

## El derecho al comparto de beneficios económicos de los pueblos indígenas

**Luis Andrés Roel Alva**

Abogado por la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Diplomado en Derechos Humanos y Derecho Procesal Constitucional por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (Perú). Programa de Estudios Avanzados en Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario en American University Washington College of Law (Estados Unidos).

**Resumen:** La población indígena en el Perú ha sido por mucho tiempo marginada. No se han respetado sus derechos ni se han atribuido los beneficios correspondientes, no solo los que merecen y poseen por ser ciudadanos y peruanos, sino los que ostentan por ser un grupo humano especial. Decimos especial porque se encuentra en una situación, lamentablemente, de desventaja, puesto que en muchas ocasiones su voz no es debidamente escuchada por las autoridades. Muchos de los pueblos indígenas del Perú están de alguna manera olvidados por el Estado.

La Constitución peruana reconoce el derecho a la igualdad de todas las personas que viven en el territorio peruano. Por lo tanto, todos los peruanos deben ser considerados de la misma manera, sus derechos deben ser respetados y deben proporcionarles un ambiente adecuado para la vida dentro de las posibilidades del Estado.

En ese sentido, es necesario que, dada la cantidad considerable de peruanos que se ven afectados por la negligencia del Estado, sus derechos no solo sean reconocidos sino también garantizados. El Convenio 169 de la OIT permite que muchos de estos derechos puedan ser exigidos. El mismo que, si bien ha empezado a tener notoriedad a partir del debate por el derecho a consulta previa, reconoce también a estos pueblos indígenas otros derechos. Entre ellos el derecho a compartir beneficios por la explotación de los recursos naturales situados en sus tierras. Este último será analizado en el presente trabajo de investigación.

**Palabras clave:** Convenio OIT N° 169; pueblos indígenas; Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT (CEACR); derecho al compartido de beneficios económicos; conflictos sociales; identidad cultural.

**Abstract:** The indigenous population in Peru has long been marginalized. Their rights have not been respected nor have their profits been attributed; not only those rights they deserve and possess for being Peruvian citizens, but also those they hold for being a particular human group. We call it a special group because unfortunately it is in a situation of disadvantage, since many times his voice is not properly heard by the authorities. Many Peruvian indigenous people are somehow neglected by the State.

The Peruvian Constitution recognizes the right to equality for all the people living in the Peruvian territory, so all Peruvians should be considered in the same manner, their rights respected and be provided a suitable environment for life, within the possibilities of the State.

In that sense, it is necessary that, given the considerable amount of Peruvians who are affected by the negligence of the State, their rights are not only to be recognized but also guaranteed. To that effect, the ILO Convention N° 169 allows many of these rights to be required. This same one, which has run into notoriety from the debate on the right to prior consultation, also recognizes other rights for indigenous population. Among these, the right to share profits from the exploitation of natural resources on their lands. This latter will be analyzed in this research.

**Key Words:** ILO Convention N° 169; Indigenous population; Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations (CEACR); the right to share in profits; Social conflicts; Cultural Identity.

Artículo recibido: 03/04/2012 Aceptado: 15/09/2012

## Sumario

1. Introducción
2. Pueblos indígenas: ¿quiénes pueden ser considerados pueblos indígenas?
3. Derecho a la identidad cultural
  - 3.1 Derecho a la identidad cultural en el Sistema Interamericano
  - 3.2 Derecho a la identidad cultural en la Constitución de 1993
4. El Derecho de los pueblos indígenas al compartio de beneficios de la explotación de sus tierras
  - 4.1 Reconocimiento constitucional del Convenio 169 de la OIT
  - 4.2 Reconocimiento constitucional del artículo 15 del Convenio 169 de la OIT
  - 4.3 Reconocimiento del Sistema Interamericano del derecho de los pueblos indígenas a compartir los beneficios de las empresas privadas que explotan las riquezas naturales en sus territorios
5. El derecho al compartio de beneficios económicos de los pueblos indígenas como medio de solución de conflictos
6. Conclusiones
7. Bibliografía

### 1. Introducción

La población indígena en el Perú ha sido por mucho tiempo marginada, es decir, no se han respetado sus derechos ni se les han atribuido los beneficios correspondientes, y no solo los que merecen y poseen por ser ciudadanos y peruanos, sino los que ostentan por ser un grupo humano especial. Decimos especial porque se encuentra lamentablemente en una situación de desventaja, ya que en muchas ocasiones su voz no es debidamente escuchada por las autoridades. Muchos de los pueblos indígenas del Perú están de alguna manera olvidados por el Estado, muchos niños no tienen una debida alimentación, están en constante riesgo de contraer alguna enfermedad.

La Constitución de Perú reconoce el derecho a la igualdad de todas las personas que viven bajo el territorio peruano, por ello todos los peruanos deben de ser considerados de la misma manera, respetarse sus derechos y

brindarles un ambiente adecuado de vida, dentro de las posibilidades del Estado.

En ese sentido, es necesario que, al ser una cantidad considerable de peruanos los que se encuentran afectados por el olvido del Estado, sus derechos no solo sean reconocidos sino también garantizados.

El Convenio 169 de la OIT permite que muchos de estos derechos puedan ser exigidos. El mismo que, si bien ha comenzado a tener notoriedad a partir del debate por el derecho a la consulta previa, reconoce también a estos pueblos indígenas otros derechos, entre ellos el derecho a compartir beneficios por la explotación de los recursos naturales situados en sus tierras. Este último será analizado en el presente trabajo de investigación.

Utilizaremos los informes de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT (CEACR), las resoluciones y pronunciamientos de los Órganos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, así como las sentencias del Tribunal Constitucional peruano, para concluir que el derecho de los pueblos indígenas al compartido de beneficios económicos por la explotación de sus tierras tiene un reconocimiento constitucional e internacional, pero que el Estado peruano no quiere aceptar.

A modo de conclusión, propondremos que el real goce de este derecho permitiría una solución de los conflictos sociales en Perú, ya que estos se dan usualmente porque los pueblos indígenas no se benefician de forma directa o indirecta de la explotación de sus territorios ancestrales, generando el descontento social que originan los citados conflictos.

## **2. ¿Qué pueblos pueden ser considerados indígenas?**

Para responder esta pregunta podríamos empezar conceptualizando el término “indígena”. Éste se refiere a

... aquellas poblaciones que conservan total o parcialmente sus propias tradiciones, instituciones o estilos de vida, que los distinguen de la sociedad dominante y que habitaban un área específica antes de la llegada de otros grupos. Esta descripción es válida en América del Norte, Central y del Sur, y en ciertas regiones del Pacífico (OIT, 2006, 146).

Siguiendo esta conceptualización, Rodolfo Stavenhagen explica que

... son pueblos originarios cuya soberanía fue violentada por un proceso de conquista y colonización y que han sido incorporados contra su voluntad al dominio de estados modernos que les fueron impuestos desde arriba y de fuera (Stavenhagen, 2008, 193–194).

