nivel y sus medios de vida de una manera culturalmente adecuada, y fomentar la sostenibilidad a largo plazo de los recursos naturales de los que dependen. (Resaltado nuestro)*

#### **2.1.5.2. Política operativa del Banco Interamericano de Desarrollo**

La Política Operativa sobre Pueblos Indígenas de la Unidad de Pueblos Indígenas y Desarrollo Comunitario del Banco Interamericano de Desarrollo (BID), aprobada el 11 de marzo del 2004 por su Comité de Políticas y Evaluación, es también pertinente para este análisis. Esta se aplicaría al BID y

al Fondo Multilateral de Inversiones, pudiendo servir de referencia y parámetro a la Corporación Interamericana de Inversiones.

Para el BID, el derecho de los pueblos indígenas a beneficiarse de las actividades extractivas en sus territorios constituye un mecanismo de protección a su favor:

*Protección de los territorios, las tierras y los recursos naturales de los pueblos indígenas. En las operaciones que afecten a los territorios, las tierras y los recursos naturales tradicionalmente ocupados y utilizados por los pueblos indígenas, y de conformidad con la legislación nacional relativa a los derechos indígenas y la normativa sobre protección de tierras y ecosistemas, la Política incluiría salvaguardias para las operaciones que afecten a los territorios, las tierras y los recursos tradicionalmente ocupados por los pueblos indígenas, tales como: (a) el respeto a los derechos jurídicamente reconocidos sobre las tierras y recursos indígenas, con la debida consideración de los derechos colectivos y consuetudinarios; (b) el establecimiento de mecanismos de gestión, compensación y participación en los beneficios o en los proyectos de extracción de recursos naturales, cuando corresponda; y (c) cuando el reconocimiento o la protección jurídico sean insuficientes, el establecimiento de las restricciones que correspondan a las actividades del proyecto, así como medidas proactivas para mejorar el marco jurídico<sup>137</sup>.*

No son los únicos reconocimientos, existe diferentes documentos por el lado de la agencias de desarrollo y de la banca internacional, que están reconociendo este derecho<sup>138</sup>.

---

<sup>137</sup> Banco Interamericano de Desarrollo. Unidad de Pueblos Indígenas y Desarrollo Comunitario. Perfil Política operativa sobre pueblos indígenas. Este documento fue aprobado por el Comité de Políticas y Evaluación del Directorio Ejecutivo del Banco Interamericano de Desarrollo el 11 de marzo del 2004.

<sup>138</sup> Good Practice Guide Indigenous Peoples and Mining del International Council on Mining and Metals (ICMM), 2014. Disponible en: <https://www.icmm.com/website/publications/pdfs/social-and-economic-development/9520.pdf>



### **2.1.6. El derecho de los pueblos indígenas a beneficiarse de las actividades extractivas en sus territorios en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional**

Las principales sentencias del TC que se han pronunciado sobre el tema se han referido en forma expresa al artículo 15.2 del Convenio 169, que reconoce el derecho a compartir beneficios. Nos referimos a las siguientes: a) 03343-2007-AA/TC (fundamento 34); b) 00022-2009-PI/TC (fundamento 16); c) 05427-2009-AC/TC (fundamento 56); d) 06316-2008-AA/TC (fundamento 51); e) 00001-2012-AI/TC (fundamentos 56-61).

En la primera, el TC hace una interpretación del artículo 15.2 del Convenio 169. Según este, “el artículo indica que los pueblos indígenas deberán participar en los beneficios de tales actividades y si se ven dañados debido a tales actividades, podrán solicitar una indemnización equitativa. Con ello se pretende armonizar la dinámica entre los pueblos indígenas y otros agentes sociales y económicos”<sup>139</sup>. La redacción no es muy clara. Aunque parece reconocer el derecho, este podría también existir aun cuando no ha habido daño, tesis que compartimos. En otras palabras, el TC reconoce en nuestra opinión, que el derecho surge por la simple realización de actividades extractivas en sus territorios, independientemente que haya daño o contaminación, como un derecho autónomo y diferente del derecho a la indemnización por daños.

Más adelante, esta misma sentencia señala que los pueblos indígenas deben participar de las rentas generadas por la extracción de recursos naturales<sup>140</sup>.

En la segunda sentencia, en relación con la finalidad del dialogo intercultural desarrollada en el marco de los procesos de consulta previa, el TC precisa que se establece con la finalidad “no sólo de obtener acuerdos que signifiquen garantizar los legítimos intereses de los pueblos indígenas como la preservación de la calidad ambiental de su territorio, de sus diversas

---

<sup>139</sup> STC. Exp. N° 03343-2007-AA/TC, fundamento 34.

<sup>140</sup> Ibid., fundamento 39.

actividades económicas y culturales, en su caso de la justa compensación e incluso, la completa adecuación a nuevos modos de vida; sino en especial al concepto de coparticipación en el disfrute de la riqueza obtenida por la industria ubicada dentro del territorio de determinados pueblos indígenas, los que deberán resultar notoriamente beneficiados”<sup>141</sup>.

Asimismo, en la cuarta sentencia, el TC precisó que el Convenio 169 “precisa una serie de derechos y obligaciones por parte de los Estados firmantes [...] a efectos de dar la mayor cobertura posible al derecho de consulta, como mecanismo de participación de las comunidades, en los beneficios que genere la inversión privada en sus territorios, en procura de su propio desarrollo y pleno respeto a su identidad étnica”<sup>142</sup>.

A propósito del derecho a compartir beneficios de los pueblos indígenas, el TC ha desarrollado el principio de *coparticipación de la riqueza*. En efecto, en la sentencia recaída en el expediente N° 00022-2009-PI/TC, ha precisado que “cuando un pueblo indígena se ve perjudicado por la expropiación de su territorio se puede vulnerar algo más que su derecho fundamental a la propiedad. Se pone en riesgo también la propia existencia del pueblo indígena y sus valores espirituales. Es por ello, que la obligación del Estado no debe remitirse al pago de un justiprecio, sino que debe ir más allá, hacia un beneficio compartido. No basta pues con que se les otorgue nuevas tierras de igual extensión y calidad, sino que los pueblos indígenas deben beneficiarse de la explotación que se lleva a cabo en sus territorios ancestrales originales de los que fueron separados, garantizando con ello no solo la continuidad de su existencia sino el mejoramiento de la calidad de vida. Solo así puede comprenderse justificada la expropiación de tierras indígenas, de lo contrario, los miembros de tales pueblos podrán recurrir a las vías legales pertinentes a fin de tutelar sus derechos. [sic] De igual forma tendrá que considerarse ello cuando la indemnización sea consecuencia de intervenciones sobre propiedad de los pueblos indígenas tales como la servidumbre”<sup>143</sup>.

---

<sup>141</sup> STC. Exp. N° 00022-2009-PI/TC, fundamento 33.

<sup>142</sup> STC. Exp. N° 05427-2009-AC/TC, fundamento 18.

<sup>143</sup> STC. Exp. N° 00022-2009-PI/TC, fundamento 52.

Adviértase varios detalles en esta sentencia. Primero, que la indemnización debe tener en cuenta que la afectación al territorio pone en peligro la supervivencia de los pueblos indígenas. Asimismo, que este beneficio debe estar orientado a mejorar la calidad de vida de los pueblos indígenas afectados.

No obstante, la sentencia que más ha desarrollado el derecho a la coparticipación de la riqueza es la recaída en la sentencia N° 00001-2012-AI/TC (caso Conga). Si bien ha sido objeto de muchos cuestionamientos, tiene el mérito de haber desarrollado este derecho, vigente mucho tiempo atrás.

Ella establece cuatro requisitos para que la inversión privada sea constitucional. Son los denominados *cuatro puntos esenciales* que funcionan como presupuestos para que la inversión privada pueda tener reconocimiento y protección constitucional. Estos son: a) el deber de la empresa de prevenir conflictos ambientales y sociales; b) el deber del Estado de fiscalizar el cumplimiento de los estándares, reconociendo que el problema de protección del medio ambiente en nuestro país no es la “legislación”, sino su implementación de la misma (fundamento 51 y siguientes); c) la obligación de las empresas de reparar directa, justa y proporcionada a las personas directamente afectadas (fundamento 54); y d) el principio de coparticipación de la riqueza (fundamento 56 y siguientes).

Para efectos de la presente investigación, nos interesa el desarrollo del principio de *coparticipación de la riqueza*. Este principio, fue enunciado por primera vez en la sentencia recaída en el expediente N° 00022-2009-PI/TC. Lo que sorprende de esta sentencia, es que no hace mención al Convenio 169. Y decimos que sorprende pues esta trataba de un proceso judicial iniciado por el pueblo awajún contra normas aprobadas por el Congreso de la República y que no fueron objeto de consulta previa, a pesar de afectarles directamente. Dado que el caso se refería al derecho a la consulta previa, comprendimos

tácitamente, que este principio de la coparticipación de la riqueza estaba referida a los pueblos indígenas.

Sin embargo, en el caso de la sentencia recaída en el caso Conga, no hablamos en principio de pueblos indígenas, sino de población rural en general y rondas campesinas, las cuales no necesariamente se ajustan a la definición de pueblos indígenas. En ese sentido, entendemos que se trata de un nuevo principio, aplicable por el TC, en todo caso en que haya industrias extractivas que entran en conflictos con población rural, no necesariamente indígena. El fundamento de esta conclusión, es que no cita el artículo 15.2 del Convenio 169. Lo más interesante de esta sentencia es el esfuerzo por sustentar este nuevo principio en la necesaria descentralización del Estado (principio de descentralización), en el principio de solidaridad y en el hecho que el Estado es dueño de los recursos naturales del subsuelo.

El primer aporte es el principio de *promoción de la descentralización* como fundamento del principio de coparticipación de la riqueza. Según la sentencia, “[l]as aspiraciones de descentralización, tan inevitables y necesarias como la propia expansión de los valores de libertad y tolerancia, tienen por objetivo acercar el Estado a la población [...] es un mejoramiento en la prestación de servicios estatales, así como la fiscalización de las actividades de los particulares, puesto que la entidad estatal estaría más próxima a las poblaciones y por lo tanto, más al tanto de sus necesidades”<sup>144</sup>.

El segundo aporte es que el TC sustenta que el derecho a la coparticipación de la riqueza en la propiedad estatal de los recursos naturales, de conformidad con el artículo 66 la Constitución.

Para el TC, el derecho a compartir beneficios tendría relación con el canon que reciben los gobiernos regionales y locales, el cual estaría dirigido en beneficio de la comunidad. Para este, el artículo 77 de la Constitución establece en su segundo párrafo el derecho que les asiste a los gobiernos locales y regionales

---

<sup>144</sup> STC. Exp. N° 00001-2012-AI/TC, fundamento 56.

a recibir -en calidad de canon- una porción de lo recaudado por la explotación de recursos naturales en beneficio de la comunidad de la zona<sup>145</sup>.

Resulta también interesante cuando el TC señala que estos beneficios, no implican la convalidación de la contaminación ni implican una compra de voluntades o silencios para asumir la carga de la contaminación ambiental. Según el TC mediante el canon “se pretende evitar que los beneficios por la explotación de los recursos naturales, sean absorbidos por el Gobierno Nacional, en desmedro de la zona de donde tales dividendos proceden”<sup>146</sup>. Esto, como luego veremos, se concretará en el Decreto de Urgencia N° 026-2010.

A juicio del TC, “el canon es una de las manifestaciones del proyecto descentralista, específicamente en cuanto plasma el principio de co-participación de la riqueza. Este principio, establece que las poblaciones desde donde se han extraído determinados recursos naturales se vean directamente beneficiadas con las rentas de dicha explotación. La explotación de recursos sin co-participación contraviene no solo el artículo 66 de la Constitución sino también el principio de solidaridad”<sup>147</sup>.

También incorpora el principio de solidaridad en la fundamentación del principio de coparticipación de la riqueza. Según el TC, “en virtud de tal principio es que, los gobiernos regionales no pueden tampoco negarse que tales beneficios sean compartidos con otras entidades del Estado. En suma, no todo debe ser absorbido por el Gobierno Nacional y no todo puede ser absorbido por el Gobierno Regional o Municipal”<sup>148</sup>. Añade el TC que, en virtud de este principio, debe esperarse que “tales recursos sean utilizados a fin de empoderar a las sociedades circundantes al área de donde se extraen los recursos naturales”<sup>149</sup>.

---

<sup>145</sup> *Ibid.*, fundamento 58.

<sup>146</sup> *Ibid.*, fundamento 59.

<sup>147</sup> *Ibid.*, fundamento 60.

<sup>148</sup> *Ibidem.*

<sup>149</sup> *Ibid.*, fundamento 61.



Pero el TC no se contenta con la transferencia de estos recursos. Exige recursos humanos más capacitados que puedan ejecutar estos gastos. Señala que para concretizar esta idea “[se] requiere no solo de tales recursos financieros sino de recursos humanos preparados para poder plantear las políticas de desarrollo verdaderamente necesarias y técnicamente idóneas. En tal sentido, debería estar considerado que las entidades que reciben el canon, tengan personal realmente capacitado para poder administrar la riqueza, privilegiándose proyectos de inversión a favor de la educación y la salud”<sup>150</sup>.

Nos parece acertado sustentar el derecho a la coparticipación de la riqueza en el principio de descentralización, el principio de solidaridad y en la propiedad estatal de los recursos naturales. Sin embargo, nuestra principal crítica es que no basta con cobrar canon u otras contribuciones, pues el cobro de las mismas, por parte de los gobiernos subnacionales, no asegura que ese dinero sea utilizado en beneficio concreto de los pueblos indígenas, ni que sea efectivamente redistribuido, pudiendo ser utilizado por estos gobiernos en gastos administrativos burocráticos, que no llegan a los pueblos indígenas.

Nuestra segunda crítica, que más adelante desarrollaremos, es que resulta vital saber quién definirá qué cosa es lo mejor para los pueblos indígenas y sobre la base de qué criterio. Según la jurisprudencia del TC, serán los gobiernos subnacionales quienes lo hagan (y no los pueblos indígenas), lo cual resulta incompatible con el derecho a la autodeterminación y el principio de control de sus propias instituciones, contenido en el quinto considerando del Convenio 169<sup>151</sup>.

En definitiva, no puede adoptarse una decisión en beneficio de los pueblos indígenas a sus espaldas. Ello es una exigencia del artículo 4 del Convenio 169. Según sus incisos 1 y 2: *“Deberán adoptarse las medidas especiales que*

---

<sup>150</sup> *Ibidem*.

<sup>151</sup> Este señala: “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”.

*se precisen para salvaguardar las personas, las instituciones, los bienes, el trabajo, las culturas y el medio ambiente de los pueblos interesados”,* añadiendo que “[t]ales medidas especiales no deberán ser contrarias a los deseos expresados libremente por los pueblos interesados”. Por ello es que resulta importante que los pueblos indígenas participen en direccionar los recursos para su beneficio, según sus propios criterios. Debemos recordar, en tal sentido, que nos encontramos ante una obligación de resultado y no de medios.

El desarrollo del principio de compartir beneficios por parte del TC -debemos advertir- es confuso y errático. Incluso, cuando lo intentan desarrollar en serio, no se evidencia la relación con los pueblos indígenas; por el contrario, estos desaparecen. Aun así, consideramos que, vía interpretación constitucional, es útil la jurisprudencia del TC.

#### **2.1.7. El derecho de los pueblos indígenas a beneficiarse de las actividades extractivas en sus territorios desde la política institucional de la OIT**

La OIT diferencia el derecho a compartir beneficios de los pueblos indígenas del derecho a recibir una indemnización por los daños causados por la prospección y explotación de los recursos naturales. Para el organismo internacional, “[l]os pueblos indígenas tienen derecho a tener parte en los beneficios que reporten la prospección o explotación de los recursos naturales de sus tierras. La distribución de los beneficios puede adoptar diferentes formas, como la celebración de acuerdos específicos con cada comunidad, la negociación de acuerdos entre los estados y los territorios autogobernados o la redistribución de impuestos y ingresos para su aplicación a los fines de desarrollo específicos de los pueblos indígenas”<sup>152</sup>. En otras palabras, no aparece el daño como un “hecho habilitante” para el ejercicio de este derecho.

---

<sup>152</sup> OIT, *op. cit.*, p. 108.

Asimismo, la CEACR -organismo técnico de la OIT- reconoce que este derecho no solo alcanza a los pueblos indígenas que son propietarios de dichas tierras, sino alcanza a los que, no siéndolo, las han usado tradicionalmente. En una observación sobre el pueblo sami en Noruega, la CEACR confirma que “el Convenio no limita la participación en los beneficios y el otorgamiento de una indemnización en virtud del artículo 15, párrafo 2), a los pueblos indígenas que son propietarios de las tierras con arreglo a la legislación nacional”<sup>153</sup>. Añade, sin embargo, que “la Comisión considera que no existe un modelo único de participación en los beneficios como prevé el artículo 15, párrafo 2), y que los sistemas idóneos tienen que establecerse en cada caso en particular, teniéndose en cuenta la circunstancia de la especial situación de los pueblos indígenas interesados”<sup>154</sup>.

Finalmente, la CEACR “recomienda que el funcionamiento de los mecanismos dirigidos a garantizar que los Sami, en calidad de pueblo indígena concernido, participen en los beneficios de las actividades mineras, como prevé el artículo 15, párrafo 2), sea revisado de vez en cuando, conjuntamente por las autoridades estatales y los órganos que representan los intereses del Sami”<sup>155</sup>.

No se trata de un derecho más o uno de segunda importancia, la CEACR ha manifestado un especial interés en su cumplimiento por el Gobierno peruano. En efecto, este órgano pide al Estado “que proporcione información sobre las medidas específicas adoptadas con miras a asegurarse de que los pueblos interesados participen en los beneficios reportados por las actividades de explotación de los recursos naturales existentes en sus tierras y perciban una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de estas actividades”<sup>156</sup>.

---

<sup>153</sup> OIT (2010). *Monitoreo de los pueblos indígenas y tribales a través de los Convenios de la OIT*. Lima: OIT, p. 110.

<sup>154</sup> *Ibidem*.

<sup>155</sup> *Ibidem*.

<sup>156</sup> *Ibid.*, pp. 118 y 119.

### 2.1.8. El derecho de los pueblos indígenas a beneficiarse de las actividades extractivas en sus territorios según organismos de las Naciones Unidas

El Comité sobre la Eliminación de la Discriminación Racial<sup>157</sup>, ha entendido que no solo se debe obtener el consentimiento previo e informado de las comunidades cuando existen planes para llevar a cabo grandes actividades de explotación en territorios indígenas, sino también para “garantizar que se compartan los beneficios derivados de dicha explotación de manera equitativa”<sup>158</sup>. En efecto, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (CERD, por sus siglas en inglés) sostuvo en su oportunidad:

*16. En cuanto a la explotación de los recursos del subsuelo de los territorios tradicionales de las comunidades indígenas, el Comité observa que con la mera consulta a estas comunidades antes de iniciar la explotación de los recursos no se cumplen las condiciones especificadas en la Recomendación general N° XXIII del Comité, relativa a los derechos de las poblaciones indígenas. El Comité recomienda, pues, que se recabe previamente el consentimiento de estas comunidades con conocimiento de causa y que se garantice la división equitativa de los beneficios que se obtengan con esa explotación. En su próximo informe periódico, el Estado Parte debe facilitar información detallada sobre la titularidad de las tierras de las comunidades indígenas, así como sobre los recursos de que disponen los indígenas para reclamar una indemnización en caso de empobrecimiento del medio ambiente de sus tierras tradicionales”<sup>159</sup>. (Resaltado nuestro)*

---

<sup>157</sup> Es el órgano de expertos independientes que supervisa la aplicación de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial por sus estados partes.

<sup>158</sup> CERD (2003). *Observaciones al informe de Ecuador*, párr. 16. Citado por: María Micaela Gomiz y Juan Manuel Salgado, Convenio 169 de la O.I.T. sobre Pueblos Indígenas. Su aplicación en el derecho interno argentino, Observatorio de Derechos Humanos de Pueblos Indígenas, Neuquén, 2010, p. 224.

<sup>159</sup> CERD (2003). Observaciones finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, Ecuador, 2 de junio de 2003, CERD/C/62/CO/2. Párrafo 16.

Del mismo modo, el Relator especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los pueblos indígenas Rodolfo Stavenhagen, sugirió que, para garantizar los derechos de los pueblos indígenas en contextos de proyectos de desarrollo, los Estados deben garantizarles “una participación mutuamente aceptable en los beneficios”<sup>160</sup>. Por su parte, el CERD ya en 1997 recomendaba que “se recabe previamente el consentimiento de estas comunidades con conocimiento de causa y que se garantice la división equitativa de los beneficios que se obtengan con esa explotación”<sup>161</sup>.

El derecho a compartir beneficios también está reconocido en el Convenio sobre Diversidad Biológica, firmado por el Perú el 12 de junio del año 1992, y ratificado el 7 de junio del año 1993, siendo el Estado parte el 29 de diciembre del año 1993. En él se hace referencia a una participación “equitativa”:

*Los objetivos del presente Convenio, que se han de perseguir de conformidad con sus disposiciones pertinentes, son la conservación de la diversidad biológica, la utilización sostenible de sus componentes y la participación justa y equitativa en los beneficios que se deriven de la utilización de los recursos genéticos, mediante, entre otras cosas, un acceso adecuado a esos recursos y una transferencia apropiada de las tecnologías pertinentes, teniendo en cuenta todos los derechos sobre esos recursos y a esas tecnologías, así como mediante una financiación apropiada. (Resaltado nuestro)*

### **2.1.9. El derecho de los pueblos indígenas a beneficiarse de las actividades extractivas en sus territorios en la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia**

En la sentencia T-129 del 2011 de la Corte Constitucional de Colombia se hace un resumen de las reglas del derecho a la consulta previa desarrolladas

---

<sup>160</sup> *Ibidem*.

<sup>161</sup> *Ibid.*, p. 225.



jurisprudencialmente. Según esta, “todo acto, proyecto, obra, actividad o iniciativa que pretenda intervenir en territorios de comunidades étnicas, sin importar la escala de afectación, deberá desde el inicio observar diferentes reglas, destacando entre ellas la siguiente: [...] Es obligatorio garantizar que los beneficios que conlleven la ejecución de la obra o la explotación de los recursos sean compartidos de manera equitativa. Al igual que el cumplimiento de medidas de mitigación e indemnización por los daños ocasionados”.

La colombiana no es una corte constitucional más. Al contrario, ha desarrollado uno de los marcos constitucionales y jurídicos más progresistas de América Latina en lo que concierne a asuntos interculturales. Los desarrollos jurídicos colombianos han sido considerados por activistas y encargados del diseño de políticas públicas como ejemplo del tipo de legislación que otros países de la región deberían adoptar<sup>162</sup>, por ello su jurisprudencia es quizá una de las más emblemáticas y una experiencia a revisar<sup>163</sup>, no sólo en materia de justicia constitucional, sino en lo relacionado a los derechos de los pueblos indígenas<sup>164</sup>.

Además, no podemos olvidar que, de conformidad con el TC peruano, se “puede recurrir al Derecho Constitucional comparado como un quinto método de interpretación, en la medida de que se torna en una herramienta explicativa necesaria, pues es en el conocimiento de esa diversidad de repuestas en el contexto de procesos de descentralización, que se podrá establecer los

---

<sup>162</sup> Bonilla Maldonado, Daniel (2006). *La Constitución multicultural*. Bogotá: Siglo de Hombre Editores, Pontificia Universidad Javeriana y Universidad de los Andes, p. 25.

<sup>163</sup> Cfr. (2009) *Colombia: La implementación del derecho a la consulta previa previsto en el Convenio 169 de la OIT*. En: La Consulta Previa con los Pueblos Indígenas: Legislación y jurisprudencia en Brasil, Colombia, Ecuador y Perú. Quito: Red Jurídica para la Defensa de la Amazonía. Sobre la función de la jurisprudencia en el desarrollo de los derechos culturales, consultar: Vera Lugo, Juan Pablo (2006). *La jurisprudencia como campo de reflexión de la diversidad cultural: apropiación jurídica de nociones culturales*. En: Revista Universitas Humanística, Núm. 62, p. 205 y ss. Un estudio de conjunto sobre el desarrollo de la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana en materia de derechos de los pueblos indígenas puede encontrarse en: Bonilla Maldonado, *op. cit.*

<sup>164</sup> Para una visión de conjunto ver: Botero Marino, Catalina (2003). *Multiculturalismo y derechos de los pueblos indígenas en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana*. En: Revista Precedente, pp. 45-87.

critérios y pautas que deben determinar el análisis del juez constitucional en cada caso en concreto”<sup>165</sup>.

Otro desarrollo de este derecho es el que hace esta Corte Constitucional, a propósito del concepto de justicia ambiental<sup>166</sup>. El origen de este concepto está en la Agencia de Protección Ambiental (EPA) de los Estados Unidos de Norteamérica, el cual ha sido utilizado por una no tan reciente sentencia colombiana<sup>167</sup>. Según esta, el Estado y las empresas privadas y las comunidades afectadas deben asumir de manera equitativa tanto las cargas y los pasivos como los beneficios, por un principio constitucional denominado *justicia ambiental*”. Nos referimos a la sentencia T-294/14, y que está referida a la omisión de consulta previa a una población indígena por la construcción de un relleno sanitario en su territorio.

Siguiendo la sentencia, y de acuerdo con una conocida definición adoptada por la EPA, tal concepto designa “el tratamiento justo y la participación significativa de todas las personas independientemente de su raza, color, origen nacional, cultura, educación o ingreso con respecto al desarrollo y la aplicación de las leyes, reglamentos y políticas ambientales”<sup>168</sup>.

Dentro de esta definición, el *tratamiento justo* supone que “ningún grupo de personas, incluyendo los grupos raciales, étnicos o socioeconómicos, debe sobrellevar desproporcionadamente la carga de las consecuencias ambientales negativas como resultado de operaciones industriales, municipales y comerciales o la ejecución de programas ambientales y políticas a nivel federal, estatal, local y tribal”<sup>169</sup>.

---

<sup>165</sup> STC. Exp. N° 0002-2005-AI/TC, fundamento 45.

<sup>166</sup> Esta sección recoge nuestro artículo: *Corte Constitucional de Colombia incorpora enfoque de "justicia ambiental" en ordenamiento colombiano* [en línea]. Disponible en: <http://www.justiciaviva.org.pe/notihome/notihome01.php?noti=1493>.

<sup>167</sup> Bonilla Maldonado, *op. cit.*, p. 25.

<sup>168</sup> Corte Constitucional de Colombia. Sentencia N° T-294/14, fundamento 12.

<sup>169</sup> *Ibidem*.

Dos son los principios que forman parte del contenido constitucional de la justicia ambiental: la demanda de *justicia distributiva* y la demanda de *justicia participativa*. El derecho de los pueblos indígenas a beneficiarse de la actividad extractiva en sus territorios ancestrales tiene relación con el principio de justicia distributiva.

Esta última, para la Corte Constitucional colombiana, “aboga por el reparto equitativo de las cargas y beneficios ambientales entre los sujetos de una comunidad, ya sea nacional o internacional, eliminando aquellos factores de discriminación fundados ya sea en la raza, el género o el origen étnico (injusticias de reconocimiento), o bien en la condición socioeconómica o en la pertenencia a países del Norte o del Sur global (injusticias de redistribución)”<sup>170</sup>.

Añade que esta exigencia fundamenta: “(i) un principio de equidad ambiental prima facie, conforme al cual todo reparto inequitativo de tales bienes y cargas en el diseño, implementación y aplicación de una política ambiental o en la realización de un programa, obra o actividad que comporte impactos ambientales debe ser justificado, correspondiendo la carga de la prueba a quien defiende el establecimiento de un trato desigual. Asimismo, de este primer componente se deriva (ii) un principio de efectiva retribución y compensación para aquellos individuos o grupos de población a los que les corresponde asumir las cargas o pasivos ambientales asociados a la ejecución de un proyecto, obra o actividad que resulta necesaria desde la perspectiva del interés general”<sup>171</sup>.

---

<sup>170</sup> *Ibidem*.

<sup>171</sup> *Ibid.*, fundamento 14. De otro lado, la demanda de justicia participativa implica, según el tribunal colombiano, “un reclamo de participación significativa de los ciudadanos, en particular de quienes resultarán efectiva o potencialmente afectados por la ejecución de determinada actividad. Esta dimensión comporta la apertura de espacios en donde los afectados puedan participar en la toma de decisiones relativas a la realización del proyecto, la evaluación de sus impactos, permitiendo que al lado del conocimiento técnico experto que suele ser el único tenido en cuenta para orientar la toma de decisiones en materia ambiental, también haya un espacio significativo para el conocimiento local, que se expresa en la evaluación nativa de los impactos y en la definición de las medidas de prevención, mitigación y compensación correspondientes”.

En este caso, no es posible que el Estado y las empresas se lleven los beneficios y los pueblos indígenas asuman todas las cargas y los pasivos ambientales. De alguna manera, esta sentencia desarrolla el concepto de participación equitativa o de equidad. Esto se traduce en una demanda de “efectiva retribución compensación” a los pueblos indígenas que asumen los pasivos ambientales.

#### **2.1.10. El derecho de los pueblos indígenas a beneficiarse de las actividades extractivas en sus territorios en la legislación interna**

Existen algunas normas que reconocen el derecho de los pueblos indígenas de beneficiarse de las actividades extractivas en sus territorios. Se trata de los primeros pronunciamientos.

Tenemos en primer lugar, la Décima disposición final del Reglamento de la Ley de consulta previa, aprobada por D.S. No 001-2012-MC. En realidad esta es una copia del artículo 15.2 del Convenio 169 de la OIT.

##### *Décima.- Participación en los beneficios*

*Conforme a lo señalado en el artículo 15 del Convenio 169 de la OIT, los pueblos indígenas deberán participar siempre que sea posible en los beneficios que reporte el uso o aprovechamiento de los recursos naturales de su ámbito geográfico, y percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de las mismas, de acuerdo a los mecanismos establecidos por ley.*

También podemos encontrar el artículo 23 de la Ley N° 26839, Ley sobre la conservación y el aprovechamiento sostenible de la diversidad biológica.

*Artículo 23.- Se reconoce la importancia y el valor de los conocimientos, innovaciones y prácticas de las comunidades campesinas y nativas, para la conservación y utilización sostenible de la diversidad biológica.*

*Asimismo, se reconoce la necesidad de proteger estos conocimientos y establecer mecanismos para promover su utilización con el consentimiento informado de dichas comunidades, garantizando la distribución justa y equitativa de los beneficios derivados de su utilización.*

De otro lado tenemos el artículo 72.2 de la Ley General del Ambiente N° 28611, la cual establece que el procedimiento de participación ciudadana se orienta preferentemente a establecer acuerdos con los representantes de las comunidades.

*Artículo 72.- Del aprovechamiento de recursos naturales y pueblos indígenas, comunidades campesinas y nativas*

*72.1 Los estudios y proyectos de exploración, explotación y aprovechamiento de recursos naturales que se autoricen en tierras de pueblos indígenas, comunidades campesinas y nativas, adoptan las medidas necesarias para evitar el detrimento a su integridad cultural, social, económica ni a sus valores tradicionales.*

*72.2 En caso de proyectos o actividades a ser desarrollados dentro de las tierras de poblaciones indígenas, comunidades campesinas y nativas, los procedimientos de consulta se orientan preferentemente a establecer acuerdos con los representantes de éstas, a fin de resguardar sus derechos y costumbres tradicionales, así como para establecer beneficios y medidas compensatorias por el uso de los recursos, conocimientos o tierras que les corresponda según la legislación pertinente.*

Finalmente tenemos el artículo 24 de la Ley General de Comunidades Campesinas, aprobado por Ley No 24656:

*“Artículo 15.- La explotación de las concesiones mineras que se les otorgue a las Comunidades Campesinas, así como las actividades que*



*realicen para el aprovechamiento de los recursos naturales, bosques, agua y otras que se encuentran en el terreno de su propiedad, en armonía con las leyes y reglamentos que norman la materia, tendrán prioridad en el apoyo y protección del Estado. En caso de que la Comunidad Campesina no esté en condiciones de explotar directamente cualesquiera de estos recursos, en la forma a que se refiere el acápite anterior, podrá constituir empresas con terceros, en las que su participación estará de acuerdo con el volumen de la producción, el uso de los recursos o de cualquier otra forma consensual que guarde justa proporción con sus aportes”.*

*“Artículo 24°.- Son rentas de la Comunidad Campesina:*

- a) Las transferencias que reciban del Tesoro Público;*
- b) Los beneficios generados por las empresas de su propiedad en las que tenga participación;” .*

Queda claro que falta desarrollar legal y reglamentariamente el derecho de los pueblos indígenas a beneficiarse de las actividades extractivas en su territorio. Estos pronunciamientos resultan absolutamente insuficientes.

## **2.2. Elementos para la configuración del derecho de los pueblos indígenas a beneficiarse de la actividad extractiva en sus territorios**

Como pudimos advertir en el capítulo anterior, existen diferentes normas que reconocen de una u otra manera el derecho de los pueblos indígenas a beneficiarse de las actividades en sus territorios ancestrales. A nivel del derecho internacional de los derechos humanos, queda más o menos clara su existencia. Sin embargo, cuando revisamos la legislación interna, más allá del reglamento de la Ley de Consulta, no es clara su configuración.

Urge precisar la naturaleza, alcances y elementos de este derecho, pues no todos los pagos de dinero a los pueblos indígenas que en la legislación se

reconocen, responden a una misma finalidad. Unos contemplados en la legislación parecen más relacionados con una suerte de compensación por daños por contaminación, otros, por realizar actividades extractivas en sus territorios, y otros se relacionan con los servicios públicos que el Estado brinda por el solo hecho de ser Estado. Hace falta un parámetro para diferenciar unos de otros.

### **2.2.1. Concepto del derecho**

El artículo 15.2 es muy claro: “Los pueblos interesados deberán participar siempre que sea posible en los beneficios que reporten tales actividades”. En consecuencia, este derecho podría ser definido como el derecho de rango constitucional y convencional de los pueblos indígenas, a beneficiarse de una u otra manera, de la explotación de los recursos naturales existentes en sus territorios.

Adicionalmente, este derecho también surge cuando se realizan dentro de los territorios de los pueblos indígenas, actos para la conservación ambiental, actividades turísticas e incluso cuando se realizan proyectos de infraestructura pública del Estado destinados a brindar servicios públicos, que restrinjan el uso y goce del derecho al territorio de los pueblos indígenas. Finalmente, los pueblos indígenas deberían de beneficiarse de las actividades de explotación, industrialización o comercialización, entre otros, de los recursos y patrimonio genético, conocimientos, innovaciones y prácticas tradicionales.

Según la propia OIT, los pueblos indígenas *“tienen derecho a tener parte en los beneficios que reporten la prospección o explotación de los recursos naturales de sus tierras”*<sup>172</sup>. Según el artículo 15.2 del Convenio 169, los pueblos originarios que han acordado la adopción de una medida o han prestado su consentimiento para la explotación de recursos naturales en sus territorios,

---

<sup>172</sup> OIT, *op. cit.*, p. 108.

tienen derecho a participar, de una manera razonable y equitativa, en los beneficios que reporten tales actividades a los titulares de estas.

