

Tribunal  
Constitucional



REVISTA PERUANA DE  
**DERECHO  
CONSTITUCIONAL**

Constitución Económica:  
Desarrollo, Medio Ambiente  
y Conflicto Social

**5** | NUEVA ÉPOCA | 2012  
Edición especial |

# SUMARIO

REVISTA PERUANA DE DERECHO CONSTITUCIONAL

N.º 5, NUEVA ÉPOCA  
EDICIÓN ESPECIAL 2012

*Constitución Económica: Desarrollo, Medio Ambiente y Conflicto Social*

---

PRESENTACIÓN .....	13
--------------------	----

## ESTUDIOS

<b>Oscar Súmar Albuja</b> <i>Protección de libertades económicas por el Tribunal Constitucional del Perú: Un análisis estadístico y econométrico .....</i>	17
<b>Raffo Velasquez Melendez</b> <i>Notas para una teoría general de garantías en la expropiación forzosa .....</i>	35
<b>Ernesto Álvarez Miranda y Carolina Canales Cama</b> <i>Minería y conflicto social en el Perú: Los principios de la Constitución Económica peruana en materia de inversión .....</i>	85
<b>Daniel Yacolca Estares</b> <i>Concepto jurídico de medio ambiente en el Perú .....</i>	111
<b>Eddie Cóndor Chuquiruna</b> <i>Conflictividad socio-ambiental y marco constitucional .....</i>	135
<b>Roque Benavides Ganoza y Vanessa Farah Chávez</b> <i>La minería en el contexto de las actividades de explotación de recursos naturales .....</i>	147
<b>Areli Valencia Vargas</b> <i>Salud, derechos y desarrollo extractivo: Revelando interconexiones a propósito del caso peruano .....</i>	153
<b>José Francisco Gálvez</b> <i>El desarrollo del derecho indígena en el Perú .....</i>	181

<b>Vanessa Tassara Zevallos</b> <i>¿Cuál es la finalidad constitucional que persigue el artículo 149º de la Constitución?</i>	203
<b>Nadia Iriarte Pamo</b> <i>Derechos colectivos de los pueblos indígenas</i>	219
<b>Juan Ramón Rivero Mejía</b> <i>Apuntes sobre el derecho a la libre determinación de nuestros pueblos indígenas</i>	233
<b>Juan Carlos Ruiz Molleda</b> <i>Una aproximación al derecho de los pueblos indígenas a beneficiarse de la explotación de los recursos naturales en sus territorios</i>	255
<b>Martha Cecilia Paz</b> <i>La protección constitucional de las comunidades indígenas en riesgo de extinción y la consulta previa como derecho fundamental. El caso colombiano.</i>	287
<b>Avigail Eisenberg</b> <i>El Test de Distintividad Cultural en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Canadá</i>	305

## JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL

### 10 SENTENCIAS FUNDAMENTALES COMENTADAS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS (2005-2012)

1) <i>STC 00020-2005-PI y 0021-2005-PI, de fecha 27 de setiembre de 2005. Sobre la competencia de un Gobierno Regional para legalizar el cultivo de la hoja de coca. Por Evelyn Chilo Gutiérrez.</i>	315
2) <i>STC 03343-2007-PA, de fecha 20 de febrero de 2009. El Caso Cordillera Escalera y la primera piedra sobre la consulta previa. Por Cynthia Vila Ormeño.</i>	325
3) <i>STC 04611-2007-PA, de 15 de abril de 2010. Legitimidad activa de las comunidades nativas en los procesos de tutela de derechos y titularidad del derecho al honor: aspectos procesales y sustantivos. Por Fabiana Orihuela Silva.</i>	333
4) <i>STC 00022-2009-PI, de fecha 17 de junio de 2010. Derecho de consulta: contenido, características y elementos. Por Jaime de la Puente Parodi.</i>	341
5) <i>STC 06316-2008-PA, de fecha 30 de junio de 2010. El derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas en situación de aislamiento voluntario. Caso AIDESEP I. Por Aldo Blume Rocha.</i>	349

6) <i>STC 05427-2009-PC, de fecha 23 de agosto de 2010. Sobre el control de la inconstitucionalidad por omisión en el caso de la consulta previa.</i> Por Victorhugo Montoya Chávez. ....	357
7) <i>STC 00025-2009-PI, de fecha 17 de marzo de 2011. Derecho de consulta de pueblos indígenas y la Ley de Recursos Hídricos N.º 29338.</i> Por Susana Távora Espinoza. ....	365
8) <i>STC 0001-2012-PI, de fecha 17 de abril de 2012. Conga: un problema minero aún sin solucionar.</i> Por Victorhugo Montoya Chávez. ....	369
9) <i>STC 00316-2011-PA, de fecha 20 de julio de 2012. Carácter autoaplicativo de las normas, prohibición de dragas y derecho de propiedad.</i> Por Fabiana Orihuela Silva. ....	377
10) <i>STC 1126-2011-PHC, de fecha 24 de setiembre de 2012. La garantía constitucional de la propiedad sobre la tierra de las comunidades nativas y campesinas.</i> Por Javier Adrian Coripuna. ....	385

## JURISPRUDENCIA COMPARADA

<b>Francisco Balaguer Callejón</b> <i>Crisis económica y crisis constitucional en Europa</i> .....	391
<b>Rolando Luque Mogrovejo</b> <i>La solución amistosa ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos</i> .....	409

## RESEÑA BIBLIOGRÁFICA

### NOTICIAS DE LIBROS

<b>Laura Rangel Hernández</b> <i>Jurisdicción Militar y Derechos Humanos. El caso Radilla ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos</i> .....	443
---	-----

### REVISTA DE REVISTAS

<i>Cuestiones Constitucionales</i> .....	457
<i>Revista de Derechos Humanos de la Universidad de Piura</i> .....	459
<i>Revista Española de Derecho Constitucional</i> .....	461

# UNA APROXIMACIÓN AL DERECHO DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS A BENEFICIARSE DE LA EXPLOTACIÓN DE LOS RECURSOS NATURALES EN SUS TERRITORIOS

JUAN CARLOS RUIZ MOLLEDA\*

**SUMARIO:** I. *Introducción.* II. *La fuerza normativa del derecho a compartir beneficios.* III. *Reconocimiento del derecho de los pueblos indígenas a compartir beneficios por el convenio 169 de la OIT.* IV. *Elementos para la configuración del derecho a compartir beneficios.* V. *Razones constitucionales para exigir el desarrollo normativo del derecho a compartir beneficios.* VI. *Conclusiones.*

## I. INTRODUCCIÓN

Han pasado cerca de 17 años desde que entró en vigencia el derecho de los pueblos indígenas a beneficiarse de las ganancias que reporten la explotación y el uso de los recursos naturales en sus territorios<sup>[1]</sup> (en adelante el derecho a compartir beneficios), contenido en el artículo 15.2 del convenio 169 de la OIT, y hasta la fecha, el Congreso y el Ministerio de Energía y Minas, no han desarrollado legislativa y reglamentariamente, las reglas básicas del ejercicio y aplicación de este derecho, dificultando su pleno y efectivo ejercicio<sup>[2]</sup>.

---

\* Abogado de la PUCP, con Maestría en Derecho Constitucional, trabaja en el Instituto de Defensa Legal.

[1] Utilizamos la misma denominación que utiliza la OIT, ver: 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*, OIT, Ginebra, 2009, pág. 108.

[2] 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.