También debemos analizar los tratados internacionales que versan sobre los derechos de estos grupos humanos, como el Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, que utiliza el término “pueblos indígenas” en su primer articulado.

En el artículo 1 inciso 1 de dicho convenio se puede extraer una definición del término “pueblos indígenas”, el cual es aplicable

... a los pueblos tribales en países independientes, cuyas condiciones sociales culturales y económicas les distinguen de otros sectores de la colectividad nacional, y que estén regidos total o parcialmente por sus propias costumbres o tradiciones o por una legislación especial”. Así como [...] a los pueblos en países independientes, considerados indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conserven todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas.

En ese sentido, el mismo artículo en su inciso 2 menciona que

La conciencia de su identidad o tribal deberá considerarse un criterio fundamental para determinar los grupos a los que se aplican las disposiciones del presente Convenio.

Como señala muy bien la OIT, el Convenio 169 no define estrictamente quiénes son pueblos indígenas y tribales sino que describe los pueblos

que pretende proteger en el artículo primero del mismo tratado.

Si bien, como ya se mencionó, el Convenio no establece una definición, sí nos refiere dos criterios para la identificación de los pueblos indígenas: un criterio objetivo y otro subjetivo. El criterio objetivo está referido

... al grupo humano considerado como un colectivo distinto al resto de la sociedad al descender de las poblaciones que originalmente habitaban el país al momento de la conquista, colonización o establecimiento de las fronteras actuales. Este colectivo tiene estilos de vida tradicionales, cultura y manera de vivir distintos de los otros sectores de la población nacional, organización social propia, y costumbres y leyes tradicionales. Estos elementos pueden ser cumplidos de forma total o parcial.

Mientras que el criterio subjetivo “es la conciencia de pertenecer a un colectivo distinto del resto de los sectores de la población nacional”.

Para ser considerado pueblo indígena el grupo humano debe tener, entre los criterios objetivos, la continuidad histórica. La misma exige tener descendientes de pueblos originarios que, en palabras de la propia OIT, “son sociedades anteriores a la conquista o la colonización”. Asimismo, estos colectivos deben tener una conexión territorial, que exige vivir en el mismo territorio que vivieron sus ancestros. Por último, se exige la conservación de la identidad cultural, que involucra mantener total o parcialmente las instituciones políticas, culturales, económicas y sociales distintivas (OIT, 2009, 9).

Sobre el criterio subjetivo, entendemos que la autoidentificación que establece el Convenio 169 busca que los miembros de los colectivos se perciban como miembros de un pueblo distinto a las demás culturas o a las culturas predominantes, siendo este criterio fundamental para la determinación de un pueblo indígena como tal, puesto que según se “asigna una importancia fundamental a si un pueblo determinado se considera indígena o tribal bajo el Convenio y a si una persona se identifica como perteneciente a ese pueblo” (OIT, 2009, 9).

Así podemos concluir que, como señala la OIT, el Convenio 169 no define estrictamente quiénes son pueblos indígenas y tribales sino que describe los pueblos que pretende proteger en el artículo 1. Esto es, porque el

inciso 1 letra b establece tres criterios objetivos y el inciso 2 establece un criterio subjetivo para identificar los pueblos indígenas, con lo cual, según dichos criterios en su totalidad, un colectivo humano puede considerarse pueblo indígena para exigir y ejercer la tutela especial de los derechos que les corresponden por ser tal (Jahncke y Meza, 2010, 24)<sup>1</sup>.

El Estado peruano ha reconocido de forma oficial que las comunidades campesinas y nativas constituyen pueblos indígenas. Así lo informó a la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT (CEACR). Esta comisión hizo referencia a lo manifestado por el Estado y, además, señaló que éste era un pronunciamiento que había sido reiterado en años anteriores. En todo caso, la propia CEACR reiteró que las comunidades campesinas y nativas reúnen los requisitos previstos en el artículo 1 del Convenio 169 de la OIT, y en consecuencia que se les aplica el referido Convenio. Esta Comisión de Expertos de la OIT

... considera que, en la medida en que las comunidades campesinas reúnen los requisitos del artículo 1, párrafo 1, del Convenio, deben gozar de la protección integral del Convenio independientemente de las diferencias o similitudes con otras comunidades, e independientemente de su denominación (CEACR, 2009, 3).

#### La misma CEACR

... reitera que el concepto de pueblo es más amplio que el de comunidad y las engloba y que, cualquiera sea su denominación, no

1 Según Javier Jahncke y Roció Meza para ser considerado como pueblo indígena es necesario reunir los siguientes factores: a) ocupación de territorios ancestrales o parte de ellos; b) linaje en común con los ocupantes originales de esos territorios; c) cultura en general o manifestaciones específicas (como son religión, sistema tribal de vida, afiliación a una comunidad indígena, indumentaria, modo de subsistencia, estilo de vida, etcétera); o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conservan todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas.

debe haber ninguna diferencia a efectos de la aplicación del Convenio, en la medida en que las comunidades denominadas nativas, campesinas u otras estén comprendidas en el artículo 1, párrafo 1, a) o b), del Convenio, en cuyo caso corresponde aplicarles por igual todas las disposiciones del Convenio (CEACR, 2009, 3).

Entonces, si bien no hay una definición única del concepto pueblo indígena, podemos utilizar los dos criterios de identificación antes mencionados, el criterio objetivo relacionado a la antigüedad de la comunidad en su territorio, y el criterio subjetivo que es el sentimiento de pertenencia de las personas dentro de la comunidad.

### **3. Derecho a la identidad cultural**

#### **3.1 Derecho a la identidad cultural en el Sistema Interamericano**

Antes de conceptualizar el derecho a la identidad cultural, es necesario proveer una significación de cultura. Luis Villoro, entiende que

Una cultura no es un objeto entre otros, sino un conjunto de relaciones posibles entre ciertos sujetos y su mundo circundante. Está constituida por creencias comunes a una colectividad de hombres y mujeres; valoraciones compartidas por ellos; formas de vida semejantes; comportamientos, costumbres y reglas de conducta parecidos. No son exactamente iguales en todos los sujetos pero presentan rasgos de familia semejantes; son intersubjetivos. Esas disposiciones dan lugar a un mundo propio constituido por una red de objetos [...], de estructuras de relación conforme a reglas [...], animado por un sistema significativo común [...]. Ese mundo es el correlato colectivo del conjunto de disposiciones intersubjetivas (Villoro, 1998, 110).

Como bien ha explicado Villoro, la cultura afecta amplios aspectos de la vida, como por ejemplo la vivienda, la alimentación, la relación con la tierra y el entorno natural, la atención médica, la religión, la educación y las artes. Una definición similar llega a dar Rodolfo Stavenhagen, quien entiende por cultura

... la suma de todas las actividades y productos materiales y espirituales de un determinado grupo social, que lo distinguen de otros grupos similares” (Stavenhagen, 1998, 1).