Incluso en aquellos casos que el pueblo indígena se haya opuesto a un determinado proyecto extractivo o productivo -en base a una interpretación restrictiva del derecho a la consulta-, si es que el Gobierno decide aprobar una determinada medida, este pueblo tendrá derecho también a beneficiarse, salvo que renuncie a él de manera expresa e indubitable. Como sabemos el artículo 15 de la Ley de consulta previa, aprobada por Ley No 29785, establece que en caso que no haya acuerdo entre el Estado y los pueblos indígenas, el Estado decide. No obstante, también hay casos donde además de la consulta se exige como obligación adicional del Estado, obtener el consentimiento de los pueblos indígenas<sup>173</sup>. A este caso nos referimos, salvo que haya una renuncia expresa, toda vez que se trata de un derecho de contenido patrimonial.

En definitiva, estamos ante el derecho colectivo de todo pueblo indígena, a beneficiarse de las diferentes actividades de explotación económica y productiva, especialmente de las actividades extractivas, realizadas en los territorios que han ocupado tradicionalmente, independientemente de que cuenten con personería jurídica, reconocimiento oficial o titulación territorial. Incluso cuando no sean propietarios formales, la simple utilización tradicional les otorga el derecho.

Decimos esto porque el artículo 1 del Convenio 169 de la OIT es muy claro, cuando dice que los pueblos indígenas, serán considerados como tales si reúnen los requisitos establecidos en el artículo 1.1.b, independientemente de su situación jurídica. Y, además, el artículo 14 del Convenio 169 de la OIT, precisa que la simple ocupación ancestral otorga propiedad sobre un territorio.

---

<sup>173</sup> No obstante, existen supuestos normativos y jurisprudenciales que exigen como obligación adicional a la consulta, obtener el consentimiento de los pueblos indígenas. Ver por ejemplo Juan Carlos Ruiz Molleda. El derecho de los pueblos indígenas del cual nadie quiere hablar: El derecho al consentimiento. Disponible en: <https://www.servindi.org/actualidad/88116>.

Hay que insistir en que no solo se trata de actividades extractivas, sino en general todo tipo de actividad de explotación económica realizada en los territorios de los pueblos indígenas. Asimismo, también deben ser incluidas las actividades de conservación. En efecto, este derecho también se extiende a los casos de actividades de conservación, siempre que estas generen ganancia para terceros, como, por ejemplo, las acciones de conservación REDD++, de captura de carbono<sup>174</sup>, cuando los bosques objeto de conservación se encuentran dentro de los territorios que los pueblos indígenas han ocupado tradicionalmente. Igualmente, este derecho también se aplica, cuando existe disposición de terceros o del Estado, de conocimientos, innovaciones y prácticas ancestrales<sup>175</sup>.

Para la Corte IDH, los pueblos indígenas incluso deberían de beneficiarse de la industrialización y comercialización de los recursos naturales en sus territorios: “la CIDH considera importante referirse a la propiedad de los pueblos indígenas sobre sus recursos o riqueza genética existente en sus territorios y los conocimientos tradicionales que guardan los pueblos indígenas y tribales en relación a sus territorios. En específico, resulta de especial importancia que estos pueblos se vean beneficiados por la explotación, industrialización o comercialización, entre otros, de tales recursos, conocimientos, innovaciones y prácticas tradicionales”<sup>176</sup>.

Este derecho se concreta en un beneficio extraordinario, diferente a los servicios públicos que presta el Estado en cualquiera de sus niveles y en forma ordinaria a la población en general.

---

<sup>174</sup> REDD ++ se trata de una medida que consiste en la reducción de emisiones derivadas de la deforestación y la degradación de los bosques, que pretende mantener o aumentar las reservas de carbono que hay en los bosques reduciendo los índices de deforestación y degradación.

<sup>175</sup> Ver Ley N° 26839 (Ley sobre la conservación y el aprovechamiento sostenible de la diversidad biológica). “Artículo 23.- Se reconoce la importancia y el valor de los conocimientos, innovaciones y prácticas de las comunidades campesinas y nativas, para la conservación y utilización sostenible de la diversidad biológica. Asimismo, se reconoce la necesidad de proteger estos conocimientos y establecer mecanismos para promover su utilización con el consentimiento informado de dichas comunidades, garantizando la distribución justa y equitativa de los beneficios derivados de su utilización”.

<sup>176</sup> CIDH (2015). *Pueblos indígenas, comunidades afrodescendientes y recursos naturales: protección de derechos humanos en el contexto de actividades de extracción, explotación y desarrollo* [en línea], p. 115. Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/industriaseextractivas2016.pdf>.

Debe precisarse y debe concretarse este derecho, en principio, en el marco de un procedimiento de consulta previa. No obstante, cuando estemos ante un proyecto de explotación económica o extractivo que no fue consultado en su momento como exige el ordenamiento jurídico, o cuando estemos ante un proyecto efectivamente consultado, pero donde no se precisó este beneficio, este derecho podría ser exigido posteriormente en cualquier momento, mientras dura el proyecto.

El hecho habilitante de este derecho es el inicio de la realización de actividades económicas, extractivas, de conservación, turísticas o la construcción de infraestructura pública en el territorio de los pueblos indígenas, y esto es independiente del derecho a la indemnización o reparación como consecuencia de daños ocasionados a los pueblos indígenas. Es diferente también del derecho al justiprecio en los procesos de expropiación, o del pago por concepto de servidumbre por el uso del territorio, o del beneficio recibido por concepto de distribución del canon por los gobiernos subnacionales.

### **2.2.2. Naturaleza jurídica**

Dos son los temas que conviene analizar, la naturaleza del mandato que se desprende de este derecho, y si estamos ante un derecho de configuración autónoma o ante otro tipo de obligaciones.

#### **2.2.2.1 ¿Regla o principio?**

Es importante analizar qué tipo de normas constitucionales son las contenidas en el artículo 15.2 del Convenio 169. En concreto, necesitamos saber si estamos ante una norma regla o una norma principio<sup>177</sup>.

Siguiendo al TC, “[l]a distinta eficacia de las disposiciones constitucionales, da lugar a que éstas puedan ser divididas entre “normas regla” y “normas

---

<sup>177</sup> Bernal Pulido, Carlos (2003). *Estructura y límites de la ponderación*. En: DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, Núm. 26, p. 225.



principio”. Mientras que las primeras se identifican con mandatos concretos de carácter autoaplicativo y son, consecuentemente, judicializables, las segundas constituyen mandatos de optimización, normas abiertas de eficacia diferida, que requieren de la intermediación de la fuente legal, para alcanzar plena concreción y ser susceptibles de judicialización”<sup>178</sup>.

Siguiendo a César Landa, se han propuesto diversos criterios de distinción, “[e]ntre los que han alcanzado mayor difusión tenemos a los criterios estructural y cualitativo. Por el primero, se entiende que reglas y principios son normas que se diferencian por su estructura semántica. En tanto que en las reglas es posible identificar un supuesto de hecho y una consecuencia jurídica, en los principios esto no es factible”<sup>179</sup>. Y es que en el caso de los principios no hay supuesto de hecho, solo una consecuencia.

Añade que “[p]or el segundo criterio, el cualitativo, se entiende que los principios, a diferencia de las reglas, ordenan que algo se haga en la mayor medida posible, considerando las posibilidades jurídicas y reales existentes. Por ellos los principios pueden ser concebidos como mandatos de optimización, en tanto la medida de cumplimiento puede ser realizada en diferente grado. El ámbito de su realización también depende de los principios y reglas que se le oponen”<sup>180</sup>. Agrega Landa que “[e]n cambio, las reglas se cumplen o no, pues ellas contienen mandatos en el ámbito de lo fáctico y jurídicamente posible. En buena cuenta, mientras los principios como mandatos de optimización exigen un cumplimiento gradual, en la mayor medida posible; las reglas exigen un cumplimiento todo o nada, no admiten cumplimiento graduales, por ello serían mandatos definitivos”<sup>181</sup>.

---

<sup>178</sup> STC. Exp. N° 01417-2005-AA/TC, fundamento 11.

<sup>179</sup> Landa, César (2014). *Naturaleza jurídica de los recursos forestales y de fauna silvestre. Marco legal-administrativo y análisis de los vacíos y contingencias legales* [en línea]. Lima: Sociedad Peruana de Ecodesarrollo, p. 7. Disponible: <http://www.biofuelobservatory.org/Documentos/Informes-de-la-SPDE/Naturaleza-Juridica-de-los-recursos-forestales-y-de-fauna-silvestre.pdf>

<sup>180</sup> *Ibidem*. Ver también: Alexy, Robert (1988). *Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica*. En: DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, Núm. 5, p. 143.

<sup>181</sup> *Ibid.*, p. 8.

Las normas reglas se aplican a casos concretos mediante la *técnica de la subsunción*. Este método supone identificar hechos de acuerdo a una descripción típica contenida en una norma de rango constitucional. Luego, si existe identidad, se aplica la consecuencia. En cambio, la aplicación de los principios se realiza mediante el *principio de proporcionalidad*, en el contexto de supuestos donde existe colisión de derechos.

¿Cuál es la naturaleza del derecho de los pueblos indígenas a beneficiarse de la actividad extractiva en su territorio? Es necesario abordar el artículo 15 del Convenio 169 de manera integral.

Podemos advertir que estamos ante una norma regla. Efectivamente, el artículo 15.2 contiene una premisa: realizar actividades extractivas en territorios de pueblos indígenas. El artículo 15.1 habla de un derecho de los pueblos indígenas a los recursos naturales en sus territorios. El artículo 15.2, por su parte, hace referencia a la realización de actividades extractivas en territorio de los pueblos indígenas y a la obligación del Estado de realizar consulta previa.

Luego podemos encontrar la consecuencia: la participación de los pueblos indígenas en los beneficios. Aun cuando la norma no precisa qué tipo de beneficio -dejando la concreción en libertad en cada caso-, es evidente que estamos ante una consecuencia clara. Esto quiere decir, por ejemplo, que si la zona de influencia de un proyecto minero se superpone a comunidades campesinas y este proyecto genera beneficios al Estado o privados, dichas comunidades afectadas directamente deberán beneficiarse.

En definitiva, no estamos ante una norma principio, pues no se trata de un derecho en general indeterminado a beneficiarse, sino que surge a consecuencia lógica de la realización de actividades extractivas en sus territorios. Este es el hecho habilitante del derecho. Esta categorización es muy relevante, pues ello implica que estamos ante un derecho que se debe cumplir en forma definitiva. Su cumplimiento no deberá ser ponderado, en principio,

con otros derechos o principios jurídico-constitucionales, que puedan limitarlo o restringirlo. En otras palabras, la tipificación como regla sugiere que estamos ante un derecho claro y preciso que deberá ser cumplido de forma objetiva.

#### **2.2.2.2. ¿Derecho humano autónomo, derecho innominado, manifestación de otro derecho humano o salvaguarda de otros derechos?**

Cuatro son las posibles naturalezas de este derecho. Una primera posibilidad es que estamos ante un verdadero derecho humano, es decir, ante un derecho de configuración autónoma. Si bien el artículo 15.2 del Convenio 169 de la OIT no habla expresamente de un derecho si no de un deber, será el ex Relator de las Naciones Unidas James Anaya quien reconocerá que estamos ante un verdadero derecho.

*“Cuestión distinta a la compensación por daños es el derecho de los pueblos indígenas a participar en los beneficios derivados de los proyectos que tienen lugar en sus territorios tradicionales, particularmente en relación con la explotación de los recursos naturales”<sup>182</sup>.*

Una segunda naturaleza es la que podemos encontrar en la jurisprudencia de la Corte IDH, es la que concibe que estamos ante una “garantía” para garantizar la subsistencia.

*Por ello, de conformidad con el artículo 1.1 de la Convención, a fin de garantizar que las restricciones impuestas a los Saramakas respecto del derecho a la propiedad por la emisión de concesiones dentro de su territorio no impliquen una denegación de su subsistencia como pueblo tribal, el Estado debe cumplir con las siguientes tres garantías: primero, el Estado debe asegurar la participación efectiva de los miembros del pueblo Saramaka, de conformidad con sus costumbres y tradiciones, en*

---

<sup>182</sup> James Anaya. Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, CDH (2010). 19 de julio de 2010, A/HRC/15/37. Párrafo 76

*relación con todo plan de desarrollo, inversión, exploración o extracción (en adelante “plan de desarrollo o inversión”)<sup>124</sup> que se lleve a cabo dentro del territorio Saramaka. Segundo, el Estado debe garantizar que los miembros del pueblo Saramaka se beneficien razonablemente del plan que se lleve a cabo dentro de su territorio. Tercero, el Estado debe garantizar que no se emitirá ninguna concesión dentro del territorio Saramaka a menos y hasta que entidades independientes y técnicamente capaces, bajo la supervisión del Estado, realicen un estudio previo de impacto social y ambiental. Mediante estas salvaguardas se intenta preservar, proteger y garantizar la relación especial que los miembros del pueblo Saramaka tienen con su territorio, la cual a su vez, garantiza su subsistencia como pueblo tribal”<sup>183</sup>.*

Una tercera posible naturaleza, es que estemos ante una posición ius fundamental, que es parte del contenido constitucional o convencional protegido de un derecho. En otras palabras, ante la manifestación innominada de un derecho expresamente reconocido. Esta tesis puede ser encontrada también en la jurisprudencia de la Corte IDH. En esta, el derecho de los pueblos indígenas a beneficiarse de las actividades extractivas, sería parte del contenido convencional protegido del derecho a la propiedad.

*138. La segunda garantía que el Estado debe cumplir al considerar los planes de desarrollo dentro del territorio Saramaka es aquella de compartir, razonablemente, los beneficios del proyecto con el pueblo Saramaka. Se puede decir que el concepto de compartir los beneficios, el cual puede encontrarse en varios instrumentos internacionales respecto de los derechos de los pueblos indígenas y tribales<sup>134</sup>, es inherente al derecho de indemnización reconocido en el artículo 21.2 de la Convención, el cual establece que [n]inguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa,*

---

<sup>183</sup> CIDH, Saramaka (Fondo), párr. 129.

*por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley.*

*139. La Corte considera que el derecho a recibir el pago de una indemnización conforme al artículo 21.2 de la Convención se extiende no sólo a la total privación de un título de propiedad por medio de una expropiación por parte del Estado, por ejemplo, sino que también comprende la privación del uso y goce regular de dicha propiedad. En el presente caso, el derecho a obtener el pago de una "indemnización justa" conforme al artículo 21.2 de la Convención se traduce en el derecho de los miembros del pueblo Saramaka a participar, en forma razonable, de los beneficios derivados de la restricción o privación del derecho al uso y goce de sus tierras tradicionales y de aquellos recursos naturales necesarios para su supervivencia<sup>184</sup>.*

Definitivamente, no estamos ante un derecho innominado, pues hay una norma que le da cobertura, como es el artículo 15.2 del Convenio 169 e la OIT. Estamos ante un derecho, del cual se desprende una obligación del Estado para con los pueblos indígenas, contenido en un tratado internacional de derechos humanos.

Así como el Tribunal Constitucional es el supremo intérprete de la Constitución, y la Corte IDH, el intérprete de la Convención Americana de Derechos Humanos, y hasta la Corte Suprema de la legalidad, es la OIT la voy autorizada de interpretación del Convenio 169 de la OIT.

*El derecho a beneficiarse de las ganancias que reporten la explotación y el uso de los recursos naturales:*

*Los pueblos indígenas tienen derecho a tener parte en los beneficios que reporten la prospección o explotación de los recursos naturales de sus tierras. La distribución de los beneficios puede adoptar diferentes*

---

<sup>184</sup> CIDH, Saramaka (Fondo), párr. 138 y 139.



*formas, como la celebración de acuerdos específicos con cada comunidad, la negociación de acuerdos entre los estados y los territorios autogobernados o la redistribución de impuestos y ingresos para su aplicación a los fines de desarrollo específicos de los pueblos indígenas*<sup>185</sup>.

Esta tesis es recogida luego por la CIDH en su informe del año 2010, cuando precisa: *“Los pueblos indígenas y tribales tienen derecho a participar en los beneficios derivados de los proyectos de exploración y explotación de recursos naturales o de los planes de desarrollo o inversión en sus territorios”*<sup>186</sup>.

En definitiva, estamos ante un derecho de los pueblos indígenas, de configuración autónoma, del cual se desprende una obligación, y que cumple la función de garantía de los pueblos indígenas.

### **2.2.3. El bien jurídico constitucional**

Es necesario precisar y diferenciar cuál es el derecho fundamental y cuál es el bien jurídico constitucional que protege y sustenta este derecho. Detrás de todo derecho fundamental hay “bienes esenciales para la persona humana y para la sociedad en su conjunto”<sup>187</sup>. Como señala Landa en relación a esta diferencia, “si bien la línea de separación entre uno y otro concepto puede ser muy delgada, cuando no difusa, la delimitación, al menos a un nivel conceptual, permite comprender de mejor manera, no solo la categoría jurídica a la cual se adscribe una determinada parcela de la realidad (facultades del sujeto, bienes materiales, estado de cosas), sino también el régimen que la Constitución ha previsto para cada categoría”<sup>188</sup>.

---

<sup>185</sup> Organización Internacional del Trabajo, LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS Y TRIBALES EN LA PRÁCTICA UNA GUÍA SOBRE EL CONVENIO NÚM. 169 DE LA OIT PROGRAMA PARA PROMOVER EL CONVENIO NÚM. 169 DE LA OIT (PRO 169), Departamento de Normas Internacionales del Trabajo, Primera edición 2009, pág. 108.

<sup>186</sup> CIDH, Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales : normas y jurisprudencia del sistema interamericano de derechos humanos, CIDH, Washington, 2010, párrafo 237.

<sup>187</sup> *Ibid.*, p. 11

<sup>188</sup> *Ibidem*.

Para el TC, detrás de los bienes jurídicos hay un interés general<sup>189</sup>. Para la Corte IDH, como ya lo dijimos, el bien jurídico constitucional del derecho de los pueblos indígenas a beneficiarse de las actividades extractivas estaría en el derecho de propiedad de los pueblos indígenas sobre su territorio ancestral, y más en concreto, en la libre determinación de los pueblos indígenas sobre su territorio ancestral.

En efecto, para la Corte IDH, el derecho de los pueblos indígenas a beneficiarse de las actividades extractivas en su territorio, constituye una forma de indemnización, y lo desprende del derecho de propiedad reconocido en la CADH, como una consecuencia de la restricción del uso y goce regular del derecho propiedad y de los recursos naturales en sus territorios:

*“En el presente caso, el derecho a obtener el pago de una indemnización justa” conforme al artículo 21.2 de la Convención se traduce en el derecho de los miembros del pueblo Saramaka a participar, en forma razonable, de los beneficios derivados de la restricción o privación del derecho al uso y goce de sus tierras tradicionales y de aquellos recursos naturales necesarios para su supervivencia”<sup>190</sup>.*

Como lo dijimos antes, para la Corte IDH, “el derecho a recibir el pago de una indemnización conforme al artículo 21.2 de la Convención se extiende no sólo a la total privación de un título de propiedad por medio de una expropiación por parte del Estado, por ejemplo, sino que también comprende la privación del uso y goce regular de dicha propiedad”<sup>191</sup>.

---

<sup>189</sup> Ha señalado el TC que “la idea de los bienes jurídicos relevantes se encuentra asociada al interés general, mientras que la de los derechos al interés subjetivo particular de quien reclama por su defensa”. Ver: STC. Exp. 05287-2005-HC/TC, fundamentos 14 y 15.

<sup>190</sup> Corte IDH. Caso del Pueblo Saramaka contra Surinam. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párr. 139.

<sup>191</sup> Corte IDH. Caso del Pueblo Saramaka contra Surinam. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párr. 139.

Es necesario añadir, que este derecho no solo se funda en la restricción sobre el uso y goce del derecho de propiedad, sino también sobre el uso y goce del derecho a los recursos naturales de los pueblos indígenas, reconocido en el artículo 15.1 del Convenio 169 de la OIT.

*“Artículo 15*

*1. Los derechos de los pueblos interesados a los recursos naturales existentes en sus tierras deberán protegerse especialmente. Estos derechos comprenden el derecho de esos pueblos a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos”.*

El mismo que debe ser interpretado de forma consonante con el artículo 23 del mismo Convenio cuando precisa:

*“Artículo 23*

*1. La artesanía, las industrias rurales y comunitarias y las actividades tradicionales y relacionadas con la economía de -subsistencia- de los pueblos interesados, como la caza, la pesca, la caza con trampas y la recolección, deberán reconocerse como factores importantes del mantenimiento de su cultura y de su autosuficiencia y desarrollo económicos”.*

Compartimos en parte esta tesis, pero habría que hacer una precisión. Para nosotros, el bien jurídico constitucional detrás de este derecho estaría en la libre determinación territorial como bien jurídico<sup>192</sup>. No se trata del derecho de propiedad en general, sino del derecho a la libre determinación sobre el territorio ocupado tradicionalmente, es decir, entendido este como el derecho al control del territorio que un pueblo indígena ha ocupado tradicionalmente<sup>193</sup>.

---

<sup>192</sup> Ruiz Molleda, Juan Carlos (2013). *Los otros derechos de los pueblos indígenas. Aproximación al derecho a beneficiarse de la explotación de recursos naturales en sus territorios y a la libre determinación de los pueblos indígenas*. Lima: Instituto de Defensa Legal, p. 97.

<sup>193</sup> García Hierro, Pedro y Alexander Surrallés (2009). *Antropología de un derecho. Libre determinación territorial de los pueblos indígenas como derecho humano*. Copenhague: IWGIA.

Este derecho, desarrollado por Pedro García Hierro, no es otra cosa que una proyección del derecho a la libre determinación sobre sus territorios, entendiéndolos como el hábitat donde realizan sus diferentes actividades, conforme lo establecido en el artículo 13.2 del Convenio 169. En virtud de este derecho, los pueblos indígenas deciden y determinan el uso de su territorio y el aprovechamiento que consideren conveniente, teniendo en cuenta que son condición para la subsistencia de estos pueblos.

Esto guarda relación con lo señalado por la Corte IDH, cuando reconoce -en la reciente sentencia recaída en el caso Xucuru contra Brasil- que parte del contenido constitucional del derecho de propiedad de los pueblos indígenas es el derecho al control político de sus territorios. Según la sentencia, “el Estado debe garantizar el derecho de los pueblos indígenas de controlar efectivamente y ser propietarios de su territorio sin ningún tipo de interferencia externa de terceros”<sup>194</sup>.

Este derecho a la autodeterminación territorial, es decir, al control del territorio también puede ser encontrado en otros artículos del Convenio 169 de la OIT como, por ejemplo:

*“Artículo 7*

*1. Los pueblos interesados deberán tener el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural”.* (Resaltado nuestro)

*“Artículo 16*

---

<sup>194</sup> Corte IDH. Pueblo Indígena Xucuru contra Brasil. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 5 de febrero de 2018, párr. 117.

1. A reserva de lo dispuesto en los párrafos siguientes de este artículo, los pueblos interesados no deberán ser trasladados de las tierras que ocupan [...]”. (Resaltado nuestro)

“Artículo 17

[...]

2. Deberá impedirse que personas extrañas a esos pueblos puedan aprovecharse de las costumbres de esos pueblos o de su desconocimiento de las leyes por parte de sus miembros para arrojarse la propiedad, la posesión o el uso de las tierras pertenecientes a ellos”. (Resaltado nuestro)

“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”. (Resaltado nuestro)

Para García Hierro, el territorio es un “lugar” especial de proyección de la libre autodeterminación de los pueblos indígenas<sup>195</sup>, donde esta se proyecta y concreta de una manera especialmente privilegiada, toda vez que el territorio constituye la base y condición de la propia existencia de los pueblos indígenas. La razón de ello tiene que ver con que el acceso al territorio es un presupuesto para la subsistencia de los pueblos indígenas. No podemos olvidar que la obligación de proteger la importancia que la tierra tiene para los pueblos indígenas, es una obligación que se desprende literalmente del artículo 13.1 del Convenio 169, cuando señala que “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”.

---

<sup>195</sup> *Ibid.*, p. 23.



Como precisa García Hierro, el reconocimiento del derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas, sumado a la importancia del territorio de los pueblo indígenas, “ofrece [...] toda una serie de posibilidades de autodefinición de la territorialidad (el cuánto, el cómo y el porqué del territorio) y de la titularidad (quién es el titular o titulares del derecho territorial y como se van a distribuir derechos y usos entre los grandes colectivos, las comunidades y las familias) tareas que hasta ahora habían venido asumiendo los Estados reflejando pocas veces, en los territorios reconocidos, el tipo particular de relación de cada pueblo indígena con su territorio”<sup>196</sup>. En otras palabras, esta suerte de libre determinación territorial, se expresa por ejemplo en el derecho de estos, a definir su territorio y las condiciones en las que desea gobernarlo, administrarlo, aprovecharlo y protegerlo<sup>197</sup>.

Esta libre determinación territorial “explica el por qué ningún pueblo o nación puede disponer de los recursos de otro sin su consentimiento; explica el por qué cada pueblo es libre respecto a los demás; explica el por qué en su territorio cada pueblo dispone libremente el modo de aprovechar sus recursos sin injerencias externas aunque en un marco de mutua cooperación; explica el por qué un pueblo define su manera propia de gobernarse; explica también el por qué los pueblos deben establecer, por medio de acuerdos libres, las reglas por las que se van a regir en sus relaciones con otros pueblos y naciones”<sup>198</sup>.

Esta libre determinación territorial de los pueblos indígenas ha sido reconocida en el artículo 32.1 de la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de las Naciones Unidas (DNUPI). Según esta norma, “[l]os pueblos indígenas tienen derecho a determinar y elaborar las prioridades y estrategias para el desarrollo o la utilización de sus tierras o territorios y otros recursos”.

Sin embargo, queremos insistir, será el artículo 7.1 del Convenio 169 la norma vinculante que reconozca este derecho de los pueblos indígenas, cuando

---

<sup>196</sup> García Hierro y Surrallés, *op. cit.*, p. 23.

<sup>197</sup> *Ibidem*.

<sup>198</sup> *Ibidem*, p. 21.

establece que “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”.

La consecuencia es evidente, la afectación del derecho al territorio como consecuencia de las actividades extractivas, las realización de las actividades de conservación, actividades turísticas, de infraestructura pública, e incluso la disposición del patrimonio inmaterial, tiene impactos sustanciales y objetivos en los pueblos indígenas, toda vez que la tierra y los territorios cumplen una función de primera importancia en su experiencia cultural. En ese sentido, no puede haber derecho a la libre determinación si no existe control del territorio. Esta es la condición de su existencia. Así, la realización de actividades extractivas en los territorios de los pueblos indígenas tiene como consecuencia, irremediamente, la restricción y afectación del derecho a la libre determinación sobre los territorios que han ocupado tradicionalmente.

En tal sentido, el derecho de los pueblos indígenas a beneficiarse de las actividades extractivas en sus territorios busca compensar y retribuir la restricción en el uso y goce del territorio de su propiedad y a su libre autodeterminación sobre el mismo.

#### **2.2.3.1. Relación con otros derechos**

Ciertamente, este derecho guarda relación con otros derechos. Es decir, el derecho de los pueblos indígenas a beneficiarse de las actividades extractivas en su territorio tiene incidencia en otros derechos y bienes jurídico-constitucionales.

El tema del bien jurídico constitucional del derecho de los pueblos indígenas a beneficiarse de las actividades extractivas en su territorio, nos conduce al tema

de la justificación del derecho. No obstante hay que diferenciar el bien jurídico constitucional que sustenta y justifica este derecho, de lo que son derechos y en general bienes jurídicos sobre los que tiene incidencia significativa este derecho, o más precisamente, o derechos o bienes jurídicos con los que tiene conexidad o que se ejercen a propósito del ejercicio de este derecho.

Como sabemos, los derechos humanos son una unidad en general, sin embargo, hay derechos que tienen una estrecha e íntima conexión, pues unos son condición para el ejercicio de otros. Es el caso del derecho a compartir beneficios, el cual está relacionado con otros bienes jurídico-constitucionales. En principio, guarda relación con el derecho a la consulta previa, toda vez que es en el marco del proceso de consulta donde se debe fijar la forma en que los pueblos indígenas se beneficiarán de la explotación de los recursos naturales. No en vano, el artículo 15.2 del Convenio 169 de la OIT, que regula la consulta de los proyectos extractivos, reconoce el derecho de los pueblos indígenas a beneficiarse de las actividades extractivas en su territorio.

En segundo lugar, este derecho tiene relación con el derecho a la propiedad, según el criterio de la Corte IDH en el caso Saramaka contra Surinam, “[s]e puede decir que el concepto de compartir los beneficios, el cual puede encontrarse en varios instrumentos internacionales respecto de los derechos de los pueblos indígenas y tribales, es inherente al derecho de indemnización reconocido en el artículo 21.2 de la Convención”<sup>199</sup>. Y sabemos que este artículo reconoce el derecho de propiedad.

Este derecho también guarda relación el derecho de los pueblos indígenas a mejorar sus condiciones de vida, siempre que esta medida sea beneficiosa para ellos, y no necesariamente que el Estado la considere la más adecuada.

---

<sup>199</sup> Corte IDH. Caso del Pueblo Saramaka contra Surinam. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007, párr. 138.

El mejoramiento la calidad de vida está reconocido la sentencia recaída en el expediente N°00022-2009-PI/TC y en las sentencias de la Corte IDH<sup>200</sup>.

Muy vinculado con este derecho, tenemos el derecho humanos a una existencia digna<sup>201</sup>, desarrollado por la jurisprudencia de la Corte IDH, como un desarrollo del derecho a la vida de la Convención Americana de Derechos Humanos. Este derecho refiere que el derecho a la vida no solo es el derecho a que no priven de la vida a una persona, sino que se garantice las condiciones de existencia digna, lo cual su pone servicios básicos indispensables, no para subsistir, sino para vivir con dignidad. El derecho a compartir beneficios, puede contribuir a concretar el derecho a una existencia digna.

Tenemos también el derecho a la participación en concreto. Como el mismo nombre lo dice, estamos ante un derecho a la participación en los beneficios. Consideramos que el derecho a la participación no es el fundamento de este derecho, porque la esencia no es participación en la toma de decisiones en la cosa pública. No obstante, al momento de concretarse este derecho, se puede encontrar una conexidad con este derecho, pues el ejercicio de este implica un nivel de participación y sobre todo de incidencia en el Estado. A pesar del nombre, lo sustancial en el derecho de los pueblos indígenas a beneficiarse no está en la participación. Ello no obsta reconocer, que los pueblos indígenas deberán participar en la determinación y en la concreción de este beneficio y dar su consentimiento. En definitiva, una cosa es reconocer que hay incidencia en el derecho a la participación, y otra que este sea la esencia.

Otro tanto ocurre con el derecho al desarrollo. El artículo 7.1 del Convenio 169 de la OIT reconoce el derecho de los pueblos indígenas a su propio modelo de desarrollo. Resulta evidente que el derecho de los pueblos indígenas a beneficiarse de las actividades extractivas en su territorio, debería estar

---

<sup>200</sup> Corte IDH. Casos Comunidad Indígena Sawhoymaxa contra Paraguay. Fondo, reparaciones y costas, párr. 150; y Comunidad Indígena Yakye Axa contra Paragua. Fondo, reparaciones y costas, párr. 167.

<sup>201</sup> El derecho a la vida digna, derecho a condiciones de existencia dignas, tal como ha sido definido por la Corte IDH en el Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala. Fondo. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 631, párrafo 144.

orientado a concretar el propio modelo de desarrollo de los pueblos indígenas. No obstante, no es lo sustancial. Si se quiere el derecho al propio modelo de desarrollo, de acuerdo a la cosmovisión indígena, tiene una función teleológica con el derecho de los pueblos indígenas a beneficiarse de las actividades extractivas en su territorio, pero no es no es justificación del derecho materia de análisis.

En esa misma línea, existe una evidente conexión con el derecho de los pueblos indígenas a la utilización, administración y conservación de los recursos naturales, contenido en el artículo 15.1 del Convenio 169 de la OIT. En principio, el derecho de los pueblos indígenas a beneficiarse de las actividades extractivas en sus territorios, se encuentra en el artículo 15 del mencionado Convenio, referido al derecho a los recursos naturales. En segundo, lugar se trata de la explotación de los recursos naturales que se encuentran en el territorio de los pueblos indígenas, incluso cuando se trata de recursos naturales que no han sido explotados por los pueblos indígenas tradicionalmente, y que no tienen que ver con la subsistencia de los pueblos indígenas.

#### **2.2.3.2. Límites externos**

Los internos los hemos explicado. En relación con los segundos podemos decir que, este derecho no autoriza a afectar la libertad de empresa, y el legítimo derecho de esta a obtener rentabilidad y lucro, en relación con la inversión que realizan y los riesgos que asumen. Este derecho deberá ser tenido en cuenta al momento de determinar la forma en que los pueblos indígenas se beneficiarán.

En tal sentido, el beneficio que los pueblos indígenas debe ser “razonable” (principio de razonabilidad del beneficio), teniendo en cuenta que los pueblos indígenas, si bien son dueños del derecho superficial al territorio y a los recursos naturales indispensables para su subsistencia, no invierten ni asumen el riesgo innato a toda actividad empresarial.



En relación con los límites externos, un límite fundamental al derecho a compartir beneficios es la propiedad del Estado sobre los recursos naturales del subsuelo. Esto está reconocido en el artículo 66 de la Constitución. No obstante, esto entra en colisión con el artículo 15.1 del Convenio 169, que reconoce el derecho de los pueblos indígenas a los recursos naturales que existen en los territorios de estos.

Este tema es clave a la hora en que los pueblos indígenas soliciten beneficiarse pues, no son sus recursos naturales sino del Estado. Una interpretación armonizadora exige el entendimiento de conformidad con la jurisprudencia de la Corte IDH, que el derecho de los pueblos indígenas a los recursos naturales, es sobre aquellos recursos, que hayan sido explotados tradicionalmente por estos y que sean necesarios para su subsistencia y el desarrollo de su propia vida colectiva<sup>202</sup>. Los otros recursos naturales caen bajo el dominio del Estado. No se trata de recursos que son propiedad de los pueblos indígenas, sino de los que explotan. Esto resulta relevante a la hora de fijar la forma y la magnitud del beneficio de los pueblos indígenas.

Asimismo, el derecho a la identidad cultural es otro límite a este derecho, pues no se trata de entregar una cantidad de dinero a cada a cada miembro de los pueblos indígenas. No es beneficio económico, lo beneficioso debe ser determinado según la cosmovisión y cultura de los pueblos indígenas. El paradigma no será el beneficio económico individual y la acumulación de dinero, sino estará relacionado con el buen vivir en armonía con el ambiente, donde haya recursos naturales para su subsistencia y reproducción social. No obstante, nos parece que no hay que restringir a priori la posibilidad de que el beneficio sea dinero, incluso que la comunidad decida dividirlo en cantidades iguales para cada uno de sus miembros.

---

<sup>202</sup> Corte IDH. Caso del Pueblo Saramaka contra Surinam. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007, párr. 121.

La libre economía de mercado constituye otro límite a este derecho, este principio se sustenta en la libre iniciativa en el mercado y en las libertades económicas. En este modelo, la empresa juega un papel muy importante, y no puede ser desplazada u obstaculizar su desarrollo a través del ejercicio abusivo e irracional de este derecho. Otro límite es la libertad de asociación, en el caso en que los pueblos indígenas acepten o deseen ser socios de la empresa.