Ante esta omisión e indiferencia del Estado resulta imperativo promover no solo el desarrollo normativo de este derecho, sino más aun su real vigencia, toda vez que las zonas donde se desarrollan las industrias extractivas siguen viviendo en situaciones de pobreza en relación con el resto de los peruanos. En tal sentido, el objetivo de este informe es hacer una aproximación a este derecho.

En un contexto de creciente y preocupante conflictividad entre los pueblos indígenas, el Estado y las empresas extractivas, el esfuerzo de configuración y desarrollo normativo y jurisprudencial de este derecho es un imperativo no solo jurídico sino político. Ciertamente, estamos conscientes que este derecho no es la solución mágica que acabará con todos los conflictos socio ambientales, como los llama la defensoría del pueblo en sus informes, pero si estamos seguros, que este forma parte de la “caja de herramientas”, que de la mano con una mayor y más institucionalidad estatal en materia ambiental e indígena, pueden ayudar a reconducir los conflictos sociales de forma pacífica y democrática.

El día domingo 20 de noviembre del año 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>[3]</sup>.

De acuerdo a este investigador del Centro de Ética Aplicada de la Universidad de Deusto (Bilbao, España) y que acaba de publicar su libro “Conflicto y desarrollo en regiones mineras del Perú”, si bien los pasivos ambientales, como el resto de materias ligadas a estos (como el derecho al agua no contaminada, las consecuencias de este daño ambiental en la salud, los efectos en las economías agrícolas-ganaderas, etc.), son muchas veces los “caballitos de batalla” de muchas de las movilizaciones y protestas sociales de las comunidades afectadas por la explotación de los recursos naturales en sus tierras, la real naturaleza de estos conflictos es la falta de equidad en la repartición de los beneficios económicos entre estas comunidades y las empresas.

No se trata de especulaciones sin base real. Recientemente en Espinar en Cusco, el Frente Unificado de Defensa de los Intereses de Espinar, le ha pedido a la Empresa Minera Xtrata Tintaya, que el aporte no sean 3% sino el 30% de los ingresos provenientes de la explotación de la mina Antapacay. Hechos como este evidencian la necesidad de difundir y dar contenido a este derecho, a efectos de su correcto y adecuado ejercicio por parte de los pueblos indígenas.

---

[3] <http://www.larepublica.pe/20-11-2011/la-mayoria-de-conflictos-no-rechaza-la-mineria>

## II. LA FUERZA NORMATIVA DEL DERECHO A COMPARTIR BENEFICIOS

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

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” (exp. N° 00022-2009-PI/TC, f.j. 12).

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” (exp. N° 00022-2009-PI/TC, f.j. 13). En dicho supuesto, frente al vacío o deficiencia de la ley los entes jurisdiccionales no pueden dejar de administrar justicia (art. 139, inciso 8 de la Constitución). Con añade el TC ello coloca al juez constitucional que debe aplicar dicha norma en una situación delicada y compleja, por cuanto, “tendrán que configurar los elementos y requisitos del derecho sobre la base de situaciones concretas” (f.j. 13).

### 2.2 *La fuerza normativa del Convenio 169 de la OIT*

Si tenemos en cuenta que el derecho a compartir beneficios de la explotación de recursos naturales en sus territorios, contenido en el artículo 15.2 del Convenio 169 de la OIT y en general los TIDH (tratados internacionales de derechos humanos) se incorporan a la Constitución a través de las cláusulas de apertura constitucionales<sup>[4]</sup> (artículos 3, 55 y Cuarta Disposición Final y Transitoria) y que la Constitución y el propio TC les ha reconocido rango constitucional a estos derechos, resulta necesario analizar cuál es la naturaleza y los efectos jurídicos de la Constitución.

[4] Alejandro Saiz Arnaiz, *La apertura constitucional al derecho internacional y europeo de los derechos humanos*. El artículo 10.2 de la Constitución Española, Consejo general del Poder Judicial. Madrid, 1999, pág. 49.

En primer término debe reconocerse el carácter vinculante de la Constitución Política<sup>[5]</sup>. 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>[6]</sup>. En segundo lugar, debe reconocerse la supremacía o superioridad jerárquica de la Constitución en el sistema de fuentes<sup>[7]</sup>. Es decir, la Constitución no sólo es una norma jurídica, sino que es la norma suprema del ordenamiento jurídico, es la norma de mayor importancia en el sistema de fuentes del Derecho, cuyos efectos irradia a todo el ordenamiento jurídico. De ahí que se señale con propiedad, que ella condiciona la validez de todos los demás componentes del orden jurídico, y que representa un criterio de interpretación prioritario<sup>[8]</sup>. Ello solo es posible, gracias “a la omnipresencia de la Constitución en todas las áreas jurídicas y en todos los conflictos mínimamente relevantes, en lugar de espacios exentos a favor de la opción legislativa o reglamentaria”<sup>[9]</sup>.

Una lógica consecuencia de los dos elementos antes predicados de la Constitución Política, es la eficacia y aplicación inmediata de ésta. Negarle dicha característica implica regresar al Estado Legislativo de derecho en el cual la Constitución no vinculaba a los poderes públicos. En efecto, si la Constitución

---

[5] Seguimos el esquema desarrollado por Prieto Sanchis cuando caracteriza los elementos caracterizadores de lo que él llama un constitucionalismo fuerte. Ver: Luis Prieto Sanchis, *Justicia Constitucional y derechos Fundamentales*, Trotta, Madrid, 2003, pág. 116.

[6] 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 exp. N° 00006-2006-CC/TC, f.j. 44, señala que “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 por ejemplo Luis Castillo Córdova, *La inexistencia de ámbitos exentos de vinculación a la Constitución*, en: *Gaceta Jurídica*, julio 2007, año 13, pág. 73 y siguientes.

[7] 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 éste, 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 “superlegalita 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. Eduardo García de Enterría, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Editorial Civitas, 3ra edición, Madrid, 1985, pág. 50.

[8] Luis Prieto Sanchis, *Justicia Constitucional y derechos Fundamentales*, Trotta, Madrid, 2003, pág. 116.

[9] *Ibidem*, pág. 117.

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 sean relevantes en un proceso cualquiera, su aplicación resultará obligatoria<sup>[10]</sup>. La supremacía o superioridad jerárquica en el sistema de fuentes y la eficacia o aplicación directa de la Constitución se encuentra recogida en los artículos 51<sup>o</sup>[11] y 138<sup>o</sup> de la Carta Política.

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, la Constitución constituye sólo 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>[12]</sup>.

Como agrega este autor, se trata en definitiva, si la Constitución es en sí misma fuente de derecho<sup>[13]</sup>. Para este autor, 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 sometidos a la ley, la acomodación del contenido del ordenamiento a las prescripciones constitucionales dependerá de aquél y, 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>[14]</sup>. Esta tesis que predica la eficacia indirecta de la Constitución, es incompatible con la propia Constitución del Perú.

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 conforme a la Constitución; 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

[10] *Ibidem*, pág. 116.

[11] “La Constitución prevalece sobre toda norma legal; la ley, sobre las normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente”

[12] Ignacio de Otto. *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*, 7<sup>o</sup> reimpresión, Ariel Derecho, Barcelona, 1999, pág. 76.

[13] *Ibidem*.

[14] *Ibidem*.

situación jurídica; c) habrán de interpretar todo el ordenamiento conforme a la Constitución<sup>[15]</sup>.

Un cuarto elemento es la garantía jurisdiccional de la Constitución<sup>[16]</sup>. La denominada garantía jurisdiccional o judicial no es otra cosa que la exigibilidad en sede jurisdiccional de la Constitución. Esto significa que la primacía de la Constitución, 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>[17]</sup>. La cobertura constitucional de esta característica se encuentra en los artículos 138º y 200º de la propia Constitución.