Luego de haber dado un acercamiento al concepto de cultura, podemos analizar el desarrollo del contenido del derecho a la cultura o a la identidad cultural, ambos protegidos en normas internacionales. En efecto, los derechos culturales en el ámbito internacional se basan en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que protege el derecho de los miembros de minorías a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma, el mismo que se expresa en este instrumento internacional en su artículo 27, que dice:

En los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que les corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma.

Asimismo, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales protege el derecho a participar en la vida cultural y a gozar de los beneficios de la ciencia y la cultura. El mismo Pacto señala la obligación del Estado de asegurar la conservación, el desarrollo y la difusión de la ciencia y de la cultura. El artículo 15 de este Pacto señala que:

1. Los Estados Parte en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a: a) Participar en la vida cultural; [...] 4. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen los beneficios que derivan del fomento y desarrollo de la cooperación y de las relaciones internacionales en cuestiones científicas y culturales.

De la misma forma, la Declaración Universal de los Derechos Humanos introduce el tema de los derechos culturales en el sistema internacional de protección de los derechos humanos cuando dice en su artículo 27 que:

“Toda persona tiene derecho a tomar parte libremente en la vida cultural de la comunidad”. Entonces, después de haber revisado los instrumentos internacionales que mencionan y proclaman los derechos culturales, podemos concluir que estos tienen una relación directa con el derecho a la identidad de la persona.

Por su parte, el Convenio 169 de la OIT, tratado internacional que luego analizaremos, ha establecido que los Estados deben promover la plena efectividad de los derechos sociales, económicos y culturales de los pueblos indígenas, respetándose su identidad social y cultural así como sus costumbres y tradiciones. Este Convenio señala en sus disposiciones que deberá respetarse la integridad de los valores, prácticas e instituciones de estos pueblos.

### **3.2 Derecho a la identidad cultural en la Constitución de 1993**

La Constitución Política peruana ha reconocido el derecho a la identidad étnica y cultural, como un derecho fundamental de las personas, el cual se encuentra en el artículo 2, inciso 19 de la misma Constitución de 1993, que dice:

Derechos fundamentales de la persona. Toda persona tiene derecho [...] 19. A su identidad étnica y cultural. El Estado reconoce y protege la pluralidad étnica y cultural de la Nación.

Como podemos observar la Carta Magna peruana ha señalado el reconocimiento del Estado en cuanto a la pluralidad étnica y cultural, especificando la necesidad de su protección. En relación a esta afirmación constitucional, el Tribunal Constitucional, en la sentencia N° 00020-2005-A/TC, conocida como la sentencia “Hoja de Coca”, exhortó al Presidente de la República a reevaluar la política nacional e internacional antinarcóticos de conformidad con los artículos 3 y 11 del artículo 118° de la Constitución a efectos de que sea más eficiente y acorde al derecho y a la realidad nacional y regional<sup>2</sup>.

2 De la misma forma, el TC desarrolló el inciso 19 del artículo 2 de la Constitución explicando que: “De esta forma, el Constituyente ha proyectado en la Constitución formal

Para Carlos Ruiz Miguel, que la Constitución de un país acepte que su población es multicultural y pluriétnica, “... implica la posibilidad de valorar igualmente todas las culturas”. Es más, para este autor, aceptar que el Perú es una Nación multicultural y pluriétnica, es criticar

... tres principios básicos del constitucionalismo: la neutralidad del estado, la separación del “cargo” de la “persona” que lo ocupa y la generalidad (omninclusividad) de la ley. Este último es quizá el rasgo fundamental. La “política del reconocimiento” de las culturas que exige el multiculturalismo implica leyes “sectoriales” y, por tanto, desiguales (Ruiz Miguel, 2001, 20–21).

Por ende, en Perú la Carta Magna acepta que la Nación está constituida por una multiplicidad de culturas, las cuales deben garantizar que se respeten los derechos constitucionales de todos los ciudadanos que las conforman.

En relación a este tema, el TC peruano también ha mencionado que:

El derecho a la identidad consagrado en el inciso 1) del artículo 2° de la Constitución Política del Perú comprende un doble carácter de

un elemento esencial de la Constitución material de la Nación peruana: su multiculturalismo y pluriétnicidad. Se trata de una concreción del principio de Estado social y democrático de derecho, establecido en el artículo 43° de la Constitución, pues, tal como ha tenido oportunidad de afirmar este Colegiado, “el hecho que la Constitución de 1993 reconozca el derecho fundamental de las personas a su identidad étnica y cultural, así como la pluralidad de las mismas, supone que el Estado social y democrático de Derecho está en la obligación de respetar, reafirmar y promover aquellas costumbres y manifestaciones culturales que forman parte de esa diversidad y pluralismo cultural, pero siempre que ellas se realicen dentro del marco de respeto a los derechos fundamentales, los principios constitucionales y los valores superiores que la Constitución incorpora, tales como la dignidad de la persona humana (artículo 1 de la Constitución), la forma democrática de Gobierno (artículo 43) y la economía social de mercado (artículo 58)”. (STC. N° 00020–2005–A/TC, f. j. 99).

rasgos, por un lado es objetivo (nombre, seudónimo, registros, herencia características corporales, etc.) y por el otro de carácter subjetivo (ideología, identidad cultural, valores, reputación, etc.), pudiendo ser en muchos casos mucho más relevante este último. En este sentido este derecho implica distinguir a una persona frente a partir de datos tan elementales como el nombre o las características físicas pudiendo requerir de referentes más complejos tales como puede ser el caso de costumbres, o creencias, por consiguiente este derecho se concibe de una manera integral (STC. N° 2273-2005-PHC/TC, f. j. 21-23).

Y siguiendo con este desarrollo jurisprudencial, el TC expresó en otra ocasión que:

... el hecho que la Constitución de 1993 reconozca el derecho fundamental de las personas a su identidad étnica y cultural, así como la pluralidad de las mismas, supone que el Estado social y democrático de Derecho está en la obligación de respetar, reafirmar y promover aquellas costumbres y manifestaciones culturales que forman parte de esa diversidad y pluralismo cultural, pero siempre que ellas se realicen dentro del marco de respeto a los derechos fundamentales, los principios constitucionales y los valores superiores que la Constitución incorpora, tales como la dignidad de la persona humana (artículo 1 de la Constitución), la forma democrática de Gobierno (artículo 43) y la economía social de mercado (artículo 58) (STC. N° 0042-2004-AI/TC, f. j. 2).

Por otro lado, el TC intenta también precisar y diferenciar los conceptos de identidad étnica e identidad cultural

La Constitución reconoce, entonces, el derecho tanto a la identidad cultural como a la identidad étnica. Si bien se trata de conceptos jurídicos indeterminados, este Tribunal considera que se trata de dos ámbitos de protección de la identidad cultural, entendidos como identidad de un grupo social y también como expresión cultural general.

