

Tribunal  
Constitucional



REVISTA PERUANA DE  
**DERECHO  
CONSTITUCIONAL**

Constitución Económica:  
Desarrollo, Medio Ambiente  
y Conflicto Social

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

© TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ  
Jr. Áncash 390 – Lima  
Telf. (51 1) 427-5814  
webmaster@tc.gob.pe  
www.tc.gob.pe

---

*Queda prohibida la reproducción total o  
parcial de esta obra sin el consentimiento  
expreso de su autor.*

---

REVISTA PERUANA DE DERECHO CONSTITUCIONAL  
Constitución Económica: Desarrollo, Medio Ambiente y Conflicto Social  
N.º 5, Nueva Época, Edición Especial 2012

Director General: Ernesto Álvarez Miranda

Impresión: Servicios Gráficos JMD  
José Gálvez 1549 – Lince  
Telf. (51 1) 472-8273  
ventas@gmail.com

Diagramación: Betzabé Villa Joyo

HECHO EL DEPÓSITO QUE ORDENA LA LEY  
Cert. N.º 99-3844

ISSN: 2222-0615

Impreso en Perú  
Tiraje: 1000 ejemplares

Tribunal  
Constitucional



**TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ**

---

**Presidente**

Oscar Urviola Hani

**Vicepresidente**

Juan Vergara Gotelli

**Magistrados**

Carlos Mesía Ramírez  
Ricardo Beaumont Callirgos  
Fernando Calle Hayen  
Gerardo Eto Cruz  
Ernesto Álvarez Miranda



**REVISTA PERUANA DE DERECHO CONSTITUCIONAL**

**Director General**

Ernesto Álvarez Miranda

**Director Ejecutivo**

Carolina Canales Cama

**Consejo Editor**

Javier Adrián Coripuna

Edgar Carpio Marcos

Luis Castillo Córdova

Alvaro Córdova Flores

Carlos Hakansson Nieto

Nadia Iriarte Pamo

Luis Sáenz Dávalos

Omar Sar Suárez

Susana Távora Espinoza



## CONSEJO CONSULTIVO

### **Néstor Pedro Sagüés (Argentina)**

Doctor en Derecho por la Universidad de Madrid, Doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales por la Universidad Nacional del Litoral. Presidente del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional, y Presidente Honorario de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional. Profesor titular emérito en la Universidad de Buenos Aires y Profesor de posgrado en la Universidad Austral de Buenos Aires, la Pontificia Universidad Católica Argentina, y la Universidad Panamericana de México

### **Francisco Balaguer Callejón (España)**

Doctor en Derecho (Universidad de Granada, 1984). Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Granada, Catedrático Jean Monnet de Derecho Constitucional Europeo y Catedrático Jean Monnet “ad personam” de Derecho Constitucional Europeo y Globalización. Director de la Revista de Derecho Constitucional Europeo y Presidente de la Fundación Peter Häberle. Miembro del Grupo de Expertos Jurídicos de la Agencia de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (FRALEX).

### **Antonio-Carlos Pereira Menaut (España)**

Profesor titular de Derecho Constitucional de la Universidad de Santiago de Compostela. Director de la Cátedra “Jean Monnet” de Derecho Constitucional Europeo de la misma Universidad. Profesor Honorario de la Universidad San Martín de Porres y de la Universidad de Piura. Profesor Extraordinario de la Universidad Santo Toás (Chile) y Visitante de la Universidad Adolfo Ibáñez (Chile), así como Visitante de la Universidad Panamericana (México). Ha sido miembro de la *Political Studies Association of the UK* durante veinte años.

**Alessandro Pizzorusso (Italia)**

Profesor de Derecho Público de la Facultad de la Universidad de Pisa. Fue miembro de la judicatura italiana de 1958 a 1972. Presidente de la Asociación Italiana de Derecho Comparado. Miembro de la Academia Internacional de Derecho Comparado (París). Miembro de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional (Buenos Aires). Desde 1987 es editor de *Commentario della Costituzione*, publicado por Zanichelli, Bologna.