### 2.3 *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 regional y local le asignan a la Constitución una naturaleza programática y política, en detrimento de su fuerza normativa<sup>[18]</sup>. Siguiendo a García de Enterría debemos de señalar que “Lo primero que hay que establecer con absoluta explicitud es que toda la Constitución tiene valor normativo inmediato y directo”<sup>[19]</sup>. La vinculación normativa de la Constitución afecta a todos los ciudadanos y a todos los poderes públicos, sin excepción, y no solo al Poder Legislativo como mandatos o instrucciones que a éste solo cumpliese desarrollar –tesis tradicional del “carácter programático” de la Constitución–; y entre los poderes públicos, a todos los Jueces y Tribunales y no solo al Tribunal Constitucional<sup>[20]</sup>.

---

[15] *Ibidem*.

[16] Este tema ha sido desarrollado por Hans Kelsen, *La garantía jurisdiccional de la Constitución (La justicia constitucional)*. México D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México, 2001.

[17] Manuel García Pelayo, “El status del Tribunal Constitucional”. *Revista Española de Derecho Constitucional* N° 1. Madrid, 1981, pág. 18.

[18] 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 solo 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”, Eduardo García de Enterría, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Editorial Civitas, 3ra edición, Madrid, 1985, pág. 39.

[19] *Ibidem*, pág. 63.

[20] *Ibidem*, pág. 64.

El carácter normativo o fuerza vinculante directa<sup>[21]</sup> está recogida en los artículos 38 y 45 de la Constitución. Según estas normas, todos los peruanos tienen el 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 una ley orgánica para concretar su funcionamiento, pues en ella se fijan las condiciones de su utilización y de su otorgamiento a particulares. En efecto, en el caso del derecho a la consulta previa, una de las principales objeciones que el gobierno es que el artículo 6 del Convenio 169 de la OIT, no es una norma de aplicación inmediata, pues no existe una norma de desarrollo legislativo que desarrolle el derecho a la consulta y en general, que no desarrolle el contenido de este derecho. Sustentan esta posición en que no está regulado el ejercicio de este derecho hasta la fecha.

Si la Constitución es una verdadera norma jurídica, y además no cualquiera si no 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>[22]</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 derechos en particular, a una futura legislación o reglamentación, ya del órgano Legislativo, ya de la Administración pública”<sup>[23]</sup>.

Y es que “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>[24]</sup>. Si esto es así en relación con las normas constitucionales en general, con mucha mayor razón, las normas que reconocen derechos son de aplicación inmediata. 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 vin-

---

[21] 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 Luis López Guerra, *Las sentencias básicas del Tribunal Constitucional*, centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 2000, pág. 79 y sgts.

[22] Luis Castillo Córdova, *Los derechos constitucionales. Elementos para una teoría general*, Palestra, Lima 2007, pág. 200.

[23] *Ibidem*.

[24] *Ibidem*, pág. 201.

culantes 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>[25]</sup>. Agrega este autor que “La 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 y toda su virtualidad normativa”<sup>[26]</sup>.

Lo contrario significaría que la vigencia de la Constitución estaría supeditada a la voluntad –si es que no a la paciencia y al temperamento- del legislador, lo cual es un absurdo, pues el poder constituido (Congreso) estaría por encima que el poder constituyente (la Constitución Política), lo cual no es posible en el Estado Constitucional de Derecho, pues contradice los dos elementos antes referidos. Esto ha sido recogido por 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 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>[27]</sup>.

No se trata de una interpretación aislada y forzada, un caso similar tuvo que resolver el Tribunal Constitucional Español en sus primeros años de funcionamiento, donde 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 las principales sentencias del TC Español, y es relevante revisarla pues se pronuncia sobre el tema que nos interesa: la fuerza vinculante directa de la Constitución. Nos referimos a la sentencia del Tribunal Constitucional Español 15/82, 23 de abril sobre objeción de conciencia<sup>[28]</sup>.

“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 interposición 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

[25] Luis Prieto Sanchis, *El sistema de protección de los derechos fundamentales: el artículo 53 de la Constitución Española*, ADH 2, Universidad Complutense, Instituto de derechos Humanos, Madrid, marzo de 1983, pág. 382. Citado por Luis Castillo Córdova, op. cit., pág. 201.

[26] Citado por Luis Castillo Córdova, op. cit., pág. 201.

[27] STC Exp. N° 05854-2005-AA/TC, f.j. 13. Ver también STC exp. N° 0976-2001-AA/TC, f.j. 5 y STC exp. N° 1124-2001-AA/TC, f.j. 6.

[28] Esta tesis puede ser consultada en Luis López Guerra, *Las sentencias básicas del Tribunal Constitucional*, centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 2000, pág. 79 y sgts.

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>[29]</sup>.

Luego 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>[30]</sup>.

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

Pero no sólo los tratados internacionales de derechos humanos (en adelante TIDH) vinculan a los jueces nacionales. La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante la Corte IDH) también vincula a los jueces peruanos cuando interpretan y desarrollan la Convención Americana de Derechos Humanos. El fundamento de esta regla está en el artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, el cual ha señalado que: “El contenido y alcances de los derechos constitucionales protegidos por los procesos regulados en el presente Código deben interpretarse de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos, los tratados sobre derechos humanos, así como de las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según tratados de los que el Perú es parte”. 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 la ratio decidendi, incluso en aquellos casos en los que el Estado peruano no haya sido parte en el proceso”<sup>[31]</sup>.*

[29] *Ibidem*, pág. 85.

[30] *Ibidem* pág. 86.

[31] STC. N° 00007-2007-PI/TC. f. j. 36. No es la única vez que lo ha reconocido, “De conformidad con la IV Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política del Estado,

Adviértase que el TC dice que este carácter vinculante va más allá de los procesos jurisdiccionales, alcanzando a las demás autoridades, entre las que se encuentran los congresistas y el Poder Ejecutivo. 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>[32]</sup>, interpretación que es vinculante para todos los jueces nacionales.

En relación con el derecho a compartir beneficios esta referencia es relevante toda vez que la Corte IDH ha establecido como luego veremos una regla sobre el derecho de los pueblos a compartir beneficios. En tal sentido, a pesar que el caso no es de Perú, lo ahí resuelto es vinculante para el Estado Peruano.

### III. RECONOCIMIENTO DEL DERECHO DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS A COMPARTIR BENEFICIOS POR EL CONVENIO 169 DE LA OIT

#### 3.1 *El derecho a compartir beneficios en el Convenio 169 de la OIT*

La norma que reconoce el derecho a compartir los beneficios<sup>[33]</sup> de las actividades económicas que se desarrollen en los territorios de los pueblos indígenas es la última parte del artículo 15° inciso 2 del Convenio 169 de la OIT<sup>[34]</sup>. Esta norma establece que:

---

los derechos y libertades reconocidos en la Constitución deben interpretarse de conformidad con los tratados internacionales en materia de derechos humanos suscritos por el Estado Peruano. Tal interpretación, conforme con los tratados sobre derechos humanos, contiene, implícitamente, una adhesión a la interpretación que, de los mismos, hayan realizado los órganos supranacionales de protección de los atributos inherentes al ser humano y, en particular, el realizado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, guardián último de los derechos en la Región". STC. N° 0217-2002-HC/TC. f. j. 2.

[32] 1. 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 Sawhoyamaya 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. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010.

[33] Utilizamos la misma denominación que utiliza la OIT, ver: 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, OIT, Ginebra, 2009, pág. 108.