Agrega el propio TC que por un lado se trata de la identidad de los grupos étnicos, es decir, de

... aquellas características, cualesquiera que puedan ser que, al prevalecer dentro del grupo y distinguirlo de los demás, nos inclinan a considerarlo un pueblo aparte. Para el hombre de la calle un pueblo es el equivalente de lo que el informado llama un grupo étnico; y, por otro, de la identidad cultural general, esto es, de la identidad de todo grupo social que se genera en el proceso histórico de compartir experiencias y luchas sociales comunes para autodefinirse como pueblo. Por ello, puede afirmarse que entre identidad cultural e identidad étnica existe una relación de género a especie (STC. N° 0006-2008-PI/TC, f. j. 19).

Podemos decir, según lo interpretado por el TC, que el derecho a la identidad cultural exige que:

a. se debe reconocer a la cultura su capacidad de desarrollo de las potencialidades de toda persona o comunidad;

b. se debe reconocer a todos los ciudadanos el derecho cultural como un derecho del hombre a determinar su identidad.

Asimismo, debemos mencionar que los derechos culturales tienen las siguientes características:

a. pueden ser exigidos por las personas en forma individual y/o colectiva;

b. permiten identificar al sujeto de los derechos del hombre en su individualidad y en su pertenencia a comunidades múltiples (Borgui, 1996, 17).

Este reconocimiento del elemento cultural que está en su contenido, permite señalar que la Constitución

... no se limita sólo a ser un conjunto de textos jurídicos o un mero compendio de reglas normativas, sino la expresión de un cierto grado de desarrollo cultural, un medio de autorrepresentación propia de todo un pueblo, espejo de su legado cultural y fundamento de sus esperanzas y deseos (Häberle, 2000, 34).

Es por ello que brindar auténticas oportunidades de participación a

las minorías, en particular a los pueblos indígenas, mediante el respeto de sus derechos específicos, es un elemento central del respeto por los derechos culturales (Amnistía Internacional, 2012). Entre estos, el derecho a la identidad cultural, el cual se encuentra en tratados internacionales suscritos por el Perú y de obligatorio cumplimiento, como por ejemplo el Pacto de Derechos Civiles y Políticos. Podemos decir que

La consecución de los derechos culturales sigue siendo tarea prioritaria. El proceso apenas ha comenzado, su goce pleno se perfila en el largo plazo. Es indispensable desarrollar estrategias que conduzcan al logro de estos objetivos en los años venideros (UNESCO, 2003, 40).

Asimismo, debemos entender que

El constitucionalismo de las últimas décadas se ha caracterizado por tutelar no solamente una igualdad formal, sino que ha querido avanzar hacia una igualdad de hecho o igualdad sustancial (Carbonell Sánchez, 2000, 99)

y mediante la tutela y reconocimiento de los derechos específicos de los pueblos indígenas se está buscando lograr este objetivo.

#### **4. El derecho de los pueblos indígenas al reparto de beneficios de la explotación de sus tierras**

El Convenio 169 de la OIT reconoce las aspiraciones de los pueblos indígenas de asumir el control de sus instituciones, formas de vida y de desarrollo económico, a mantener y fortalecer sus identidades, lenguas y religiones dentro del marco de los Estados en que viven, así como la oportunidad real de administrar, controlar sus vidas y decidir su propio futuro.

Una muestra de lo mencionado es el derecho de los pueblos indígenas a compartir los beneficios de las empresas privadas que explotan las riquezas naturales en sus territorios, enunciado en el inciso 2 del artículo 15 del Convenio 169 de la OIT:

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.

Esta norma es clara: reconoce el deber del Estado de obligar y fiscalizar que las empresas privadas compartan los beneficios que producen la explotación de las tierras de los pueblos indígenas. Para la OIT, el derecho a beneficiarse de las ganancias que reporten la explotación y el uso de los recursos naturales tiene la finalidad que

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 (OIT, 2009, 108).

Cuando el artículo 15, inciso 2 dice que deberán participar “siempre que sea posible” en los beneficios que reporten las actividades económicas en sus tierras, debemos entender que la expresión utilizada en el Convenio significa siempre que existan ganancias de las mismas actividades económicas, puesto que si no generan beneficios no se pueden repartir o compartir los mismos. Este articulado no significa en cambio que se deje a libre disposición de la empresa y del Estado el compartir los beneficios que genere la explotación de los recursos que se encuentren en los territorios de los pueblos indígenas afectados.

Si bien el artículo 15, inciso 2 se ubica en una hipótesis en la cual la obligación de consulta se activa cuando hay planes de intervención sobre los recursos naturales del subsuelo ubicados dentro de las tierras de los pueblos indígenas, entra en conflicto con el artículo 66 de la Constitución peruana, puesto que dice:

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

y que:

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

Generando un posible conflicto de interpretación y una negación por parte del Estado peruano, pero esta posibilidad ya está prevista en el primer párrafo de dicho inciso que dice:

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.

Es decir, en el caso que los recursos naturales sean propiedad del Estado, como en el caso peruano, y estos se encuentren en tierras de los pueblos indígenas, estos últimos deberán de ser consultados mediante la interpretación conjunta del artículo 15, inciso 2 que brinda el marco normativo para los efectos de esta investigación, y artículo 6, numeral 1, literal b), que regula el derecho a la consulta previa.

El artículo 6 del Convenio 169 reconoce instituciones y mecanismos de consulta, así como la oportunidad (realización previa ante cualquier acto administrativo o legislativo del Estado que pueda vulnerar los derechos de los Pueblos Indígenas), la obligación del Estado de proveer los recursos necesarios, la promoción de mecanismos e instituciones de consulta adecuados. Se exige buena fe y proceder de acuerdo a las circunstancias para lograr el desarrollo de la consulta. Sin embargo, un aspecto que merece ser destacado,

es que no se trata de una formalidad a superar sino una obligación de todo Estado que ha suscrito dicho Convenio.

El ex magistrado del Tribunal Constitucional peruano, Cesar Landa, mencionó en su voto singular de la sentencia sobre el derecho a la consulta que

El derecho de consulta como expresión del autogobierno, y éste a su vez de la autodeterminación de los pueblos indígenas, reconoce su participación efectiva y libre en las esferas de decisión que les afecte, es decir, tiene como objetivo asegurar su participación en todos los niveles en la adopción de decisiones dentro de un diálogo intercultural. Así, el derecho de consulta se fundamenta en el derecho a que los pueblos indígenas establezcan libremente sus prioridades de desarrollo, a fin de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas que les afecten (STC. N° 0022–2009–AI/TC, Voto en Singular del Mag. Landa Arroyo, f. j. 8).