#### 2.2.4. El objeto del derecho

El objeto sobre el que recae este derecho serán los beneficios económicos obtenidos por la explotación de los recursos naturales extraídos en el territorio ocupado tradicionalmente por los pueblos indígenas. Es decir, este derecho no se concreta mientras el beneficio económico no exista. Obviamente, ello no enerva que la forma de concretarse se pueda fijar con antelación.

El artículo 15.2 del Convenio 169 de la OIT dice que *“Los pueblos interesados deberán participar siempre que sea posible en los beneficios que reporten tales actividades”*: (Resaltado nuestro).

¿Qué entender “por siempre que sea posible”? Para la OIT en el año 1996, esto implicaba en un primer momento “que los gobiernos siempre mantienen el derecho a decidir si los pueblos indígenas y tribales se benefician o no de la explotación de los recursos naturales ubicados en sus tierras”<sup>203</sup>. Esto implica que no estaríamos ante un derecho, sino ante una discrecionalidad del Gobierno, con lo cual dejaba de ser un derecho. Sin embargo, posteriormente la OIT en el año 2009, omite hacer referencia a este aspecto<sup>204</sup>.

---

<sup>203</sup> OIT, Pueblos indígenas y tribales: Guía para la aplicación del Convenio núm. 169 de la OIT, OIT, 1996. Disponible en: <https://www.ilo.org/public/spanish/region/ampro/mdtsanjose/indigenous/conten.htm>.

<sup>204</sup> OIT, Los derechos de los pueblos indígenas y tribales en la práctica: una guía sobre el convenio núm. 169 de la OIT, OIT, 2009, Ginebra, pág. 108. Ver también OIT, Consejo de Administración (2001), Reclamación presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT, Colombia, 282ª reunión, noviembre de 2001, GB.282/14/3; y Monitoreo de los derechos de los pueblos indígenas y tribales a través de los Convenios de la OIT: una recopilación de los comentarios de los órganos de control de la OIT 2009-2010, OIT, Ginebra.

Para Gomiz y Salgado, el sentido de esta referencia no es establecer un permiso al Estado para negar la participación alegando algún tipo de “imposibilidad”, sino que ésta debe fundarse en la falta de organización indígena para llevarla a cabo o en la voluntad indígena libremente manifestada en contrario<sup>205</sup>.

En nuestra opinión, debemos optar por una interpretación teleológica de esta norma, lo que implica una interpretación que no sea contradictoria con el espíritu de este artículo. En tal sentido, siempre que sea posible significará tres cosas: 1) siempre que se ejecute el proyecto extractivo; 2) siempre que haya ganancia, es decir, siempre que estemos ante un proyecto rentable; y 3) finalmente deberá entenderse siempre que sea posible, siempre que el pueblo indígena quiera recibir este beneficio. Cualquier otro sentido desvirtuaría y desnaturalizaría este derecho, convirtiéndolo en una generosidad o en una donación al absoluto arbitrio del Estado o de las empresas. Pero, como dijimos, en la evolución de este derecho, especialmente en su desarrollo jurisprudencial, el “siempre que sea posible” fue desapareciendo.

#### **2.2.5. El derecho de los pueblos indígenas a beneficiarse de las actividades extractivas en sus territorios como derecho fundamental**

De conformidad con el artículo 3 de la Constitución, el derecho de los pueblos indígenas a beneficiarse de las actividades extractivas en su territorio es un derecho fundamental. ¿Qué implica esto? De conformidad con el TC, estamos ante un derecho de origen internacional que tiene sustento constitucional, y para ser más preciso fundamento convencional directo y que, en consecuencia, es justiciable y susceptible de ser protegido mediante la justicia constitucional.

Como dice el TC, “[l]a noción de “sustento constitucional directo” a que hace referencia el artículo 38º del Código Procesal Constitucional no se reduce a

---

<sup>205</sup> María Micaela Gomiz y Juan Manuel Salgado, Convenio 169 de la O.I.T. sobre Pueblos Indígenas. Su aplicación en el derecho interno argentino, Observatorio de Derechos Humanos de Pueblos Indígenas, Neuquén, 2010, págs. 223 y 224.

una tutela normativa del texto constitucional formal. Alude, antes bien, a una protección de la Constitución en sentido material (pro homine), en el que se integra la Norma Fundamental con los tratados de derechos humanos, tanto a nivel positivo (artículo 55° de la Constitución), como a nivel interpretativo (Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución); y con las disposiciones legales que desarrollan directamente el contenido esencial de los derechos fundamentales que así lo requieran”<sup>206</sup>.

Un derecho tiene sustento constitucional o convencional directo cuando la Constitución o un tratado internacional de derechos humanos, como el Convenio 169, “lo ha reconocido, explícita o implícitamente, un marco de referencia que delimita nominalmente el bien jurídico susceptible de protección. Es decir, existe un baremo de delimitación de ese marco garantista, que transita desde la delimitación más abierta a la más precisa”<sup>207</sup>.

Ciertamente, estamos ante un derecho, de configuración convencional en el propio artículo 15.2 del Convenio 169; y luego de configuración reglamentaria en la Décima Disposición Complementaria, Transitoria y Final del Reglamento de la Ley de Consulta Previa (Decreto Supremo N° 001-2012-MC). Como muy bien lo reconoce el TC, “existen determinados derechos fundamentales cuyo contenido constitucional directamente protegido, requiere ser delimitado por la ley [...] o en razón de su propia naturaleza (vg. los derechos sociales, económicos y culturales). En estos casos, nos encontramos ante las denominadas leyes de configuración de derechos fundamentales”<sup>208</sup>.

En ese sentido, que sea de configuración legal y hasta reglamentaria no significa que no carezca de fuerza vinculante. Aún en este caso, los derechos tienen fuerza normativa. Y es que, como lo ha precisado el TC, “[l]os derechos fundamentales cuya configuración requiera de la asistencia de la ley no carecen de un contenido per se inmediatamente exigible a los poderes

---

<sup>206</sup> STC. Exp. N° 01417-2005-AA/TC, fundamento 9.

<sup>207</sup> STC. Exp. N° 01417-2005-AA/TC, fundamento 10.

<sup>208</sup> STC. Exp. N° 01417-2005-AA/TC, fundamento 11.

públicos, pues una interpretación en ese sentido sería contraria al principio de fuerza normativa de la Constitución. Lo único que ello implica es que, en tales supuestos, la ley se convierte en un requisito sine qua non para la culminación de la delimitación concreta del contenido directamente atribuible al derecho fundamental”<sup>209</sup>.

El hecho que sea de configuración legal o reglamentaria no significa que el artículo 15.2 sea una norma en blanco, que carezca de mandatos concretos al gobierno o pueda ser objeto de regulación discrecional<sup>210</sup>. Ahí, operan y deben ser aplicados dos principios, el de *libre configuración de la ley por el legislador* y el *principio del contenido esencial*.

En palabras del TC, por el primero “debe entenderse que es el legislador el llamado a definir la política social del Estado social y democrático de derecho. En tal sentido, éste goza de una amplia reserva legal como instrumento de la formación de la voluntad política en materia social. Sin embargo, dicha capacidad configuradora se encuentra limitada por el contenido esencial de los derechos fundamentales, de manera tal que la voluntad política expresada en la ley debe desenvolverse dentro de las fronteras jurídicas de los derechos, principios y valores constitucionales”<sup>211</sup>.

En relación con la eficacia de los derechos fundamentales, cabe distinguir los *derechos de preceptividad inmediata o autoaplicativos*, de aquellos otros denominados *prestacionales, de preceptividad diferida, progresivos o programáticos*<sup>212</sup>. El derecho de los pueblos indígenas a beneficiarse de la actividad extractiva en su territorio pertenece a esta última categoría, a los derechos fundamentales económicos, sociales, culturales y ambientales (DESCA), los que, “en tanto derechos subjetivos de los particulares y obligaciones mediatas del Estado, necesitan de un proceso de ejecución de

---

<sup>209</sup> STC. Exp. N° 01417-2005-AA/TC, fundamento 12.

<sup>210</sup> *Ibidem*.

<sup>211</sup> *Ibidem*.

<sup>212</sup> STC. Exp. N° 00011-2002-AI/TC, fundamento 9.



políticas sociales para que el ciudadano pueda gozar de ellos o ejercitarlos de manera plena”<sup>213</sup>.

La pregunta que debemos hacernos aquí es si su reconocimiento constitucional o convencional en este caso, es suficiente para dotarlos de *eficacia plena*. Consideramos que, si bien este tipo de derechos deben ser objeto de un desarrollo normativo para su “plena” vigencia, su vinculación jurídica no está supeditada a su configuración legal. En otras palabras, su exigibilidad no está subordinada al desarrollo normativo. En tal sentido, no estamos ante una declaración jurídica vacía, sino frente a un mandato jurídico con suficiente contenido jurídico normativo para desplegar efectos, los cuales pueden concretarse a través de una decisión jurisdiccional.

Para el TC, no se puede invocar la falta de normas de desarrollo normativo para incumplir con las obligaciones que se desprenden de un derecho convencional. En sus palabras, a propósito de los derechos contenidos en el Convenio 169:

*no es un argumento constitucionalmente válido excusar la aplicación de derechos fundamentales debido a una ausencia de regulación legal o infra legal. Ello sería dejar en manos de la discrecionalidad estatal el cumplimiento de los derechos fundamentales, posición que riñe con el Estado Constitucional del Derecho en la que la Constitución vincula a toda la sociedad, incluyendo a los órganos constitucionales o a los llamados Poderes de Estado. Desde esta perspectiva, la naturaleza programática o aplicativa no tienen mayor incidencia puesto que lo concreto es que debido a una omisión normativa se deniega el ejercicio de una serie de derechos fundamentales a un sector de la sociedad. Más aun, en el caso de compromisos internacionales, deben tenerse presente los artículos 26 y 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. El primero de ellos establece que: “Todo*

---

<sup>213</sup> STC. Exp. N° 01417-2005-AA/TC, fundamento 13.

*tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe.” Mientras que el segundo indica que; “Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado.” Si bien en este caso no se está justificando el incumplimiento del Convenio N.º 169 en base a una disposición de derecho interno, se pretende justificarlo en base a una omisión, situación que bien puede interpretarse subsumida en el mandato del artículo 27 de la convención mencionada<sup>214</sup>.*

Para el TC, en aquellos casos, corresponde a los jueces configurar el derecho –sus elementos y requisitos sobre la base de situaciones concretas– a efectos que este despliegue efectos jurídicos, en virtud del artículo 138, inciso 8 de la Constitución<sup>215</sup>. En palabras de Robert Alexy, "Como lo ha mostrado la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal [alemán], en modo alguno un tribunal constitucional es impotente frente a un legislador inoperante. El espectro de sus posibilidades procesales-constitucionales se extiende, desde la mera constatación de una violación de la Constitución, a través de la fijación de un plazo dentro del cual debe llevarse a cabo una legislación acorde con la Constitución, hasta la formulación judicial directa de lo ordenado por la Constitución"<sup>216</sup>.

#### **2.2.6. Titular del derecho**

El titular del derecho son los pueblos indígenas, los cuales son definidos en el artículo 1.1.b del Convenio 169, y cuya titularidad es también referida por el artículo 7 de la Ley de Consulta Previa y su reglamento. Hay que tener en cuenta que nos encontramos frente a un derecho colectivo.

El artículo 1.1.b del Convenio 169 es claro al precisar quiénes son los pueblos indígenas. Este hace referencia a tres requisitos, dos objetivos y uno subjetivo:

---

<sup>214</sup> STC No 00022-2009-PI, f.j. 12.

<sup>215</sup> STC No 00022-2009-PI, f.j. 13

<sup>216</sup> Alexy, R., Teoría de los derechos fundamentales, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, p. 497.

a) la descendencia de poblaciones originarias, que habitaban la región antes de la conquista, colonización o establecimiento de las fronteras actuales; b) la conservación, total o parcial, de las instituciones sociales, económicas, culturales y políticas propias; y c) la autoconciencia o autoidentificación del grupo de poseer una identidad indígena, diferente a las demás.

Estos elementos, en consecuencia, deben observarse para que una colectividad sea considerada *indígena*. El Convenio 169 no exige requisitos adicionales, como la permanencia en el territorio o la conservación de la lengua indígena, o el reconocimiento estatal formal como algunos pretenden<sup>217</sup>, con la finalidad de evadir su responsabilidad de realizar la consulta previa<sup>218</sup>.

Con relación al criterio subjetivo, la Comisión IDH ha concluido que, para el sistema regional de protección de derechos humanos, es el principal para determinar la condición de indígena, a nivel individual y colectivo<sup>219</sup>. En ese sentido, para la Corte IDH -en el caso de Xakmok Kásek contra Paraguay- ha señalado que le corresponde determinar pertenencia étnica de una comunidad indígena, ya que este proceso “es un hecho histórico social que hace parte de su autonomía, razón por la cual la Corte y el Estado deben limitarse a respetar las determinaciones que en ese sentido presente la comunidad, es decir, la forma como esta se autoidentifique”<sup>220</sup>. Vale decir, según esta sentencia, que el criterio autoconciencia en realidad habría que entenderlo como autoidentificación y, por tanto, corresponde a cada pueblo identificar su propio nombre, composición y pertenencia étnica, sin que el Estado pueda rechazarlo o convertirlo<sup>221</sup>.

---

<sup>217</sup> Juan Carlos Ruiz Molleda, ¿Quién decide quiénes son los pueblos indígenas? Disponible en:

[https://idl.org.pe/quien-decide-quienes-son-los-pueblos-indigenas/?fbclid=IwAR38DFMYBiWUESEFpw7q89jA81NK5xm4n\\_7ToesjkxCTIjbaYuj5ftKAGL0](https://idl.org.pe/quien-decide-quienes-son-los-pueblos-indigenas/?fbclid=IwAR38DFMYBiWUESEFpw7q89jA81NK5xm4n_7ToesjkxCTIjbaYuj5ftKAGL0).

<sup>218</sup> Juan Carlos Ruiz Molleda. Problemas Jurídicos en la Implementación de la Consulta Previa en el Perú: o los «Pretextos Jurídicos» del Gobierno para Incumplirla. Disponible en: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechosociedad/article/viewFile/12474/13036>.

<sup>219</sup> CIDH, *Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales*, op. cit., p. 11.

<sup>220</sup> Corte IDH. Caso de la Comunidad Indígena Xákmok Kásek contra Paraguay. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 24 de agosto del 2010, párr. 37.

<sup>221</sup> Comisión de Derechos Humanos (2012). *La ley de Consulta Previa y su reglamento en el Perú. Análisis desde la perspectiva del Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. Lima: Comisedh, p. 7.

Sobre la base de lo señalado es posible sostener que la calificación como pueblo indígena es algo que atañe fundamentalmente a cada pueblo o comunidad, sin que los Estados puedan interferir en el proceso o replicar sus resultados. En apoyo de esta interpretación puede citarse lo señalado por la DNUPI, que prescinde de los elementos objetivos, y tan solo se limita a señalar -en su artículo 33.1- que “los pueblos indígenas tienen derecho a determinar su propia identidad o pertenencia conforme a sus costumbres y tradiciones”. En tal sentido, mientras el elemento subjetivo no está sujeto a evaluación por parte del Estado, los elementos objetivos sí<sup>222</sup>.

Como señala la Corte Constitucional de Colombia, comentando el artículo 1.2 del Convenio 169, prevalece el criterio de la autoidentificación en razón del derecho a la autonomía de los pueblos indígenas<sup>223</sup>. En consecuencia, si un colectivo se autoidentifica como indígena, existirá una presunción a su favor. Si el Estado quiere controvertir tal afirmación y no aplicar el Convenio 169, deberá demostrar que no reúne los dos requisitos objetivos a los que hemos hecho referencia.

### **2.2.7. Sujeto obligado**

El garante de todos los derechos es el Estado. Como precisa el artículo 44 de la Constitución, “Son deberes primordiales del Estado [...] garantizar la plena vigencia de los derechos humanos”. El artículo 1 de la Convención Americana de Derechos Humanos precisa por su parte, que “Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.

---

<sup>222</sup> *Ibid.*, p. 8.

<sup>223</sup> Corte Constitucional de Colombia. Sentencia N° T-294/14, p. 64.

Añade el artículo 2 de la CADH, que le corresponde al Estado, “los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades”.

Es el Estado entonces, y más en concreto el Gobierno, el encargado de respetar y garantizar este derecho. En tal sentido, este derecho deberá exigírsele al Estado en primera instancia y no a las empresas extractivas. Para esto, se deberá adoptar las medidas de política fiscal necesarias, a efectos de posibilitar la transferencia de los beneficios económicos percibidos por las empresas extractivas y las de otro tipo obligadas a compartir beneficios, en el marco de acuerdos, a los pueblos indígenas. El obligado a garantizar este derecho, al interior de la administración pública en materia de explotación minera o petrolera será el Ministerio de Energía y Minas, sector encargado de la supervisión de las actividades extractivas, en estrecha coordinación con el Ministerio de Economía.

Por otro lado, el artículo 15.2 del Convenio 169 no precisa quién es el encargado de entregar el beneficio. Puede ser la empresa o algún nivel del Estado. Lo importante es tener claro que será el Estado quien deba garantizarlo, es decir, adoptar todas las medidas necesarias para concretarlo, bajo responsabilidad, pudiendo ser el Estado o la empresa la que asuma el pago efectivo.

#### **2.2.8. La finalidad del derecho<sup>224</sup>**

Para el TC los beneficios tienen por objetivo “que genere la inversión privada en sus territorios, en procura de su propio desarrollo y pleno respeto a su identidad étnica”<sup>225</sup>. La finalidad de este derecho es que los pueblos indígenas,

---

<sup>224</sup> Castillo Córdova, Luis (2006). *Comentarios al Código Procesal Constitucional*, Tomo I. Lima: Palestra, pp. 232 y ss. Según este autor, los derechos fundamentales se definen desde su finalidad.

<sup>225</sup> STC. Exp. N° 05427-2009-AC/TC, fundamento 18.



en cuyos territorios se realizan las actividades extractivas, se beneficien de las ganancias obtenidas. Esto no deberá reducirse ni restringirse al plano monetario. El beneficio deberá tener relación con la afirmación de su dignidad y el mejoramiento de sus condiciones y calidad de vida, de acuerdo a sus costumbres y cosmovisión.

La CIDH considera “que uno de los objetivos que se busca con el otorgamiento de beneficios a los pueblos indígenas por los planes y proyectos de extracción, explotación o desarrollo es que las condiciones de vida de tales pueblos mejoren”<sup>226</sup>.

¿Qué es lo más beneficioso para los pueblos indígenas? Esa pregunta deberá ser respondida por ellos mismos. Así, de acuerdo con sus costumbres, ellos decidirán qué entienden por mejoramiento de la calidad de vida. El Estado, con criterios ajenos a los suyos, no podrá definirlo unilateralmente.

Decimos “unilateralmente”, porque el Estado sí tiene un margen de decisión como garante de derechos, incluso en el caso de los pueblos indígenas. Lo que no puede es dejar de tomar en cuenta la opinión de la población.

La finalidad de este derecho deberá ser interpretada de conformidad con el artículo 7.2 del Convenio 169, que establece la obligación de mejorar la calidad de vida de los pueblos indígenas. Los beneficios obtenidos deben estar orientados a implementar la concepción de desarrollo de los pueblos indígenas

La interpretación del artículo 15.2 -que reconoce el derecho de los pueblos indígenas a beneficiarse de la explotación de los recursos naturales en sus territorios- debe realizarse en concordancia con el derecho de estos a decidir sus propias prioridades de desarrollo, contenido en el artículo 7.1 del mismo Convenio 169. Según esta última disposición, “Los pueblos interesados deberán tener el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe al

---

<sup>226</sup> *Ibid.*, p. 116.

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 nuestro).

Analizando el artículo 7.1 del Convenio 169, la propia OIT precisa como uno de los contenidos de esta norma, “[e]l derecho a controlar su propio desarrollo económico, social y cultural y a desarrollar sus propias instituciones e iniciativas. Los gobiernos deben brindar los recursos necesarios para facilitarlos”<sup>227</sup>.

La interpretación del artículo 15.2 del Convenio 169 también debe realizarse en consonancia con el artículo 23 de la DNUPI, la cual precisa que los pueblos indígenas “tienen derecho a determinar y a elaborar prioridades y estrategias para el ejercicio de su derecho al desarrollo. En particular, los pueblos indígenas tienen derecho a participar activamente en la elaboración y determinación de los programas de salud, vivienda y demás programas económicos y sociales que les conciernan y, en lo posible, a administrar esos programas mediante sus propias instituciones”.

A continuación, señala el Convenio 169, uno de los elementos del contenido constitucional del derecho a compartir beneficios, es el mejoramiento de la calidad de vida de los pueblos indígenas. Resulta interesante el énfasis que pone la propia OIT en el combate contra la pobreza en que se encuentran los pueblos indígenas.

Según esta, “la reducción de la pobreza es un motivo de preocupación esencial para los pueblos indígenas, ya que existe una desproporción en la representación que ellos tienen entre los pobres”<sup>228</sup>. Pero reconoce además que los pueblos indígenas “con frecuencia terminan siendo las víctimas del desarrollo en lugar de ser sus beneficiarios. Mientras que la construcción de

---

<sup>227</sup> OIT, *Los derechos de los pueblos indígenas*, op. cit., p. 118.

<sup>228</sup> *Ibid.*, p. 117.

infraestructura, la explotación del petróleo, la explotación forestal y la minería han contribuido al crecimiento económico de determinados sectores de la sociedad, las consecuencias para los pueblos indígenas a menudo han sido devastadoras. Sufrieron el despojo de sus tierras, la desaparición de sus bosques y la contaminación de sus ríos. Por lo tanto, han sido despojados de sus medios de vida, a menudo sin recibir ninguna compensación ni acceso a medios de vida alternativos”<sup>229</sup>.

Ciertamente, el mejoramiento de la calidad de vida que se exige, no es desde nuestra perspectiva cultural, sino desde la suya. Como hemos señalado, el concepto de calidad de vida debe ser definido interculturalmente, desde la experiencia de cada pueblo indígena.

Dos palabras resultan claves de entender. La primera es la facultad de los pueblos indígenas de “decidir desde su identidad cultural sobre su propio desarrollo”, y la segunda es el derecho a “controlar su propio desarrollo económico, social y cultural”. Resulta claro que el derecho a decidir sobre sus propias prioridades de desarrollo es una concreción del derecho a la libre determinación o a la autodeterminación. Como señala María Clara Galvis, “[e]l derecho a la autodeterminación les permite a los pueblos indígenas perseguir su bienestar y futuro de acuerdo con sus propias prácticas, modos de vida y costumbres. Este derecho resulta de vital importancia en la medida en que garantiza la supervivencia de los pueblos indígenas como pueblos distintos”<sup>230</sup>.

Algunos sectores han cuestionado que este tipo de derechos puede traer problemas a las comunidades. Se argumenta que puede destruir organizaciones, generar divisiones y traer corrupción a ellas. Compartimos este diagnóstico, el dinero puede generar este tipo de conflictos no son en los pueblos indígenas sino en cualquier organización. En nuestra opinión hoy no pocas empresas extractivas buscan cooptar a las cabezas de las

---

<sup>229</sup> *Ibidem*.

<sup>230</sup> Galvis, María Clara (2011). *Manual para defender los derechos de los pueblos indígenas*. Washington D.C.: DPLF, p. 9.

organizaciones en base a beneficios entregados de forma poco transparente e irregular. Ante esta realidad, este derecho busca que los beneficios se entreguen y se beneficie a toda la comunidad, a todo el pueblo, para que este no solo beneficie a unos cuantos sino realmente a todos.

### **2.2.9. La oportunidad de su concreción**

El derecho a compartir beneficios se debería precisar y concretar en el proceso de consulta previa. Es en este en que se debe concretar el beneficio, cualquiera sea la actividad extractiva. Esto se desprende en primer lugar de la propia jurisprudencia de la Corte IDH.

*“A fin de garantizar la no repetición de la violación a los derechos de los miembros del pueblo Saramaka al reconocimiento de la personalidad jurídica, propiedad y protección judicial, el Estado debe llevar a cabo las siguientes medidas:*

*[...]*

*d) adoptar las medidas legislativas, administrativas o de otra índole que sean necesarias para reconocer y garantizar el derecho del pueblo Saramaka a ser efectivamente consultado, según sus tradiciones y costumbres, o en su caso, el derecho de otorgar o abstenerse de otorgar su consentimiento previo, libre e informado, respecto de los proyectos de desarrollo o inversión que puedan afectar su territorio, y a compartir, razonablemente, los beneficios derivados de esos proyectos con el pueblo Saramaka, en el caso de que se llevaren a cabo. El pueblo Saramaka debe ser consultado durante el proceso establecido para cumplir con esta forma de reparación. El Estado debe cumplir con esta medida de reparación en un plazo razonable”<sup>231</sup>.*

*“Por tanto, la determinación de dichos beneficiarios deberá ser hecha en consulta con el pueblo Saramaka y no unilateralmente por el Estado. En*

---

<sup>231</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (Corte IDH), *Saramaka v. Surinam*, 28 de noviembre de 2007, parr. 194.d; en adelante, *Saramaka (Fondo)*.

*todo caso, tal y como los representantes señalaron en su escrito, “tales asuntos pueden ser discutidos y analizados durante el proceso de consulta y el proceso de búsqueda de acuerdos sobre las medidas legislativas y administrativas requeridas para, inter alia, dar efecto al requisito de compartir beneficios”<sup>232</sup>.*

Esto se desprende también de la Décima Disposición Final del Decreto Supremo N° 001-2012-MINCU, y de lo señalado por el propio TC en la sentencia recaída en el expediente N° 00022-2009-PI/TC, a la que ya nos hemos referido. En este caso, en la consulta deberá fijarse como uno de los puntos la obtención de beneficios.

En el caso de actividades de conservación, de infraestructura, deberá buscarse un acto administrativo que autorice estas actividades, a efectos que sea consultado. En el caso de actividades turísticas o de explotación del patrimonio inmaterial o genético, deberá de buscarse la participación del Estado y los sectores correspondientes.

Pero además, resulta estratégico que este beneficio sea precisado en la consulta, pues esto asegura que el cumplimiento de este beneficio cuente con mayor protección, toda vez que será parte del acta de la consulta, lo cual dota a este acuerdo de beneficios, de mayor protección. Esto es importante pues, como sabemos, lo acordado en el marco de un proceso de consulta no solo es de cumplimiento obligatorio, sino que su garantía forma parte del contenido constitucional protegido del derecho, según lo ha precisado el TC<sup>233</sup>. En otras palabras, su pago puede ser exigido a través de un proceso de amparo.

Finalmente, y dado que este derecho debe realizarse en el marco del proceso de consulta, es necesario y conveniente que este derecho se concrete luego que los pueblos indígenas han tomado conocimiento del EIA del proyecto

---

<sup>232</sup> CORTE IDH, *Saramaka v. Surinam*, 12 de agosto de 2008, párr. 25; en adelante, *Saramaka (Interpretación)*.

<sup>233</sup> STC. Exp. N° 00022-2019-PI/TC, fundamento 37.



extractivo. Solo de esa manera, el beneficio que se obtenga tendrá correspondencia con los impactos que el proyecto genere, y con las efectivas y reales restricciones que se genere al uso y goce del territorio. De lo contrario, se corre el riesgo que este beneficio no guarde relación con el impacto del proyecto extractivo, en la restricción en el derecho a la autodeterminación territorial, o como dice la Corte IDH, en la restricción del derecho al uso y goce del derecho a la propiedad sobre sus territorios.

#### **2.2.10. Contenido constitucional y convencional protegido del derecho de los pueblos indígenas a beneficiarse de las actividades extractivas en sus territorios**

Como señala Bernal Pulido, “todo derecho fundamental se estructura como un haz de posiciones y normas, vinculadas interpretativamente a una disposición de derecho fundamental”<sup>234</sup>. A juicio del TC, “[l]as disposiciones de derecho fundamental son los enunciados lingüísticos de la Constitución que reconocen los derechos fundamentales de la persona. Las normas de derecho fundamental son los sentidos interpretativos atribuibles a esas disposiciones. Mientras que las posiciones de derecho fundamental, son las exigencias concretas que al amparo de un determinado sentido interpretativo válidamente atribuible a una disposición de derecho fundamental, se buscan hacer valer frente a una determinada persona o entidad”<sup>235</sup>.

Añade Bernal Pulido, que “[l]as posiciones de derecho fundamental son relaciones jurídicas que [...] presentan una estructura triádica, compuesta por un sujeto activo, un sujeto pasivo y un objeto. El objeto de las posiciones de derecho fundamental es siempre una conducta de acción o de omisión, prescrita por una norma que el sujeto pasivo debe desarrollar en favor del

---

<sup>234</sup> Bernal Pulido, Carlos (2003). *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, p. 76.

<sup>235</sup> STC. Exp. N° 01417-2005-AA/TC, fundamento 24.

sujeto activo, y sobre cuya ejecución el sujeto activo tiene un derecho, susceptible de ser ejercido sobre el sujeto pasivo”<sup>236</sup>.

Las posiciones de derecho fundamental son los derechos fundamentales en sentido estricto, “pues son los concretos atributos que la persona humana ostenta al amparo de las normas (sentidos interpretativos) válidas derivadas directamente de las disposiciones contenidas en la Constitución que reconocen derechos”<sup>237</sup>. Añade el TC que “[e]stos atributos que [...] vinculan a todas las personas y que, por tanto, pueden ser exigidas al sujeto pasivo, se presentan en una relación jurídica sustancial, susceptibles de ser proyectadas en una relación jurídica procesal en forma de pretensiones al interior de los procesos constitucionales de la libertad (sea el amparo, el hábeas corpus o el hábeas data)”<sup>238</sup>.

Para el TC, la validez de una posición, reconducidas en pretensiones que puedan plantearse en una demanda constitucional, depende de dos requisitos:

a) A que dicha pretensión sea válida, o, dicho de otro modo, a que sea consecuencia de un sentido interpretativo (norma) que sea válidamente atribuible a la disposición constitucional que reconoce un derecho.

[...]

b) A que en los casos de pretensiones válidas, éstas deriven directamente del contenido esencial de un derecho protegido por una disposición constitucional. En otras palabras, una demanda planteada en un proceso constitucional de la libertad, resultará procedente toda vez que la protección de la esfera subjetiva que se aduzca violada pertenezca al contenido esencial del derecho fundamental o tenga una relación directa con él. Y, contrario sensu, resultará improcedente

---

<sup>236</sup> Bernal Pulido, op. cit., p. 80.

<sup>237</sup> STC. Exp. N° 01417-2005-AA/TC, fundamento 25.

<sup>238</sup> *Ibid.*, fundamento 26.

*cuando la titularidad subjetiva afectada tenga su origen en la ley o, en general, en disposiciones infraconstitucionales*<sup>239</sup>.

Se trata de definir aquí concretamente qué posiciones *iusfundamentales* concretan este derecho. Consideramos que el derecho de los pueblos indígenas a beneficiarse de la explotación de recursos naturales en sus territorios comprende las siguientes:

- a. **El derecho al desarrollo normativo del derecho.** El Congreso de la República y el Poder Ejecutivo tienen la obligación de desarrollar normativamente y reglamentariamente el derecho (hasta jurisprudencial). Ello, bajo el entendido que su ausencia constituye un obstáculo que debe ser removido para asegurar su vigencia efectiva, no siendo pretexto para incumplirlo. La falta de desarrollo del derecho constituye una violación, por omisión legislativa, de la Constitución y del Convenio 169, ampliamente desarrollada por el TC (por ejemplo, en la sentencia recaída en el expediente N° 05427-2008-PC/TC). El ocio legislativo resulta incompatible con la obligación del Estado de remover todos los obstáculos para hacer efectivo este derecho, en consonancia con el artículo 2 de la CADH.
- b. **El derecho a un beneficio real, concreto y tangible en favor de los pueblos indígenas.** El derecho implica la obtención por los pueblos indígenas de un beneficio real y efectivo. No uno formal, futuro o condicionado. Debe ser un beneficio real, que los pueblos indígenas reciban en forma tangible, y que debe reflejarse en un beneficio concreto, ciertamente, coherente y consistente con su cosmovisión e identidad cultural.
- c. **El derecho a un beneficio distinto al que recibe cualquier población del Estado en forma ordinaria y regular.** Este derecho implica que el beneficio que los pueblos indígenas obtengan sea de naturaleza

---

<sup>239</sup> *Ibid.*, fundamento 27.

excepcional y extraordinaria. En consecuencia, los servicios públicos ordinarios y regulares que brinda el Estado a los pueblos indígenas, en su condición de ciudadanos, no pueden ser considerados como concreción de este derecho. En otras palabras, la prestación de servicios públicos a los pueblos indígenas no exonera o reemplaza al Estado de su obligación de cumplir con este derecho. Esta diferenciación es evidente en la caso Garífuna vs Honduras de la Corte IDH. Aquí se dice de forma clara, que se trata de un fondo adicional a los deberes del Estado. Incluso se puede sostener que se trata de un fondo adicional a lo que se debe por concepto de indemnización por daño.

*“295. En vista de que el Estado fue encontrado responsable por la violación de los artículos 2, 21, 8 y 25 de la Convención, así como con motivo de que la variedad de las medidas de reparación solicitadas por los representantes pretenden en su conjunto beneficiar a la Comunidad Triunfo de la Cruz, la Corte estima apropiado analizar dichas medidas a la luz de la creación de un Fondo de desarrollo comunitario como compensación por el daño material e inmaterial que los miembros de la Comunidad han sufrido. En este sentido, dicho Fondo es adicional a cualquier otro beneficio presente o futuro que corresponda a la Comunidad Triunfo de la Cruz en relación con los deberes generales de desarrollo del Estado”<sup>240</sup>. (Resaltado nuestro)*

- d. **El derecho a un beneficio distinto al que reciben cualquier población por concepto de compensación o indemnización por daño.** En esa misma línea debe diferenciarse el derecho a beneficiarse del derecho a la indemnización o compensación por daño o contaminación. Sobre eso se pronuncia el ex relator de las naciones Unidas James Anaya en el año 2010.

---

<sup>240</sup> Corte IDH, Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus miembros vs. Honduras, sentencia de 8 de octubre de 2015, párr. 295.

“Cuestión distinta a la compensación por daños es el derecho de los pueblos indígenas a participar en los beneficios derivados de los proyectos que tienen lugar en sus territorios tradicionales, particularmente en relación con la explotación de los recursos naturales”<sup>241</sup>. (Resaltado nuestro)

Luego, en el año 2012 James Anaya precisa:

“Si se obtiene el consentimiento, el proceso debe llevarse a cabo de una manera equitativa y justa, convenida de común acuerdo y que incluya medidas de indemnización, de mitigación y de distribución de beneficios que sean proporcionales al impacto sobre los derechos de los indígenas que resulten afectados. Además, deben establecerse condiciones para una relación sostenible a largo plazo con la sociedad o la empresa encargada del proyecto de extracción”<sup>242</sup>. (Resaltado nuestro)

Finalmente James Anaya sostuvo en el año 2013:

“Debería ser evidente la justificación para que los pueblos indígenas se beneficien de los proyectos ejecutados dentro de sus territorios con arreglo a un modelo de asociación: aun cuando el derecho interno no los considere propietarios de los recursos, al aceptar los proyectos, proporcionan acceso a los recursos y renuncian a otras opciones de explotación de sus territorios en el futuro. Los pueblos indígenas deberían percibir beneficios financieros directos —más allá de los beneficios incidentales, como los puestos de trabajo o la caridad de la empresa— debido a la compensación que les corresponde por permitir

---

<sup>241</sup> CDH (2010). Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya, 19 de julio de 2010, A/HRC/15/37. Párrafo 76. Disponible en <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2010/8026.pdf>.