[34] Organización Internacional del Trabajo. Convenio N° 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, Costa Rica, 1989. Fue aprobado e incorporado a la legislación nacional mediante resolución legislativa N° 26253, publicada el 2 de diciembre de 1993.

**“Artículo 15°**

[...]

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 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)

### 3.2 *El derecho a compartir beneficios en la jurisprudencia de la Corte IDH*

El derecho a compartir los beneficios que se obtengan de la explotación de los recursos naturales, que se extraigan de los territorios de los pueblos indígenas, también ha sido abordado por la Corte Interamericana en una reciente sentencia recaída en el *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*<sup>[35]</sup>. La Corte IDH ha establecido tres requisitos para la procedencia de actividades de explotación de recursos naturales en territorios de los pueblos indígenas, a fin de garantizar la subsistencia de los pueblos indígenas.

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” (párr. 129). (Subrayado nuestro)

Para la Corte IDH, “la segunda garantía que el Estado debe cumplir al considerar los planes de desarrollo [...] es aquella de compartir, razonablemente, los beneficios del proyecto con el pueblo Saramaka” (párr. 138) añade que “Se puede decir que el concepto de compartir los beneficios, el cual puede encontrarse en varios instrumentos internacionales respecto de los derechos de los

[35] Corte IDH, *Caso del Pueblo Saramaka vs. Suriname*, de fecha 28 de noviembre de 2007, (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), párrafos 138 al 140.

pueblos indígenas y tribales<sup>[36]</sup>, es inherente al derecho de indemnización reconocido en el artículo 21.2 de la Convención” (párr. 138). 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”.

A juicio de este tribunal “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” (párr. 139).

Finalmente 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” (párr. 140).

### 3.3 *El derecho a compartir beneficios en la jurisprudencia del TC*

Las principales sentencias del TC que se han pronunciado sobre el derecho a compartir beneficio han hecho referencia expresa al artículo 15.2 del Convenio 169 de la OIT que reconoce el derecho a compartir beneficios. Nos referimos a las siguientes sentencias: a) 03343-2007-AA (f.j. 34), b) 00022-2009-PI (f.j. 16), c) 05427-2009-AC (f.j. 56), d) 06316-2008-AA (f.j. 51), e) 00001-2012-AI (f.j. 56-61).

En la 00022-2009-PI, en relación con el dialogo intercultural el TC precisa que se establece “Con la finalidad no solo de obtener acuerdos que signifiquen

[36] Cfr. Declaración de las Naciones Unidas Sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, supra nota 130, Artículo 32.2 (señalando que “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”. Cfr. también O.I.T. Convenio No. 169, supra nota 128, Artículo 15(2) (señalando que “[l]os 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”).

garantizar los legítimos intereses de los pueblos indígenas como la preservación de la calidad ambiental de su territorio, de sus diversas 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” (f.j. 33).

Asimismo en la sentencia recaída en el exp. No 06316-2008-AA, el TC precisó que “El referido Convenio 169 precisa una serie de derechos y obligaciones por parte de los Estados firmantes del Convenio, 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” (f.j. 18).

A propósito del derecho a compartir beneficios de los pueblos indígenas, el TC ha desarrollado el principio de “La coparticipación de la riqueza. La indemnización como beneficio compartido”<sup>[37]</sup> en los fundamentos 52 y 52 de la sentencia recaída en el exp. N° 00022-2009-PI/TC. Como dice el TC “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 justo precio, 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”. (f.j. 52)

No obstante, la sentencia que más ha desarrollado este derecho es la sentencia expedida en el caso Conga, recaída en el expediente 00001-2012-AI

[37] El reconocimiento de este principio es tal que el magistrado del TC Ernesto Álvarez, escribe un artículo en el boletín del diario oficial El Peruano en el que comenta el principio de coparticipación de la riqueza. Ver el Boletín Jurídica N° 385 del martes 13 de diciembre de 2011 pasado, que viene con el Diario El Peruano. ver en <http://www.elperuano.pe/Edicion/juridica.aspx>.

(en concreto ver los f. j. 56 al 61). Si bien esta sentencia es objeto de muchos cuestionamientos, tienen el mérito de haber desarrollado este derecho, vigente mucho tiempo atrás. Esta sentencia establece 4 requisitos para que la inversión privada sea constitucional. Son los denominados “cuatro puntos esenciales” que funcionan como requisitos para que la inversión privada pueda tener reconocimiento y protección constitucional (f.j. 44). Estos son: a) deber de la empresa para 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 la implementación de la misma (f.j. 51 y sgts.); c) la obligación de las empresas de reparación directa, justa y proporcionada a las personas directamente afectadas (f.j. 54); y d) el principio de coparticipación de la riqueza (f.j. 56 y sgts.).

Para efectos de este artículo, nos interesa el desarrollo del principio de coparticipación de la riqueza. Este principio lo enuncia primero en la sentencia 00022-2009-PI/TC (f.j. 52 y 53), sin embargo, en aquella sentencia todos entendimos que estaban haciendo referencia al artículo 15.2 del Convenio 169 de la OIT, que reconoce el derecho de los pueblos indígenas a beneficiarse de la explotación de los recursos naturales en su territorio, aun cuando en dicha sentencia, no se menciona esta referencia normativa al Convenio 169 de la OIT. Interpretamos eso, pues se trataba de un proceso presentado por el pueblo indígena Awajun contra normas aprobadas por el Congreso de la República. Teniendo en cuenta que la sentencia 00022-2009-PI7TC esta referida al derecho a la consulta, comprendimos que esta regla estaba referida a los pueblos indígenas.

Sin embargo, en el caso de Conga, en principio no hablamos de pueblos indígenas sino de población rural en general y de rondas campesinas, las cuales no necesariamente se ajustan a la definición del concepto 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 de la OIT. Lo más interesante de esta sentencia es el esfuerzo por sustentar este nuevo principio, en la necesaria descentralización del Estado, 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 la promoción de la descentralización** como fundamento del principio de coparticipación de la riqueza. Según el fundamento 56 de la mencionada sentencia *“Las aspiraciones de descentralización, tan inevitables y necesarias como la propia expansión de los valores de libertad y tolerancia, tiene por objetivo acercar el Estado a la población.[...]”*

*con ello se pretende, 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”.*

El segundo aporte es que el TC sustenta el derecho a la coparticipación de la riqueza tiene su fundamento en la propiedad estatal de los recursos naturales, de conformidad con el artículo 66 la Constitución. Sin embargo precisa el TC que *“en ningún momento restringe que estos sean únicamente administrados por el Gobierno Nacional”.*

Para el TC en el fundamento 58 de la mencionada sentencia, 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 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>[38]</sup>.

Resulta también interesante cuando el TC en el fundamento 59 de la sentencia materia de análisis, señala que estos beneficios, no implican la convalidación de la contaminación ni implica 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”.*

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”* (f.j. 60).

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”* (f.j. 60). Añade el TC que en virtud de este principio debe esperarse que *“tales recursos sean utilizados a fin de empo-*

[38] Como ya lo ha establecido este Tribunal en la STC 0042-2004-PI/TC (fund. 53): *“el canon, es la participación de la renta económica ya recaudada dispuesta por el Estado a favor de los gobiernos regionales y locales de las zonas de explotación de recursos.”*

*derar a las sociedades circundantes al área de donde se extraen los recursos naturales” (f.j. 61).*

Pero el TC va más allá, no se contenta con la transferencia de estos recursos. El exige recursos humanos más capacitados que puedan ejecutar estos gastos. En palabras del TC, *“Concretizar esta idea, no obstante, 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” (f.j. 61).*

Nos parece acertado sustentar el derecho a la coparticipación de la riqueza en el principio de descentralización, el principio de solidaridad y en la descentralización. 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, pudiendo ser utilizado en gastos administrativos burocráticos, que no llegan a los pueblos indígenas.