Por lo mismo, el objetivo de la consulta es llegar a un acuerdo, en consecuencia hay que orientar los esfuerzos hacia esa finalidad. Al lado de esta norma general, encontramos el derecho al compartio de beneficios de los pueblos indígenas, el mismo que también deberá de ser atendido dentro de los puntos a consultar y acordar con el Estado y la empresa u organización dentro del proceso de consulta previa antes mencionado. Además, del derecho de los pueblos indígenas al compartio de beneficios se puede decir que el objeto de la consulta previsto inciso 2 del artículo 15 es determinar,

... con anterioridad a la autorización de cualquier actividad de exploración o explotación, si es que los intereses de uno o más pueblos indígenas podrían verse perjudicados, y en qué medida, para que en base a ello pueda preverse la correspondiente indemnización equitativa por cualquier daño que pudieran sufrir como resultado de dicha(s) actividad(es) (Bryce y Camino, 2010, 23).

#### **4.1 Reconocimiento constitucional del Convenio 169 de la OIT**

Para que este informe jurídico sea entendido a cabalidad, es necesario

que nos ubiquemos en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), adoptado en el año 1989 y que está en vigor desde el 06 de septiembre de 1991, el cual fue ratificado por el Estado peruano el 02 de febrero de 1994 con lo que pasó a formar parte del derecho constitucional interno<sup>3</sup>.

El TC ha reconocido de forma reiterada y uniforme el carácter vinculante de las normas y pronunciamientos de la OIT por el TC. Eso significa que el Convenio 169 de la OIT no es el primer Convenio al que se le ha reconocido y se le reconocerá fuerza normativa. En relación a esto, el TC ha reconocido que el Convenio 169 de la OIT tiene rango constitucional, con lo cual cierra el debate acerca de la fuerza normativa de este instrumento, en la sentencia N° 03343-2007-PA/TC, el TC expresó:

... habiéndose aprobado el Convenio N° 169 [...] su contenido pasa a ser parte del Derecho nacional, tal como lo explicita el artículo 55 de la Constitución, siendo además obligatoria su aplicación por todas las entidades estatales. Por consiguiente, en virtud del artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, el tratado internacional viene a complementar –normativa e interpretativamente– las cláusulas constitucionales sobre pueblos indígenas que, a su vez, concretizan los derechos fundamentales y las garantías institucionales de los pueblos indígenas y sus integrantes (STC. N° 3343-2007-PA/TC, f. j. 31).

Asimismo, el TC en la sentencia recaída en el expediente N° 00022-2009- AI/TC, expresó que:

En el caso del Convenio N.° 169 de la OIT, la situación es distinta. Como ya ha sido desarrollado por el Tribunal Constitucional en la STC 03343-2007-PA/TC [fundamento 31], tal convenio forma parte de nuestro ordenamiento jurídico, por lo tanto, como cualquier otra nor-

3 Fue aprobado e incorporado a la legislación nacional mediante Resolución Legislativa N° 26253, publicada el 2 de diciembre de 1993.

ma debe ser acatada. De otro lado, los “tratados internacionales sobre derechos humanos no sólo conforman nuestro ordenamiento sino que, además, ostentan rango constitucional” (STC N.º 0025–2005–PI/TC, Fundamento 33). Por consiguiente, en virtud del artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, el tratado internacional viene a complementar –normativa e interpretativamente– las cláusulas constitucionales sobre pueblos indígenas que, a su vez, concretizan los derechos fundamentales y las garantías institucionales de los pueblos indígenas y sus integrantes (STC. N.º 0022–2009–AI/TC. f. j. 9).

Del mismo modo en dicha sentencia, el TC explicó que:

De otro lado, se ha argumentado también que el Convenio N.º 169 no ha sido reglamentado, por lo que no podría ser aplicado. El planteamiento subyacente a este argumento esgrime que el referido Convenio sería una norma programática, no pudiendo ser aplicada sin que previamente exista una regulación domestica que la desarrolle. Al respecto, este planteamiento puede ser cuestionado desde dos diferentes perspectivas. En primer lugar, asumiendo como lo alega el Ejecutivo que se trata de una norma programática, debe tenerse presente que el Convenio fue suscrito por el Estado peruano en 1994, entrando en vigencia el 1995. Es decir, a la fecha han transcurrido más de 15 años de su entrada en vigencia, tiempo suficiente para su regulación, lo que no ocurrió por exclusiva responsabilidad del Estado. Esta argumentación no hace sino poner en evidencia una omisión por parte del Estado, debiendo por ello ser desestimada (STC. N.º 0022–2009–AI/TC. f. j. 11).

Además, el TC señala que no es necesario que exista una norma interna que desarrolle el contenido del Convenio 169 para que este surta efectos jurídicos en el fuero interno, ya que ello sería incumplir con las obligaciones asumidas por el Estado peruano con los entes internacionales (STC. N.º 0022–2009–AI/TC. f. j. 12 y 13). Es decir, no hay dudas del reconocimiento constitucional del Convenio 169 de la OIT, de acuerdo a lo expresado por el TC peruano. Debemos mencionar que al ser el Convenio 169 un tratado inter-

nacional de derechos humanos ostenta rango constitucional dentro de nuestro ordenamiento, y forma parte del denominado bloque de constitucionalidad<sup>4</sup>.

En palabras del TC,

... la infracción indirecta de la Constitución implica incorporar en el canon del juicio de constitucionalidad a determinadas normas además de la propia Carta Fundamental. Se habla en estos casos de vulneración “indirecta” de la Constitución, porque la invalidez constitucional de la norma impugnada no puede quedar acreditada con un mero juicio de compatibilidad directo frente a la Constitución, sino sólo luego de una previa verificación de su disconformidad con una norma legal perteneciente al parámetro de constitucionalidad (STC. N° 0020–2005–AI/TC, f. j. 27).

En el caso concreto de los TIDH, esta inserción en el bloque de constitucionalidad es fruto de una interpretación sistemática de los artículos 79 del Código Procesal Constitucional en consonancia con el artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, y con la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política. Asimismo, de acuerdo al artículo 55 de la Constitución Peruana de 1993: “Los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional”. El Convenio 169 de la OIT cumplirá una función de parámetro de validez constitucional al formar parte de este bloque de constitucionalidad.

#### **4.2 Reconocimiento constitucional del artículo 15 del Convenio 169 de la OIT**

El TC en la sentencia recaída en el expediente N° 00022–2009–PI/TC que es de gran trascendencia marca un nuevo rumbo y un nuevo tiempo

<sup>4</sup> Se entiende por bloque de constitucionalidad al conjunto de normas que al lado y conjuntamente con la Constitución, componen el parámetro y límites para la evaluación de la constitucionalidad de las leyes, dada su importancia y trascendencia. El TC reconoce a los tratados internacionales de derechos humanos como fuentes de derecho (STC. N° 0047–2004–AI/TC, f. j. 18–22).

en las luchas de los pueblos indígenas, en lo referido a la obligación de compartir los beneficios de las actividades consultadas. Señala, entre otros argumentos, que:

... cuando un pueblo indígena se ve perjudicado por la expropiación de su territorio se puede vulnerar algo más que su derecho fundamental a la propiedad. Se pone en riesgo también la propia existencia del pueblo indígena y sus valores espirituales.