<sup>242</sup> CDH (2012). Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya, 6 de julio de 2012, A/HRC/21/47. Párrafo 68.



el acceso a sus territorios y por los efectos adversos del proyecto que han aceptado<sup>243</sup>.

- e. **Es un derecho diferente al derecho de servidumbre.** No debemos confundir este derecho con el del pago de servidumbre establecida por el uso del territorio para la ejecución de los proyectos extractivos. Se trata de dos derechos de contenido y finalidad distintos. Uno surge por explotar recursos naturales en el territorio ancestral, mientras el otro por el derecho de uso del territorio ancestral.
- f. **Es un derecho diferente al derecho a la indemnización por daños.** El derecho nada tiene que ver con la compensación por daños que puedan recibir estos pueblos. No tiene que haber daño para que se reciba este beneficio. Obedecen a derechos que tienen bienes jurídicos distintos. Esta diferencia entre beneficios e indemnización se aprecia en el siguiente pronunciamiento de la CERD del año 2003.

*“El Comité recomienda, pues, que se recabe previamente el consentimiento de estas comunidades con conocimiento de causa y que se garantice la división equitativa de los beneficios que se obtengan con esa explotación. En su próximo informe periódico, el Estado Parte debe facilitar información detallada sobre la titularidad de las tierras de las comunidades indígenas, así como sobre los recursos de que disponen los indígenas para reclamar una indemnización en caso de empobrecimiento del medio ambiente de sus tierras tradicionales”<sup>244</sup>.*  
(Resaltado nuestro)

Ese mismo sentido se puede apreciar en un pronunciamiento de la CERD sobre el Perú del año 2014, esta sostuvo:

---

<sup>243</sup> CDH (2013): Informe del Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas, James Anaya. Las industrias extractivas y los pueblos indígenas, 1 de julio de 2013, A/HRC/24/41. 76

<sup>244</sup> CERD (2003). Observaciones finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, Ecuador, 2 de junio de 2003, CERD/C/62/CO/2. Párrafo 16.

*“Garantice que los pueblos indígenas afectados por las actividades de explotación de los recursos naturales en sus territorios obtengan compensaciones por daños o pérdidas sufridas y tengan una participación en los beneficios obtenidos de dichas actividades”<sup>245</sup>.*

- g. **Es una obligación de resultados y no de medios.** Este es un derecho que constituye una obligación de resultados y no de medios. Corresponderá al Estado organizar sus recursos y competencias, a efectos de adoptar las decisiones más convenientes para cumplir con este derecho. El Estado y los pueblos indígenas tendrán la libertad de configurar y organizar la política tributaria, a efectos de garantizar los recursos necesarios que beneficien a los pueblos indígenas.
- h. **Posee naturaleza diferente al canon.** A menudo se le confunde a este derecho con el canon y el sobrecanon. Como bien sabemos estos son participaciones de las que gozan los gobiernos subnacionales (gobiernos regionales, municipalidades provinciales y distritales), del total de los ingresos y rentas obtenidas por el Estado por la explotación económica de recursos naturales. El derecho a compartir beneficios, a diferencia del canon, no es una contribución a los gobiernos subnacionales, sino tiene naturaleza de un derecho fundamental. Pueden los gobiernos subnacionales recibir ingentes cantidades de dinero, pero nada asegura que este se gaste en beneficio de los pueblos indígenas.
- i. **Es un derecho prestacional.** Estamos ante un derecho que genera una obligación positiva, es decir el Estado debe adoptar medidas que se traduzcan en un beneficio en favor los pueblos indígenas. En ese sentido, estamos ante un derecho con una obligación prestacional, inherentes al Estado social.

---

<sup>245</sup> Observaciones finales sobre los informes periódicos 18º a 21º del Perú, 25 de septiembre de 2014, CERD/C/PER/CO/18-21. Disponible en: <http://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=6QkG1d%2FPPrICAqhKb7yhsnn5icKBjKhjp8GXehiFBInvMyvW8kdm05mEYaq8JWbPHhHXF90VSso9I4VsXdHGWNQf1RRZEIvxE7XU1GW9TzKF5Q2bLWv3cscJYUUYk2eZdj8EU0YgGYrWqUW26bRqnQ%3D%3D>.

- j. **El derecho a un beneficio colectivo del pueblo indígena. Es un derecho colectivo.** No estamos ante un derecho individual, sino ante uno colectivo. Esto significa que no puede ser ejercido por una persona, sino por todo el pueblo indígena. El fundamento de los derechos colectivos descansa en la naturaleza del bien jurídico afectado. En este caso, no estamos ante bienes jurídicos individuales como la vida o la integridad física, sino de naturaleza colectiva, como el territorio o la identidad cultural. Esta naturaleza resulta relevante, por ejemplo, para efectos de su judicialización, pues su no cumplimiento implica un hecho lesivo de naturaleza omisiva, lo cual implica mejores plazos judiciales. De conformidad con su naturaleza de derecho colectivo, el beneficio corresponderá al colectivo; es decir, a toda la colectividad y no solo a algunos de sus miembros. No se trata de un beneficio individual. Rodolfo Arango sostiene que, “los derechos colectivos tienen como finalidad el aseguramiento de beneficios que solo pueden ser disfrutados de manera colectiva. Ello porque el beneficio del que se trata en el caso de los derechos colectivos no un bien divisible”<sup>246</sup>. Añade que “los derechos que pueden ejercerse individualmente, no son derechos colectivos”<sup>247</sup>.
- k. **El derecho a la protección y garantía efectiva de este derecho por parte del Estado.** Un tema complejo en la definición del contenido de este derecho es cuál es el rol del Estado y cuál de la Empresa extractiva. Básicamente hay tres alternativas o supuestos. El primero es que este derecho es exigible al Estado o al Gobierno, el cual debe cumplir con precisar en el proceso de consulta, y con el consentimiento del pueblo indígena afectado, cómo se va a beneficiar. En este caso, la obligación del Estado es de “respeto” de este derecho.

En nuestra opinión, la regla debería ser la exigibilidad de los pueblos indígenas al Estado, y más en concreto frente al Gobierno, el cual podría

---

<sup>246</sup> Arango, Rodolfo (2005). *El concepto de los derechos sociales fundamentales*. Bogotá: Legis, p. 81.

<sup>247</sup> *Ibidem*.

ser central o subnacional. Así, estará obligado a darle cumplimiento, mediante la búsqueda de mecanismos de exigencia de beneficios a las empresas para los pueblos indígenas, a través de las políticas fiscales.

El otro supuesto, es cuando se opta por una negociación directa entre los pueblos indígenas y la empresa extractiva involucrada. La OIT abre esta posibilidad, que el beneficio se acuerde directamente entre el pueblo indígena y la empresa.

*“Si bien el Convenio no reconoce a los pueblos mencionados el derecho de vetar la explotación, ellos pueden utilizar su derecho de negociación como herramienta para discutir acuerdos con la empresa. A través de tales discusiones pueden convencer a los empresarios de la necesidad de adaptar las técnicas para reducir al mínimo los daños ambientales, así como a una restauración posterior del medio ambiente. En algunos casos, las disposiciones del acuerdo no aportan soluciones que sean de beneficio mutuo y los proyectos se abandonan. Pero este abandono puede significar que las comunidades tampoco recibirán beneficio alguno”<sup>248</sup>. (Resaltado nuestro)*

No nos parece apropiada esta posibilidad, pues existe una asimetría entre las empresas y los pueblos indígenas, en favor de la primera, toda vez que como luego lo precisaremos, no puede haber autonomía de la voluntad y libertad contractual real, si no hay simetría entre las partes.

Finalmente, podemos admitir una tercera posibilidad, y es cuando el Estado asume la función de garantizar el derecho, es decir garantizar que las empresas cumplan con este derecho con los pueblos indígenas. En este caso, el Estado actúa con un rol de garante, lo que traduce en un papel de supervisión que el acuerdo sea equitativo y no sea la imposición de la parte

---

<sup>248</sup> OIT, (2003). Convenio Número 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales. Un manual, OIT, pág. 40.

más fuerte. Esta alternativa ha sido acogida por el Estado, y se desprende del artículo 1 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

*“debe observarse que la responsabilidad de garantizar el respeto por estos derechos recae en los gobiernos en cuestión y no en las empresas o instituciones privadas que han recibido la licencia para llevar adelante la prospección o la explotación”<sup>249</sup>.*

En este último caso, el Estado tendrá una obligación de garantizar que el particular cumpla con este derecho, de conformidad con la jurisprudencia vinculante.

- I. **La obligación del Estado de captura del beneficio a través de su política fiscal.** El derecho implica la obligación del Gobierno de retener la parte correspondiente a los beneficios, a través de la política tributaria nacional y de acuerdo a las normas impositivas nacionales. ¿Siempre será una erogación económica o podría ser en servicios públicos u otras formas no dinerarias? ¿Siempre intermedia el Estado como depósito de dinero? Es el Estado el que tiene que garantizar que los pueblos indígenas se beneficien, salvo que se pacte otra cosa en los procesos de consulta previa, como puede ser el pago directo de un monto de dinero o la entrega de beneficio. Lo importante es que el Estado asuma el rol de garante de este beneficio y fiscalice que este pago se haga correctamente, en caso que un privado asuma esta obligación. Hemos dicho que se trata de una obligación de resultado no de medio. Es decir, no importa la forma, lo importante es que beneficie las comunidades. En tal sentido, no tiene que ser necesariamente el pago de beneficios en dinero. Pueden haber otras maneras de beneficiarse. En tal sentido, no hay un solo modelo de asignación de beneficios para los pueblos indígenas. Puede ser a través de entrega directa de las empresas o retención vía Estado que se otorga a la empresa. En cada caso esto se definirá.

---

<sup>249</sup> OIT, *op. cit.*, p. 107.



m. **El derecho del pueblo indígena a definir lo que consideren beneficioso.**

El Estado no puede definir por los pueblos indígenas que cosa es lo más beneficioso para ellos. Son ellos quienes toman la decisión de acuerdo con sus costumbres y en el marco de su autonomía y ejercicio de la libre determinación. En tal sentido, no bastará la simple consulta previa, sino que será necesario obtener el consentimiento de los pueblos indígenas. Como ya sostuvimos, el Comité sobre la Eliminación de la Discriminación Racial<sup>250</sup>, ha entendido que en el marco de los procesos de consulta previa, no solo se debe obtener el consentimiento previo e informado de las comunidades cuando existen planes para llevar a cabo grandes actividades de explotación en territorios indígenas, sino también para “garantizar que se compartan los beneficios derivados de dicha explotación de manera equitativa”<sup>251</sup>. En consecuencia, no puede el Estado y los funcionarios públicos definir por los pueblos indígenas qué cosa es lo más beneficioso para estos últimos. En relación con el modelo, es necesario recordar, que el artículo 15.2 del Convenio OT, no define ni diseña un modelo de beneficios, toda vez que se trata de una obligación de resultados y no de medios. En tal sentido, no existe un único modelo de obtención de beneficios.

n. **Obligación del Estado de realizar una interpretación intercultural de los beneficios.** Recordemos que para la CIDH que “los beneficios que serán percibidos por los pueblos indígenas afectados, y las posibles indemnizaciones por los daños ambientales, siempre de conformidad con sus propias prioridades de desarrollo”<sup>252</sup>. (Resaltado nuestro). El concepto de beneficio debe ser interpretado por los pueblos indígenas, desde su propia matriz cultural y cosmovisión, en base a conceptos como el buen vivir y no el exclusivo beneficio dinerario e individualista. En tal sentido, debe estar orientado a mejorar las condiciones de vida de sus miembros.

---

<sup>250</sup> Es el órgano de expertos independientes que supervisa la aplicación de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial por sus estados partes.

<sup>251</sup> CERD (2003). *Observaciones al informe de Ecuador*, párr. 16. Citado por: María Micaela Gomiz y Juan Manuel Salgado, Convenio 169 de la O.I.T. sobre Pueblos Indígenas. Su aplicación en el derecho interno argentino, Observatorio de Derechos Humanos de Pueblos Indígenas, Neuquén, 2010, p. 224.

<sup>252</sup> *Ibid.*, párr. 248.

En otras palabras, lo que los pueblos consideran beneficioso es producto de una interpretación propia y, desde el Estado y la empresa, corresponde comprender desde la interculturalidad.

- o. **El derecho al ejercicio de este derecho libre de condicionamientos y coerción.** La CIDH precisa que “los beneficios que puedan recibir los pueblos indígenas no deben ser usados como condicionamientos o presiones para que tales pueblos acepten los proyectos en sus territorios”<sup>253</sup>. El derecho no deberá estar supeditado ni condicionado por el Estado al momento de concederlo. Los derechos constitucionales son una obligación del Estado, no una dádiva sujeta a condiciones. Ciertamente, se necesitan ciertas formalidades, como pueden ser el reconocimiento de la personalidad jurídica, el título de propiedad, y algunas trabas burocráticas. Es cierto, por ejemplo, que el Estado para entregar dinero requiere que su contraparte (la comunidad) sea identificable a través de un número de contribuyente (además, seguramente la entrega de dinero también está sujeta al pago de tributos). También al reconocimiento de una junta directiva clara (para evitar corrupción). Los requisitos a los que debemos referirnos no deben ser los arbitrarios (como la prebenda política). Este derecho, además, reviste un grado mínimo de solemnidad, tratándose de gasto público. La pregunta que debemos hacernos es cómo hacerlo compatible con la interculturalidad, sin que la comunidad deba tener la contabilidad de una empresa.
- p. **El ejercicio del derecho no puede significar renuncia a otros derechos constitucionales o convencionales.** El beneficio obtenido por los pueblos indígenas no puede suponer bajo ninguna circunstancia renunciar a otros derechos reconocidos nacional e internacionalmente. Y es que los derechos fundamentales, como luego veremos, no son disponibles por la autonomía de la voluntad. No puede condicionarse este derecho a la renuncia del derecho, por ejemplo, a disfrutar de un medio ambiente equilibrado y

---

<sup>253</sup> *Ibidem*.

adecuado a la vida. Sobre este punto volveremos más adelante. Este criterio debe ser apreciado en consonancia con los criterios antes desarrollados.

- q. **El derecho a ejercer este derecho sin poner en peligro la subsistencia de la comunidad.** El ejercicio de este derecho no puede afectar la subsistencia de los pueblos indígenas beneficiados. La utilización de los beneficios jamás podrá utilizarse en perjuicio de los intereses, la subsistencia y la integridad cultural de la comunidad. Muy por el contrario, el beneficio debe estar orientado a promover el ejercicio de sus derechos.
- r. **El derecho a beneficiarse incluso cuando la comunidad no haya dado su consentimiento al proyecto.** No obstante, consideramos que el derecho no solo existe para las comunidades que aceptaron y dieron su consentimiento al proyecto, sino incluso de los que se opusieron a dichas medidas, en el marco o no de un proceso de consulta, como antes lo dijimos. Ciertamente, este proyecto solo podrá ejecutarse si es que se respetan los derechos de los pueblos indígenas.
- o. **El derecho a que se precise los beneficios al momento de la realización de la consulta previa.** La oportunidad en el que este derecho debe ser precisado es durante la realización de la consulta previa. Y en caso que no se haya realizado, deberá precisarse en forma posterior, debiendo incorporarse también en el acta de consulta.
- p. **El principio de flexibilidad al momento de precisar el beneficio.** No hay un solo modelo de concretar este derecho. El derecho internacional no frece un único modelo en que puede concretarse este derecho. No hay un solo modelo. La propia OIT ha señalado:

*“Sin embargo, la Comisión considera que no existe un modelo único de participación en los beneficios, como prevé el artículo 15, párrafo 2), y*

*que los sistemas idóneos tienen que establecerse en cada caso en particular, teniéndose en cuenta la circunstancia de la especial situación de los pueblos indígenas interesados”<sup>254</sup>*

Esta norma debe ser interpretada de conformidad con el artículo 34 del Convenio 169 de la OIT, que precisa:

*“La naturaleza y el alcance de las medidas que se adopten para dar efecto al presente Convenio deberán determinarse con flexibilidad, teniendo en cuenta las condiciones propias de cada país”.*

Por tanto se trata de dar libertad al Estado, a los pueblos indígenas, e incluso a las empresas, para que en cada caso, se precise de qué forma se concretará este beneficio. Ciertamente, si bien no hay un modelo, existen un conjunto de requisitos, y principios y reglas que deben ser observados.

- q. **Es un derecho de los pueblos indígenas y no de los gobiernos subnacionales.** Es un derecho fundamental de diferente naturaleza a otro tipo de contribuciones a los gobiernos por explotar recursos en sus territorios. Se trata de un derecho de los pueblos indígena, que ellos deben recibir directamente, sin intermediarios. El derecho se diferencia de las contribuciones que reciben los gobiernos subnacionales por las actividades extractivas en sus jurisdicciones, como puede ser el canon, el sobre canon, las regalías, etc. En otras palabras, los gobiernos subnacionales no reciben o administra beneficios en representación de los pueblos indígenas.
- r. **No hay un modelo único de entrega de beneficios.** No existe una fórmula única en que los pueblos indígenas puedan beneficiarse de las actividades extractivas en sus territorios. Depende, en forma concreta, de la naturaleza de la actividad extractiva, las circunstancias de cada pueblo, y sus

---

<sup>254</sup> OIT, (2010a). Monitoreo de los derechos de los pueblos indígenas y tribales a través de los Convenios de la OIT: una recopilación de los comentarios de los órganos de control de la OIT 2009-2010, OIT, Ginebra, pág. 101.

necesidades, entre otros. En tal sentido, es necesaria una dosis de flexibilidad.

- s. **Derecho a que el beneficio sea “justo”, “razonable”, “equitativo” y “proporcional” al impacto ocasionado por el proyecto extractivo o de otro tipo.** Como se verá luego, estamos ante conceptos jurídicos indeterminados que, a diferencia de las potestades discrecionales, deben ser concretado sen cada caso concreto, teniendo en cuenta que una unidad de solución.

### **2.2.11. Principios que regulan y orientan la concreción del beneficio**

Hay un conjunto de características que debe tener estos beneficios en favor de los pueblos indígenas, que concretan cierto sentido de justicia básica, y que constituyen de alguna manera principios que orientan y dan marco, para la concreción de estos beneficios de los pueblos indígenas.

#### **2.2.11.1. Algunos principios que orientan la determinación de los beneficios**

Así, por ejemplo, la Corte IDH en el caso Saramaka habla de indemnización “justa” y que se “beneficien razonablemente” del plan que se lleve a cabo dentro de su territorio<sup>255</sup>. Luego, en el párrafo 140 de la mencionada sentencia, la Corte IDH hace referencia a “indemnización razonable y en equidad”. La Corte Constitucional Colombiana por su parte habla de participación “justa y equitativa” cuando recoge e incorpora el concepto de justicia ambiental y lo tare de USA. El Banco Mundial habla de “participación equitativa” en los beneficios que resulten de la explotación comercial<sup>256</sup>. El ex Relator de las Naciones Unidas de los derechos de los pueblos indígenas por su parte, hace referencia a que los beneficios deben ser establecidos en forma “equitativa y justa”, y que estos beneficios deben ser “proporcionales” al impacto sobre los derechos de

---

<sup>255</sup> *Ibidem*.

<sup>256</sup> Banco Mundial (2005). *Políticas Operacionales* [en línea], p. 9. Disponible en: <http://siteresources.worldbank.org/OPSMANUAL/Resources/210384-1170795590012/OP4.10.July1.2005.Spanish.pdf>.



los indígenas que resulten afectados<sup>257</sup>. TC habla por su lado de “beneficio compartido” y “justiprecio”.

Si bien el ejercicio del poder supone, en determinados sectores y materias, el reconocimiento de ciertos márgenes de discrecionalidad a la hora de tomar decisiones para el cumplimiento de sus funciones constitucionales y legales, no se trata de una facultad absoluta e ilimitada. Ciertamente, esto no significa desconocer que determinadas autoridades y funcionarios necesitaban márgenes de libertad para cumplir con eficacia las funciones que se les habían encargado.

Tal como el TC lo ha precisado en la STC No 0090-2004-AA/TC, las decisiones no motivadas e inadecuadamente fundamentadas carecen por ello de cobertura constitucional, con lo que dejan de ser actos discrecionales para convertirse en actos arbitrarios, incompatibles con el Estado Constitucional de Derecho<sup>258</sup>.

Uno de los argumentos que suele utilizarse para evadir y escapar de las obligaciones que la Constitución y el ordenamiento jurídico establece, especialmente en la obligación de respetar los derechos de los pueblos indígenas, es la invocación casi mágica a conceptos jurídicos indeterminados, como justo, razonable, equitativo.

Esta indeterminación de estos conceptos, pueden servir para justificar la concreción de beneficios exiguos o minúsculos, que no guardan correspondencia con el impacto de estos proyectos en el uso y goce de su derecho al territorio y a los recursos naturales indispensables para garantizar su subsistencia.

---

<sup>257</sup> CDH (2012). Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya, 6 de julio de 2012, A/HRC/21/47. Párrafo 68.

<sup>258</sup> Ciertamente, no se trata de obstaculizar la gestión de determinadas instancias del Estado. El fallo reconoce que: «La discrecionalidad tiene su justificación en el propio Estado de Derecho, puesto que atañe a los elementos de oportunidad, conveniencia, necesidad o utilidad; amén de las valoraciones técnicas que concurren en una gran parte de las actuaciones de la administración estatal» (STC. Exp. N° 0090-2004-AA/TC, fundamento 9).

¿Estamos ante zonas de ejercicio del poder inmunes al control democrático? ¿Es revisable y pasible de control constitucional la aplicación de estos conceptos jurídicos? ¿Qué tan discrecional es la facultad del Estado y de las empresas para fijar los contenidos de estos conceptos? Siguiendo a García de Enterría<sup>259</sup>, la utilidad pública y similares conceptos como necesidad pública, interés público, interés nacional, y en este caso, beneficio justo, razonable, equitativo, etc., son lo que se denomina en teoría de derecho público “conceptos jurídicos indeterminados”.

Lo peculiar de ellos es que su calificación en una circunstancia concreta no puede ser más que una; o se da o no se da el concepto: o estamos ante un beneficio razonable, justo y equitativo o no lo estamos. No estamos ante las denominadas “potestades reglamentarias”, caracterizadas por una pluralidad de soluciones justas posibles. En este último caso, cualquiera de las soluciones, alternativamente, es igualmente justificada, precisamente porque existe una libertad de decisión. Este no es el caso de los conceptos ante desarrollados sobre cómo deben ser los beneficios.

En el caso de los conceptos jurídicos indeterminados como el beneficio razonable, no se ha previsto una solución concreta para cada caso, esta debe buscarse acudiendo a criterios de valor o experiencia evaluados jurídicamente. En este caso, se trata de los principios antes desarrollados. Estos encuadran, orientan y limitan la definición y la materialización de los beneficios.

En definitiva, el proceso de constatación respecto a si un concepto jurídico se cumple o no, no puede ser un proceso discrecional o de libertad de decisión, sino un proceso de juicio y de estimación, debidamente motivado. En él deben evaluarse, por una parte, las circunstancias reales que han de calificarse y por otra, el sentido jurídico preciso que la norma le ha asignado.

### **2.2.11.2. Algunos requisitos al momento de precisar los límites**

---

<sup>259</sup> García de Enterría, E. (2004). *Democracia, Ley e inmunidades del poder*. Lima: Palestra, p. 44.

Resulta indispensable fijar requisitos para una correcta aplicación del derecho de los pueblos indígenas a beneficiarse de las actividades extractivas en su territorio, y más en concreto para la determinación del beneficio, a efectos de evitar que se menoscaben los derechos y libertades públicas en general, y los derechos de los pueblos indígenas en concreto.

- i. Debe analizarse con mucho cuidado la motivación de estas decisiones.
- ii. Debe atenderse el sentido real de los conceptos jurídicos, es decir debe haber una real razonabilidad, equidad y proporcionalidad del beneficio.
- iii. Debe analizarse y demostrarse en el caso real cómo se concreta el beneficio razonable. No basta la simple invocación a este concepto.
- iv. Debe demostrarse en la realidad del caso concreto, no en abstracto, en qué medida esta actividad traerá beneficios a las comunidades campesinas o nativas en la realidad.
- v. Deberán respetarse los derechos fundamentales en todo momento y en caso de colisión entre el derecho de los pueblos indígenas a beneficiarse de las actividades extractivas en sus territorios y otro bien jurídico invocado por el Estado, debiendo recurrirse al principio de proporcionalidad.

De esa manera se podrá poner coto a la desnaturalización de este tipo de derechos. Solo así podemos hablar de una utilización “constitucional” o “convencional” de conceptos jurídicos indeterminados como lo razonable, lo justo o lo equitativo.

## **2.2.12. Criterios a tener en cuenta a la hora de concretar el beneficio de los pueblos indígenas<sup>260</sup>**

---

<sup>260</sup> Ruiz Molleda, Juan Carlos (2016). *¿Pueden los pueblos indígenas “parcelar individualmente” o “vender” su territorio ancestral?* [en línea]. Disponible en: <https://www.servindi.org/actualidad-opinion/09/04/2016/pueden-los-ppii-parcelaro-vendersu-territorio-ancestral>

Como vimos, la determinación del beneficio en favor de los pueblos indígenas no es un acto de absoluta discrecionalidad. Se está disponiendo de uno de los bienes más preciados de los pueblos indígenas, como es su territorio. Diversos sectores en el Estado pretenden homologar la concepción que los pueblos indígenas tienen de su territorio con la concepción clásica de propiedad individual, desnaturalizando la primera. Por ello, resulta pertinente preguntarse: ¿Cuál es el valor de las tierras y recursos naturales para los pueblos indígenas? ¿Es posible cuantificarlo económicamente? ¿Qué importancia y rol cumplen los territorios en la vida de los pueblos indígenas?

Responder a estas preguntas resulta vital a la hora de precisar la manera en que los pueblos indígenas se deben beneficiar de las actividades extractivas en sus territorios. Consideramos que el conocimiento del valor que sus territorios tienen para los pueblos indígenas puede ayudar a limitar la discrecionalidad, y acercarnos más a conceptos como beneficio razonable, justo, equitativo y razonable, evitando situaciones donde los beneficios determinados, no guarden la menor correspondencia con los impactos generados.

Consideramos, además, que revisar el contenido del derecho sobre todo convencional del derecho de propiedad indígena resulta coherente y consistente, si tenemos en cuenta que el bien jurídico de este derecho de los pueblos indígenas a beneficiarse de las actividades extractivas en sus territorios, es la autodeterminación territorial, es decir, toda vez que estos proyectos implica una restricción al uso y goce del derecho a sus territorios y a los recursos naturales que en ellos existen.

#### **a. La propiedad colectiva de los pueblos indígenas sobre sus territorios es diferente a la propiedad individual civil clásica**

El TC recuerda que “la propiedad comunal de los pueblos indígenas no puede fundamentarse en el enfoque clásico de “propiedad” sobre el que se basa el Derecho Civil. Para los pueblos indígenas la tierra no constituye un mero bien

económico, sino un elemento fundamental con componentes de carácter espiritual, cultural, social, etc. En sus tierras los pueblos indígenas desarrollan sus conocimientos, prácticas de sustento, creencias, formas de vida tradicionales que transmiten de generación en generación”<sup>261</sup>.

#### **b. La relación espiritual de los pueblos indígenas con sus territorios**

El artículo 13 del Convenio 169 es muy claro, obliga al Estado a reconocer y respetar la esta relación espiritual y religiosa entre los pueblos indígenas y sus territorios. En sus palabras, “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”.

En palabras del TC, este “valora la relación especial de los pueblos indígenas con sus tierras y pone de relieve la acentuada interrelación del derecho a la propiedad comunal con otros derechos, tales como la vida, integridad, identidad cultural, libertad de religión”<sup>262</sup>.

#### **c. La relación con la tierra de pueblos indígenas es base de su identidad cultural y garantía de su continuidad de vida de los pueblos indígenas**

A juicio de la Corte IDH, es “la estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe de ser reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica”<sup>263</sup>. Para tales pueblos, su nexo comunal con el territorio ancestral no es meramente una cuestión de posesión y producción, sino un elemento

---

<sup>261</sup> STC. Exp. N° 00024-2009-PI/TC, fundamento 28.

<sup>262</sup> *Ibidem*.

<sup>263</sup> Corte IDH. Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) AwasTingni contra Nicaragua. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de agosto de 2001, párr. 149.



material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras<sup>264</sup>.

La Corte IDH es muy clara cuando establece que la tierra es condición de continuidad de la identidad cultural, pues “significa más que meramente una fuente de subsistencia para ellos; también es una fuente necesaria para la continuidad de la vida y de la identidad cultural de los miembros del pueblo Saramaka. Las tierras y los recursos del pueblo Saramaka forman parte de su esencia social, ancestral y espiritual. En este territorio, el pueblo Saramaka caza, pesca y cosecha, y recogen agua, plantas para fines medicinales, aceites, minerales y madera. Los sitios sagrados están distribuidos en todo el territorio, a la vez que el territorio en sí tiene un valor sagrado para ellos”<sup>265</sup>.

#### **d. La tierra como condición de subsistencia física de los pueblos indígenas**

La Corte IDH entiende la supervivencia de los pueblos indígenas como “capacidad de preservar, proteger y garantizar la relación especial de los pueblos indígenas con su territorio”. La Corte enfatizó que “la frase “supervivencia como una comunidad tribal” debe ser entendida como la capacidad de los Saramaka de “preservar, proteger y garantizar la relación especial que [ellos] tienen con su territorio”, de tal forma que puedan “continuar viviendo su modo de vida tradicional y que su identidad cultural, estructura social, sistema económico, costumbres, creencias y tradiciones distintivas serán respetadas, garantizadas y protegidas [...]”<sup>266</sup>. Por tanto, el término “supervivencia” significa, en este contexto, mucho más que supervivencia física.

---

<sup>264</sup> *Ibidem*.

<sup>265</sup> Corte IDH. Caso del Pueblo Saramaka contra Surinam. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007, párr. 82.

<sup>266</sup> Corte IDH. Caso del Pueblo Saramaka contra Surinam. Interpretación de la sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008, párr. 37.

### **e. La conexión entre el acceso a los recursos naturales, la economía de subsistencia y la supervivencia**

Señala el artículo 23.1 del Convenio 169, que “las actividades tradicionales y relacionadas con la economía de subsistencia de los pueblos interesados, como la caza, la pesca, la caza con trampas y la recolección, deberán reconocerse como factores importantes del mantenimiento de su cultura y de su autosuficiencia y desarrollo económicos. Con la participación de esos pueblos, y siempre que haya lugar, los gobiernos deberán velar por que se fortalezcan y fomenten dichas actividades”. En efecto, la falta de uso y goce la tierra con condiciones fundamentales para asegurar la subsistencia<sup>267</sup>. La Corte IDH ha sostenido previamente que la subsistencia cultural y económica de los pueblos indígenas y tribales, y por lo tanto de sus integrantes, depende del acceso y el uso a los recursos naturales de su territorio<sup>268</sup>. Existe una relación intrínseca entre la tierra y los recursos naturales que allí se encuentran, así como entre el territorio (entendido como comprendiendo tanto la tierra como los recursos naturales) y la supervivencia económica, social y cultural de los pueblos indígenas y tribales, y por ende de sus miembros<sup>269</sup>.

Para la CIDH, la relación especial entre los pueblos indígenas y tribales y sus territorios significa que “el uso y goce de la tierra y de sus recursos son componentes integrales de la supervivencia física y cultural de las comunidades indígenas y de la efectiva realización de sus derechos humanos en términos más generales”<sup>270</sup>. Añade la CIDH que dicha relación especial es

---

<sup>267</sup> La Corte IDH “ha adoptado un criterio similar [al de la CIDH] respecto del derecho de propiedad en el contexto de los pueblos indígenas, reconociendo las formas comunales de tenencia de la tierra por los indígenas y la relación singular que los pueblos indígenas mantienen con su tierra”. Ver: CIDH. Informe No. 40/04, Caso 12.053, Comunidades Indígenas Mayas del Distrito de Toledo (Belice), 12 de octubre de 2004, párr. 116. Corte IDH. Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) AwasTingni contra Nicaragua. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79]. Citado por: CIDH, *Derechos de los pueblos indígenas*, op. cit., p. 22.

<sup>268</sup> Corte IDH. Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa contra Paraguay. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 17 de junio de 2005, párr. 137; y Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa contra Paraguay. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006, párr. 118.

<sup>269</sup> Corte IDH. Caso del Pueblo Saramaka contra Surinam. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párr. 120.

<sup>270</sup> CIDH, *Derechos de los pueblos indígenas*, op. cit., p. 22.

fundamental tanto para la subsistencia material como para la integridad cultural de los pueblos indígenas y tribales<sup>271</sup>.

La CIDH ha sido enfática en explicar, en este sentido, que “la sociedad indígena se estructura en base a su relación profunda con la tierra”<sup>272</sup>; que “la tierra constituye para los pueblos indígenas una condición de la seguridad individual y del enlace del grupo”<sup>273</sup>; y que “la recuperación, reconocimiento, demarcación y registro de las tierras significan derechos esenciales para la supervivencia cultural y para mantener la integridad comunitaria”<sup>274</sup>.

#### **f. La falta de acceso al uso y goce de los recursos naturales ocasiona miseria en los pueblos indígenas**

La Corte IDH señaló que, “los miembros de la Comunidad Yakye Axa viven en condiciones de miseria extrema como consecuencia de la falta de tierra y acceso a recursos naturales, producida por los hechos materia de este proceso, así como a la precariedad del asentamiento temporal en el cual se han visto obligados a permanecer y a la espera de la resolución de su solicitud de reivindicación de tierras [...] El desplazamiento de los miembros de la Comunidad de estas tierras ha ocasionado que tengan especiales y graves dificultades para obtener alimento, principalmente porque la zona que comprende su asentamiento temporal no cuenta con las condiciones adecuadas para el cultivo ni para la práctica de sus actividades tradicionales de subsistencia, tales como caza, pesca y recolección”<sup>275</sup>.

#### **g. El principio de “indemnidad patrimonial” exige pagar por el íntegro del valor de la propiedad**

---

<sup>271</sup> CIDH. Quinto Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Guatemala. Doc. OEA/Ser.L/V/II.111, Doc. 21 rev., 6 de abril de 2001, Capítulo XI, párr. 56. Citado por: CIDH, *Derechos de los pueblos indígenas*, op. cit., p. 22.

<sup>272</sup> CIDH. Segundo Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en el Perú. Doc. OEA/Ser.L/V/II.106, Doc. 59 rev., 2 de junio de 2000, Capítulo X, párr. 16. Citado por: CIDH, *Derechos de los pueblos indígenas*, op. cit., p. 22.

<sup>273</sup> *Ibidem*.

<sup>274</sup> Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa contra Paraguay. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párr. 164.