Nuestra segunda crítica, que más adelante desarrollaremos es que, resulta vital quién definirá que cosa es lo mejor para los pueblos indígenas. Según la jurisprudencia del TC, el que debe definir que cosa es lo mejor para los pueblos indígenas deberá ser determinado por los gobiernos subnacionales, y no por los pueblos indígenas, lo cual resulta incompatible con el derecho a la autodeterminación y con el principio de control de su propias instituciones, contenido en el quinto considerando del Convenio 169 de la OIT cuando precisa que *“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”*.

En definitiva, no puede adoptarse una decisión en beneficio de los pueblos indígenas de espaldas a los pueblos indígenas. Ello es una exigencia del artículo 4 del Convenio 169 de la OIT. Según los incisos 1 y 2 de este artículo *“Deberán adoptarse las medidas especiales que se precisen para salvaguardar las personas, las instituciones, los bienes, el trabajo, las culturas y el medio ambiente de los pueblos interesados”* añadiendo que *“Tales 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 beneficio de los propios pueblos indígenas según su propio criterio, recordando siempre que estamos ante una obligación de resultado y no de medios.

### 3.4 *El derecho a compartir beneficios para 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 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 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>[39]</sup>.

El Convenio dice que estos beneficios se compartirán “siempre que sea posible”, pero 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>[40]</sup>.

### 3.5 *El derecho a compartir beneficios en los pronunciamientos de la CEACR de la OIT*

La Comisión de Expertos de Aplicación de los Convenios y Recomendaciones (CEACR<sup>[41]</sup>) va más allá y reconoce que este derecho no solo alcanza a los pueblos indígenas que son propietarios de dichas tierras sino que también alcanza a los que no siéndolo, las han usado tradicionalmente. En una observación sobre el Pueblos Sami en Noruega, la Comisión “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>[42]</sup>. Añade que esta “Sin embargo, la Comisión considera que no

[39] 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, OIT, Ginebra, 2009, pág. 108.

[40] 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.

[41] Comisión de expertos de aplicación de convenios y recomendaciones es un organismo técnico de la OIT, que interpreta los convenios de esta.

[42] Monitoreo de los pueblos indígenas y tribales a través de los Convenios de la OIT, OIT, Lima, 2010, págs. 101.

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>[43]</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>[44]</sup>.

No se trata de un derecho más o uno de segunda importancia, la CEACR ha manifestado un especial interés en el cumplimiento de este derecho por el Gobierno peruano. En efecto, este órgano “solicita al Gobierno 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>[45]</sup>.

### *3.6 El derecho a compartir beneficios según algunos organismos de las Naciones Unidas*

El Comité sobre la Eliminación de la Discriminación Racial<sup>[46]</sup> ha entendido que no sólo 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>[47]</sup>. Del mismo modo, el Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los pueblos indígenas sugirió que, a fin de garantizar “los derechos humanos de los pueblos indígenas en relación con grandes proyectos de desarrollo, [los Estados deben garantizar] una participación mutuamente aceptable en los beneficios”<sup>[48]</sup>. Por su parte, el CERD ya en

[43] *Ibidem*.

[44] *Ibidem*.

[45] Monitoreo de los pueblos indígenas y tribales a través de los Convenios de la OIT, OIT, Lima, 2010, págs. 118 y 119.

[46] 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.

[47] CERD, Observaciones al informe de Ecuador, 2003, párrafo 16. Citado por María Micaela Gomiz, *op. Cit.*, 224.

[48] Micaela Gomiz, *op. Cit.*, 224.

1997 “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”<sup>[49]</sup>.

### 3.7 El derecho a compartir beneficios en la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia

En la sentencia T-129 del 2011 de la Corte Constitucional Colombiana se hace un resumen de las reglas del derecho a la consulta previa desarrolladas jurisprudencialmente. Según esta, “todo acto, proyecto, obra, actividad o iniciativa que pretenda intervenir en territorios de comunidad étnicas, sin importar la escala de afectación, deberá desde el inicio observar diferentes reglas, destacando entre ellas la siguiente: “(x) 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”. (Subrayado nuestro)

No se trata de una Corte Constitucional más. Colombia ha desarrollado uno de los marcos constitucionales y jurídicos más progresistas de América Latina en lo que concierne a asuntos multiculturales. Los desarrollos jurídicos colombianos han sido considerados por activistas y por personas encargadas del diseño de políticas públicas como un ejemplo del tipo de legislación que otros países de la región deberían adoptar<sup>[50]</sup>, por ello la jurisprudencia de Colombia es quizá uno de los casos más emblemáticos y una experiencia a revisar<sup>[51]</sup>, no solo en materia de justicia constitucional sino sobre todo, en lo relacionado con respeto de los derechos de los pueblos indígenas<sup>[52]</sup>. Además no podemos olvidar que de conformidad con el TC se

[49] Observaciones al informe de Ecuador, 2003, párrafo 16. Citado por María Micaela Gomiz, op. Cit., 225.

[50] Daniel Bonilla Maldonado, La Constitución multicultural, Siglo de Hombre Editores, Pontificia Universidad Javeriana y Universidad de los Andes, Bogotá, 2006, pág. 25.

[51] Cfr. 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, Red Jurídica para la defensa de la Amazonía, Quito, 2009. Sobre la función de la jurisprudencia en el desarrollo de los derechos culturales se puede consultar Juan Pablo Vera Lugo, la jurisprudencia como campo de reflexión de la diversidad cultural: apropiación jurídica de nociones culturales, en: Revista Universitas humanística, N° 62, 2006, págs. 205 y sgts. Un estudio de conjunto sobre el desarrollo de la jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana en materia de derechos de los pueblos indígenas puede ser encontrado en Daniel Bonilla Maldonado, La Constitución multicultural, Siglo de Hombre Editores, Pontificia Universidad Javeriana y Universidad de los Andes, Bogotá, 2006.

[52] Para una visión de conjunto ver Catalina Botero Marino, Multiculturalismo y derechos de

“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 criterios y pautas que deben determinar el análisis del juez constitucional en cada caso en concreto”<sup>[53]</sup>.

### 3.8 *El derecho a compartir beneficios en la legislación nacional*

Finalmente, a nivel legal, 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, “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”.

Este derecho ha sido reconocido recientemente en el Reglamento de la ley de consulta previa de los pueblos indígenas, aprobada mediante Decreto Supremo 001-2012-MC. Si bien, no agrega nada nuevo, pues es repetitivo del artículo 15.2 del Convenio 169 de la OIT, su importancia descansa en el hecho que este derecho es recogido al momento de reglamentarse el derecho a la consulta previa. En otras palabras, el momento de la determinación de la participación de los pueblos indígenas es al momento de realizarse el proceso de consulta.

## IV. ELEMENTOS PARA LA CONFIGURACIÓN DEL DERECHO DERECHO A COMPARTIR BENEFICIOS

### 4.1 *Concepto*

En virtud de este los pueblos indígenas tienen derecho a beneficiarse de alguna manera de la explotación de los recursos naturales en sus territorios. 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*

---

los pueblos indígenas en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana. Revista Precedente, Anuario Jurídico, Facultad de Derecho y Humanidades. Cali, Universidad ICESI, 2003, págs. 45-87.