A continuación el Tribunal establece que:

... la obligación del Estado no debe remitirse al pago de un justiprecio, sino que debe ir más allá, hacia un beneficio compartido. No basta pues con que se les otorgue nuevas tierras de igual extensión y calidad, sino que los pueblos indígenas deben beneficiarse de la explotación que se lleva a cabo en sus territorios ancestrales originales de los que fueron separados, garantizando con ello no solo la continuidad de su existencia, sino el mejoramiento de la calidad de vida. Solo así puede comprenderse justificada la expropiación de tierras indígenas, de lo contrario, los miembros de tales pueblos podrán recurrir a las vías legales pertinentes a fin de tutelar sus derechos (STC. N° 0022–2009–PI/TC, f. j. 52).

En la STC. N° 6316–2008–PA/TC, el TC explicó de manera más precisa y en relación al reparto de los beneficios de las actividades económicas que se realicen en los territorios de los pueblos indígenas y al artículo 15 del Convenio 169 de la OIT, llegando a decir que:

Este Colegiado considera que el derecho de consulta es un derecho habilitante para la garantía de los demás derechos que se reconoce a las comunidades, porque les permite espacios para el diálogo y la inclusión en los proyectos que tendrán directa implicancia en el territorio donde se asientan. 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... (STC. N° 6316–2008–PA/TC. f. j. 18).

También, en la STC. N° 0022–2009–AI/TC el TC destaca el principio de coparticipación en los beneficios de la riqueza a favor de las Comunidades Nativas. Este concepto implica la obligación del Estado de generar el desarrollo verdaderamente integral que se haya visto afectado:

Es por ello, que la obligación del Estado no debe remitirse al pago de un justiprecio, sino que debe ir más allá, hacia un beneficio compartido. No basta pues con que se les otorgue nuevas tierras de igual extensión y calidad, sino que los pueblos indígenas deben beneficiarse de la explotación que se lleva a cabo en sus territorios ancestrales originales de los que fueron separados, garantizando con ello no solo la continuidad de su existencia sino el mejoramiento de la calidad de vida. Solo así puede comprenderse justificada la expropiación de tierras indígenas, de lo contrario, los miembros de tales pueblos podrán recurrir a las vías legales pertinentes a fin de tutelar sus derechos (STC. N° 0022–2009–AI/TC, f. j. 52).

Esto último, es una interpretación de lo resuelto por la CIDH en el caso Saramaka y el Convenio 169. De acuerdo con lo señalado por la Corte, los miembros de las comunidades indígenas tienen derecho a participar, en forma razonable, de los beneficios derivados de la restricción del derecho al uso y goce de sus tierras tradicionales y de aquellos recursos naturales necesarios para su supervivencia<sup>5</sup>. Esta sentencia la analizaremos más adelante.

5 Corte IDH. Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam. Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008 Serie C No. 185, párr. 139.

### **4.3 Reconocimiento del Sistema Interamericano del derecho de los Pueblos Indígenas a compartir los beneficios de las empresas privadas que explotan las riquezas naturales en sus territorios**

El Convenio 169 establece el derecho a la participación de los pueblos indígenas en los beneficios que reporten las actividades de las empresas privadas que explotan riquezas de sus territorios, tal como también lo resolvió la Corte Interamericana en el *caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*.

Este reconocimiento y desarrollo que realiza la Corte sobre 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, ha sido abordado por la Corte Interamericana en una reciente sentencia<sup>6</sup> recaída en el *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*. Es importante porque contiene un conjunto de reglas vinculantes, incluso para aquellos países que no han sido parte en el proceso como es Surinam.

En otra sentencia, la Corte IDH es más explícita:

La segunda garantía que el Estado debe cumplir al considerar los planes de desarrollo dentro del territorio Saramaka es aquella de compartir, razonablemente, los beneficios del proyecto con el pueblo Saramaka. Se puede decir que el concepto de compartir los beneficios, el cual puede encontrarse en varios instrumentos internacionales respecto de los derechos de los pueblos indígenas y tribales, es inherente al derecho de indemnización (Corte IDH, 2007, 138).

6 Estos son los argumentos esgrimidos por la Corte: “El Estado debe adoptar las medidas legislativas, administrativas o de otra índole que sean necesarias para reconocer y garantizar el derecho del pueblo Saramaka a ser efectivamente consultado, según sus tradiciones y costumbres, o en su caso, el derecho de otorgar o abstenerse de otorgar su consentimiento previo, libre e informado, respecto de los proyectos de desarrollo o inversión que puedan afectar su territorio, y a compartir, razonablemente, los beneficios derivados de esos proyectos con el pueblo Saramaka, en el caso de que se llevaran a cabo, en los términos de los párrafos 129 a 140, 143, 155, 158 y 194(d) de esta Sentencia”. (Corte IDH, 2007, 133–137).

Pero además, la Corte IDH ha establecido como requisito y condición para la explotación de recursos naturales en los territorios de los pueblos indígenas, donde existe de por medio restricción de sus derechos, tres reglas entre las que destaca que “el Estado debe garantizar que los miembros del pueblo Saramaka se beneficien razonablemente del plan que se lleve a cabo dentro de su territorio” (Corte IDH, 2007, 129). Esto significa que si este derecho no está garantizado o no es observado, no se podrían explotar los recursos naturales en el territorio indígena, tal como lo reconoce la propia Corte cuando precisa que

... el Estado puede restringir dicho derecho mediante el otorgamiento de concesiones para exploración y extracción de recursos naturales que se hallan dentro del territorio Saramaka sólo si el Estado garantiza la participación efectiva y los beneficios<sup>7</sup> del pueblo Saramaka (Corte IDH, 2007, 158).

Estos beneficios compartidos deben ser un porcentaje distinto al que está dirigido al canon, sobre canon y regalías. Este debe de ser un porcentaje que se extraiga de las utilidades de la empresa, esto es, sobre la diferencia entre el valor que tienen los bienes resultado del proceso productivo (productos) y los que se emplearon en el mismo (insumos), deducidos también los demás gastos de operación.

Además, existe una desproporción entre las expectativas económicas de las comunidades sobre los proyectos mineros e hidrocarburos y la capacidad de respuesta de las empresas con su aporte voluntario, siendo esta última mucho menor que la primera. Ello se escuda en programas de desarrollo social. Sin embargo, éstos son muy diferentes de la contribución mediante regalías o impuestos al Estado, que en teoría se podrían considerar parte de los beneficios que la minería genera para garantizar el desarrollo local sostenible, pero que no siempre beneficia a los principales afectados.

Concluyendo, de acuerdo con lo señalado por la Corte:

7 subrayado nuestro.