<sup>275</sup> *Ibidem*.

El criterio de la “indemnidad patrimonial” ha sido desarrollado por el TC a propósito de las expropiaciones, y de la indemnización justa o indemnización justipreciada, y resulta pertinente y oportuna, pues llama la atención acerca de la obligación de pagar el verdadero valor de la propiedad y no de una parte de este. Según el TC “La inviolabilidad de la propiedad a la que refiere el artículo 70 de la Constitución debe interpretarse no sólo como prohibición de intervenciones en el libre ejercicio o goce de los mencionados atributos clásicos del derecho de propiedad, sino también como garantía de indemnidad. Así las cosas, el derecho de propiedad garantiza el conservación de la integridad del patrimonio de la persona”<sup>276</sup> (resaltado nuestro).

De modo más específico, el TC concluye en relación con la expropiación, que “la esencia de la expropiación forzosa es dejar indemne al expropiado”<sup>277</sup>. Castillo Córdova añade que: “es posible concluir que el contenido esencial del derecho a la propiedad si bien no proscribe la expropiación, sí exige que cuando ésta se decida, se prevea el pago de un monto tal que evite el quiebre de la garantía de indemnidad patrimonial exigida constitucionalmente”<sup>278</sup> (resaltado nuestro). Esto significa que debe pagarse por la propiedad el valor real. Si solo se paga una parte del valor de las tierras de los pueblos indígenas, se estará afectando el principio constitucional de “indemnidad patrimonial”, que garantiza el pago del valor real e integral de la propiedad, en este caso de los pueblos indígenas.

En definitiva, “el contenido esencial de la propiedad se encuentra garantizado con una indemnización justipreciada que permite al expropiado no sufrir una merma (ni un aumento) en la situación patrimonial que tenía antes y después de la expropiación. [...] Allí el estatuto de la propiedad establece que su contenido esencial se materializa en la garantía de indemnidad patrimonial, es decir, en la garantía de que el expropiado no verá alterada la situación

<sup>276</sup> STC. Exps. N° 00228-2009-PA/TC, fundamento 35 y Exp. N° 07364-2006-AA/TC, fundamento 6.

<sup>277</sup> STC. Exp. N° 05312-2009-AA/TC, fundamento 21.

<sup>278</sup> Castillo, Córdova, Luis (2011). *La inconstitucionalidad de gravar la indemnización justipreciada entregada por la expropiación de un bien*. En: Gaceta Constitucional Núm. 47, p. 171.

económica que tenía antes, lo que se logra gracias a la indemnización justipreciada”<sup>279</sup>.

#### **h. Los elementos “incorporales” de la propiedad colectiva indígena tienen protección en el artículo 21 de la Convención Americana de Derechos Humanos**

Para la Corte IDH, “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 incorporales que se desprendan de ellos, deben ser salvaguardados por el artículo 21 de la Convención Americana”<sup>280</sup>. En otras sentencias, la Corte IDH ha señalado que el término “bienes” utilizado en el artículo 21, contempla “aquellas cosas materiales apropiables, así como todo derecho que pueda formar parte del patrimonio de una persona; dicho concepto comprende todos los muebles e inmuebles, los elementos corporales e incorporales y cualquier otro objeto inmaterial susceptible de tener un valor”<sup>281</sup>.

#### **i. La obligación constitucional del Estado de proteger a las comunidades campesinas y nativas**

El artículo 89 de la Constitución dice que “[e]l Estado respeta la identidad cultural de las Comunidades Campesinas y Nativas”, y el artículo 2.19 reconoce el derecho fundamental a la identidad cultural, precisando la obligación del Estado de reconocer y proteger el pluralismo cultural. Esto quiere decir que el Estado no puede promover medidas que contribuyan con la eliminación o extinción de las comunidades campesinas o nativas en su condición de pueblos indígenas, salvo que estos pueblos, en ejercicio de su

---

<sup>279</sup> Velásquez Meléndez, Raffo (2012). *Notas para una teoría general de garantías en la expropiación forzosa*. En: Revista Peruana de Derecho Constitucional. Constitución Económica: Desarrollo, Medio Ambiente y Conflicto Social, Núm. 5, p. 67.

<sup>280</sup> Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa contra Paraguay. Fondo reparaciones y costas. Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párr. 137.

<sup>281</sup> Corte IDH. Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) AwasTingni Vs. Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79, párr. 144.



derecho a la autodeterminación decidan dejar de serlo, y siempre que se trata de una decisión libre y adoptada según sus propias normas e instituciones. No condicionando dicha decisión a presión o coacción expresa u oculta.

Por todas estas razones, estamos convencidos que las tierras de las comunidades campesinas y nativas, en su condición de pueblos indígenas, no pueden ser consideradas desde la concepción clásica de propiedad, como lo establecía de alguna manera el artículo 163 de la Constitución peruana de 1979<sup>282</sup>. Y no deberían ser vendidas pues no son mercancías, intercambiables sin mayor problema, de las que se puede disponer fácilmente, sino que son la base de existencia, subsistencia y de la continuidad de pueblos y culturas, que el Estado está en la obligación de preservar y cuidar, como se lo exige el artículo 2.19 de la Constitución, cuando establece la obligación de reconocer proteger el pluralismo cultural.

La preservación de un pueblo indígena, de una comunidad campesina o nativa, es un asunto de interés público, un imperativo. Si un pueblo indígena desaparece o se extingue, el Estado peruano habrá faltado a su obligación de proteger estas identidades culturales. No obstante, una vez más deberíamos de reconocer, que esta prohibición de venta de tierras de los pueblos indígenas, no debería ser total. Es posible vender tierras dentro de comunidades campesinas siempre que se sigan los procedimientos establecidos en la ley, y que sea la decisión del pueblo indígena, y nunca de espaldas a la voluntad de estos.

### **2.2.13. Configuración deóntica del derecho de los pueblos indígenas a beneficiarse de las actividades extractivas en sus territorios**

---

<sup>282</sup> “Artículo 163: Las tierras de las Comunidades Campesinas y Nativas son inembargables e imprescriptibles. También son inalienables, salvo ley fundada en el interés de la Comunidad, y solicitada por una mayoría de los dos tercios de los miembros calificados de esta, o en caso de expropiación por necesidad y utilidad públicas. En ambos casos con pago previo en dinero. Queda prohibido el acaparamiento de tierras dentro de la Comunidad”.

El artículo 15.2 del Convenio 169 es claro, “Los pueblos interesados deberán participar siempre que sea posible en los beneficios que reporten tales actividades”. Siguiendo a Robert Alexy, a esta norma vamos a denominarla como norma convencional directamente estatuida, mientras que su concreción, que significa la interpretación de esta disposición del Convenio 169 y demás normas afines, vamos a denominarlas como normas constitucionales o convencionales adscritas o adheridas<sup>283</sup>.

Ciertamente, las diferentes normas adscritas solo se podrán precisar en el caso concreto, y no en abstracto. No obstante, identificamos algunas normas, formulada en los siguientes términos deónticos, siguiendo la terminología de Alexy:

*Norma 15.1*

*Está ordenado, a los funcionarios del Gobierno central, y de los Gobiernos Regionales y Municipales, y a los demás funcionarios pertinentes y competentes, disponer lo necesario, a efectos que los pueblos indígenas en cuyo territorio se realizan actividades extractivas, turísticas, de conservación o construcción de infraestructura pública, autorizadas por el sector correspondientes, se beneficien de las mismas.*

*Norma 15.2*

*Está ordenado, a los funcionarios del Gobierno central, y de los Gobiernos Regionales y Municipales, y a los demás funcionarios pertinentes y competentes, que el beneficio que recibirán los pueblos indígenas por la realización de actividades extractivas, turísticas, de conservación o construcción de infraestructura pública en sus territorios, sea diferente de la indemnización y compensación por daños de cualquier tipo, de la servidumbre petrolera, de la venta de sus tierras o por concepto de expropiación, y de cualquier otro gasto o inversión que*

---

<sup>283</sup> Alexy, Robert (1993). *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, pp. 63-73.

*el Gobierno, en todos sus niveles, realice de forma ordinaria y se destine a la población en general.*

*Norma 15.3*

*Está ordenado, a los funcionarios del Gobierno central, y de los Gobiernos Regionales y Municipales, y a los demás funcionarios pertinentes y competentes, que el beneficio que recibirán los pueblos indígenas por la realización de actividades extractivas turísticas, de conservación o construcción de infraestructura pública en sus territorios, no esté condicionado ni implique la renuncia de derechos, sea irrenunciable, sea consultado con las comunidades o pueblos indígenas, debiendo obtenerse su consentimiento, y utilizado en su beneficio colectivo, de acuerdo a su propio modelo de desarrollo y cosmovisión.*

*Norma 15.4*

*Está ordenado que todo pueblo indígena, en cuyo territorio ancestral se realiza actividad extractiva fundamentalmente minera o petrolera, sea porque se explota, procesa o transporta los concentrados o el crudo o gas, y son afectados por tales actividades de forma directa, tienen el derecho a beneficiarse del mismo, bajo responsabilidad del sector estatal, que autoriza y fiscaliza la actividad.*

*Norma 15.5*

*Está ordenado, a los funcionarios Gobierno central, y de los Gobiernos Regionales y Municipales, y a los demás funcionarios pertinentes y competentes, disponer lo necesario, a efectos que sea en el marco de los procesos de consulta previa, cuando concrete la manera de obtener el beneficio que estos deberán recibir por la realización de actividades extractivas en sus territorios.*

*Norma 15.6*

*Está ordenado, a los funcionarios del Gobierno central, y de los Gobiernos Regionales y Municipales, y a los demás funcionarios pertinentes y competentes, disponer lo necesario, a efectos que el beneficio que estos deberán recibir por la realización de actividades extractivas turísticas, de conservación o construcción de infraestructura pública en sus territorios sea razonable, justo, adecuado, equitativo y proporcional a los impactos producidos”.*

Todas estas normas se desprenden no solo del artículo 15.2 del Convenio 169, sino del *corpus* jurídico universal e interamericano.

#### **2.2.14. Tutela jurisdiccional del derecho de los pueblos indígenas a beneficiarse de las actividades extractivas en sus territorios**

Se trata de un derecho que podría ser exigido en principio a través de un proceso de amparo. Y dado que es un derecho prestacional, es decir, que implica una acción de parte de la administración pública o de una empresa, este podrá ser exigido judicialmente incluso luego de los 60 días hábiles de la ocurrencia del hecho lesivo, como lo exige el artículo 45 del Nuevo Código Procesal Constitucional, en este caso, del inicio de la explotación de los recursos naturales.

En efecto, el artículo 45.5 del mencionado Nuevo Código Procesal Constitucional precisa que cuando se trata de un hecho lesivo, de naturaleza omisivo, no corre el plazo, pues se entiende que estamos ante una violación continua. Esto significa, que la vía del amparo es el remedio procesal adecuado, a pesar de que el proyecto extractivo lleva ya algunos años.

Asimismo, a propósito del artículo 7.2 del Nuevo Código Procesal Constitucional, que recoge la naturaleza residual de los amparos, que establece la improcedencias de estas cuando existan vías igualmente satisfactorias, el TC ha señalado en su jurisprudencia, que cuando se trata de

sectores sociales con un elevado nivel de violación en sus derechos, como los pueblos indígenas, deberá entenderse que la vía es el amparo, tal como lo precisó el TC en los fundamentos 8, 9 y 10 de la RTC No 00906-2009-AA.





## CAPÍTULO III

### LA IMPLEMENTACIÓN DEL DERECHO DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS A BENEFICIARSE DE LAS ACTIVIDADES EXTRACTIVAS EN SUS TERRITORIOS EN EL PERÚ

#### 3.1. La violación sistemática del derecho de los pueblos indígenas a beneficiarse de las actividades extractivas en sus territorios

En el Perú no se respeta el derecho de los pueblos indígenas a beneficiarse de las actividades extractivas en sus territorios en el Perú. La prueba de ello es que, salvo un caso, este beneficio no ha sido fijado en los procesos de consulta previa sobre actividades extractivas mineras y petroleras. Lo han ignorado. ¿Si no fue contemplado estamos ante una renuncia del derecho de los pueblos indígenas a beneficiarse de las actividades extractivas en sus territorios? ¿Podría obligarse a un pueblo indígena a renunciar a derechos de rango constitucional en el marco de un proceso de consulta? ¿Podría de manera previa al proceso de consulta obligarse a un pueblo a hacerlo? ¿Cuándo exigirlo si este no fue fijado en los procesos de consulta previa? Urge dar respuestas a estas preguntas, pues son problemas reales que surgen en la implementación de este derecho.

##### 3.1.1. Balance del desconocimiento de este derecho en los procesos de consulta previa realizados

El Ministerio de Energía y Minas y el Ministerio de Cultura han sido incapaces de cumplir con el respeto al derecho de los pueblos indígenas a beneficiarse de las actividades extractivas en sus territorios<sup>284</sup>. Como a continuación advertiremos, existe un incumplimiento sistemático del derecho bajo análisis en

---

<sup>284</sup> Ruiz Molleda, Juan Carlos y Julio Mejía Tapia (2018). *MINEM y MINCU violan sistemáticamente el derecho de los pueblos indígenas a beneficiarse de las actividades extractivas en sus territorios* [en línea]. Ver: <https://revistaideele.com/ideele/content/minem-y-mincu-violan-sistem%C3%A1ticamente-el-derecho-de-los-pueblos-ind%C3%ADgenas-beneficiarse-de>.

los procesos de consulta previa –el espacio idóneo para tal fin– realizados hasta la fecha.

N° de consulta	Proceso de consulta	Ubicación	Pueblo	Comunidades involucradas	Acuerdos respecto de los beneficios.
<b>HIDROCARBUROS</b>					
1	Lote 169 <sup>285</sup>	Ucayali (Atalaya y Coronel Portillo)	Asháninka, Ashéninka y Yaminahua	17	No acordaron
2	Lote 195 <sup>286</sup>	Ucayali (Padre Abad y Huánuco (Puerto Inca)	Kakataibo y Shipibo – Konibo	9	Perupetro se compromete a trasladar a la PCM el pedido del pueblo Kakataibo de acceder a los beneficios de las actividades petroleras como señala el artículo 15 del Convenio 169 de la OIT.
3	Lote 164 <sup>287</sup>	Loreto (Requena y Ucayali)	Capanahua y Kukama - Kukamiria	5	Perupetro se compromete a comunicar al Ministerio de Energía y Minas el pedido de los pueblos indígenas Kukama-Kukamiria y Capanahua, sobre recibir directamente los montos del “Canon Petrolero” que le corresponden de acuerdo a ley.
4	Lote 189 <sup>288</sup>	Ucayali (Atalaya y Coronel Portillo)	Asháninka, Ashéninka, y Shipibo - Konibo	37	No acordaron.
5	Lote 175 <sup>289</sup>	Junín (Satipo) y Ucayali (Atalaya)	Asháninka, Ashéninka, Yine, Amahuaca, Matsigenka	83	Perupetro se compromete a comunicar al Ministerio de Energía y Minas el pedido de los pueblos indígenas, sobre recibir directamente los montos del “Canon Petrolero y Gasífero” que les corresponden de acuerdo con la ley. Ministerio de Cultura, los pueblos indígenas y sus organizaciones representativas convocarán a las entidades competentes y otros para la elaboración de un proyecto de ley para recibir en forma directa fondos

<sup>285</sup> Ver acta de consulta previa de Lote 169 en: <http://consultaprevia.cultura.gob.pe/wp-content/uploads/2014/09/ACTA-DE-CONSULTA2.pdf>

<sup>286</sup> Ver acta de consulta previa de lote 195 en: <http://consultaprevia.cultura.gob.pe/wp-content/uploads/2014/11/ACTA-DE-CONSULTA.pdf>

<sup>287</sup> Ver acta de consulta previa de Lote 164 en: <http://consultaprevia.cultura.gob.pe/wp-content/uploads/2014/10/ACTA-DE-CONSULTA.pdf>

<sup>288</sup> Ver acta de consulta previa de Lote 189 en: <http://consultaprevia.cultura.gob.pe/wp-content/uploads/2014/10/ACTA-DE-CONSULTA1.pdf>

<sup>289</sup> Ver acta de consulta previa del Lote 175 en: <http://consultaprevia.cultura.gob.pe/wp-content/uploads/2014/09/Acta-Di--logo-Intercultural-Lote-175.pdf>

					provenientes del canon para atender obras de infraestructura básica (salud, educación, energía, saneamiento, entre otros).
6	Lote 192 <sup>290</sup>	Loreto (Datem del Marañón, Loreto)	Quechua, Kichwa y Achuar	25	El Estado garantiza la creación de un fondo social a través del contrato de licencia, designado exclusivamente para la ejecución de proyectos de desarrollo y vigilancia ambiental en la zona de influencia del área de contrato. Ese fondo social se conforma por aportes periódicos del contratista, equivalente al 0.75% del valor monetario de la producción fiscalizada, los cuales serán depositados en un fideicomiso privado.
7	Lote 190 <sup>291</sup>	Madre de Dios (Tahuamanu)	Yine	1	No acordaron
8	Lote 191 <sup>292</sup>	Madre de Dios (Tampopata)	Ese Eja, Shipibo, Amahuaca, Yine, Kichwa y Matsigenka	6	La entidad promotora, se compromete a comunicar al Ministerio de Economía y Finanzas y a pedido de los pueblos indígenas del Lote 191 de recibir los beneficios directos a través del "canon petrolero y gasífero". La entidad promotora coordinará con las entidades competentes, el pedido de los pueblos indígenas, para que realicen un seguimiento y fiscalización al cumplimiento de utilizar el porcentaje del canon de acuerdo a ley que reciben los gobiernos regionales y locales que corresponda a las comunidades, y que su utilización se viabilice en la ejecución de proyectos de acuerdo a la identificación de sus necesidades, a través de obras de infraestructura básica y proyectos productivos que desarrollen los gobiernos locales y regionales en coordinación con las comunidades, priorizando las que se encuentran en el ámbito del lote y con la participación de sus organizaciones representativas.
9	Lote 165 <sup>293</sup>	Loreto (Datem del Marañón)	Wampis, Kukama - Kukamiria, Awajun y Shawi	50	La Entidad promotora se compromete a trasladar al Ministerio de Economía y Finanzas y a la Presidencia del Consejo de Ministros, la propuesta de los pueblos indígenas del área del lote, de modificar la Ley de Canon, con el propósito de recibir directamente los beneficios, o

<sup>290</sup>Ver acta de consulta previa del Lote 193 en: <http://consultaprevia.cultura.gob.pe/wp-content/uploads/2015/07/Acta-de-Consulta-L-192-Alto-Pastaza.pdf>.

<sup>291</sup>Ver acta de consulta previa del Lote 190 en: <http://consultaprevia.cultura.gob.pe/wp-content/uploads/2015/02/Acta-de-Consulta.pdf>

<sup>292</sup>Ver acta de consulta previa del Lote 191 en: <http://consultaprevia.cultura.gob.pe/wp-content/uploads/2015/02/ACTA-DE-CONSULTA-PREVIA.pdf>.

<sup>293</sup>Ver acta de consulta previa del Lote 165 en: <http://consultaprevia.cultura.gob.pe/wp-content/uploads/2015/02/Acta-de-Consulta-Lote-165.pdf>.

					a través de un mecanismo para que se destine directamente el 5% en beneficio de las comunidades donde se explota el recurso natural.
10	Lote 197 <sup>294</sup>	Loreto (Maynas)	Kichwa	16	Sobre el canon: El Ministerio de Cultura se compromete a promover la elaboración de una propuesta de modificación normativa de canon para lograr una mejor distribución en beneficio de los pueblos indígenas.
11	Lote 198 <sup>295</sup>	Loreto (Maynas)	Kichwa y Muruimuinan	22	No acordaron
<b>MINERÍA</b>					
12	Proyecto <sup>296</sup> Aurora	Cusco (Calca)	Quechua	1	No acordaron
13	Proyecto <sup>297</sup> Toropunto	Ancash (Pamparomas)	Quechua	1	No acordaron
14	Proyecto <sup>298</sup> Misha	Apurímac (Cotarusi)	Quechua	1	No acordaron
15	Proyecto La Merced <sup>299</sup>	Ancash (Quilla Ayllu y Llaclun)	Quechua	2	No acordaron
16	Proyecto Anama <sup>300</sup>	Apurímac (Huaquirca)	Quechua	1	No acordaron
17	Proyecto <sup>301</sup> Corcapunta	Ancash (Huacyon y Llacllin)	Quechua	2	No acordaron
18	Proyecto	Ayacucho	Quechua	2	No se llegaron a acuerdos con las comunidades.

<sup>294</sup> Ver acta de consulta previa del Lote 197 en: <http://consultaprevia.cultura.gob.pe/wp-content/uploads/2015/02/Acta-de-Consulta-Previa-Lote-197.pdf>.

<sup>295</sup> Ver acta de consulta previa del Lote 198 en: <http://consultaprevia.cultura.gob.pe/wp-content/uploads/2015/02/Acta-de-Consulta-Previa-Lote-198.pdf>.

<sup>296</sup> Ver acta de consulta previa del proyecto minero Aurora en: <http://consultaprevia.cultura.gob.pe/wp-content/uploads/2015/09/Acta-de-consulta-previa-proyecto-de-exploracion-Aurora.pdf>.

<sup>297</sup> Ver acta de consulta previa del proyecto minero Toropunto en: <http://consultaprevia.cultura.gob.pe/wp-content/uploads/2015/11/Acta-de-Evaluacion-Interna-Toropunto.pdf>.

<sup>298</sup> Ver acta de consulta previa del proyecto minero Misha en: <http://consultaprevia.cultura.gob.pe/wp-content/uploads/2016/01/Acta-de-Evaluacion-Interna-Misha.pdf>.

<sup>299</sup> Ver acta de consulta previa del proyecto minero La Merced en: <http://consultaprevia.cultura.gob.pe/wp-content/uploads/2016/05/Acta-de-Consulta-La-Merced.pdf>.

<sup>300</sup> No se llevó a cabo ni la etapa de evaluación interna ni la de diálogo. El MINEM como entidad promotora del Proyecto Minero "Anama" ha dado por concluido el proceso de Consulta Previa. Aún a la espera de la decisión final.

<sup>301</sup> La comunidad campesina de Llaclín no participó. La comunidad campesina de Huacyon, señaló en la etapa de evaluación interna a través del acta del 25 de setiembre de 2016, estar de acuerdo con la medida propuesta por la entidad promotora. El acta de evaluación interna debe considerarse como acta de consulta, disponible en: <http://consultaprevia.cultura.gob.pe/wp-content/uploads/2016/09/2-Acta-de-Evaluacion-Interna-HUACYON.pdf>

	Apumayo 302 (I)	(Para y Chaviña)			
10	Proyecto Apumayo 303 (II)	Ayacucho (Para y Sancos)	Quechua	2	No acordaron
20	Proyecto <sup>304</sup> Puquiopata	Ayacucho (Sauriay)	Quechua	1	No acordaron
21	Proyecto <sup>305</sup> Guadalupe	Ancash (Pararin)	Quechua	1	No acordaron
22	Proyecto Pantería <sup>306</sup>	Huancavelica (Comunidad de Cajamarca)	Quechua	1	No acordaron
23	Proyecto Ares <sup>307</sup>	Arequipa (Orcopampa- Vizcacuto)	Quechua	1	No acordaron
24	Proyecto <sup>308</sup> Corani	Puno (Chacaconiza y Quelcaya)	Quechua	2	No acordaron

De 24 procesos de consulta previa sobre proyectos extractivos realizados con el aval del Viceministerio de Interculturalidad, solo en un caso se ha respetado

<sup>302</sup> No se llegaron a acuerdos con las comunidades. La comunidad de Paras decidió no continuar el proceso de consulta previa y la comunidad de Chaviñas señaló que no está de acuerdo con la actividad minera. Disponible en: <http://consultaprevia.cultura.gob.pe/wp-content/uploads/2016/09/Acta-de-la-Primera-reunion-de-dialogo.pdf>

<sup>303</sup> La comunidad de Para desistió de participar en el proceso, la comunidad de Sancos decidió en la etapa de evaluación interna estar de acuerdo con la medida propuesta por la entidad promotora y de esa manera, con el inicio de actividades del proyecto de explotación Apumayo II. Disponible en: <http://consultaprevia.cultura.gob.pe/wp-content/uploads/2016/09/Evaluacion-Interna-Sancos.pdf>

<sup>304</sup> La comunidad de Sauricay señaló que el Asamblea General Extraordinaria (celebrada el 20 de diciembre de 2016) sea considerada como acta de consulta previa del proyecto minero Puquiopata. Disponible en: <http://consultaprevia.cultura.gob.pe/wp-content/uploads/2016/11/Puquiopata-Acta-Evaluacion-Interna.pdf>

<sup>305</sup> Ver acta de consulta previa del proyecto minero Guadalupe en: <http://consultaprevia.cultura.gob.pe/wp-content/uploads/2016/11/Acta-de-consulta-previa.pdf>

<sup>306</sup> La comunidad de Cajamarca señaló que el Acta de Asamblea General Extraordinaria (10 de junio de 2017) sea considerada como acta de consulta previa del proyecto minero Pantería. Disponible en: <http://consultaprevia.cultura.gob.pe/wp-content/uploads/2017/06/Panter--a-Acta-de-Evaluacion-Interna.pdf>

<sup>307</sup> La comunidad de Orcopampa manifestó encontrarse informada sobre la medida administrativa consultada, Con ello, el Ministerio de Energía y Minas da por concluido este proceso de consulta previa, según lo establecido en el artículo 19.4 del Decreto Supremo N° 001-2012-MC. Disponible en: <http://consultaprevia.cultura.gob.pe/wp-content/uploads/2018/04/Acta-de-evaluacion-interna-Proyecto-Ares.pdf>

<sup>308</sup> Las comunidades de Chacaconiza y Quelcaya señalaron, que el acta de Asamblea General Extraordinaria (10 de junio de 2017) sea considerada como acta de consulta previa. Con ello el Ministerio de Energía y Minas da por concluido este proceso de consulta previa del proyecto minero. Disponible en: <http://consultaprevia.cultura.gob.pe/wp-content/uploads/2018/04/1ACTA-DE-EVALUACION-INTERNA-CHACACONIZA.pdf>  
<http://consultaprevia.cultura.gob.pe/wp-content/uploads/2018/04/1ACTA-DE-EVALUACION-INTERNA-QUELCAYA.pdf>



el derecho de los pueblos indígenas a beneficiarse de las actividades en su territorio. Este fue el proceso de consulta del lote 192. Fuera de este caso, donde se logró un beneficio porque lo exigieron las comunidades, en ningún otro proceso de consulta previa se ha respetado este derecho.

De los procesos de consulta que señalamos, solamente el caso del Lote 195 se hace mención expresa del derecho a compartir los beneficios de las actividades económicas que se desarrollen en los territorios de los pueblos indígenas. Para las consultas de los Lotes 164, 175, 191 y 165, el acuerdo fue que Petroperú comunicaría al Ministerio de Energía y Minas el pedido de recibir directamente el “canon petrolero”, que sabemos está dirigido a los gobiernos regionales, provinciales y distritales y son gastados en gastos corrientes. Los Decretos de Urgencia N° 026-2010 y N° 028-2006, que obligan a estos gobiernos subnacionales a invertir un porcentaje de este en favor de las comunidades nativas afectadas, no se cumplen. Para la consulta del Lote 192 se acordó crear un fondo social de un porcentaje.

Finalmente, en el caso de las consultas para minería, no se registró ningún acuerdo sobre el derecho a compartir beneficios.

### **3.2. La irrenunciabilidad del derecho de los pueblos indígenas a beneficiarse de la actividad extractiva en su territorio<sup>309</sup>**

#### **3.2.1. La irrenunciabilidad de los derechos fundamentales**

Los derechos fundamentales “no son disponibles”. Los particulares y las empresas están obligados a cumplirlos. Como reza el artículo 38 de la Constitución: “Todos los peruanos tienen el deber de [...] respetar, cumplir y defender la Constitución y el ordenamiento jurídico de la Nación”.

---

<sup>309</sup> Ruiz Molleda, Juan Carlos (2015). *A propósito del caso Las Bambas: ¿Son renunciables los derechos de los pueblos indígenas?* [en línea]. Disponible en: <https://www.enfoquederecho.com/2015/12/17/a-proposito-del-caso-las-bambas-son-renunciables-los-derechos-de-los-pueblos-indigenas/>

Esta norma debe leerse en concordancia con el artículo 1 de la Constitución, que consagra la dignidad y su protección como fin supremo del Estado y la sociedad, ámbito donde se encuentran las empresas y otros particulares. Como muy bien precisa el TC, los derechos fundamentales no son “disponibles”: “los derechos fundamentales también vinculan las relaciones entre privados, de manera que quienes están llamados a resolver controversias que en el seno de esas relaciones se pudieran presentar, han de resolver aquéllas a través de las normas jurídicas que regulan este tipo de relaciones entre privados, pero sin olvidar que los derechos fundamentales no son bienes de libre disposición, y tampoco se encuentran ausentes de las normas que regulan esas relaciones inter privados”<sup>310</sup> (subrayado nuestro).

### **3.2.1.1. No es válida la autonomía de la voluntad que incumple la Constitución y el ordenamiento jurídico**

Es evidente que los pueblos indígenas ejercen la autonomía de la voluntad al momento de concretar su derecho a beneficiarse de las actividades extractivas en su territorio. Por ello es preciso que esta sea ejercida de forma compatible con la Constitución. El artículo 2.24.a de la Constitución es muy claro, “[n]adie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe”. Sin embargo, esta autonomía de la voluntad se debe ejercer en el marco del ordenamiento jurídico y no fuera de él. Sobre el particular, el TC ha sido muy claro en señalar que no hay zonas exentas de la fuerza normativa del orden constitucional<sup>311</sup>.

### **3.2.1.2. La libertad de contratar no atentar contra el ordenamiento jurídico**

El acuerdo entre un pueblo indígena y el Estado constituye, en nuestra opinión, un ejercicio de la libertad de contratar. El TC es muy claro, el principio de autonomía de la voluntad tiene un doble contenido: “a. Libertad de contratar,

<sup>310</sup> STC. Exp. N° 00858-2003-AA/TC, fundamento 20.

<sup>311</sup> STC. Exps. N° 0090-2004-AA/TC, fundamento 17; N° 0009-2007-PI/TC y N° 0010-2007-PI/TC (acum.), fundamento 22.

también llamada libertad de conclusión, que es la facultad de decidir cómo, cuándo y con quién se contrata; y b. Libertad contractual [...] también conocida como libertad de configuración interna, que es la facultad para decidir, de común acuerdo, el contenido del contrato”<sup>312</sup>.

Desde esta perspectiva, según este Tribunal, “el derecho a la libre contratación se concibe como el acuerdo o convención de voluntades entre dos o más personas naturales y/o jurídicas para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica de carácter patrimonial. Dicho vínculo –fruto de la concertación de voluntades– debe versar sobre bienes o intereses que posean apreciación económica, tengan fines lícitos y no contravengan las leyes de orden público”<sup>313</sup>.

### **3.2.1.3. Contenido y alcances del principio de “irrenunciabilidad” de derechos**

La Constitución y el Código Civil prohíben la renuncia de derechos constitucionales. El artículo 26.2 de la Constitución es claro al reconocer el principio constitucional del “carácter irrenunciable de los derechos reconocidos por la Constitución y la ley”. En esa misma línea, el artículo 5 del Código Civil reconoce la “irrenunciabilidad de los derechos fundamentales”, en los siguientes términos: “El derecho a la vida, a la integridad física, a la libertad, al honor y demás inherentes a la persona humana son irrenunciables y no pueden ser objeto de cesión”.

Son tres cosas las que destaca el TC cuando hace referencia a este principio: a) alcanza a los derechos reconocidos en la Constitución y la ley; b) también a los tratados internacionales de derechos humanos; y c) toda renuncia de derechos es nula, es decir, no tiene efectos legales. En palabras del TC, la irrenunciabilidad de derechos: “Hace referencia a la regla de no revocabilidad e

---

<sup>312</sup> STC. Exps. N° 00026-2008-PI/TC y 00028-2008-PI/TC (acum.), fundamento 52; y N° 2185-2002-AA/TC, fundamento 2.

<sup>313</sup> STC. Exp. N° 7339-2006-PA/TC, fundamento 47.

irrenunciabilidad de los derechos, reconocidos al trabajador por la Constitución y la ley. Al respecto, es preciso considerar que también tienen la condición de irrenunciables los derechos reconocidos por los tratados de Derechos Humanos, toda vez que estos constituyen el estándar mínimo de derechos que los Estados se obligan a garantizar a sus ciudadanos”<sup>314</sup>.

Añade que “de conformidad con lo establecido en el artículo V del Título Preliminar del Código Civil, la renuncia a dichos derechos sería nula y sin efecto legal alguno. Así, conforme se desprende de lo previsto en el inciso 2) del artículo 26° de la Constitución, la irrenunciabilidad sólo alcanza a aquellos “(...) derechos reconocidos por la Constitución y la ley”<sup>315</sup>.

#### **3.2.1.4. La renuncia de derechos es incompatible con la dimensión objetiva de los derechos humanos**

Los derechos fundamentales poseen una doble dimensión. De un lado, son derechos subjetivos, líquidos y concretos (dimensión subjetiva). Del otro, son a su vez instituciones objetivas, es decir, un conjunto de “valores” que informan todo el ordenamiento jurídico (dimensión objetiva). En palabras del TC: “Los derechos fundamentales que la Constitución reconoce son efectivamente derechos subjetivos, pero también constituyen manifestación de un orden material y objetivo de valores constitucionales en los cuales se sustenta todo el ordenamiento jurídico”<sup>316</sup>.

Esta teoría “objetiva” o también llamada “institucional”, recogida por la jurisprudencia del TC, es doblemente relevante en el caso de los derechos de los pueblos indígenas. Primero, pues significa que estos derechos tienen una doble dimensión. Una subjetiva, cuyo titular son los pueblos indígenas. Esta le asigna la facultad de reclamar y exigir el cumplimiento de la misma, y de otra parte, una dimensión objetiva, que implica un deber de todo funcionario público,

---

<sup>314</sup> STC. Exp. N° 00008-2005-AI/TC, fundamento 24.

<sup>315</sup> *Ibidem*.

<sup>316</sup> STC. Exp. N° 03343-2007-AA/TC, fundamento 6.

independientemente que las personas lo exijan, de respetar la propiedad de las comunidades campesinas y nativas y el medio ambiente, respectivamente.

La dimensión objetiva de los derechos fundamentales plantea dos obligaciones: a) que las leyes se apliquen de acuerdo con estos derechos, y b) la obligación del Estado de protegerlos. En palabras del TC, “[l]os derechos fundamentales que la Constitución reconoce son efectivamente derechos subjetivos, pero también constituyen manifestación de un orden material y objetivo de valores constitucionales en los cuales se sustenta todo el ordenamiento jurídico. Esta última dimensión de los derechos fundamentales se traduce, por un lado, en exigir que las leyes se apliquen conforme a los derechos fundamentales (efecto de irradiación de los derechos en todos los sectores del ordenamiento jurídico) y, por otro, en imponer sobre todos los organismos públicos un deber de tutelar dichos derechos”<sup>317</sup>.