[53] STC exp. N° 0002-2005-AI/TC, f.j. 45.

*de sus tierras*”<sup>[54]</sup>. Según el artículo 15.2 del Convenio de la OIT, 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 tienen derecho a participar, de una manera razonable y equitativa, en los beneficios que reporten tales actividades a los titulares de éstas.

#### 4.2 Titular del derecho

El titular del derecho son los pueblos indígenas, los cuales son definidos en el artículo 1 del Convenio 169 de la OIT, y cuya titularidad también ha sido definida por el artículo 7 de la Ley de Consulta Previa (Ley 29785) y por el artículo 3.k del reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 001-2012-MC.

#### 4.3 Sujeto obligado

Debemos distinguir entre el obligado y el garante. El garante de todos los derechos es el Estado, el cual tiene precisamente la posición de garante de todos los derechos de los pueblos indígenas. En este caso, es el Estado, y más en concreto el Gobierno el encargado de proteger y garantizar este derecho. En otras palabras, este derecho deberá ser exigido al Estado, al Gobierno, y no a la empresa.

#### 4.4 Objeto

El objeto sobre el cual se genera el derecho es el beneficio que las empresas extractivas obtienen al explotar los recursos naturales en territorios de los pueblos indígenas. Si este beneficio no existe o mientras este no exista, el derecho no se concreta. Obviamente, ello no enerva que la forma de concretarse se pueda fijar con antelación.

#### 4.5 La finalidad del derecho.

La finalidad de este derecho es promover y afirmar la dignidad de los pueblos indígenas y el mejoramiento de las condiciones y de la calidad de vida de los pueblos indígenas en cuyos territorios se realizan las actividades extractivas. Debe precisarse, que son los pueblos indígenas los que deben definir de acuerdo con sus costumbres qué entienden por mejoramiento de su calidad de vida y de sus condiciones. Eso significa que el Estado no debe definir por ellos, de acuerdo a criterios ajenos a los pueblos indígenas.

---

[54] OIT, LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS Y TRIBALES EN LA PRÁCTICA. Una guía sobre el Convenio 169 de la OIT, Lima, 2009, pág. 108.

#### 4.6 *Contenido constitucional protegido del derecho a compartir beneficios*

Se trata de definir aquí concretamente qué facultades concretan este derecho. En primer lugar, consideramos que el derecho de los pueblos indígenas a beneficiarse de la explotación de recursos naturales en sus territorios implica 1) el derecho a percibir el beneficio concreto y material, no basta con que se apruebe una norma que lo dispone; 2) el beneficio tiene que ser real y tangible; 3) el beneficio a obtenerse será para el colectivo, es decir beneficiara a toda la comunidad y no a un grupo o a unos pocos; 4) la obligación del Gobierno del Estado de retener aquella parte de los beneficios a través de la política tributaria nacional de acuerdo a las normas impositivas nacionales; 5) la obligación del Estado de concretar y materializar el beneficio a favor de los pueblos indígenas; 6) el derecho de los pueblos indígenas a que dicho beneficio no se concrete contra la voluntad de los pueblos indígenas, en el marco de los derechos a la identidad cultural, a la autonomía y a la autodeterminación; 7) el derecho de los a los pueblos indígenas a obtener estos beneficios no deberá estar supeditado ni condicionado por el Estado al momento de concedérselos; 8) la utilización y disposición de los beneficios jamás deberán ser utilizados en perjuicio de los intereses, la subsistencia y de la integridad cultural de la comunidad y del pueblo indígena.

#### 4.7 *Naturaleza del derecho*

**Una obligación de resultados y no de medios.** Es una obligación de resultados no de medios. Corresponderá al Estado organizar sus recursos y competencias a efectos de adoptar las decisiones más convenientes a efectos de cumplir con este derecho. El Estado tendrá la libertad de configurar y organizar la política tributaria, a efectos de garantizar los recursos necesarios que beneficien a los pueblos indígenas.

**Diferente naturaleza 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 goza los gobiernos locales (Municipalidad provinciales y distritales) y los Gobiernos Regionales del total de los ingresos y rentas obtenidas por el Estado, por la explotación económica de dicho recurso natural en sus territorios. El derecho a compartir beneficios a diferencia del canon no es una contribución a los Gobiernos Regionales, sino que tiene naturaleza de un derecho fundamental y/o constitucional. Puede los gobiernos subnacionales recibir ingentes cantidades de dinero, pero nada asegura que este se gaste en beneficio de los pueblos indígenas.

**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.

**Derecho colectivo.** No estamos ante un derecho individual sino ante un derecho colectivo, esto significa que este derecho 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 ante bienes jurídicos de naturaleza colectiva como es el territorio o la identidad cultural.

**Su relación con otros derechos.** 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 derechos. En principio, está relacionado con el derecho a la consulta, toda vez que es en el marco del proceso de consulta donde se debe fijar la forma en que los pueblos indígenas se beneficiaran de la explotación de los recursos naturales. No en vano, el artículo 15.2 del Convenio 169 de la OIT establece esta regla, luego de precisar la consulta de recursos naturales en territorio de pueblos indígenas. Asimismo, el artículo decimo del Reglamento de la ley de consulta previa, aprobado mediante Decreto Supremo 001-2012-MC. En segundo lugar, este derecho tiene relación con el derecho a la propiedad, según el criterio de la Corte IDH en el Caso *Saramaka vs Suriname* “*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>[55]</sup>, es inherente al derecho de indemnización reconocido en el artículo 21.2 de la Convención*” (párr. 138).

Este derecho también guarda relación el derecho de los pueblos indígenas a mejorar sus condiciones de vidas, siempre que este sea beneficioso para los propios pueblos indígenas, y no lo que el Estado o el gobierno considera lo mejor para los pueblos indígenas. El mejoramiento la calidad de vida esta reconocido en el fundamento 52 de la sentencia 00022-2009-PI/TC y en las sentencias de la Corte IDH<sup>[56]</sup>.

[55] Cfr. Declaración de las Naciones Unidas Sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, supra nota 130, Artículo 32.2 (señalando que “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”. Cfr. también O.I.T. Convenio No. 169, supra nota 128, Artículo 15(2) (señalando que “[l]os 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”).

[56] Recaidas en los casos Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay, Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 150; y Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay, Fondo Reparaciones y Costas, párr. 167.

#### 4.8 *Limites internos y externos*

A nivel de límites internos tenemos que la finalidad del derecho a compartir beneficios, tiene como objetivo el mejoramiento de las condiciones de vida de los pueblos indígenas. Ciertamente, este derecho no autoriza a afectar la **libertad de empresa** y el legítimo derecho de esta a obtener rentabilidad y lucro, en atención y en relación a la inversión que ella realiza y los riesgos que ella asume. Este derecho deberá ser tenido en cuenta al momento de determinar la forma en que los pueblos indígenas se beneficiaran.

En tal sentido el beneficio que los pueblos indígenas no puede ser caprichoso e ilimitado, sino que tiene que 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** de conformidad con el artículo 66 de la Constitución, el cual se encuentra en el artículo 15.2 del Convenio 169 de la OIT. Esto es clave a la hora en que los pueblos indígenas soliciten beneficiarse pues no son sus recursos naturales sino del Estado, siempre que no hayan sido explotados tradicionalmente por los pueblos indígenas. No se trata de recursos que son propiedad de los pueblos indígenas, se trata de recursos que se explotan en los territorios de los pueblos indígenas. 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 un cheque o 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 de los pueblos indígenas. En tal sentido, lo beneficioso será determinado desde la cultura del pueblo indígena. El paradigma no será el beneficio económico individual y la acumulación de dinero, sino estará relacionado con el buen vivir en armonía con el entorno ambiental, el cual está relacionado con la existencia de un entorno ambiental equilibrado donde haya recursos naturales para su subsistencia y reproducción social, esto es con el buen vivir.