**Eduardo Ferrer Mac-Gregor (México)**

Doctor en Derecho por la Universidad de Navarra, España. Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Profesor de “Derecho Procesal Constitucional” en la Facultad de Derecho de la UNAM a nivel licenciatura y de posgrado. Director de la Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional. Presidente del Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional. Presidente del Colegio Nacional de Profesores de Derecho Procesal “Dr. Cipriano Gómez Lara”.

**Domingo García Belaúnde (Perú)**

Abogado y Doctor en Derecho. Profesor Principal de la Pontificia Universidad Católica del Perú (desde 1968). Profesor Distinguido de las Universidades Externado de Colombia (1992) y Nacional Autónoma de México (1987) y Profesor Honorario de diversas universidades peruanas. Fundador y Secretario General Ejecutivo del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional y Vicepresidente del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional. Fundador y Presidente Honorario de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional.

# 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 AIDSESEP 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



## *Presentación*

La Revista Peruana de Derecho Constitucional, Nueva Época, se ha consolidado como el medio a través del cual el máximo intérprete de la Constitución asume su responsabilidad en la reafirmación de una doctrina constitucional sensible a los principales retos del avance constitucional y de la cultura de derechos humanos, todo ello con una mirada atenta a la realidad del país. No podríamos definir de otra manera la función de los juristas prácticos, es decir, los jueces.

Bajo tal orientación, ponemos en vuestras manos el Número 5, Nueva Época, de su Revista institucional, cuya temática es Constitución Económica: Desarrollo, Medio Ambiente y Conflicto Social. Esta edición especial de la Revista a través de sus páginas deja el testimonio de los puntos debatidos que permitieron la aprobación de la doctrina constitucional de este Colegiado en la materia, y que lo han posicionado como un concretizador de los derechos culturales e indígenas, pero a la vez como un promotor del desarrollo sostenible de nuestra sociedad.

Según el INEI la producción nacional en el año 2012 registró un crecimiento de 6,29%, con lo que se contabilizan 14 años de crecimiento ininterrumpido, sustentado por el resultado positivo de casi todos los sectores. El Perú es también el tercer productor mundial de cobre y zinc, y en el año 2011, las exportaciones de minerales, petróleo y gas natural ascendieron a un total \$32 billones, lo que representa el 69.7% de las exportaciones totales del país.

No obstante, hoy más de 200 diferentes proyectos de explotación de recursos naturales están inmersos en conflictos sociales, y las principales discordancias se dan en el ámbito del daño ambiental y la contaminación del agua.

Al respecto, el Tribunal Constitucional, lejos de rehuir a su responsabilidad, a partir del año 2009 inició al interior del Pleno de Magistrados los debates ideológicos, políticos y constitucionales que culminarían con la aprobación de una línea jurisprudencial importante. Cabe destacar que en una ponencia a mi cargo, este Colegiado fue el primero en pronunciarse en junio del año 2010 sobre los alcances del contenido del derecho de consulta indígena, definiendo su eficacia jurídica y los sujetos obligados (STC N°. 0022-2009-PI, CASO TUANAMA I). Se marcó de esta manera el derrotero que fue transitado por el posterior debate parlamentario y de la implementación reglamentaria por el Ejecutivo.

El año 2012, en que fui honrado por mis colegas para asumir la Presidencia del Tribunal Constitucional, en el discurso inaugural del Año Jurisdiccional, precisé que ocuparía parte importante de nuestros esfuerzos la consolidación de los principios de diálogo intercultural y co-participación de la riqueza como la única solución a los retos que la conflictividad social representa para la gobernabilidad. Y ello porque, estamos convencidos que sí es posible afirmar el desarrollo económico en clave cultural, humana y digna.

En el estado actual de la cuestión, el Tribunal Constitucional también ha propuesto un planteamiento sobre qué tipo de inversión privada, en materia de extracción de recursos

naturales, es la “deseada” por la Constitución (STC N.º 0001-2012-PI, CASO CONGA). Así, las empresas tienen establecido su marco de actuación a la luz de los principios de la Constitución Económica. Partimos del establecimiento del deber de las empresas dedicadas a la extracción de recursos naturales de establecer mecanismos a fin de prevenir daños ambientales y conflictos sociales. Ello quedaría integrado como parte de la responsabilidad social de la empresa, lo que permitiría desarrollar su actividad empresarial en armonía con la comunidad. Pero sin duda, ello debe ir de la mano de un Estado que asuma su rol fiscalizador de los estándares, promotor del diálogo y la seguridad jurídica, y componedor de conflictos.