La cobertura del doble carácter de los derechos fundamentales la encontramos en la propia Constitución. Su dimensión subjetiva está recogida en el catálogo de derechos contenidos en el artículo 2 y los derechos procesales del artículo 139. En todos estos casos, lo que se reconoce son derechos exigibles por los particulares. La dimensión objetiva la encontramos en los artículos 1, 44, 45 y 51 de nuestra Carta Política.

### ***3.2.1.5. La renuncia de derechos se produce en contextos de asimetría de poder***

La renuncia de derechos puede producirse en contextos de desigualdad de poder entre comunidades campesinas y grandes empresas privadas o el propio Estado. Esta asimetría tiene varias manifestaciones, pues las empresas cuentan con más recursos económicos, información, asesoría técnica, y -sobre todo- capacidad de esperar largos procesos, que no tienen las comunidades. Ante esta realidad, es necesario preguntarse cuál es la función del Estado.

---

<sup>317</sup> STC. Exp. N° 03343-2007-AA/TC, fundamento 6.



Frente a esta realidad, el TC ha desarrollado una jurisprudencia donde ha insistido en el deber especial de protección de los usuarios y consumidores, cuando se abusa de una posición de dominio sobre estos. Dicha regla deviene en aplicable también en este caso, toda vez que no existe paridad entre comunidades y empresas. Precisa el TC que, “tratándose de negocios jurídicos en los que se insertan determinadas cláusulas generales de contratación, el ejercicio de la libertad contractual y la autonomía privada carece de uno de los presupuestos funcionales de la autonomía privada; particularmente, del sujeto más débil de esa relación contractual. Y es que, no se puede afirmar, sin negar la realidad que, en los convenios suscritos por un individuo aislado, con determinados poderes sociales, o entre personas que tienen una posición de poder económico o de otra índole, existe una relación de simetría e igualdad, presupuesto de la autonomía privada”<sup>318</sup>

En otras palabras, un sujeto contratante “débil” no tiene completa su autonomía privada y menos libertad contractual<sup>319</sup>. Esta situación de asimetría se profundiza cuando materialmente una de las partes que participa en la celebración de un contrato está en situación de pobreza y de necesidad, lo que en los hechos anula su capacidad de incidir en el contenido de las cláusulas.

Como señala el TC, en relación con el Estado social y democrático de Derecho, abrazado por la Constitución de 1993 -distinto del Estado liberal de Derecho)-

---

<sup>318</sup> STC. Exp. N° 00858-2003-AA/TC, f.j. 21.

<sup>319</sup> El español Pedro de Vega llama la atención sobre la existencia de poderes fácticos que terminan imponiéndose sobre grupos aislados, afectando en última instancia el principio de igualdad. Según este autor, “[l]a aparición en el seno de la sociedad corporatista de poderes privados, capaces de imponer su voluntad y *dominium*, con igual o mayor fuerza que los poderes públicos del Estado, determina [...] un nuevo y más amplio entendimiento de la dialéctica libertad-poder” [...]. “En sociedades estructuradas, a las que los individuos se acogen voluntariamente, será el poder de esos grupos y corporaciones el que acabe siempre prevaleciendo sobre los ciudadanos aisladamente considerados. Las relaciones formales de igualdad entre los particulares se transforman entonces en relaciones de preeminencia en las que los grupos hacen valer su *dominium* en una doble perspectiva. Desde el punto de vista interno, el principio de igualdad ante la ley quedará definitivamente conculcado, en la medida en que las disposiciones sancionatorias establecidas por los grupos contra las conductas de los sujetos aislados que se inserten en ellos, inevitablemente prevalezcan sobre la ley. Por otro lado, desde el punto de vista de la actuación externa, la supremacía de unos grupos sobre otros y, en todo caso, sobre los individuos aisladamente considerados, se traducirá en la imposición de condiciones que los más débiles forzosamente deberán aceptar”. Ver: De Vega, Pedro (2002). *La eficacia frente a particulares de los derechos fundamentales*. Ciudad de México: UNAM, pp. 694-695.

,“en la medida que las Constituciones de los Estados liberales presuponían una sociedad integrada, en abstracto, por personas iguales y, por lo tanto, su mayor preocupación fue asegurar la libertad de las personas. Por el contrario, el establecimiento del Estado social y democrático de Derecho parte, no de una visión ideal, sino de una perspectiva social de la persona humana”<sup>320</sup>.

A juicio del TC, esta situación plantea dos exigencias y obligaciones jurídicas muy concretas: restaurar el equilibrio entre las partes y proteger los derechos fundamentales. Así, “recae sobre los órganos del Estado la obligación de restaurar el equilibrio perdido a consecuencia de una relación de desigualdad, y de proteger los derechos fundamentales como sistema material de valores. También en estos casos, como lo ha afirmado el Tribunal Constitucional Federal Alemán, existe una obligación de protección de los derechos fundamentales”<sup>321</sup>.

### ***3.2.1.6. La pasividad del Estado ante la renuncia de derechos de sectores vulnerables es incompatible con el Estado social***

En el Estado liberal todos somos iguales, en consecuencia, el Estado se pone de costado y deja que los particulares se relacionen y contraten porque, en teoría, se encuentran en igualdad de condiciones. El problema es que se hace abstracción de las reales condiciones sociales, económicas, políticas y culturales. Es tan discriminatorio tratar diferentes a los iguales, como tratar igual a los desiguales. Es decir, por ejemplo, una mujer gestante y un hombre soltero no pueden gozar de iguales derechos laborales pues materialmente no están en la misma situación.

El Estado no puede permanecer impasible frente a esta asimetría de poder. Es por eso, que nuestra Constitución ha optado por el Estado social de derecho (artículo 3 y 43 de la Constitución). La consecuencia práctica es la obligación del Estado social de proteger a los pueblos indígenas. En

---

<sup>320</sup> STC. Exp. N° 00042-2004-AI/TC fundamento 1.

<sup>321</sup> STC. Exp. N° 00858-2003-AA/TC, fundamento 22.

este contexto, el Estado los protege por la especial vulnerabilidad en sus derechos. De conformidad con el artículo 59 de la Constitución, “El Estado brinda oportunidades de superación a los sectores que sufren cualquier desigualdad”.

Como muy bien lo explica el TC, “la Constitución de 1993 ha adoptado un modelo de Estado social y democrático de Derecho y no un Estado liberal de Derecho. Esto es importante en la medida que las Constituciones de los Estados liberales presuponían una sociedad integrada, en abstracto, por personas iguales y, por lo tanto, su mayor preocupación fue asegurar la libertad de las personas. Por el contrario, el establecimiento del Estado social y democrático de Derecho parte, no de una visión ideal, sino de una perspectiva social de la persona humana. El enfoque social de la persona humana se condice con el hecho que, en el Estado peruano, los ciudadanos pertenecen a una sociedad que es heterogénea tanto en sus costumbres como en sus manifestaciones culturales”<sup>322</sup>.

Todo esto exige mirar e interpretar la autonomía privada y la libertad contractual de otra manera, ya no desde una perspectiva formal, sino desde una perspectiva material. En efecto, una concepción formal está emparentada con la teoría liberal, que parte del supuesto que todos somos iguales ante la ley. Una concepción material en cambio guarda relación con el Estado social del Derecho, la cual parte de reconocer las diferencias sociales, económicas y de diferente tipo. En esa línea, “el error del liberalismo en su doctrina misma, es decir, que todo contrato se forma y se cumple bajo el signo de la libertad. Si los dos contratantes no están en igualdad de fuerzas, el más potente encuentra en el contrato una victoria sumamente fácil. Impulsado por el interés, que es el móvil más frecuente de las acciones humanas, sacrifica el bien ajeno para su propia satisfacción”<sup>323</sup>.

---

<sup>322</sup> STC. Exp. N° 00042-2004-AI/TC, fundamento 1.

<sup>323</sup> Ripert, Georges (1951). *El régimen democrático y el derecho civil moderno*. Ciudad de México: Editorial José M. Cajica Jr., p. 1948. Citado por: Cárdenas Quiroz, Carlos (2000). *La supuesta santidad de los contratos y el artículo 62 de la Constitución Política del Perú*; en: *Contratación contemporánea. Teoría general y principios*. Lima: Palestra, p. 268.

Es importante advertir la ilegítima renuncia a este derecho por parte de los pueblos indígenas. En efecto, la prohibición de condicionar la renuncia al derecho a la consulta del artículo 4 de la Ley de Consulta Previa, también se debe aplicar al derecho de los pueblos indígenas a beneficiarse de la actividad extractiva en sus territorios.

*“Artículo 4. Principios*

*Los principios rectores del derecho a la consulta son los siguientes:*

*[...]*

*f) Ausencia de coacción o condicionamiento. La participación de los pueblos indígenas u originarios en el proceso de consulta debe ser realizada sin coacción o condicionamiento alguno”.*

Son constantes las presiones y condicionamientos que los dirigentes indígenas reciben por parte de empresas mineras o petroleras, quienes intentan comprar sus voluntades en base a dádivas, premios o estímulos económicos, muchas veces de espaldas a sus propias comunidades<sup>324</sup>. El TC ha reconocido incluso la consulta como dialogo y debate sin coerción y ha establecido la prohibición de la imposición y presiones de las empresas contra los pueblos indígenas<sup>325</sup>.

Otro fenómeno recurrente es el despojo a los pueblos indígenas aprovechándose de su desconocimiento de las normas. Para nadie es un secreto que el Estado y algunas empresas se aprovechan del desconocimiento de los pueblos indígenas de sus propios derechos, con el fin de no cumplir con sus obligaciones<sup>326</sup>. El Convenio 169, previendo esta situación, ha sido muy claro al reconocer que “[d]eberá impedirse que personas extrañas a esos

---

<sup>324</sup> Juan Carlos Ruiz Molleda. La estrategia de "invisibilización" de los derechos de los pueblos indígenas: Comunidades campesinas de Puno firman "Acuerdo Marco". Disponible <https://www.servindi.org/actualidad/102151>.

<sup>325</sup> Sobre el punto, el TC ha reconocido la consulta como dialogo y debate sin coerción (STC. Exp. N° 03343-2007-PA/TC, fundamento 35) y ha establecido la prohibición de la imposición y presiones de las empresas contra los pueblos indígenas, así como la armonía y paz como límites de la libertad de empresa (STC. Exp. N° 06316-2008-PA/TC, fundamento 15).

<sup>326</sup> Instituto del Bien Común. Estrategias del despojo. La propiedad comunal en el Perú. Análisis jurídico de la Ley 30230, Lima, 2015. Disponible en: [http://www.ibcperu.org/wp-content/uploads/2015/12/ESTRATEGIAS\\_DEL\\_DESPOJO\\_bj1.pdf](http://www.ibcperu.org/wp-content/uploads/2015/12/ESTRATEGIAS_DEL_DESPOJO_bj1.pdf).

pueblos puedan aprovecharse de las costumbres de esos pueblos o de su desconocimiento de las leyes por parte de sus miembros para arrogarse la propiedad, la posesión o el uso de las tierras pertenecientes a ellos”. Jamás la mala fe podrá ser un criterio de validez jurídica.

### **3.2.1.7. La obligación de determinar el beneficio a los pueblos indígenas aunque no lo soliciten**

No solo existe un derecho de los pueblos indígenas a beneficiarse de la actividad extractiva en sus territorios. El artículo 15.2 del Convenio 169 ha reconocido la obligación del Estado de otorgar el beneficio, independientemente que se lo soliciten. En esa misma línea se pronuncia la Décima Disposición Complementaria, Transitoria y Final de la Ley de Consulta Previa cuando señala que los pueblos indígenas deberán participar en los beneficios siempre que sea posible.

### **3.2.2. La figura del “acuerdo previo”**

La figura del acuerdo previo entre pueblos indígenas y empresas que realizan actividades extractivas en territorios indígenas, constituye un mecanismo de incumplimiento de los derechos de los pueblos indígenas. Se trata de un mecanismo institucional para incumplir con el derecho de los pueblos indígenas a beneficiarse de la actividad extractiva en su territorio<sup>327</sup>.

#### **3.2.2.1. ¿Qué es el “acuerdo previo”?**

Según el artículo 7 de la Ley de promoción de la inversión privada en el desarrollo de las actividades económicas en las tierras del territorio nacional y de las comunidades campesinas y nativas (Ley N° 26505), “[l]a utilización de tierras para el ejercicio de actividades mineras o de hidrocarburos requiere

---

<sup>327</sup> Ruiz Molleda, Juan Carlos (2013). *Crítica a la figura del “acuerdo previo” entre pueblos indígenas y empresas extractivas que realizan actividades extractivas en los territorios de los primeros* [en línea]. Disponible en: <https://juizmolleda.blogspot.pe/2013/04/critica-la-figura-del-acuerdo-previo.html>



acuerdo previo con el propietario o la culminación del procedimiento de servidumbre que se precisará en el Reglamento de la presente Ley. En el caso de servidumbre minera o de hidrocarburos, el propietario de la tierra será previamente indemnizado en efectivo por el titular de actividad minera o de hidrocarburos, según valorización que incluya compensación por el eventual perjuicio, lo que se determinará por Resolución Suprema refrendada por los Ministros de Agricultura y de Energía y Minas” (resaltado nuestro).

La norma establece una disyunción: acuerdo previo “o” proceso de servidumbre, y, según información de fuentes cercanas al MINEM, son escasísimos los casos en los que se recurre a la servidumbre minera o petrolera. En la gran mayoría de los casos se recurre al acuerdo previo<sup>328</sup>.

En defensa de la figura del acuerdo previo se ha dicho, con razón, que ocurre en un momento diferente al tiempo o a la oportunidad en la que se realiza los procesos de consulta previa, y en ese sentido, en teoría el acuerdo previo no debería impedir, limitar o suplantar o reemplazar los procesos de consulta previa y el derecho de los pueblos indígenas a beneficiarse de las actividades extractivas en sus territorios. Sin embargo, lo real es que, pese a que desde el derecho a la consulta y el derecho de los pueblos indígenas a beneficiarse de las actividades extractivas en sus territorios, es exigible el 2 de febrero de 1995, el derecho de los pueblos indígenas a beneficiarse de la actividad extractiva no se concreta hasta hoy en las actas de los procesos de consulta.

### **3.2.2.2. ¿Cuál es el problema con el acuerdo previo?**

El acuerdo previo es un contrato entre dos privados presuntamente iguales, los cuales contraen una serie de obligaciones en ejercicio de su libertad contractual y autonomía privada. Sin embargo, en la realidad las cosas son distintas.

---

<sup>328</sup> Una fuente del MINEM nos ha informado que son pocos los casos de servidumbres mineras en casos de proyectos extractivos en territorios de comunidades campesinas.

Tenemos, en el mejor de los casos, a una empresa extractiva y una comunidad campesina o nativa. En el peor, a una empresa extractiva y miembros de las comunidades en particular. En ambos casos, es evidente que las partes no tienen la misma capacidad de negociación. Detrás del manto de la libertad contractual no se esconden acuerdos bilaterales, y como estamos en el “terreno privado” (y ahí está el problema), el Estado no interviene.

Existe una obligación estatal de proteger a la parte en mayor desventaja en una relación contractual. En efecto, una de las causas de la violación del derecho de los pueblos indígenas a beneficiarse de las actividades extractivas en su territorio, o mejor dicho de su desconocimiento e invisibilización, es que los procesos de consulta, donde se exige el derecho de los pueblos indígenas a beneficiarse, se realizan en contextos de asimetría de poder.

Es necesario preguntarse cuál es la función o el rol que le corresponde desempeñar al Estado. Recurrimos a la jurisprudencia vinculante del TC. Este ha desarrollado jurisprudencia donde ha insistido en el deber especial de protección de los usuarios y consumidores, cuando se abusa de una posición de dominio sobre éstos. Dicha regla deviene en aplicable, toda vez que no existe paridad entre las partes en el contrato materia de análisis. Este es el caso, por ejemplo, de la sentencia recaída en el expediente N° 0858-2003-AA, sobre el caso de la renta mínima. Esta resulta de aplicación al caso de los acuerdos previos, pues existe una clara y objetiva situación de asimetría entre los pueblos indígenas y las empresas extractivas.

Resulta pertinente recordar lo señalado por el propio TC: “los derechos fundamentales también vinculan las relaciones entre privados, de manera que quienes están llamados a resolver controversias que en el seno de esas relaciones se pudieran presentar, han de resolver aquéllas a través de las normas jurídicas que regulan este tipo de relaciones entre privados, pero sin olvidar que los derechos fundamentales no son bienes de libre disposición, y

tampoco se encuentran ausentes de las normas que regulan esas relaciones *inter privados*<sup>329</sup>.

Los derechos fundamentales no solo se irradian a las relaciones de las personas con el Estado, sino a las relaciones horizontales entre los particulares. No puede perder de vista que, “tratándose de negocios jurídicos en los que se insertan determinadas cláusulas generales de contratación, el ejercicio de la libertad contractual y la autonomía privada carece de uno de los presupuestos funcionales de la autonomía privada; particularmente, del sujeto más débil de esa relación contractual. Y es que no se puede afirmar, sin negar la realidad, que, en los convenios suscritos por un individuo aislado, con determinados poderes sociales, o entre personas que tienen una posición de poder económico o de otra índole, existe una relación de simetría e igualdad, presupuesto de la autonomía privada”<sup>330</sup>. En otras palabras, un sujeto contratante “débil” no tiene en sí completa autonomía privada y menos libertad contractual.

Esta situación de asimetría se profundiza cuando materialmente una de las partes que participan en la celebración de un contrato, está en situación de pobreza y de necesidad, lo que en los hechos anula su capacidad de incidir y de configurar el contenido de la relación contractual y cada una de las disposiciones. Como señala el TC en relación con el Estado social y democrático de derecho abrazado por la Constitución de 1993 (distinto del Estado liberal de Derecho) “en la medida que las Constituciones de los Estados liberales presuponían una sociedad integrada, en abstracto, por personas iguales y, por lo tanto, su mayor preocupación fue asegurar la libertad de las personas. Por el contrario, el establecimiento del Estado social y democrático de Derecho parte, no de una visión ideal, sino de una perspectiva social de la persona humana”<sup>331</sup>.

---

<sup>329</sup> STC. Exp. No 00858-2003-AA, f. j. 20.

<sup>330</sup> STC. Exp. N° 00858-2003-AA/TC, fundamento 21.

<sup>331</sup> STC. Exp. N° 00042-2004-AI/TC fundamento 1.

A juicio del TC, esta situación plantea dos exigencias y obligaciones jurídicas muy concretas: restaurar el equilibrio entre las partes y proteger los derechos fundamentales. Así, “recae sobre los órganos del Estado la obligación de restaurar el equilibrio perdido a consecuencia de una relación de desigualdad, y de proteger los derechos fundamentales como sistema material de valores. También en estos casos, como lo ha afirmado el Tribunal Constitucional Federal Alemán, existe una obligación de protección de los derechos fundamentales”<sup>332</sup>.

En este caso, el deber especial de protección de los derechos de las comunidades se traduce en una obligación de protección frente a la empresa que quiere suscribir acuerdos previos. Se precisa una labor “garantista de los mismos órganos estatales frente a las restricciones de los derechos y libertades fundamentales aceptadas voluntariamente por la parte contratante más débil, es decir, en aquellos casos en los que los presupuestos funcionales de la autonomía privada no están suficientemente garantizados”<sup>333</sup>.

### **3.2.2.3. Necesidad de condiciones para el ejercicio del derecho de los pueblos indígenas a beneficiarse de la actividad extractiva en su territorio**

En nuestra opinión, el problema de fondo es que en los procesos de consulta previa -donde se debe definir y concretar el derecho de los pueblos indígenas a beneficiarse de las actividades en su territorio- no hay condiciones para el diálogo. Existe cierta imposición del Estado para llevar adelante un proyecto sobre territorios de pueblos indígenas, sin medir sus reales impactos<sup>334</sup>.

Los procesos de consulta previa, que son en buena cuenta procesos de diálogo, tienen un límite estructural, por más buena voluntad: la asimetría de

---

<sup>332</sup> STC. Exp. N° 00858-2003-AA/TC, fundamento 22.

<sup>333</sup> *Ibidem*.

<sup>334</sup> Los procesos de consulta en realidad se han convertido en formalidades, pues antes que procesos de diálogo, las consultas se han convertido en la imposición del lado más fuerte. Ver Ruiz Molleda, Juan Carlos y Julio Mejía Tapia. MINEM y MINCU violan sistemáticamente el derecho de los pueblos indígenas a beneficiarse de las actividades extractivas en sus territorios. Disponible <https://revistadeele.com/ideele/content/minem-y-mincu-violan-sistem%C3%A1ticamente-el-derecho-de-los-pueblos-ind%C3%ADgenas-beneficiarse-de>.

poder entre los sujetos en diálogo. No son pocos los convenios de los cuales tomamos conocimiento donde, tras el lenguaje de contrato o acuerdo y en nombre de la libertad contractual, en el fondo se estuvo ante la imposición de la parte fuerte sobre la débil, que se plasma en la renuncia de derechos y en la invisibilización de los derechos de los pueblos indígenas.

Formalmente son acuerdos entre dos partes que han configurado libremente las cláusulas del contrato o del acuerdo, pero materialmente son la imposición de la parte más fuerte, del Estado o empresa involucrada, sobre la comunidad campesina o nativa afectada.

Los filósofos de la cultura llaman la atención sobre dos tipos de interculturalidad: una ingenua o -como Tubino la denomina- funcional a la situación actual de exclusión y de violación sistemática de sus derechos; y una interculturalidad crítica, consciente de las asimetrías de poder. Al respecto, señala Tubino<sup>335</sup>: “Cuando el discurso sobre la interculturalidad sirve -directa o indirectamente- para invisibilizar las crecientes asimetrías sociales, los grandes desniveles culturales internos y todos aquellos problemas que se derivan de una estructura económica y social que excluye sistemáticamente a los sectores subalternizados de nuestras sociedades, entonces es posible decir que se está usando un concepto funcional de interculturalidad pues no cuestiona el sistema post-colonial vigente y facilita su reproducción”<sup>336</sup>.

Y es que “[e]l concepto funcional (o neoliberal) de interculturalidad genera un discurso y una praxis legitimadora que se viabiliza a través de los Estados nacionales, las instituciones de la sociedad civil. Se trata de un discurso y una praxis de la interculturalidad que es funcional al Estado nacional y al sistema socio-económico vigente”<sup>337</sup>.

---

<sup>335</sup> Tubino, F. (2004). *Del interculturalismo funcional al interculturalismo crítico*. En: M. Samaniego y C. Garbarini. *Rostros y fronteras de la identidad*. Temuco: Universidad Católica de Temuco, pp.143-156.

<sup>336</sup> *Ibid.*, pp. 4 y 5.

<sup>337</sup> *Ibid.*, p. 6.



El reconocimiento de estas asimetrías es muy importante a la hora del diálogo y de los procesos de consulta, pues implica reconocer que no hay condiciones para llevarlas a cabo, y que tras ellos no hay otra cosa que imposición, sobre la base de la necesidad y de la precariedad de las condiciones de vida de la población. Es necesario tomar conciencia de esto para no engañarnos a la hora de consultar y concretar el derecho de los pueblos indígenas a beneficiarse de las actividades en su territorio. El punto de partida y la intencionalidad del interculturalismo crítico es radicalmente diferente de aquellos del interculturalismo funcional: “Mientras que el interculturalismo neoliberal busca promover el diálogo sin tocar las causas de la asimetría cultural, el interculturalismo crítico busca suprimirlas (...). Para hacer real el diálogo hay que empezar por visibilizar las causas del no-diálogo”<sup>338</sup>. Este es un elemento para tomarse en serio el derecho de los pueblos indígenas a beneficiarse de las actividades extractivas en su territorio.

En tal sentido, señala Fonet-Betancourt que “[n]o hay [...] que empezar por el diálogo, sino con la pregunta por las condiciones del diálogo. O, dicho todavía con mayor exactitud, hay que exigir que el diálogo de las culturas sea de entrada diálogo sobre los factores económicos, políticos, militares, etc., que condicionan actualmente el intercambio franco entre las culturas de la humanidad. Esta exigencia es hoy imprescindible para no caer en la ideología de un diálogo descontextualizado que favorecería solo los intereses creados de la civilización dominante, al no tener en cuenta la asimetría de poder que reina hoy en el mundo”<sup>339</sup>.

Como anota Rodríguez Garavito, “los procedimientos y los tipos de participación que defienden dejan intocadas las relaciones de poder y reproducen una visión de la esfera pública como espacio de colaboración despolitizado entre actores genéricos”. Y agrega: “la ausencia de garantías procesales que mitiguen las profundas asimetrías de poder entre las comunidades indígenas, las empresas y los estados hace que la consulta sea

---

<sup>338</sup> *Ibidem.*

<sup>339</sup> *Ibidem.*

una forma de participación en la que los pueblos indígenas tienen escaso poder de negociación y un mínimo poder de decisión. Por otro lado, la inexistencia de mecanismos de monitoreo y sanción funcionales recuerdan la preferencia del enfoque de la gobernanza por la autorregulación, lo que explica la ineficacia de las políticas operativas y los estándares voluntarios que reconocen el deber de consultar a los pueblos indígenas”<sup>340</sup>.

Esta falta de asimetría se va a concretar en la sistemática violación del derecho de los pueblos indígenas a beneficiarse de la actividad en sus territorios ancestrales. A continuación, abordamos el problema.

### **3.2.3. Criterios para examinar la validez constitucional de los acuerdos previos en que se concreta los beneficios**

Al momento de resolver diferentes casos de ejercicio abusivo de las libertades contractuales, el TC a través de su jurisprudencia, ha establecido un conjunto de criterios que permiten evaluar la constitucionalidad de los contratos privados en general. Si bien estos constituyen ejercicio del derecho de libre contratación y de la autonomía privada, pueden generar casos de violación a derechos y principios<sup>341</sup>.

Consideramos que estos criterios, desarrollados para evaluar la constitucionalidad de los acuerdos contractuales, pueden servir para evaluar los acuerdos en que se concreta el derecho de los pueblos indígenas a beneficiarse de las actividades extractivas en su territorio, es decir, para evaluar, la correspondencia entre los beneficios que recibe y los impactos que estos proyectos generan.

---

<sup>340</sup> Rodríguez Garavito, C. (2011). *Etnicidad.gov. Los derechos naturales, los pueblos indígenas y el derecho a la consulta previa en los campos sociales minados*. Bogotá: Dejusticia, pp. 32 y 46.

<sup>341</sup> Seguimos lo desarrollado en el excelente trabajo: Mendoza Escalante, Mijail (2009). *Derechos Fundamentales y derecho privado. Eficacia de los derechos fundamentales entre particulares y su protección procesal*. Lima: Grijley, p. 104 y ss.

Como ya sostuvimos, la precisión de los beneficios no es un acto discrecional y unilateral. Este acto está acotado. Esta correspondencia debería concretar y materializar, los principios de beneficio razonable, equitativo justo y proporcional, que antes trabajamos.

Ciertamente, para garantizar que estos beneficios sean justos resulta de crucial importancia contar con información veraz sobre los impactos de los proyectos extractivos o de infraestructura generen, información que se obtiene de los Estudios de Impacto Ambiental o de certificación ambiental. Asimismo, se debe tener información sobre los beneficios que generaran estos proyectos extractivos, lo cual dependerá de los precios de los recursos naturales.

Solo teniendo un conocimiento sobre la envergadura de los impactos de los proyectos en el uso y goce del derecho al territorio y a los recursos naturales, y de los beneficios de estos proyectos en sus territorios, podrá exigirse un beneficio razonable. En el caso, de los proyectos de conservación natural o de los proyectos de utilización de patrimonio genético o los conocimientos y la propiedad inmaterial de o en territorio de los pueblos indígenas, se deberá de tener información sobre los beneficios que esta utilización generará en los terceros, el cual será un criterio y un parámetro clave e indispensable para evaluar la justicia y la razonabilidad del beneficio obtenido por los pueblos indígenas.

En definitiva, solo es posible acercarnos a lo razonable del beneficio si es que este guarda correspondencia con las restricciones y/o los beneficios que estos proyectos en sus territorios generen.

**3.2.3.1. “Paridad contractual distorsionada” o “asimetría de partes contractuales” y contenido manifiestamente gravoso de la cláusula**

El tema central es evaluar en qué medida las partes contratantes ejercieron su autonomía privada, es decir, en qué medida pudieron decidir libremente el contenido del contrato.

La premisa es la siguiente, según reconoce el Tribunal Constitucional Federal Alemán<sup>342</sup>: “[e]n el derecho contractual, el equilibrio material de intereses se deriva del consentimiento de voluntades de los sujetos contratantes. Ambos se vinculan y protegen con ello al mismo tiempo sus libertades individuales de acción. Si una de las partes contratantes detenta una preponderancia tan fuerte de modo que él puede fácticamente determinar de modo unilateral el contenido del contrato, entonces este causa para la otra parte contratante una determinación extraña [...] El ordenamiento no puede prever medidas para todas las situaciones donde el equilibrio de negociación es más o menos afectado. Ya por razones de seguridad jurídica un contrato no puede ser cuestionado o corregido posteriormente ante cada trastorno del equilibrio de negociación. Sin embargo, si se trata de una típica conformación del caso donde se advierte una inferioridad estructural de una de las partes contratantes y si las consecuencias del contrato para la parte contratante inferior son inusualmente gravosas, entonces el ordenamiento jurídico civil tiene que reaccionar contra ello y posibilitar correcciones. Ello se deriva de la garantía *iustfundamental* de la autonomía privada [...] y del principio de Estado Social [...]”<sup>343</sup>.

La libertad contractual solo se da en “en el caso de una relación de fuerzas aproximadamente equilibrada de las partes contratantes, sirve como medio de un equilibrio adecuado de intereses y que el equilibrar la paridad contractual distorsionada corresponde a las funciones principales del derecho civil”<sup>344</sup>. El

---

<sup>342</sup> Esta sentencia tiene valor ilustrativo. No podemos olvidar que de conformidad con nuestro TC puede emplear el Derecho Constitucional comparado como “quinto método de interpretación” (STC. Exp. N° 0002-2005-AI/TC, fundamento 45). En realidad, fue Peter Häberle el que precisó que este era el “quinto elemento de interpretación constitucional”. Ciertamente, no basta con citar la sentencia de una corte constitucional extranjera para validar una posición, esta es ilustrativa y no vincula al juez. Su fuerza, sin embargo, está en su consistencia y solidez argumentativa que aporta a la motivación de la resolución propia. Ver: Haberle, Peter (2001). *El Estado Constitucional*. Ciudad de México: UNAM, pp. 162 y ss.

<sup>343</sup> Sentencia BVerfGE 89, 214 (p. 232) Cita por Mijail Mendoza, *op. cit.*, p. 106.

<sup>344</sup> *Ibid.*, p. 233.

análisis de las cláusulas debe poner atención en que los contratos no sirvan como medio de una imposición externa. En ese sentido, se debe evaluar si la estipulación contractual es consecuencia de una fuerza de negociación estructuralmente desigual.

La pregunta siguiente es cuándo estamos ante una situación de “paridad contractual distorsionada” y cuándo el contenido de un contrato es “inusualmente gravoso” o “evidentemente inadecuado”. La ausencia de paridad contractual se da con los supuestos de inexperiencia de una de las partes y el consiguiente aprovechamiento de tal situación por la otra<sup>345</sup>. Lo decisivo es analizar de qué manera se ha llevado a cabo el contrato y, especialmente, cómo se ha comportado la parte contratante inferior<sup>346</sup>. En relación con el contenido gravoso del contrato, el riesgo de responsabilidad asumido no debería de ser inusualmente elevado.

Siguiendo a Mijail Mendoza, un caso interesante y sugerente para el tema que nos interesa viene de la jurisprudencia constitucional del alto tribunal alemán. Una mujer suscribió un acuerdo con el padre del hijo que esperaba en gestación, en el cual, entre otros aspectos, aquél se comprometía, en caso de divorcio, al pago de una pensión mensual de 150 marcos para el menor. Sin embargo, la mujer renunciaba a toda pretensión ulterior o adicional contra el padre por concepto de pensión a favor del menor. El acuerdo celebrado tenía una cláusula previa, donde el padre del menor se comprometía a casarse antes del nacimiento de este. Ello, a condición -gravosa para la madre- de aceptar la renuncia a la pensión alimenticia en caso de que se divorcieran<sup>347</sup>. Dos temas resultan relevantes en este caso que se aplican a la materia de este informe: la “paridad contractual distorsionada” y la del contenido manifiestamente desproporcional del acuerdo o contrato.

---

<sup>345</sup> Sentencia BVerfGE 89, 214 (p. 235) Cita por Mijail Mendoza, *op. cit.*, p. 108.

<sup>346</sup> *Ibidem*.

<sup>347</sup> *Ibid.*, p. 110.



Sostiene el alto tribunal alemán que la protección del matrimonio y de la familia constitucionalmente garantizada, ampara la posibilidad de que la pareja pueda establecer acuerdos relacionados al matrimonio para la época en que tiene lugar o después del mismo. Sin embargo (y acá viene lo interesante) tal potestad tiene límites “ahí donde no es expresión o resultado de una situación de igualdad, sino por el contrario refleja un dominio unilateral basado en posiciones de negociación no igualitarias”<sup>348</sup>. En este sentido, “si el acuerdo contiene una distribución de cargas visiblemente unilateral en perjuicio de la mujer y si este ha sido celebrado antes del matrimonio y en el contexto de su estado de gestación, la protección de la madre futura impone someter el acuerdo a un especial control judicial de su contenido y, así llevar a cabo un control material que prevea protección ante la presión e imposición de su entorno social o del padre del hijo, especialmente cuando se impone de ese modo acuerdos contrarios a su voluntad”<sup>349</sup>.

Como refiere el tribunal, tal situación de inferioridad se presenta cuando la gestante es puesta en la situación de decidir ante la posibilidad de tener que soportar por sí sola la manutención del hijo o comprometer al padre con tal responsabilidad a través del matrimonio, aun a costa de un acuerdo fuertemente gravoso. Su posición de negociación es debilitada por la situación fáctica en que se encuentra como madre soltera y, especialmente, por los esfuerzos para asegurar su propia existencia y la del niño que espera<sup>350</sup>. En esta decisión intervienen de modo significativo la perspectiva económica de la madre soltera, la preocupación por el futuro del menor y la presión ante el próximo nacimiento de este, factores que en definitiva configuran una típica posición de inferioridad de una mujer en gestación como parte contractual<sup>351</sup>.

En cuanto a la desproporcionalidad de la carga asumida, la renuncia a la pensión por parte de la madre es analizada por el tribunal a la luz del derecho a la protección y asistencia de la madre por parte de la comunidad que reconoce

---

<sup>348</sup> *Ibidem*

<sup>349</sup> *Ibidem*.

<sup>350</sup> Sentencia BVerfGE 103, 89, (p. 102). Citada por Mijail Mendoza, *op. cit.*, p. 111.

<sup>351</sup> Sentencia BVerfGE 103, 89, (pp. 100, 102, 105 y 106) Citada por: Mendoza, *op. cit.*, p. 111.

la Constitución alemana. La cuestión central es si la gestante, dada su disparidad contractual frente al padre del concebido en la suscripción de tal acuerdo, ha asumido un “perjuicio insoportable”, una “carga manifiestamente perjudicial”, “masivamente contraria a sus intereses”, “sin consideración adecuada alguna de estos”, una “carga desproporcional”<sup>352</sup>.