Otro límite a este derecho será el **derecho a la libre autodeterminación**. Los pueblos indígenas deberán definir de forma autónoma que es lo mejor para ellos. El beneficio que ellos reciban será concretado a través del derecho a la autodeterminación. El fundamento de esto se encuentra en el artículo 4 incisos 1 y 2 del Convenio 169 de la OIT.

**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 obstaculizarse su desarrollo a través del ejercicio abusivo e irracional de este derecho. Otro límite que puede encontrarse es la libertad de asociación, en el caso en que los pueblos indígenas acepten ser socios de la empresa.

## V. RAZONES CONSTITUCIONALES PARA EXIGIR EL DESARROLLO NORMATIVO DEL DERECHO A COMPARTIR BENEFICIOS

Se trata de replicar la experiencia del desarrollo del derecho a la consulta previa. No se trata de hacer experimentos o soltar globos de ensayo. De lo que se trata es de seguir el mismo camino seguido con el derecho a la consulta, el cual fue finalmente desarrollado normativamente en la ley 29785, por orden del TC en una sentencia expedida en un proceso de cumplimiento y luego de una intensa movilización y presión de parte de los pueblos indígenas en el Perú.

Con fecha 30 de junio del año 2010, el TC expidió sentencia recaída en el expediente N° 05427-2009-AC/TC. En el punto 2 del fallo este resuelve “**ORDENAR al Ministerio de Energía y Minas a que, dentro del marco de sus competencias, emita un reglamento especial que desarrolle el derecho a la consulta de los pueblos indígenas, de conformidad con los principios y reglas establecidos en los artículos 6.1, 6.2 y 15.2 del Convenio N° 169 de la OIT y que han sido explicitados en el fundamento 60 de la presente sentencia**”.

Esta exigencia se materializó primero el 25 de octubre del año 2010, cuando el Ministerio de Energía y Minas publicó en su sitio web el “Proyecto de Reglamento de Consulta a los Pueblos Indígenas para las Actividades Minero Energéticas”. Luego, el 12 de mayo del año 2011 se publicó el Decreto Supremo 023-2011-EM, norma mediante la cual se aprobó el Reglamento para la aplicación del derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas en actividades mineras energéticas. En el último párrafo de esta última norma, se hace referencia expresa que este reglamento se aprueba en cumplimiento. Finalmente, esta exigencia se concretó cuando el Congreso primero aprobó y luego el Gobierno promulgó la actual ley de consulta previa (Ley N° 29785).

### 5.1 El “deber especial de protección” de los derechos fundamentales

De conformidad con los artículos 1 y 4 de la Constitución Política, la razón de ser del Estado es la protección de los derechos fundamentales de las

personas. El fin supremo no es el Estado sino dignidad humana de la persona. En palabras del TC, existe un “deber especial de protección de los derechos fundamentales”<sup>[57]</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>[58]</sup>.

La constitucionalización del “deber especial de protección” “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>[59]</sup>.

### *5.2 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 Interamericana de Derechos Humanos (en adelante la CIDH) 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>[60]</sup>. Esta obligación general del Estado adquiere un “contenido adicional” en el caso de los pueblos indígenas y tribales y sus miembros<sup>[61]</sup>. La CIDH ha reconocido que los Estados deben adoptar medidas especiales y específicas destinadas a proteger, favorecer y mejorar el ejercicio

---

[57] STC exp. N° 0858-2003-AA/TC, “debido al influjo de diversas teorías que han servido de base al constitucionalismo, y muy significativamente de las doctrinas pactistas, desde sus orígenes, el Estado moderno ha sido concebido como un ente artificial, una de cuyas tareas encomendadas ha sido, desde siempre, proteger los derechos fundamentales. Podría decirse, incluso, que se trata de su finalidad y deber principal, pues, en su versión moderna, el Estado ha sido instituido al servicio de los derechos fundamentales. El Estado, en efecto, tiene, en relación con los derechos fundamentales, un “deber especial de protección”. (título 4 y f.j. 5 y 7)

[58] STC exp. N° 0976-2001-AA/TC, f.j. 5.

[59] STC exp. N° 0858-2003-AA/TC, f.j. 7.

[60] Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *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, pág. 18.

[61] *ibidem*.

de los derechos humanos por los pueblos indígenas y tribales y sus miembros. Asimismo agrega que “La 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>[62]</sup>.

Esta obligación específica de proteger los derechos de los pueblos indígenas se concreta en la necesidad del Estado al adoptar medidas especiales tendientes a proteger sus derechos humanos de tomar en cuenta la forma de vida indígena, que es única<sup>[63]</sup>. Para la Corte IDH “en lo que respecta a 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>[64]</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>[65]</sup>.

Finalmente los Estados violan el derecho a la igualdad y a la no discriminación sino no protege de manera especial a los pueblos indígenas. En palabras de la CIDH cuando no otorgan a los pueblos indígenas “las protecciones necesarias para ejercer su derecho de propiedad plena y equitativamente con los demás miembros de la población”<sup>[66]</sup>.

### 5.3 *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 a una persona de su vida, la jurisprudencia y doctrina contemporánea ya han reconocido la doble vertiente de este derecho, la cual incluye a su vez una “noción positiva del derecho a la vida”<sup>[67]</sup>. En tal sentido, no será suficiente evitar privar a una persona de

[62] 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.L/V/II., Doc. 68, 3 de junio de 2010, párrafo 26, Recomendación No. 11.

[63] Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párr. 163.

[64] *Ibidem*, párr. 63.

[65] *Ibidem*, párr. 51.

[66] CIDH, Informe No. 40/04, Caso 12.053, Comunidades Indígenas Mayas del Distrito de Toledo (Belice), 12 de octubre de 2004, párr. 171. Citado por CIDH, Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales, op. Cit. pág. 25.

[67] Elizabeth Salmón, Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Tomo 3 Los derechos de los pueblos indígenas, Idehpucp, Lima, 2010, pág. 78.

su derecho a la vida, sino que se deberá garantizar a toda persona humana una vida “digna”, o una vida “en libertad, paz y seguridad como pueblos distintos”. Este criterio será importante, a la hora de evaluar los impactos de las actividades extractivas en territorios de los pueblos indígenas<sup>[68]</sup>.

En esa línea, la Corte IDH rechaza enfoques restrictivos del derecho a la vida. Así sostendrá que “El derecho a la vida es un derecho humano fundamental, cuyo 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>[69]</sup>.

A continuación la Corte IDH “ha señalado en su jurisprudencia constante que el cumplimiento de las obligaciones impuestas por el artículo 4 de la Convención Americana, relacionado con el artículo 1.1 de la misma, 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>[70]</sup>.

Siguiendo a Elizabeth Salmón, el concepto de vida digna incorpora los derechos económicos, sociales y culturales, y pone de manifiesto la especial vulnerabilidad de los pueblos indígenas ante la falta de goce de estos derechos, “Dentro del contexto de las precarias condiciones de vida y salud descritas, los miembros de la Comunidad Sawhoyamaxa, en especial niños, niñas y ancianos, son vulnerables a enfermedades y epidemias, y muchos han fallecido a causa de tétanos, neumonía y sarampión, graves cuadros de deshidratación, caquexia y enterocolitis, o supuestos accidentes de tránsito y trabajo sin ningún control estatal”<sup>[71]</sup>.