... los miembros de las comunidades indígenas tienen derecho a participar, en forma razonable, de los beneficios derivados de la restricción del derecho al uso y goce de sus tierras tradicionales y de aquellos recursos naturales necesarios para su supervivencia (Corte IDH, 2007, 139)

puesto que interpretando lo dispuesto por el Convenio 169 OIT, que dispone en el artículo 15 la participación y consulta previa a los pueblos indígenas cuando se trate de utilizar los recursos naturales en sus territorios, su derecho a la participación en los beneficios que reporten tales actividades(inciso 2) y su derecho a recibir indemnización por cualquier daño que pudiera sufrir como resultado de esas actividades (inciso 1). Debemos subrayar que el derecho a recibir una indemnización y el derecho a compartir los beneficios de las explotaciones de los recursos naturales en sus tierras, son dos derechos diferentes, con dos pagos diferentes y autónomos.

## **5. El derecho al compartio de beneficios económicos de los pueblos indígenas como medio de solución de conflictos**

El Convenio 169 de la OIT busca que los Estados aseguren que los pueblos indígenas gocen plenamente de los derechos humanos y libertades fundamentales, sin obstáculos ni discriminación. Esto obliga a que los mismos Estados adopten medidas especiales necesarias para salvaguardar a las personas, instituciones, bienes, trabajo, culturas y el medio ambiente de los pueblos indígenas.

En ese sentido, creemos que es fundamental que el Estado peruano analice su papel en relación a la efectivización de los derechos de los pueblos indígenas, y en especial del Convenio 169 de la OIT, ya que podemos evidenciar que se está vulnerando de manera manifiesta instrumentos internacionales que generan una responsabilidad internacional.

Más aun, cuando se han generado conflictos sociales entorno a las desigualdades económicas y las vulneraciones a los derechos de los pueblos indígenas en el Perú, las propuestas políticas que prometen reconocer sus derechos (Diario Gestión, 27 y 28 de junio de 2011), puede acarrear a una

promesa incumplida o a una promesa a medio cumplir generando un falso reconocimiento de estos derechos. Es decir, reconocimiento mediante una ley pero no en la práctica, siendo esto aún peor, ya que “el falso reconocimiento o la falta de reconocimiento puede causar daño, puede ser una forma de opresión” (Taylor, 1993, 43).

Ya hemos mencionado que el Estado peruano por la explotación de recursos naturales ha logrado de enero a octubre de 2010 cerca de 310.000 millones de dólares, cerca de 72% por ciento de la exportación total del Perú entre esas fechas (Ministerio de Energía y Minas, 2011, 6), y los pueblos indígenas no han tenido acceso a este beneficio económico.

Consideramos que se debe innovar la legislación a fin de que se introduzca la obligación de *compartir los beneficios económicos obtenidos por la explotación del territorio con sus ancestrales ocupantes*. El numeral 2 del artículo 15 del citado Convenio establece que 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 las mismas. Por vía jurisprudencial, nuestro Tribunal Constitucional ha buscado que “se garantice el derecho de los pueblos indígenas a compartir beneficios de la explotación de los recursos naturales” en sus territorios, de conformidad con lo establecido en el artículo 15 del Convenio 169 de la OIT y de los fundamentos 52 y 53 de la sentencia 00022–2009–PI/TC<sup>8</sup>. Este derecho al estar contenido en el Convenio 169 de la OIT ostenta rango constitucional<sup>9</sup>.

Esta obligación de los Estados de respetar y garantizar este derecho

8 Esto no solo porque así lo ha establecido la Cuarta disposición final de la Constitución y transitoria sino por la propia jurisprudencia del TC (STC. N° 00025–2005–PI/TC y 00026–2005–PI/TC, acumulados f. j. 34).

9 El Tribunal Constitucional peruano señaló que: “el contenido constitucionalmente protegido de los derechos reconocidos por la Ley Fundamental no sólo ha de extraerse a partir de la disposición constitucional que lo reconoce; de la interpretación de esta disposición con otras disposiciones constitucionales con las cuales pueda estar relacionada (principio de unidad de la Constitución), sino también bajo los alcances del Derecho Internacional de los Derechos Humanos” (STC N° 4587–2004–AA/TC, f. j. 44).

también ha sido reiterada por la jurisprudencia vinculante de la Corte IDH (STC. N° 00007–2007–PI/TC, f. j. 36), cuando ha señalado como condición para la explotación de recursos naturales en territorios indígenas, la obligación del Estado de “garantizar que los miembros del pueblo [...] se beneficien razonablemente del plan que se lleve a cabo dentro de su territorio” (2006, 129). No debemos olvidar que la aplicación directa por los jueces nacionales y en general por los funcionarios públicos de los estándares desarrollados por la Corte IDH, ha sido reconocida por la propia Corte (2006, 124) y por el mismo TC (STC. N° 02798–2004–HC/TC, f. j. 8).

El español Javier Arellano, tras una investigación de los conflictos sociales relacionados con las empresas extractivas en Perú llegó a la siguiente conclusión:

El daño ambiental que provocan las mineras no es la principal causa de los conflictos sociales en el país. {...} 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>10</sup> (Diario La República, 20 de noviembre de 2011).

Este investigador señaló que 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 los beneficios económicos entre estas comunidades y las empresas.

Por ello, es necesario que los encargados de las políticas del sector y del tesoro público hagan los esfuerzos necesarios para lograr una distribución más justa y equitativa de los beneficios del sector energético, con el

10 Subrayado nuestro.

objetivo de que los pueblos indígenas puedan percibir los beneficios que les corresponden por ser directamente afectados por estas actividad.

## 6. Conclusiones

El Convenio 169 de la OIT tiene rango constitucional, constituye una verdadera norma jurídica, en consecuencia es de aplicabilidad inmediata, y deviene en un criterio de validez de cualquier procedimiento establecido legislativa y reglamentariamente<sup>11</sup>. En otras palabras, no necesita de la intermediación legislativa para surtir sus efectos normativos, siendo los derechos contenidos en dicho Convenio de exigencia directa por los beneficiarios, es decir, los pueblos indígenas.

El numeral 2 del artículo 15 del Convenio 169 de la OIT establece además que 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. Nuestro TC mediante la jurisprudencia ha buscado que *se garantice el derecho de los pueblos indígenas a compartir beneficios de la explotación de los recursos naturales* en sus territorios, de conformidad con lo establecido en el citado artículo 15 y de los fundamentos 52 y 53 de la sentencia 00022–2009–PI/TC.

Y si se lee el artículo 77 de la Constitución Política explica que:

le corresponden a las respectivas circunscripciones, conforme a ley, recibir una participación adecuada del total de los Ingresos y Rentas obtenidos por el Estado en la explotación de los recursos naturales en cada zona, en calidad de canon.