El Tribunal establece como regla que si bien la renuncia a pensión alimenticia posmatrimonial puede admitirse en parejas donde ambas personas tienen trabajo y comparten los deberes frente a los hijos, ello no puede aceptarse en parejas donde una de las personas tiene como responsabilidad única el cuidado de los hijos y el trabajo en casa. Se está partiendo de la irrenunciabilidad de la pensión alimenticia de la madre, de una norma conforme a la cual, la madre divorciada, dedicada exclusivamente al cuidado de los hijos y el trabajo de casa, no puede renunciar al derecho a una pensión alimenticia. En ese contexto establece una regla general según la cual “cuanto más se renuncia derechos y se asume deberes adicionales en el acuerdo, tanto más se incrementan efectos de perjuicio unilateral”<sup>353</sup>.

El tribunal concluye que la madre gestante había comprometido sus intereses de manera desproporcional, porque había renunciado a su propia pensión alimenticia y, además, había asumido la carga de la manutención del hijo, después del divorcio, prácticamente sola, como consecuencia de haber renunciado a toda pretensión alimenticia de aquel, mayor a la de 150 marcos. Por el contrario, en este contexto, el padre no tenía nada a que renunciar. La renuncia a su propia pensión alimenticia la ponía en una situación económica difícil, dado que se asumía por la pareja que, en caso de divorcio, sería la madre la encargada de la custodia del menor, lo cual hacía difícil su posibilidad de trabajar para su propia manutención y la del menor<sup>354</sup>. En resumen, la exigencia constitucional de paridad contractual se configura en la jurisprudencia

---

<sup>352</sup> *Ibidem*.

<sup>353</sup> Sentencia BVerfGE 103, 89, (p. 105). Citada por: Mendoza, *op. cit.*, p. 112.

<sup>354</sup> *Ibidem*.

del tribunal alemán como un límite inmanente o interno de la autonomía, constitucionalmente entendida<sup>355</sup>.

### **3.2.3.2. Clausulas o acuerdos manifiestamente irrazonables o autorrestricción irrazonable de derechos constitucionales**

Para evaluar este criterio utilizaremos la sentencia del TC recaída en el expediente N° 0858-2003-AA/TC, a la que ya nos hemos referido. El debate es si la cláusula de un contrato de adhesión es válida en un contexto de absoluta asimetría de poder. Dicha cláusula establecía la obligación de una persona de estar vinculada contractualmente a una empresa de telefonía durante un período determinado, a lo largo del cual debía abonar un “cargo fijo”, “renta básica” o “renta mínima”, aparentemente, con independencia de la prestación del servicio.

Para el TC, dicha cláusula es palmariamente inconstitucional, porque estaría afectando la libertad contractual en su dimensión negativa, esto es, la libertad de desligarse del vínculo contractual a causa del incumplimiento de la obligación por una de las partes<sup>356</sup>. Para Mendoza, la cuestión decisiva de cuándo se afectan derechos depende de si se está ante una “irrazonable autorrestricción del ejercicio de sus derechos fundamentales”<sup>357</sup>.

En otro caso sugerente, el TC discute si una cláusula de un contrato privado de servicio de facturación individualizada por servicio de agua, celebrado entre una empresa proveedora del servicio de agua y la junta de propietarios de una comunidad de viviendas, afectaba o no el derecho a la vida y a la salud de uno de los propietarios de vivienda que no había incurrido en mora. El demandante sufrió el corte del servicio de agua por la empresa, la cual justificaba tal acto en la mencionada cláusula<sup>358</sup>. La cláusula contractual cuestionada establecía que

---

<sup>355</sup> *Ibid.*, p. 113.

<sup>356</sup> STC. Exp. N° 0858-2003-AA/TC, fundamento 22.

<sup>357</sup> Mendoza, *op. cit.*, p. 23.

<sup>358</sup> STC. Exp. N° 06534-2006-PA/TC, fundamento X.

la empresa prestadora del servicio podía rescindir el contrato y suspender el servicio si el 25% de usuarios adeudaba por más de dos meses.

Para el TC se trataba de una cláusula contractual manifiestamente irrazonable y fuera del sentido común resultaba incompatible con la propia libertad de contrato<sup>359</sup>. La “irrazonabilidad” de esta cláusula residiría en que la morosidad de algunas personas ocasionaba el corte del servicio del resto de ellas, de modo que el “usuario no moroso” “es perjudicado por incumplimiento del usuario moroso”<sup>360</sup>.

Esta última sentencia trabaja otro tema, que es que la referida cláusula trae consigo una irrazonable autorrestricción de derechos fundamentales<sup>361</sup>. Para el TC, esta residiría en la facultad de suspensión del servicio de agua a los usuarios que la cláusula habilita a la empresa proveedora del servicio. El corte del servicio del agua potable constituye una “afectación de intensidad ostensiblemente grave” al derecho a la salud y al derecho a la dignidad<sup>362</sup>. Aun cuando la empresa tiene derecho a cobrar sus acreencias, esto no puede hacerse a costa de un derecho de tanta importancia, más aún el TC demuestra que había otras maneras de obtener lo mismo, sin sacrificar tanto.

### **3.3. Intento de concretar el derecho de los pueblos indígenas a beneficiarse de las actividades extractivas en sus territorios**

No ha habido un expreso desarrollo normativo del derecho de los pueblos indígenas a beneficiarse de las actividades extractivas en sus territorios. Existe, en cambio, un conjunto de normas que han, objetivamente, regulado la posibilidad que las comunidades nativas se beneficien de las actividades de explotación de recursos naturales. Entre otros casos, se regulan algunas instituciones jurídicas que podrían ser herramientas útiles para hacer efectivo el derecho.

---

<sup>359</sup> *Ibid.*, fundamento 3.

<sup>360</sup> *Ibid.*, fundamento 4.

<sup>361</sup> *Ibid.*, fundamento 6.

<sup>362</sup> Mendoza, *op. cit.*, p. 116.

Como veremos a continuación, todos estos esfuerzos tienen dificultades, pues no logran desarrollar la naturaliza de este derecho. A continuación, analizaremos normas legales y reglamentarias, que constituyen experiencias de desarrollo normativo; en nuestra opinión, esfuerzos fallidos.

### **3.3.1. Derecho de configuración autónoma de los pueblos indígenas a beneficiarse de las actividades extractivas en su territorio**

Este derecho ha sido reconocido recientemente en la décima disposición final del Reglamento de la Ley de Consulta Previa. Aparentemente, esta norma no incorpora elementos nuevos, no obstante, incorpora elementos sustantivos. Esta norma plantea 3 elementos nuevos. Primero, este derecho es recogido por primera vez a nivel interno de manera clara, y con referencia expresa al artículo 15.2 del Convenio 169 de la OIT. En segundo lugar, este desarrollo reglamentario ratifica que es la consulta previa la oportunidad donde debe determinarse el beneficio que deben obtener los pueblos indígenas. No obstante, ya en el artículo 15.2 del Convenio 169 de la OIT, se sugiere que este beneficio debe obtenerse a propósito del proceso de consulta previa, cuando se regula este derecho, precisamente en la norma en que se regula la consulta de las actividades extractivas.

#### *Décima.- Participación en los beneficios*

*Conforme a lo señalado en el artículo 15 del Convenio 169 de la OIT, los pueblos indígenas deberán participar siempre que sea posible en los beneficios que reporte el uso o aprovechamiento de los recursos naturales de su ámbito geográfico, y percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de las mismas, de acuerdo a los mecanismos establecidos por ley.*

Un tercer aporte es cuando precisa que los beneficios se desprenden del “uso y aprovechamiento” de los recursos naturales. En nuestra opinión, cuando esta



norma dice que el “uso y aprovechamiento” de los recursos naturales sustenta el derecho de los pueblos indígenas a beneficiarse, plantea un nuevo elemento. El fundamento del derecho de los pueblos indígenas a beneficiarse de las actividades extractivas en sus territorios, ya no está -solamente- en la restricción del uso y goce del derecho sobre sus territorios y recursos naturales, como lo planteo la Corte IDH, sino en el uso y aprovechamiento y recursos naturales. Esto implica, que lo que obtenga las empresas extractivas, de infraestructura o por acciones de conservación, turísticas y por uso del patrimonio genético o propiedad inmaterial será tenido en cuenta al momento de concretar el beneficio.

El problema con este argumento es que algunos de estos recursos naturales explotados son propiedad del Estado, quien lo entregan en concesión como lo ordena el artículo 66 de la Constitución:

*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.*

Esta norma entra en colisión con el artículo 15.1 del Convenio 169 de la OIT, que precisa que los pueblos indígenas tienen derecho a la utilización de los recursos naturales que existen en sus territorios.

#### *Artículo 15*

*1.- Los derechos de los pueblos interesados a los recursos naturales existentes en sus tierras deberán protegerse especialmente. Estos derechos comprenden el derecho de esos pueblos a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos*

La Corte IDH ha armonizado y ha resuelto esta tensión entre los artículos 66 de la Constitución y el 15.1 del Convenio 169 de la OIT, y ha señalado que los pueblos indígenas tienen derecho no a todos los recursos naturales, sino a los recursos que han usado tradicionalmente. Esto significa que recursos como el petrolero o el gasífero o el minero, no estaría dentro de los alcances del artículo 15.1 del Convenio 169 de la OIT.

*“De acuerdo con la jurisprudencia de la Corte según lo establecido en los casos Yakye Axa y Sawhoyamaya, los integrantes de los pueblos indígenas y tribales tienen el derecho de ser titulares de los recursos naturales que han usado tradicionalmente dentro de su territorio por las mismas razones por las cuales tienen el derecho de ser titulares de la tierra que han usado y ocupado tradicionalmente durante siglos. Sin ellos, la supervivencia económica, social y cultural de dichos pueblos está en riesgo [...]”<sup>363</sup>. (Resaltado nuestro)*

En tal sentido, lo incorporado por el reglamento de la ley de consulta previa no parece consonante con lo establecido por la Corte IDH. En otras palabras, no resulta adecuado que los pueblos indígenas se beneficien por recursos que no son de su propiedad, aun cuando estén en su territorio, sino por los recursos que si son de su propiedad.

La consecuencia es evidente. La regla establecida por el reglamento de la ley de consulta, cuando dice que este derecho se desprende del uso y aprovechamiento de los recursos naturales solo será válida, cuando este derecho surja a propósito de actividades de conservación, de las actividades turísticas y de las actividades de uso y explotación del patrimonio genético o de los conocimientos inmateriales de los pueblos, pero no cuando se trata de aprovechamiento de recursos naturales como la minería y petróleo, que en principio no les pertenecen a las comunidades sino al Estado.

---

<sup>363</sup> Corte IDH. Caso del Pueblo Saramaka contra Surinam. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007, párr. 121.

No obstante, hay otras modalidades a través de las cuales los pueblos indígenas son beneficiados.

### **3.3.2. Porcentaje del canon y sobre canon petrolero**

#### **3.3.2.1. El canon en la Constitución**

El canon es definido por el artículo 77 de la Constitución, modificado por la Ley N° 26472, publicada el 13 de junio de 1995, como la participación del impuesto a la renta por la explotación de los recursos naturales:

*Corresponde a las respectivas circunscripciones, conforme a ley, recibir una participación adecuada del impuesto a la renta percibido por la explotación de los recursos naturales en cada zona, en calidad de canon.*

#### **3.3.2.2. Los beneficios de las comunidades en la Ley de Canon**

Una de las primeras normas en contemplar la participación de los pueblos indígenas en los beneficios de la actividad petrolera fue el artículo 2 de la Ley de Canon, aprobada por Ley N° 27506 y publicada el 10 de julio del año 2001.

*La presente Ley determina los recursos naturales cuya explotación genera canon y regula de manera general **su distribución en favor de las municipalidades y gobiernos regionales, centros poblados y comunidades** en cuya circunscripción se hallan dichos recursos, de conformidad con lo establecido por el Artículo 77 de la Constitución Política del Perú. (Resaltado nuestro)*

Esta norma fue modificada sucesivas veces. La primera mediante el artículo 1 de la Ley N° 28077<sup>364</sup>, publicada el 26 de setiembre del año 2003. Esta modificación resulta relevante pues excluye a las comunidades nativas:

*La presente Ley determina los recursos naturales cuya explotación genera canon y regula **su distribución en favor de los gobiernos regionales y gobiernos locales** de las circunscripciones donde se hallan dichos recursos.*

### **3.3.2.3. Los beneficios de las comunidades en el Reglamento de la Ley de Canon**

Inicialmente, el artículo 3 del Decreto Supremo N° 005-2002-EF -reglamento de la Ley de Canon- no contemplaba a las comunidades nativas como beneficiarias:

*El Canon será distribuido a las Municipalidades Provinciales y Distritales de la Provincia o Provincias del Departamento o Departamentos y a los Gobiernos Regionales en cuya circunscripción se exploten o utilicen los recursos naturales. **Las autoridades de las Municipalidades bajo responsabilidad coordinarán con los centros poblados y comunidades que se encuentren ubicados en su circunscripción territorial para la ejecución de gastos de inversión.***

*Para la distribución de los ingresos provenientes del Canon entre las municipalidades distritales y provinciales, se utilizará la Cartografía Digital Censal elaborada por el Instituto Nacional de Estadística e Informática - INEI, que demarca las circunscripciones territoriales de los distritos y provincias del país, hasta que se disponga la cartografía oficial con precisión de límites de la totalidad de distritos y provincias del país.  
(Resaltado nuestro)*

---

<sup>364</sup> Esta norma fue modificada nuevamente por el artículo 1 de la Ley N° 28322, publicada el 10 de agosto de 2004, la misma que no incorporó cambios en la exclusión de las comunidades nativas.

El artículo 3 del Decreto Supremo N° 005-2002-EF fue modificada por Decreto Supremo N° 187-2004-EF, introduciendo la participación en el canon de las comunidades donde se explota el recurso natural:

*Los recursos que los gobiernos locales reciban por concepto de Canon se utilizarán de manera exclusiva en gastos de inversión, debiendo observar según corresponda las disposiciones del Sistema Nacional de Inversión Pública aplicables. Asimismo, **los gobiernos locales donde se efectúa la actividad de explotación deberán destinar el 30% (treinta por ciento) del monto que les corresponda según lo establecido en el literal a) del numeral 5.2 del artículo 5° de la Ley N° 27506, Ley de Canon, a la inversión productiva para el desarrollo sostenible de las comunidades donde se explota el recurso natural. Dicho monto será comunicado a los respectivos gobiernos locales por el Consejo Nacional de Descentralización. (Resaltado nuestro)***

Posteriormente, la Ley N° 28322 modificó diferentes artículos de la ya modificada Ley de Canon. Así, se estableció que el 30% de lo que reciban los gobiernos subnacionales deberán ser invertidos en favor de pueblos indígenas en cuyo territorio se explota los recursos naturales:

(...)

*5.2 El canon será distribuido entre los gobiernos regionales y locales de acuerdo a los índices de distribución que fije el Ministerio de Economía y Finanzas en base a criterios de Población y Necesidades Básicas Insatisfechas. Su distribución es la siguiente:*

*a) El 10% (diez por ciento) del total recaudado para los gobiernos locales de la municipalidad o municipalidades distritales donde se encuentra localizado el recurso natural.*



b) El 25% (veinticinco por ciento) del total recaudado para los gobiernos locales de la provincia o provincias donde se encuentra localizado el recurso natural, excluyendo al distrito o distritos productores.

c) El 40% (cuarenta por ciento) del total recaudado para los gobiernos locales del departamento o departamentos de las regiones, excluyendo a la provincia o provincias donde se encuentra el recurso natural.

d) El 25% (veinticinco por ciento) del total recaudado para los gobiernos regionales donde se encuentra el recurso natural.

El 100% (cien por ciento) del monto a distribuir corresponde a lo generado por el canon en cada región o regiones en cuya circunscripción se encuentran los recursos naturales.

(...)

*Segunda.- Del total recaudado a que se refiere el literal a) del numeral 5.2 del artículo 5 de la Ley N° 27506, sustituido por el artículo 2 de la presente Ley, se **destinará el treinta por ciento (30%) a la inversión productiva para el desarrollo sostenible de las comunidades donde se explota el recurso natural.** (Resaltado nuestro)*

Más adelante, mediante el Decreto Supremo N° 187-2004-EF, se modificó el Decreto Supremo N° 005-2002-EF, reglamento de la Ley de Canon. En esta norma se estableció que el 30% de lo recibido por concepto de canon deba destinarse al desarrollo sostenible de las comunidades donde se explota el recurso natural.

*Los recursos que los gobiernos locales reciban por concepto de Canon se utilizarán de manera exclusiva en gastos de inversión, debiendo observar según corresponda las disposiciones del Sistema Nacional de Inversión Pública aplicables. Asimismo, los gobiernos locales donde se efectúa la actividad de explotación deberán destinar el 30% (treinta por ciento) del monto que les corresponda según lo establecido en el literal a) del numeral 5.2 del artículo 5° de la Ley N° 27506, Ley de Canon a la inversión productiva **para el desarrollo sostenible de las***

**comunidades donde se explota el recurso natural. Dicho monto será comunicado a los respectivos gobiernos locales por el Consejo Nacional de Descentralización.**

Sin embargo, serán dos decretos de urgencia los que expresen de manera más clara este derecho. Nos referimos al Decreto de Urgencia N° 028-2006, que estableció que el 5% del canon petrolero que reciben los gobiernos regionales y locales deberá invertirse a favor de las comunidades campesinas y nativas ubicadas en las respectivas zonas de explotación de recursos naturales. De igual manera, el Decreto de Urgencia N° 026-2010, que determinó que los gobiernos regionales y locales destinen el 10% y 5%, respectivamente, de los fondos que les son asignados por concepto de canon y sobre canon petrolero, a favor de las comunidades nativas. Según el artículo 2 de la mencionada norma:

*Artículo 2. - Asignación de fondos a las comunidades campesinas y nativas ubicadas en las zonas de explotación de recursos naturales petroleros*

*2.1 Para efecto de lo establecido en el artículo anterior, los Gobiernos Regionales destinan el diez por ciento (10%) y los Gobiernos Locales destinan el cinco por ciento (5%) de los fondos que les son asignados por concepto de canon y sobre canon petrolero para lo siguiente:*

- a) Obras de infraestructura básica en educación, salud, energía eléctrica, agua, saneamiento, pequeños sistemas de riego, minipresas, apertura de trochas carrozables, puentes y muros de contención;*
- b) Equipamiento, mantenimiento, reparación y rehabilitación de centros de salud y educativos;*
- c) Capacitación técnica y fortalecimiento de las capacidades de gestión en educación y salud;*
- d) Atención de las madres embarazadas y en periodo de lactancia y de niños menores de seis (6) años por los sistemas de salud y educación;*

*e) Capacitación y educación para madres en la preparación de alimentos y prácticas saludables en el cuidado de los niños; y,*

*f) Campañas de alfabetización.*

*2.2 Los proyectos de inversión pública y el gasto social comprendidos en la presente norma, serán ejecutados bajo la modalidad de núcleos ejecutores en las comunidades campesinas y nativas ubicadas en las zonas de explotación de los recursos naturales que generan canon y sobrecanon petrolero.*

*2.3 Los proyectos de inversión pública y el gasto social que se ejecuten en el marco del presente Decreto de Urgencia no podrán superar las cien (100) Unidades Impositivas Tributarias, por cada proyecto o gasto".*  
*(Resaltado nuestro)*

Si bien se trata de un avance, pues existe la intención que los pueblos indígenas se beneficien de las actividades extractivas en su territorio, esta normatividad tiene serios límites. Su problema es que el beneficio que se entrega a los pueblos indígenas desconoce su derecho a la libre determinación, pues el Estado decide por ellos. En efecto, es necesario advertir quién decide - y en base a qué criterios- lo que es más "beneficioso" para los pueblos indígenas. ¿Sabrá el Estado qué es lo mejor para los pueblos indígenas que viven en San Juan de Morona, en la provincia de Datem del Marañón de Loreto, a donde solo es posible tras un viaje en deslizador y chalupa de tres días? ¿Puede el Estado decidir por los pueblos indígenas?

Pero, además, si bien el canon petrolero objetivamente puede contribuir a que los pueblos indígenas se beneficien. En los hechos, se trata de un beneficio muy restringido, pues según el artículo 2.3 del D.U. 026-2010, el monto de las obras no puede exceder de 400,000 soles.

Asimismo, el enfoque de este canon no es la restricción del uso y goce del derecho sobre el territorio y los recursos naturales, sino sobre la renta que genera un determinado proyecto.

En definitiva, no estamos ante un desarrollo óptimo del artículo 15.2 del Convenio 169 de la OIT.

### **3.3.3. Servidumbres sobre territorio de pueblos indígenas**

Según el artículo 1035 del Código Civil, *“la ley o el propietario de un predio puede imponerle gravámenes en beneficio de otro que den derecho al dueño del predio dominante para practicar ciertos actos de uso del predio sirviente o para impedir al dueño de éste el ejercicio de alguno de sus derechos”*. El código civil no da una definición precisa sino tan sólo establece algunas de sus características. Según Rafael Rojina Villegas, *“las servidumbres son gravámenes reales que se imponen a favor del dueño de un predio y a cargo de otro fondo propiedad de distinto dueño, para beneficio o mayor utilidad del primero”*<sup>365</sup>.

En el caso de la actividad petrolera, la ley reconoce la posibilidad de establecer servidumbres en favor de las empresas petroleras sobre los territorios de las comunidades nativas, para permitir el desarrollo de las actividades de exploración y explotación petrolera y minera.

¿Cuál es el fundamento legal de este derecho a servidumbre? En tal sentido, tenemos en primer lugar el artículo 7 de la Ley N° 26505, publicada el 18 de julio de 1995, denominada “Ley de promoción de la inversión privada en el desarrollo de las actividades económicas en las tierras del territorio nacional y de las comunidades campesinas y nativas”, norma que fue modificada por el artículo 1 de la Ley N° 26570 en los siguientes términos:

---

<sup>365</sup> ROJINA VILLEGAS, RAFAEL. Compendio de Derecho Civil II – Bienes, Derechos Reales y Sucesiones. Cuadragésimo primera edición. Editorial Porrúa. México, 2008. Pág. 139

La utilización de tierras para el ejercicio de actividades mineras o de hidrocarburos requiere acuerdo previo con el propietario o la culminación del procedimiento de servidumbre que se precisará en el Reglamento de la presente Ley. En el caso de servidumbre minera o de hidrocarburos, el propietario de la tierra será previamente indemnizado en efectivo por el titular de actividad minera o de hidrocarburos, según valorización que incluya compensación por el eventual perjuicio, lo que se determinará por Resolución Suprema refrendada por los Ministros de Agricultura y de Energía y Minas. Mantiene vigencia el uso minero o de hidrocarburos sobre tierras eriazas cuyo dominio corresponde al Estado y que a la fecha están ocupadas por infraestructura, instalaciones y servicios para fines mineros y de hidrocarburos. (Resaltado nuestro)

Sin embargo, será el artículo 297 del Reglamento de las actividades de exploración y explotación de hidrocarburos, aprobado mediante Decreto Supremo N° 032-2004-EM, el que establecerá la obligación legal de indemnizar y compensar a las comunidades nativas. Según esta norma “La constitución del derecho de servidumbre al amparo de la Ley y del presente Reglamento, obliga al Contratista a indemnizar. Esta indemnización será fijada por acuerdo de partes; en caso contrario, la fijará el MINEM, de acuerdo a lo establecido en el artículo 310 del presente Reglamento...”.

¿Sobre la base de qué criterio se indemniza y compensa? En el artículo 310 del mencionado reglamento en relación con la valorización pericial del predio, se dice que esta incluirá: “a) Una compensación por el uso de las tierras que serán gravadas por la servidumbre, que en ningún caso será inferior al valor de arancel de las tierras aprobado por el Ministerio de Agricultura...b) Una compensación por el eventual lucro cesante durante el horizonte de tiempo de la servidumbre, calculado en función a la actividad habitual del conductor”.

Ciertamente estos criterios son absolutamente insuficientes, pues no recogen el valor que las tierras tienen para los pueblos indígenas. Como ordena el



artículo 13.1 del Convenio 169 de la OIT, *“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”*.

Pero, además, estas servidumbres, como por ejemplo la que se impuso por el oleoducto, ocasionan múltiples problemas a la población en el desarrollo de sus actividades afectando la vida de los pueblos indígenas, lo cual afecta una serie de derechos, como el derecho al territorio, a la propiedad, a los recursos naturales, a su propia visión de desarrollo, todos ellos contenidos en el Convenio 169 de la OIT. Estas afectaciones a derechos, sin lugar a dudas también deben ser compensadas.

¿Desde cuándo había la obligación de compensar la servidumbre a las comunidades nativas y quien tiene que asumirla? Desde el año 1995, pues la Ley 26505 en cuyo artículo 7 se establece la indemnización por servidumbre, fue publicada el 18 de julio del año 1995. En el peor de los casos, podría precisarse desde el año 2004, dado que desde esta fecha existe una norma que regula la materia, pues ese año fue publicado el Decreto Supremo N° 032-2004-EM. ¿Qué debió de haberse hecho? Estamos ante una violación continua pues cada día que pasa se sigue utilizando los territorios de las comunidades nativas. Las servidumbres establecidas con anterioridad al año 1995, debieron adecuarse a la nueva norma. Finalmente, el obligado es la empresa privada, el contratista lo denomina la norma, asumiendo el Estado una posición de garante de derechos.

Asimismo, el derecho de los pueblos indígenas a beneficiarse de la actividad se concreta de alguna manera en el artículo 98 del Decreto Supremo N° 081-2007-EM, que regula el procedimiento de constitución de servidumbre

petrolera, lo que por ley es requerido para los fines de compensación e indemnización que persigue dicha institución:

*La constitución del derecho de servidumbre al amparo de la Ley y del presente Reglamento, obliga al Concesionario a indemnizar el perjuicio que ella cause y a pagar una compensación por el uso del bien gravado. Esta indemnización y compensación será fijada por acuerdo de partes; en caso contrario, la fijará el MINEM, de acuerdo a lo establecido en el Artículo 109°. Además, la servidumbre otorga al Concesionario el derecho de acceso al área necesaria de dicho predio con fines de vigilancia y conservación de las instalaciones que hayan motivado la servidumbre, debiendo adoptar las medidas necesarias para evitar daños y perjuicios, quedando sujeta a la responsabilidad civil o penal correspondiente.*

*La constitución del derecho de servidumbre sobre predios cuya titularidad corresponde al Estado será gratuita, salvo que el predio a ser gravado esté incorporado a algún proceso económico o fin útil, en cuyo caso el Concesionario pagará la correspondiente compensación, conforme a la normatividad vigente. (Resaltado nuestro)*

Como vimos, la Corte IDH identifica el derecho de los pueblos indígenas a beneficiarse de las actividades de su territorio, como parte del contenido de su derecho a la propiedad colectiva, como una consecuencia de las restricciones que se impone al uso y goce de la propiedad sobre el territorio y de los recursos naturales.

¿Constituye la servidumbre petrolera y minera una forma de concretar el derecho de los pueblos indígenas a beneficiarse de las actividades extractivas en sus territorios? En nuestra opinión, en primer, constituye una forma en que los pueblos indígenas se benefician de las actividades extractivas en su territorio, en segundo lugar, el concepto de servidumbre minera y petrolera se

acerca a la definición del derecho de los pueblos indígenas de beneficiarse de las actividades extractivas, como consecuencia de la restricción en el uso y goce del derecho al territorio y a los recursos naturales.

En definitiva, si bien se acerca el concepto de servidumbre a la definición del derecho de los pueblos indígenas por a beneficiarse de las actividades extractivas, cuando se regula la implementación de este, se le restringe, en nuestra opinión, como consecuencia de una mirada civilista que desconoce el diferente valor de los territorios para los pueblos indígenas.

En palabras de la Corte IDH:

*“Asimismo, este Tribunal considera que los conceptos de propiedad y posesión en las comunidades indígenas pueden tener una significación colectiva, en el sentido de que la pertenencia de ésta “no se centra en un individuo sino en el grupo y su comunidad”. Esta noción del dominio y de la posesión sobre las tierras no necesariamente corresponde a la concepción clásica de propiedad, pero merecen igual protección del artículo 21 de la Convención Americana. Desconocer las versiones específicas del derecho al uso y goce de los bienes, dadas por la cultura, usos, costumbres y creencias de cada pueblo, equivaldría a sostener que sólo existe una forma de usar y disponer de los bienes, lo que a su vez significaría hacer ilusoria la protección del artículo 21 de la Convención para millones de personas”<sup>366</sup>.*

#### **3.3.4. Compensación por derrames de petróleo**

El ítem 4, del anexo 4 del Decreto Supremo N° 081-2007-EM, que aprobó el Reglamento de transportes de petróleo a través de ductos, reconoce la

---

<sup>366</sup> Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay. Sentencia de 29 de marzo de 2006 (Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 120.

obligación del operador de “compensar” a las personas afectadas por un derrame de petróleo.

#### *4. Compensaciones*

*4.1 La compensación por los daños ocasionados debe ser adecuada y a la brevedad posible, para lo cual el operador deberá identificar a los afectados. Esta información será enviada a la OSINERGMIN.*

*4.2 El operador debe identificar y hacer un inventario de los daños ocasionados a terceros, propiedades y al medio ambiente dentro de un período de 15 días de la fecha del incidente. Esta información será entregada a la OSINERGMIN.*

*4.3 El operador deberá valorizar, para realizar las compensaciones, los daños ocasionados, esta valorización deberá comunicarse al OSINERGMIN. La compensación debe acordarse con los afectados, sin embargo, es potestad de los afectados solicitar el apoyo de la Defensoría del Pueblo para lograr un trato justo.*

*4.4 En caso de que no se logre un acuerdo entre el operador y algún afectado, éste podrá acudir al Poder Judicial mientras tanto el operador deberá depositar el monto de compensación ofrecido en custodia.*

*4.5 En caso que no haya certeza de la identidad del demandante o la existencia del algún obstáculo de carácter legal, el monto de la compensación será depositada en cuenta susceptible de ser cobrada por el titular reconocido del predio damnificado.*

Como se puede apreciar, acá la causa de esta compensación es el daño producido a la comunidad. En este caso, el derrame ocasionado a la comunidad. Este derecho en nuestra opinión, no constituye una concreción y una manifestación del derecho de los pueblos indígenas a beneficiarse de las actividades extractivas en sus territorios, sino una manifestación que tiene cobertura convencional en el artículo 15.2 del Convenio 169 de la OIT cuando precisa

### Artículo 15

[...]

2. [...] Los pueblos interesados deberán participar siempre que sea posible en los beneficios que reporten tales actividades, y percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades.

El artículo 28 de la Declaración de las Naciones Unidas de los Derechos de los Pueblos Indígenas, brinda más luz sobre el contenido del artículo 15.2 del Convenio 169 de la OIT, cuando habla de la compensación:

### Artículo 28

1. Los pueblos indígenas tienen derecho a la reparación, por medios que pueden incluir la restitución o, cuando ello no sea posible, una indemnización justa y equitativa por las tierras, los territorios y los recursos que tradicionalmente hayan poseído u ocupado o utilizado y que hayan sido confiscados, tomados, ocupados, utilizados o dañados sin su

Consentimiento libre, previo e informado.

2. Salvo que los pueblos interesados hayan convenido libremente en otra cosa, la indemnización consistirá en tierras, territorios y recursos de igual calidad, extensión y condición jurídica o en una indemnización monetaria u otra reparación adecuada.

La reparación, más que un derecho de configuración autónoma o un derecho fundamental innominado, constituye una posición ius fundamental parte del contenido constitucional convencional protegido de todo derecho fundamental, en caso de que este sea violado. Ese es el fundamento de este derecho

### 3.3.5. Servidumbres mineras



La servidumbre minera está regulada del artículo 130 al artículo 135 del Decreto Supremo N° 014-92-EM, norma que aprobó el Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería. La norma señala:

*La solicitud de establecimiento de servidumbre y/o expropiación se presentará a la Dirección General de Minería, indicando la ubicación del inmueble, su propietario, extensión, el fin para el cual lo solicita y el valor que en concepto del solicitante tuviere dicho inmueble y, en su caso, la apreciación del desmedro que sufrirá el presunto bien a afectar. Acompañará una Memoria Descriptiva con el detalle de las obras a ejecutarse.*

*El Director General de Minería citará a las partes a comparendo para el décimo quinto día de notificadas, bajo apercibimiento de continuar con el trámite en caso de inconcurrencia del propietario.*

*En dicho acto, el propietario del inmueble deberá acreditar su derecho. Si las partes llegan a un acuerdo, el Director General de Minería ordenará se otorgue la escritura pública en que conste dicho acuerdo”.*

Los argumentos vertidos en relación con la servidumbre petrolera, se aplica a la servidumbre minera

### **3.3.6. Beneficio por explotación minera en los territorios de las comunidades campesinas**

La Ley General de Comunidades Campesinas (Ley No 24656) contempla y regula su participación en la explotación minera en su territorio ancestral. El derecho se encuentra regulado en el artículo 15:

*La explotación de las concesiones mineras que se les otorgue a las Comunidades Campesinas, así como las actividades que realicen para*

*el aprovechamiento de los recursos naturales, bosques, agua y otras que se encuentran en el terreno de su propiedad, en armonía con las leyes y reglamentos que norman la materia, tendrán prioridad en el apoyo y protección del Estado. En caso de que la Comunidad Campesina no esté en condiciones de explotar directamente cualesquiera de estos recursos, en la forma a que se refiere el acápite anterior, podrá constituir empresas con terceros, en las que su participación estará de acuerdo con el volumen de la producción, el uso de los recursos o de cualquier otra forma consensual que guarde justa proporción con sus aportes.*

Esta norma debe ser interpretada de conformidad con las contenidas en el artículo 24 de la misma ley:

*Son rentas de la Comunidad Campesina:*

- a) Las transferencias que reciban del Tesoro Público;*
- b) Los beneficios generados por las empresas de su propiedad o en las que tenga participación.*

Se trata de formas de beneficiarse que no han sido desarrolladas todavía. Recordemos que este derecho plantea una obligación de resultado no de medios. Es decir, lo importante es que se beneficien, no importante de qué forma.

### **3.3.7. Beneficios o medidas compensatorias por actividades extractivas en sus territorios**

Finalmente, a nivel legal, se cuenta con el artículo 72.2 de la Ley General del Ambiente (Ley N° 28611), la cual establece que el procedimiento de participación ciudadana se orienta preferentemente a establecer acuerdos con los representantes de las comunidades, “a fin de resguardar sus derechos y costumbres tradicionales, así como para establecer los beneficios y medidas

compensatorias que les corresponda según la legislación de la materia”. (resaltado nuestro). Se trata de una norma general, que no precisa la forma o el procedimiento para que este se concrete.