Por último, la Corte IDH establece que “Una de las obligaciones que ineludiblemente debe asumir el Estado en su posición de garante, con el objetivo de proteger y garantizar el derecho a la vida, es la de generar las condiciones de vida mínimas compatibles con la dignidad de la persona humana y a no produ-

---

[68] Ibidem.

[69] Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146, párr. 150.

[70] Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párr. 152.

[71] Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146, párr. 73.74.

cir 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>[72]</sup>. Sin lugar al desarrollo normativo del derecho a compartir beneficios puede contribuir a este mejoramiento de la calidad de vida de los pueblos indígenas.

#### *5.4 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 con el principio de promover y favorecer los sectores excluidos o de adopción de medidas positivas especiales, contenido en el artículo 59 de la Constitución. Se trata de una disposición constitucional que autoriza el establecimiento de 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, en tal sentido, promueve las pequeñas empresas en todas sus modalidades’*. A juicio de este Tribunal, dicha cláusula no sólo determina un rol negativo para el legislador, de no interferir irrazonablemente en tales libertades económicas, 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, 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>[73]</sup>.

En ese mismo sentido, señala el TC<sup>[74]</sup> que “*el tránsito del Estado liberal*

[72] Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párr. 166.

[73] STC Exp. No 00034-2004-AI, f. j. 30 y 31.

[74] La primera referencia jurisprudencial está referida a la inclusión de la mujer en culturas patriarcales. Señala el TC que “los poderes públicos ante situaciones tangibles de desigualdad se encuentran en la obligación de promover las condiciones para que la libertad y la igualdad sean realizables y efectivas, y remover los obstáculos que impidan su plenitud, tal como lo dispone el artículo 59° la Constitución, según el cual, “(...) el Estado brinda oportunidades de superación a los sectores que sufren cualquier desigualdad”, como el femenino. STC Exp.

*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>[75]</sup>.

Finalmente, en otra oportunidad el TC estableció que *“Debe reconocerse también una vinculación positiva del legislador con los derechos fundamentales, de forma tal que los poderes públicos sean 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>[76]</sup>.

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

Finalmente, el artículo 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos establece la obligación del Estado de “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”. Esta norma establece en consecuencia la obligación del Estado de remover los obstáculos legales y fácticos que impiden el ejercicio de los derechos humanos.

---

No 00016-2008-AI, f. j. 25. En ese orden de ideas y en relación con la mujer añade el TC que “resulta pertinente advertir que si bien en las últimas décadas ha existido un importante grado de incorporación de la mujer en tareas de orden social, de las que nunca debió estar relegada (participación política, acceso a puestos laborales, oportunidades de educación, entre otras muchas), no puede considerarse que en la realidad peruana dicha tarea se encuentre consolidada, ya que buena parte de nuestra sociedad aún se nutre de patrones culturales patriarcales que relegan al colectivo femenino a un rol secundario, a pesar de encontrarse fuera de discusión sus idénticas capacidades en relación con el colectivo masculino para destacar en todo ámbito de la vida, sea político, social o económico” (f.j. 26 y 27).

[75] STC Exp. No 00020-2005-AI, f. j. 17.

[76] STC Exp. No 00008-2003-AI, f. j. 4.

Ello le impone al Estado la obligación de adecuar y compatibilizar el ordenamiento jurídico nacional al Convenio 169 de la OIT y a su desarrollo jurisprudencial por el TC y la Corte IDH. Este pedido de adecuación ha sido formulado incluso por el Comité de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT (CEACR) en el Informe 2010. Este ha instado 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”.

En definitiva, el Estado tiene la obligación de proteger los derechos fundamentales, en palabras de la Corte IDH en sus 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>[77]</sup>. En el presente caso estamos ante una violación por omisión. Añade que “La 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 realidad, de una eficaz garantía del libre y pleno ejercicio de los derechos humanos”<sup>[78]</sup>.

### 5.6 *La indivisibilidad de los derechos de los pueblos indígenas*

Finalmente, no debe perderse de perspectiva que todos los derechos de los pueblos indígenas deben protegerse. No solo tiene el Estado la obligación jurídica de proteger el derecho a la consulta. Existen un conjunto de derechos que vienen siendo sistemáticamente violados por las políticas extractivas del Estado, que tarde o temprano generarán peligrosos focos de conflicto en las zonas donde viven los pueblos indígenas. Ellos son tan vinculantes como el derecho a la consulta y, sin embargo, el Estado no los protege. Como dice el TC “*todos los derechos humanos constituyen un complejo integral único e indivisible, en*

[77] Corte IDH. Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Sentencia de 29 de julio de 1988, párrafo 166.

[78] *Ibidem*, párrafo 167.

*el que los diferentes derechos se encuentran necesariamente interrelacionados y son interdependientes entre sí.”* (Exp. N° 2945-2003-AA, f.j. 11). El Estado está en la obligación de desarrollar normativamente todos y cada uno de los derechos de los pueblos indígenas reconocidos en el Convenio 169.

## VI. CONCLUSIONES

Estamos ante un caso de violación de una norma de rango constitucional por omisión legislativa, situación que es intolerable en un Estado Constitucional de Derecho donde la Constitución y el Convenio 169 de la OIT que recoge el derecho a compartir beneficios, tiene fuerza normativa de la mayor jerarquía. Ése es el tema de fondo en esta controversia.

No se trata de un tema nuevo en la doctrina<sup>[79]</sup> ni en la reflexión nacional<sup>[80]</sup>, ni en la jurisprudencia del TC<sup>[81]</sup>. Definitivamente, la Constitución no puede ser violada por omisión legislativa. La fuerza normativa de la Constitución, su propia jerarquía, su aplicación inmediata, la preeminencia del poder constituyente (plasmado en la Constitución) sobre el poder constituido (el Congreso), la inexistencia de zonas exentas a la fuerza normativa de la Constitución y al control constitucional, son fundamento constitucional para realizar el control constitucional de la omisión y para declarar la fundada.

En el presente caso, estamos ante una situación donde el Poder Ejecutivo y Legislativo dejan de regular un derecho, impidiendo y bloqueando su ejercicio, vaciando de contenido el principio de fuerza normativa de la Constitución. Es este el caso del derecho los pueblos indígenas a compartir beneficios, contenido en el Convenio N° 169 OIT. Este instrumento fue aprobado por el Perú mediante Resolución Legislativa N° 26253 del 02 de diciembre de 1993, entró en vigencia el 2 de febrero de 1995 y hasta ahora no hay ley que regule el ejercicio del mismo.

Ciertamente, la exigibilidad y el carácter vinculante del derecho de los pueblos indígenas a beneficiarse de la explotación de recursos naturales en sus territorios, no esta condicionada a su desarrollo normativo o reglamentario. En el artículo 15.2 del Convenio existe una mínima configuración de este derecho, suficiente para su implementación.

---

[79] Ver, por ejemplo, José Julio Fernández Rodríguez, *La Inconstitucionalidad por omisión. Teoría General. Derecho comparado. El caso español*, Editorial Civitas, S.A., Madrid, 1998.

[80] Ver, por ejemplo, *La Acción de Inconstitucionalidad. Inconstitucionalidad por omisión. Cuadernos Jurisprudenciales*, Gaceta Jurídica, Año 1, Número 8, Febrero del año 2002.

[81] STC N° 005-2001-AI/TC; 004-2001-AI/TC; 02-2001-AI/TC; 07-00-I/TC; 006-97-AI/TC; 002-97-I/TC; 024-96-I/TC; 022-96-I/TC; 020-96-I/TC; 018-96-I/TC.