11 El Tribunal Constitucional peruano señaló que: "... el contenido constitucionalmente protegido de los derechos reconocidos por la Ley Fundamental no sólo ha de extraerse a partir de la disposición constitucional que lo reconoce; de la interpretación de esta disposición con otras disposiciones constitucionales con las cuales pueda estar relacionada (principio de unidad de la Constitución), sino también bajo los alcances del Derecho Internacional de los Derechos Humanos"(STC N° 4587-2004-AA/TC, f. j. 44).

Como ya hemos explicado, este artículo permite que las ganancias de las explotaciones de los recursos naturales sean redistribuidos a la localidad, abriendo las puertas para que se convierta en una importante fuente de ingreso para los gobiernos regionales y locales, más no para los pueblos indígenas que son los principales afectados. El Estado peruano debe de homogenizar su normativa en cuanto a la distribución de la recaudación fiscal para que los pueblos indígenas afectados por la explotación de los recursos naturales en sus territorios tengan la posibilidad de beneficiarse de ello.

En efecto, el Estado peruano por la explotación de recursos naturales ha logrado obtener miles de millones de dólares, y los pueblos indígenas no han participado de estos beneficios. En efecto, es bastante obvio que los encargados de las políticas del sector y del tesoro público deben de reformular las políticas públicas para lograr una distribución más justa y equitativa de estos beneficios económicos. Estos esfuerzos deben apuntar a que los pueblos indígenas puedan percibir los beneficios que les corresponden por ser los directamente afectados por estas actividades, cumpliendo con la distribución equitativa de la riqueza.

Y éste, además, es un derecho que ostenta rango constitucional que no tiene por objetivo beneficiar de forma indirecta a la población mediante las diferentes esferas del Gobierno (central, regional o local). Este derecho busca un beneficio directo, que siendo derecho, es vinculante y plenamente exigible por sus titulares. Este derecho poco conocido, pero exigible, se relaciona con el Estado Social de Derecho y con la Economía Social de Mercado, justamente por la noción “social” de ambas terminologías, así como por el valor solidaridad que los subyace e interconecta. También, al lograr efectivizar este derecho, el Estado no solo cumple con un deber en relación con la protección de los derechos de las minorías y con lo suscrito en tratados internacionales de derechos humanos sino que, además, cumpliría con su rol de redistribuir la riqueza.

## 7. Bibliografía

- Amnistía Internacional. 2012. *Derechos Económicos, Sociales y Culturales*. Internet: <http://www.es.amnesty.org/temas/derechos-economicos-sociales-y-culturales/derechos-culturales/>
- Borgui, Marcos y otros. 1996. *Derechos Culturales*. Lima: PUCP/Universidad de Friburgo.
- Bryce, Eduardo y Camino, Alejandro. 2010. *La Consulta a Pueblos Indígenas en Proyectos Hidrocarburíferos, Cuenca Amazónica. Análisis Comparativo de la Legislación y de su Aplicación en Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú*. Consultoría encargada por el Banco Mundial para el Programa Energía Ambiente y Población. Lima: Banco Mundial
- Carbonell Sánchez, Miguel. 2000. Constitucionalismo, minorías y derechos. *Isonomía* 12 (abril).
- Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR). 2009. Observación individual sobre el Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989, N° 169. Perú, ratificación: 1994.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 17 de junio de 2005.
- Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*. Sentencia de 26 de setiembre de 2006.
- Caso del Pueblo Saramaka. vs. Surinam, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 28 de noviembre de 2007.
- Diario La República. 20 de noviembre de 2011. *La mayoría de conflictos no rechaza a la minería*, <http://www.larepublica.pe/20-11-2011/la-mayoria-de-conflictos-no-rechaza-la-mineria>
- Diario Gestión. 27 de junio de 2011. *Gana Perú evalúa con consultor nuevo esquema de regalías*. <http://gestion.pe/noticia/830685/gana-peru-evalua-consultor-nuevo-esquema-regalias>
- Diario Gestión. 28 de junio de 2011. *Humala propone que el canon sea un tributo adicional al IR*. <http://gestion.pe/noticia/830862/humala-propone-que-canon-sea-tributo-adicional-al-ir>
- Häberle, Peter. 2000. *Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura*. Madrid: Tecnos.

- Jahncke, Javier y Meza, Roció. 2010. *Derecho a la Participación y a la Consulta Previa en Latinoamérica. Análisis de experiencias de participación, consulta y consentimiento de las poblaciones afectadas por proyectos de industrias extractivas*. Lima: Red Muqui / FEDEPAZ.
- Ministerio de Energía y Minas. 2011. Boletín mensual de variables mineras. *Boletín Mensual de Minería – MEM*, 01 (enero). Lima: MINEM.
- Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO). 2003. *Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (DESC) en América Latina: Obstáculos para su eficacia*. México DF: UNESCO.
- Organización Internacional del Trabajo (OIT). 2006. Pueblos Indígenas y Tribales: guía para la aplicación del Convenio Núm. 169 de la OIT. *La Consulta Previa a Pueblos Indígenas y Tribales Compendio de Legislación, Jurisprudencia y Documentos de Estudio*. Bogotá: Ministerio del Interior y de Justicia.
- Organización Internacional del Trabajo (OIT). 2009. *Los derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales en la práctica*. Ginebra: OIT
- Ruiz Miguel, Carlos. 2001. Multiculturalismo y Constitución. *Cuadernos constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol* 36–37, Valencia: Universidad de Valencia.
- Ruiz Molleda, Juan Carlos. 2011. *El desarrollo jurisprudencial por el Tribunal Constitucional del derecho a la consulta previa: La exigencia judicial de los derechos fundamentales de los pueblos indígenas*. Documento de Trabajo N° 41, Instituto de Defensa Legal – Justicia Viva. [http://www.justiciaviva.org.pe/webpanel/doc\\_trabajo/doc05082010-223419.pdf](http://www.justiciaviva.org.pe/webpanel/doc_trabajo/doc05082010-223419.pdf)
- Ruiz Molleda, Juan Carlos y Roel Alva, Luis Andrés. 2011. *Manual de herramientas legales para operadores del Sistema de Justicia para defender los derechos de los Pueblos Indígenas*. Lima: IDL–Justicia Viva.
- Stavenhagen, Rodolfo. 1998. *Derechos Humanos y Derechos culturales de los pueblos indígenas*. México DF: El Colegio de México.
- Stavenhagen, Rodolfo. 2008. *Los Pueblos Indígenas y sus Derechos*. México D F: UNESCO. [http://constituyentesoberana.org/3/docsanal/052008/120508–Stavenhagen\\_NNUU-derechos-indigenas.pdf](http://constituyentesoberana.org/3/docsanal/052008/120508–Stavenhagen_NNUU-derechos-indigenas.pdf)
- Taylor, Charles. 1993. *El multiculturalismo y “la política del reconocimiento”*,

traducción de Mónica Utrilla de Neira. México DF: Fondo de Cultura Económica.

Villoro, Luis. 1998. *Estado plural, pluralidad de culturas*. México DF: UNAM.