En definitiva, se trata de una norma aislada que remite a un desarrollo normativo posterior, y que no tiene la menor incidencia

### **3.3.8. La titulación del territorio no es condición para recibir beneficios**

Mediante Decreto Supremo N° 035-2015-EM, de fecha 16 de noviembre de 2015, se modificó el Reglamento de las Actividades de Exploración y Explotación de Hidrocarburos. Lo interesante e importante de esta norma es que reconoce que serán compensadas las comunidades, independientemente que tengan posesión o título de propiedad sobre sus territorios ancestrales:

*La constitución del derecho de servidumbre sobre predios cuya titularidad corresponde al Estado será gratuita, salvo que el predio a ser gravado esté incorporado a algún proceso económico o fin útil, en cuyo caso el Contratista pagará la correspondiente compensación, conforme a la normatividad legal vigente; adicionalmente, para los casos a que se refiere el artículo 27° de la Ley N° 30327, Ley de Promoción de las Inversiones para el Crecimiento Económico y el Desarrollo Sostenible, en materia de Hidrocarburos, **serán considerados sujetos de compensación por parte del Contratista las Comunidades Nativas o Campesinas con reconocimiento y/o derecho habilitante que ejerzan la posesión sobre tierras del Estado.**” (Resaltado nuestro)*

Esta norma debe ser interpretada de conformidad con la Ley General del Sistema Nacional de Bienes Estatales, aprobada por Ley N° 29151 y publicada el 22 de julio de 2014.

*Los predios que no se encuentren inscritos en el Registro de Predios y que no constituyan propiedad de particulares, ni de las **Comunidades Campesinas y Nativas**, son de dominio del Estado, cuya inmatriculación compete a la Superintendencia Nacional de Bienes Estatales - SBN; y en las zonas en que se haya efectuado transferencia de competencias, a los gobiernos regionales, sin perjuicio de las competencias legalmente reconocidas por norma especial a otras entidades y de las funciones y atribuciones del ente rector del Sistema Nacional de Bienes Estatales. (Resaltado nuestro)*



## CONCLUSIONES

1. **El derecho de los pueblos indígenas a beneficiarse de las actividades extractivas realizadas en sus territorios tiene expreso reconocimiento convencional, reglamentario y jurisprudencial.** Según el artículo 15.2 del Convenio 169 de la OIT, los pueblos indígenas tienen derecho a beneficiarse de las actividades extractivas que se realicen sus territorios. Este derecho ha sido reiterado en el reglamento de la Ley de Consulta Previa, y desarrollado por la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos recaída en el caso Saramaka contra Surinam y otras sentencias. Se trata de un derecho que tiene la mayor protección jurídica, pues está contenido en una norma de rango constitucional. Incluso el Tribunal Constitucional ha reconocido el *principio de coparticipación de la riqueza* en su jurisprudencia.
2. **El derecho de los pueblos indígenas a beneficiarse las actividades extractivas en sus territorios es de titularidad de los pueblos indígenas.** En el caso de nuestro país, este derecho es de titularidad de las comunidades campesinas o nativas, y de todo colectivo que se ajuste a la definición de pueblos indígenas del artículo 1.1.b del Convenio 169 de la OIT, independientemente del nombre que tenga. No es de titularidad de los gobiernos nacional o subnacionales. Esto es importante precisarlo, pues algunos gobiernos regionales o locales se sienten los legítimos representantes de los pueblos indígenas, con derecho para hablar en su nombre, e incluso con derecho para administrar esos fondos o recursos, muchas veces de espaldas a ellos, aun cuando no les corresponden.
3. **El derecho de los pueblos indígenas a beneficiarse de las actividades extractivas en sus territorios tiene su fundamento en la restricción del uso y goce de sus territorios y de los recursos naturales en el existentes de los pueblos indígenas.** Esto como consecuencia de la



realización de actividades extractivas o de proyectos de infraestructura pública, habiéndose ampliado este derecho también por la jurisprudencialmente y convencionalmente, cuando se realizan actividades de conservación, actividades turísticas y de explotación de los conocimientos ancestrales e inmateriales y de la propiedad genética de los pueblos indígenas, todo ello en el territorio de los pueblos indígenas.

4. **El obligado a garantizar el derecho es el Estado.** El artículo 15.2 del Convenio 169 no precisa quién es el encargado de entregar el beneficio. Puede ser la empresa o algún nivel del gobierno, dependiendo si estamos ante una actividad extractiva, de conservación, actividad turística y de aprovechamiento del patrimonio genético o la propiedad inmaterial. Lo importante es tener claro que es el Estado quien debe garantizarlo, es decir, adoptar todas las medidas necesarias para concretarlo, asumiendo responsabilidad, en caso de incumplimiento.
5. **El derecho de los pueblos indígenas a beneficiarse de la actividad extractiva o de otro tipo en sus territorios se precisa y concreta en el proceso de consulta.** Será en el proceso de consulta del proyecto extractivo o de otro tipo donde deberá precisarse de qué manera se beneficiará la comunidad campesina o nativa en cuyo territorio se realizan las actividades que motivan este derecho. Esto se desprende del reglamento de la ley de consulta previa, de algunos pronunciamientos de la Corte IDH y de la jurisprudencia del TC. En este caso, los beneficios deben ser precisados de manera expresa en la agenda del proceso de consulta.
6. **El derecho de los pueblos indígenas a beneficiarse de las actividades extractivas constituye una obligación de resultado y no de medio.** El artículo 15.2 del Convenio 169 de la OIT exige que los pueblos indígenas se beneficien, pero no dice de qué forma. Las comunidades afectadas se deben beneficiar en forma concreta, real y material, de las actividades extractivas en sus territorios ancestrales, y en concreto, teniendo en cuenta que según,

hemos señalado, los derechos de rango constitucional no requieren de leyes de intermediación para desplegar efectos normativos.

7. **Estamos ante un derecho fundamental de naturaleza jurídica diferente al canon o las regalías.** El canon, sobrecanon, regalías, etc., son “contribuciones” que deben hacerse al gobierno nacional o subnacionales, fundamentalmente porque es el Estado el dueño de los recursos naturales y son recursos no renovables. Nada garantiza que el Estado gaste estos recursos efectivamente en favor de las comunidades en cuyo territorio se realizan estas actividades extractivas. En cambio, el derecho de las comunidades campesinas y nativas a beneficiarse de las actividades extractivas en sus territorios, es un derecho subjetivo de naturaleza colectiva, y de rango constitucional.
8. **Es necesario diferenciar el pago por servidumbre petrolera, la indemnización por daño y la obligación de reparar el daño ambiental con el derecho a beneficiarse de la explotación de recursos naturales en su territorio.** Se debe diferenciar diferentes conceptos pues cada uno tiene una especificidad y una autonomía conceptual, que no pueden mezclarse y confundirse en un solo concepto, por más que algunos se acercan como en el caso de la servidumbre. El derecho al pago por servidumbre, por ejemplo, es por el uso del territorio y tiene una matriz estrictamente de derecho civil y de propiedad individual, la indemnización por daño es una forma de compensar el daño al hábitat o a otro elemento. El derecho de las comunidades campesinas y nativas a beneficiarse de las actividades extractivas en sus territorios no exige que se haya causado daño, y menos aún tiene función restitutoria, sino simplemente se configura cuando hay actividad extractiva o de otro tipo, que restrinja el derecho de uso y goce del territorio y de los recursos naturales en el territorio de los pueblos indígenas.

9. **Es necesario precisar que este derecho nada tiene que ver con los gastos corrientes del Estado por prestar servicios públicos.** Los gastos en que el Estado incurre para prestar servicios públicos a todos los ciudadanos, incluyendo a las comunidades afectadas por el proyecto extractivo, nada tiene que ver con este derecho. Estamos ante un gasto de naturaleza “excepcional”, en beneficio exclusivamente de los pueblos indígenas en cuyo territorio se realizan actividades extractivas o de otro tipo. La causa es que los primeros son financiados por los gastos corrientes, es decir por los impuestos de todos los peruanos; los segundos, de las ganancias de las empresas que realizan actividades extractivas o de otro tipo. No puede hacerse pasar estos gastos corrientes, por los gastos corrientes en los que incurre el Estado.
10. **Es un derecho que no está condicionado a prestación o aceptación.** Estamos ante un derecho fundamental de las comunidades campesinas y nativas, no ante una donación o concesión unilateral del Estado. Los derechos fundamentales no son creados por el Estado ni son favores generosos. Los derechos fundamentales en general, y los derechos de los pueblos indígenas de rango constitucional, son atributos que derivan exclusivamente de la dignidad humana que tiene todo ser humano y de su condición como pueblos indígenas.
11. **Se trata de un derecho colectivo que debe beneficiar a toda la comunidad campesina o nativas en cuyo territorio se realiza actividad extractiva.** La naturaleza colectiva del derecho implica que es la comunidad afectada la titular del derecho y no las personas a título individual. El beneficio debe ser fundamentalmente colectivo.
12. **El “beneficio” debe ser definido por los pueblos indígenas afectados, no por el Estado.** Si partimos de la premisa que el titular de este derecho son las comunidades campesinas o nativas afectadas, en cuyo territorio se realizan actividades extractivas, es razonable que sean estos pueblos o

comunidades los que deben precisar qué cosa es para ellos beneficio. Esto significa que funcionarios del Estado no pueden decidir en nombre y por cuenta de los pueblos indígenas qué cosa es beneficioso para ellos.

13. **Las comunidades campesinas o nativas deben tener control sobre los beneficios.** Históricamente, el Estado y las empresas han usado políticamente el control que tienen sobre los fondos de compensación, estableciendo una relación clientelar con los pueblos indígenas, con la finalidad de cooptar a la población y sus dirigentes, para así doblegar a los que se oponen a estos proyectos. En tal sentido deberán ser los pueblos indígenas los que en el marco del derecho a la libre determinación deben tener control sobre estos recursos.
14. **Los beneficios deben ser entendidos desde una perspectiva intercultural.** Los beneficios no deben ser entendidos solo desde una perspectiva individual y patrimonial, sino que el beneficio debe ser entendido desde una perspectiva colectiva y desde las cosmovisiones indígenas, fruto de un dialogo intercultural. Este beneficio debe estar destinados a mejorar las condiciones de vida de las poblaciones involucradas y a promover el pleno el ejercicio pleno de sus derechos, y en armonía con sus propios modelos de desarrollo.
15. **Los beneficios deben ser razonables, equitativos y proporcionales.** No existe una absoluta discrecionalidad a la hora de concretarse el beneficio. Existen algunos principios que delimitan y acotan la discrecionalidad del Estado o de las empresas a la hora de concretar y precisar estos beneficios. Este beneficio debe ser razonable, equitativo y proporcional. Se tratan de conceptos jurídicos indeterminados, que en cada caso deberán ser llenados de sentido y contenido, debiendo ser motivados.

## BIBLIOGRAFÍA

### 1. Libros

Alexy, Robert (1988). *Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica*. En: DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, Núm. 5.

- (1993). *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

Anaya, James (2013). *Las industrias extractivas y los pueblos indígenas* [en línea] Disponible en: <http://unsr.jamesanaya.org/esp/docs/annual/2013-hrc-annual-report-spanish.pdf>

- (2014). *La situación de los derechos de los pueblos indígenas en Perú, en relación las industrias extractivas* [en línea]. Disponible en: <http://unsr.jamesanaya.org/docs/special/2014-special-report-mission-to-peru-a-hrc-27-52-Add-3-sp-auversion.pdf>

Aragón Reyes, Manuel (1998). *La Constitución como paradigma*. En: AA.VV. El significado actual de la Constitución. Ciudad de México: UNAM

Arango, Rodolfo (2005). *El concepto de los derechos sociales fundamentales*. Bogotá: Legis.

Banco Mundial (2005). *Políticas Operacionales* [en línea]. Disponible en: <http://siteresources.worldbank.org/OPSMANUAL/Resources/210384-1170795590012/OP4.10.July1.2005.Spanish.pdf>.

Banco Interamericano de Desarrollo (2004). *Unidad de Pueblos Indígenas y Desarrollo Comunitario. Perfil Política operativa sobre pueblos indígenas*. Este documento fue aprobado por el Comité de Políticas y Evaluación del Directorio Ejecutivo del Banco Interamericano de Desarrollo el 11 de marzo del 2004.



Bernal Pulido, Carlos (2003). *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

- (2003). *Estructura y límites de la ponderación*. En: DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, Núm. 26

Bonilla Maldonado, Daniel (2006). *La Constitución multicultural*. Bogotá: Siglo de Hombre Editores, Pontificia Universidad Javeriana y Universidad de los Andes.

Borowski, Martín (2003). *La estructura de los derechos fundamentales*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Botero Marino, Catalina (2003). *Multiculturalismo y derechos de los pueblos indígenas en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana*. En: Revista Precedente.

Cárdenas Quiroz, Carlos (2000). *La supuesta santidad de los contratos y el artículo 62 de la Constitución Política del Perú*; en: Contratación contemporánea. Teoría general y principios. Lima: Palestra.

Castillo Córdova, Luis (2006). *Comentarios al Código Procesal Constitucional*, Tomo I. Lima: Palestra.

- (2007). *La inexistencia de ámbitos exentos de vinculación a la Constitución*. En: Gaceta Jurídica, Año 13.
- (2007). *Los derechos constitucionales. Elementos para una teoría general*. Lima: Palestra.
- (2011). *La inconstitucionalidad de gravar la indemnización justipreciada entregada por la expropiación de un bien*. En: Gaceta Constitucional, Núm. 47.

CERD (2003). Observaciones finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, Ecuador, 2 de junio de 2003, CERD/C/62/CO/2.

CERD (2014). Observaciones finales sobre los informes periódicos 18º a 21º del Perú, 25 de septiembre de 2014, CERD/C/PER/CO/18-21. Disponible en: <http://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=6QkG1d%2FPPRiCAqhKb7yhsnn5icKBJKhip8GXehiFBInvMyvW8kdm05mEYaq8JWbPHhHXF90VSso9I4VsXdHGWNQf1RRZEIvxE7XU1GW9TzKF5Q2bLWv3cscJYUUyk2eZdj8EU0YqGYrWqUW26bRqnQ%3D%3D>.

CIDH (2000). Segundo Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en el Perú. Doc. OEA/Ser.L/V/II.106, Doc. 59 rev., 2 de junio de 2000.

- (2001). Quinto Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Guatemala. Doc. OEA/Ser.L/V/II.111, Doc. 21 rev., 6 de abril de 2001.
- (2004). Informe No. 40/04, Caso 12.053, Comunidades Indígenas Mayas del Distrito de Toledo (Belice), 12 de octubre de 2004.
- (2007). Acceso a la Justicia e Inclusión Social: El camino hacia el fortalecimiento de la Democracia en Bolivia. Doc. OEA/Ser.L/V/II, Doc. 34, 28 de junio de 2007.
- (2009). Democracia y Derechos Humanos en Venezuela. Doc. OEA/Ser.L/V/II, Doc. 54, 30 de diciembre de 2009.
- (2010). *Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. Washington D.C.: CIDH (2015). Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/industrialsextractivas2016.pdf>
- (2010). Observaciones preliminares de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre su visita a Honduras realizada del 15 al 18 de mayo de 2010. Doc. OEA/Ser.L/V/II., Doc. 68, 3 de junio de 2010.
- (2015). *Pueblos indígenas, comunidades afrodescendientes y recursos naturales: protección de derechos humanos en el contexto de actividades de extracción, explotación y desarrollo* [en línea], p. 115. Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/industrialsextractivas2016.pdf>

COMISEDH (2012). Documento de Trabajo de la Comisión de Derechos Humanos, La ley de Consulta Previa y su Reglamento en el Perú, Análisis desde la perspectiva del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Defensoría del Pueblo (2019), Adjuntía para la Prevención de Conflictos Sociales y la Gobernabilidad enero de 2019. Reporte de Conflictos Sociales N.º 179. (en línea) Disponible en: <https://www.defensoria.gob.pe/wp-content/uploads/2019/02/Conflictos-Sociales-N%C2%B0-179-Enero-2019.pdf>.

De Otto, Ignacio (1999). *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*, 7º reimpresión. Barcelona: Ariel Derecho.

De Vega, Pedro (2002). *La eficacia frente a particulares de los derechos fundamentales*. En: AA.VV. Derechos fundamentales y Estado. México: UNAM.  
Fernández Sessarego, Carlos (1992). *Abuso del derecho*. Astrea: Buenos Aires.

Ferrajoli, Luigi (2002). *Positivismo crítico, derechos y democracia*. En: Revista Isonomía N° 16.

García de Enterría, Eduardo (2004). *Democracia, Ley e inmunidades del poder*, Palestra, Lima.

Galvis, María Clara (2011). *Manual para defender los derechos de los pueblos indígenas*. Washington: DPLF.

García de Enterría, Eduardo (1985). *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. Madrid: Editorial Civitas.

García Pelayo, Manuel (1981). *El status del Tribunal Constitucional*. En: Revista Española de Derecho Constitucional, Núm. 1.

María Micaela Gomiz y Juan Manuel Salgado. [2010]. *Convenio 169 de la O.I.T. sobre Pueblos Indígenas. Su aplicación en el derecho interno argentino*, Observatorio de Derechos Humanos de Pueblos Indígenas, Neuquén.

Guastini, Riccardo (2003). *La “constitucionalización” del ordenamiento jurídico: El caso italiano*. En: Neoconstitucionalismo(s). Madrid: Editorial Trotta, 2003.

Haberle, Peter (2001). *El Estado Constitucional*. México: UNAM.

Instituto del Bien Común. (2015) *Estrategias del despojo. La propiedad comunal en el Perú. Análisis jurídico de la Ley 30230*, Lima, 2015. [en línea] Disponible en: [http://www.ibcperu.org/wp-content/uploads/2015/12/ESTRATEGIAS\\_DEL\\_DESPOJO\\_bj1.pdf](http://www.ibcperu.org/wp-content/uploads/2015/12/ESTRATEGIAS_DEL_DESPOJO_bj1.pdf).

International Finance Corporation, Normas de Desempeño sobre Sostenibilidad Ambiental y Social. 1 de enero de 2012, Washington, pág. 51. [en línea] Disponible en: <https://www.ifc.org/wps/wcm/connect/3e6d2780403835ca89de9b82455ae521/FCPerformanceStandardsSpanish.pdf?MOD=AJPERES>

International Council on Mining and Metals (ICMM), Good Practice Guide Indigenous Peoples and Mining, 2014. [en línea] Disponible en: <https://www.icmm.com/website/publications/pdfs/social-and-economic-development/9520.pdf>

Kelsen, Hans (2001). *La garantía jurisdiccional de la Constitución (La justicia constitucional)*. México: UNAM.

Landa Arroyo, César (2008). *Principios rectores y derechos fundamentales del administrado en el marco de la Constitución Económica de 1993*. En: Constitución Económica del Perú. Lima: Palestra.

- (2014). *Naturaleza jurídica de los recursos forestales y de fauna silvestre. Marco legal-Administrativo & Análisis de los vacíos y*

*contingencias legales*. Lima: Sociedad Peruana de Ecodesarrollo [en línea]. Disponible:

<http://www.biofuelobservatory.org/Documentos/Informes-de-la-SPDE/Naturaleza-Juridica-de-los-recursos-forestales-y-de-fauna-silvestre.pdf>

López Guerra, Luis (2000). *Las sentencias básicas del Tribunal Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

Mendoza Escalante, Mijail (2009). *Derechos Fundamentales y Derecho privado. Eficacia de los derechos fundamentales entre particulares y su protección procesal*. Lima: Grijley.

OIT (2009). *Los derechos de los pueblos indígenas y tribales en la práctica. Una guía sobre el Convenio núm. 169 de la OIT, Programa para promover el Convenio núm. 169 de la OIT (PRO 169)*. Lima: Departamento de Normas Internacionales del Trabajo.

- (2010). *Monitoreo de los pueblos indígenas y tribales a través de los Convenios de la OIT*. Lima: OIT.
- Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones. 2010, Informe General y observaciones referidas a ciertos países Oficina Internacional del Trabajo Ginebra, p. 80. Disponible en: [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed\\_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms\\_123426.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_123426.pdf).
- Pueblos indígenas y tribales: Guía para la aplicación del Convenio núm. 169 de la OIT, OIT, 1996. Disponible en: <https://www.ilo.org/public/spanish/region/ampro/mdtsanjose/indigenous/conten.htm>.

Prieto Sanchis, Luis (1983). *El sistema de protección de los derechos fundamentales: el artículo 53 de la Constitución Española, ADH 2*. Madrid: Universidad Complutense.



- (2001). *Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial*. En: Derechos Sociales y derechos de las minorías. México: Porrúa.
- (2003). *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*. Madrid: Trotta.

RELAJU (2009). *La Consulta Previa con los Pueblos Indígenas: Legislación y jurisprudencia en Brasil, Colombia, Ecuador y Perú*. Quito: Red Jurídica para la Defensa de la Amazonía.

Rodríguez Garavito, César (2011). *Etnicidad.gov. Los derechos naturales, los pueblos indígenas y el derecho a la consulta previa en los campos sociales minados*. Bogotá: DeJusticia.

Roel Alva, Luis Andrés (2012). *El derecho al compartido de beneficios económicos de los pueblos indígenas*. En: Revista Internacional de Derechos Humanos, Año II, Núm. 2. Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r31090.pdf>.

Rubio Correa, Marcial (2001). Título Preliminar, 8° Ed. Lima: Fondo Editorial de la PUCP.

Ruiz Molleda, Juan Carlos (2011). *Balance de la implementación del derecho a la consulta en el Perú: a propósito de los sucesos de Puno*, Documento de Trabajo N° 52 [en línea]. Disponible en: [http://www.justiciaviva.org.pe/webpanel/doc\\_trabajo/doc04082011-172440.pdf](http://www.justiciaviva.org.pe/webpanel/doc_trabajo/doc04082011-172440.pdf).

- (2012). *Una aproximación al derecho de los pueblos indígenas a beneficiarse de la explotación de los recursos naturales en sus territorios*. En: Revista Peruana de Derecho Constitucional. Constitución Económica: Desarrollo, Medio Ambiente y Conflicto Social, Núm. 5.
- (2013). *Crítica a la figura del “acuerdo previo” entre pueblos indígenas y empresas extractivas que realizan actividades extractivas en los territorios de los primeros* [en línea]. Disponible en:

- <https://jruizmolleda.blogspot.pe/2013/04/critica-la-figura-del-acuerdo-previo.html>
- (2013). *Los otros derechos de los pueblos indígenas. Aproximación al derecho a beneficiarse de la explotación de recursos naturales en sus territorios y a la libre determinación de los pueblos indígenas*. Lima: Instituto de Defensa Legal.
  - (2013) El derecho de los pueblos indígenas del cual nadie quiere hablar: El derecho al consentimiento [en línea]. Disponible en: <https://www.servindi.org/actualidad/88116>.
  - (2014) La estrategia de "invisibilización" de los derechos de los pueblos indígenas: Comunidades campesinas de Puno firman "Acuerdo Marco". [en línea] (Disponible <https://www.servindi.org/actualidad/102151>).
  - (2015). A propósito del caso Las Bambas: ¿Son renunciables los derechos de los pueblos indígenas? [en línea]. Disponible en: <https://www.enfoquederecho.com/2015/12/17/a-proposito-del-caso-las-bambas-son-renunciables-los-derechos-de-los-pueblos-indigenas/>
  - (2016). ¿Pueden los pueblos indígenas “parcelar individualmente” o “vender” su territorio ancestral? [en línea]: Disponible en: <https://www.servindi.org/actualidad-opinion/09/04/2016/pueden-los-ppii-parcelaro-vendersu-territorio-ancestral>
  - (2017) Mitos y verdades sobre los derrames de petróleo en la Amazonía del Perú. Un cuestionamiento de las afirmaciones de Petroperú. [en línea] Disponible en: <https://juancruizm.lamula.pe/2017/10/29/mitos-y-verdades-sobre-los-derrames-de-petroleo-en-la-amazonia-del-peru/juancruizm/>
  - Ruiz Molleda, Juan Carlos y Julio Mejía Tapia (2017). *MINEM y MINCU violan sistemáticamente el derecho de los pueblos indígenas a beneficiarse de las actividades extractivas en sus territorios* [en línea]. Ver: <https://revistaideele.com/ideele/content/minem-y-mincu-violan-sistem%C3%A1ticamente-el-derecho-de-los-pueblos-ind%C3%ADgenas-beneficiarse-de>.

- (2018). Mujeres kukamas exigen al Estado beneficiarse de la actividad petrolera en sus territorios. [En línea] Disponible <https://www.servindi.org/actualidad-noticias/18/12/2018/mujeres-kukamas-exigen-al-estado-beneficiarse-por-actividad-0>
- (2018) Balance de los procesos de consulta en minería y petróleo en el Perú: De un mecanismo para armonizar y compatibilizar intereses a un “mero trámite” burocrático. [en línea]. Disponible: <https://www.servindi.org/actualidad-noticias/06/11/2018/balance-de-los-procesos-de-consulta-en-mineria-y-petroleo-en-el-peru>
- [2018] ¿Quién decide quiénes son los pueblos indígenas? [En línea] Disponible en: [https://idl.org.pe/quien-decide-quienes-son-los-pueblos-indigenas/?fbclid=IwAR38DFMYBiWUESEFpw7g89jA81NK5xm4n\\_7Toe\\_sjkxCTIjbaYuj5ftKAGL0](https://idl.org.pe/quien-decide-quienes-son-los-pueblos-indigenas/?fbclid=IwAR38DFMYBiWUESEFpw7g89jA81NK5xm4n_7Toe_sjkxCTIjbaYuj5ftKAGL0).
- [2019] Ver también nuestra publicación: Problemas Jurídicos en la Implementación de la Consulta Previa en el Perú: o los «Pretextos Jurídicos» del Gobierno para Incumplirla. [En línea] Disponible en: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/viewFile/12474/13036> .

Sagüés, Néstor. *Del juez legal al juez constitucional*. En: Revista Estado Constitucional, Año 1, Núm. 1.

Saiz Arnaiz, Alejandro (1999). *La apertura constitucional al derecho internacional y europeo de los derechos humanos. El artículo 10.2 de la Constitución Española*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial.

Salmón, Elizabeth (2010). *Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Tomo 3: Los derechos de los pueblos indígenas. Lima: Idehpucp.

Tubino, Fidel (2004). *Del interculturalismo funcional al interculturalismo crítico*. En: Rostros y fronteras de la identidad. Temuco: Universidad Católica de Temuco.

Valencia Zea, Arturo (1998). *Derecho civil. De las obligaciones*, tomo III. Bogotá: Editorial Temis.

Velásquez Meléndez, Raffo (2012). *Notas para una teoría general de garantías en la expropiación forzosa*. En: Revista Peruana de Derecho Constitucional. Constitución Económica: Desarrollo, Medio Ambiente y Conflicto Social, Núm. 5.

## **2. Normas**

### **Internacionales**

Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre pueblos indígenas y tribales

Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas

Convenio de Diversidad Biológica

Convención Americana sobre Derechos Humanos

### **Internas**

Constitución Política de Perú

Resolución Legislativa N° 26253

Nuevo Código Procesal Constitucional (Ley N° 31307)

Ley de Consulta Previa (Ley N° 29785)

Ley General de Hidrocarburos (Ley N° 26221)

Ley General de Procedimientos Administrativos (Ley N° 27444)

Ley N° 26472

Ley de Canon, (Ley N° 27506)

Ley N° 28077

Ley N° 28322

Ley de promoción de la inversión privada en el desarrollo de las actividades económicas en las tierras del territorio nacional y de las comunidades campesinas y nativas (Ley N° 26505)

Ley N° 26570

Ley General de Comunidades Campesinas (Ley N° 24656)

Ley General del Ambiente (Ley N° 28611)

Ley General del Sistema Nacional de Bienes Estatales (Ley N° 29151)

Decreto de Urgencia N° 028-2006

Decreto de Urgencia N° 026-2010

Decreto Supremo N° 032-2004-EM

Decreto Supremo N° 001-2012-MC

Decreto Supremo N° 005-2002-EF

Decreto Supremo N° 187-2004-EF

Decreto Supremo N° 005-2002-EF

Decreto Supremo N° 081-2007-EM

Decreto Supremo N° 014-92-EM

Decreto Supremo N° 035-2015-EM

### **3. Jurisprudencia**

#### **Sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos**

Caso Velásquez Rodríguez contra Honduras

Caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni contra Nicaragua

Caso Masacre Plan de Sánchez contra Guatemala

Caso Comunidad Moiwana contra Surinam

Caso Comunidad Yakye Axa contra Paraguay

Caso Yatama vs. Nicaragua. Caso López Álvarez contra Honduras

Caso Comunidad Sawhoyamaya vs. Paraguay.

Caso del Pueblo Saramaka vs. Suriname.

Caso Tiu Tojín vs. Guatemala.

Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek. Vs. Paraguay.

Caso Pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam.



## **Corte Constitucional de Colombia**

T-129 del 2011

T-294 del 2014

## **Tribunal Constitucional de Perú**

STC. Exp. N° 0976-2001-AA/TC

STC. Exp. N° 1124-2001-AA/TC

STC. Exp. N° 00217-2002-HC/TC

STC. Exp. N° 00218-2002-HC/TC

STC. Exp. N° 2409-2002-AA/TC

STC. Exp. N° 02185-2002-AA/TC

STC. Exp. N° 02366-2003-AA/TC

STC. Exp. N° 00858-2003-AA/TC

STC. Exp. N° 00008-2003-AI/TC

STC. Exp. N° 00034-2004-AI/TC

STC. Exp. N° 3741-2004-AA/TC

STC. Exp. N° 00042-2004-AA/TC

STC. Exp. N° 00026-2004-AI/TC

STC. Exp. N° 02798-2004-HC/TC

STC. Exp. N° 04587-2004-AA/TC

STC. Exp. N° 00047-2004-AI/TC

STC. Exp. N° 00042-2004-AA/TC

STC. Exp. N° 00090-2004-AA/TC

STC. Exp. N° 08453-2005-PHC/TC

STC. Exp. N° 00025-2005-PI/TC y N° 00026-2005-PI/TC (acumulados)

STC. Exp. N° 08123-2005-PHC/TC

STC. Exp. N° 01417-2005-AA/TC

STC. Exp. N° 04677-2005-PHC/TC

STC. Exp. N° 05854-2005-PA/TC

STC. Exp. N° 00020-2005-AI/TC

STC. Exp. N° 0002-2005-AI/TC

STC. Exp. N° 05287-2005-HC/TC  
STC. Exp. N° 06534-2006-PA/TC  
STC. Exp. N° 00006-2006-CC/TC  
STC. Exp. N° 03343-2007-PA/TC  
STC. Exp. N° 04747-2007-HC/TC  
STC. Exp. N° 00007-2007-PI/TC  
STC. Exp. N° 00009-2007-PI/TC  
STC. Exp. N° 00010-2007-PI/TC  
STC. Exp. N° 03343-2007-PA/TC  
STC. Exp. N° 00016-2008-AI/TC  
STC. Exp. N° 00026-2008-PI/TC  
STC. Exp. N° 00028-2008-PI/TC  
STC. Exp. N° 06316-2008-PA/TC  
STC. Exp. N° 00022-2009-PI/TC

#### **4. Actas de procesos de consulta**

Acta de consulta previa de Lote 169: <http://consultaprevia.cultura.gob.pe/wp-content/uploads/2014/09/ACTA-DE-CONSULTA2.pdf>

Acta de consulta previa de Lote 195: <http://consultaprevia.cultura.gob.pe/wp-content/uploads/2014/11/ACTA-DE-CONSULTA.pdf>

Acta de consulta previa de Lote 164: <http://consultaprevia.cultura.gob.pe/wp-content/uploads/2014/10/ACTA-DE-CONSULTA.pdf>

Acta de consulta previa de Lote 189: <http://consultaprevia.cultura.gob.pe/wp-content/uploads/2014/10/ACTA-DE-CONSULTA1.pdf>

Acta de consulta previa del Lote 175: <http://consultaprevia.cultura.gob.pe/wp-content/uploads/2014/09/Acta-Di--logo-Intercultural-Lote-175.pdf>

Acta de consulta previa del Lote 193: <http://consultaprevia.cultura.gob.pe/wp-content/uploads/2015/07/Acta-de-Consulta-L-192-Alto-Pastaza.pdf>

Acta de consulta previa del Lote 190: <http://consultaprevia.cultura.gob.pe/wp-content/uploads/2015/02/Acta-de-Consulta.pdf>

Acta de consulta previa del Lote 191: <http://consultaprevia.cultura.gob.pe/wp-content/uploads/2015/02/ACTA-DE-CONSULTA-PREVIA.pdf>

Acta de consulta previa del Lote 165: <http://consultaprevia.cultura.gob.pe/wp-content/uploads/2015/02/Acta-de-Consulta-Lote-165.pdf>

Acta de consulta previa del Lote 197: <http://consultaprevia.cultura.gob.pe/wp-content/uploads/2015/02/Acta-de-Consulta-Previa-Lote-197.pdf>

Acta de consulta previa del Lote 198: <http://consultaprevia.cultura.gob.pe/wp-content/uploads/2015/02/Acta-de-Cosulta-Previa-Lote-198.pdf>

Acta de consulta previa del proyecto minero Aurora: <http://consultaprevia.cultura.gob.pe/wp-content/uploads/2015/09/Acta-de-consulta-previa-proyecto-de-exploracion-Aurora.pdf>

Acta de consulta previa del proyecto minero Toropunto: <http://consultaprevia.cultura.gob.pe/wp-content/uploads/2015/11/Acta-de-Evaluacion-Interna-Toropunto.pdf>

Acta de consulta previa del proyecto minero Misha: <http://consultaprevia.cultura.gob.pe/wp-content/uploads/2016/01/Acta-de-Evaluacion-Interna-Misha.pdf>

Acta de consulta previa del proyecto minero La Merced: <http://consultaprevia.cultura.gob.pe/wp-content/uploads/2016/05/Acta-de-Consulta-La-Merced.pdf>

Acta de consulta del proyecto minero Corcapunta: <http://consultaprevia.cultura.gob.pe/wp-content/uploads/2016/09/2-Acta-de-Evaluacion-Interna-HUACYON.pdf>

Acta de consulta del proyecto minero Apumayo I: <http://consultaprevia.cultura.gob.pe/wp-content/uploads/2016/09/Acta-de-la-Primera-reunion-de-dialogo.pdf>

Acta de consulta del proyecto Apumayo II: <http://consultaprevia.cultura.gob.pe/wp-content/uploads/2016/09/Evaluacion-Interna-Sancos.pdf>

Acta de consulta del proyecto minero Puquiopata: <http://consultaprevia.cultura.gob.pe/wp-content/uploads/2016/11/Puquiopata-Acta-Evaluacion-Interna.pdf>

Acta de consulta previa del proyecto minero Guadalupe:  
<http://consultaprevia.cultura.gob.pe/wp-content/uploads/2016/11/Acta-de-consulta-previa.pdf>

Acta de consulta previa del proyecto minero Pantería:  
<http://consultaprevia.cultura.gob.pe/wp-content/uploads/2017/06/Panter--a-Acta-de-Evaluacion-Interna.pdf>

Acta de evaluación interna del proyecto minero Ares:  
<http://consultaprevia.cultura.gob.pe/wp-content/uploads/2018/04/Acta-de-evaluacion-interna-Proyecto-Ares.pdf>

Acta de evaluación interna del proyecto minero Corani:  
<http://consultaprevia.cultura.gob.pe/wp-content/uploads/2018/04/1ACTA-DE-EVALUACION-INTERNA-CHACACONIZA.pdf>

Acta de evaluación interna del proyecto minero Quelcaya:  
<http://consultaprevia.cultura.gob.pe/wp-content/uploads/2018/04/1ACTA-DE-EVALUACION-INTERNA-QUELCAYA.pdf>