En suma, si la democracia es un sistema que reconoce, integra y resuelve los conflictos existentes en la sociedad; y el Estado de Derecho es el conjunto de valores y normas que permiten limitar el poder combatiendo la arbitrariedad mediante mecanismos jurídicos. Por tanto, el Estado Constitucional no puede ignorar los mecanismos de protección de los derechos de las minorías, en este caso comunidades indígenas, nativas y campesinas. Es imprescindible compatibilizar la defensa de las aspiraciones e intereses de los ciudadanos con el ineludible proceso de desarrollo económico que el Bien Común exige.

Finalmente, nos queda ofrecer algunas explicaciones sobre el contenido de la Revista. En esta oportunidad, la Sección «Estudios» presenta artículos que analizan los principios de Constitución Económica en el sistema peruano, con especial énfasis en su rol para la resolución de los conflictos medioambientales y de protección de los derechos indígenas. Asimismo, hemos incluido las colaboraciones académicas de dos profesoras, una colombiana y otra canadiense, que nos permitan conocer los avances en dos países donde los derechos indígenas han sido demandados profusamente y desarrollados por las cortes.

De otro lado, dado el importante papel que la jurisdicción constitucional desempeña en nuestro país, se ha establecido que una parte fundamental de cada número deberá dedicarse al comentario de la «Jurisprudencia Constitucional». Así, se recogen los lineamientos de las diez sentencias más emblemáticas en el período de los últimos años, referidas al reconocimiento del Estado peruano como un Estado pluricultural y pluriétnico, el derecho de consulta indígena, la garantía constitucional de la propiedad sobre la tierra de las comunidades nativas y campesinas, el control constitucional de la inversión privada, entre otros.

Se consignan también trabajos sobre «Jurisprudencia Comparada» que en este número abordan la crisis económica y crisis constitucional en Europa, y también un análisis del procedimiento de solución amistosa ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Por último, la Sección «Reseña Bibliográfica» tiene como finalidad dar a conocer las publicaciones más recientes relacionadas con el Derecho constitucional, haciendo una presentación de sus contenidos.

*Ernesto Álvarez Miranda*  
Director General

# **ESTUDIOS**



# PROTECCIÓN DE LIBERTADES ECONÓMICAS POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ: UN ANÁLISIS ESTADÍSTICO Y ECONOMÉTRICO

OSCAR SÚMAR ALBUJAR\*

**SUMARIO:** I. *Introducción.* II. *¿Cómo son protegidas las libertades económicas por el Tribunal Constitucional?.* III. *El análisis costo-beneficio (ACB) revisado.* IV. *Derechos políticos vs. Derechos económicos.* V. *Conclusiones.*

## I. INTRODUCCIÓN

Perú tiene una historia fluctuante en lo que concierne a la violación y protección de libertades económicas. Sin embargo, sólo con el inicio de las funciones del Tribunal Constitucional -con la aprobación de la constitución de 1993-, comenzó la protección judicial de ésta clase de derechos. Antes de esto, no existía un camino formal, efectivo o institucionalizado para demandar por la violación de esta clase de derechos.

A pesar de la importancia y novedad de esta nueva vía de protección, la forma en la que el Tribunal protege los derechos económicos ha sido ignorada por los académicos peruanos. Nuestro objetivo es analizar el uso del *test de proporcionalidad* y revisar las diferencias entre derechos económicos y no económicos, en relación a la jurisprudencia del Tribunal. Para poder realizar este trabajo, primero vamos a mostrar datos extraídos de más de trecientos casos derivados en su totalidad de “Acciones de Inconstitucionalidad” y, a la par, -con la colaboración de dos asistentes- realizamos un análisis econométrico para

---

\* Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad del Pacífico e investigador en el CIUP. Es abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú y Master en Derecho (LL.M) por University of California, Berkeley.

mostrar la correlación entre el uso del *test de proporcionalidad* o la naturaleza del derecho involucrado en el caso, en relación a la probabilidad de la demanda a ser declarada fundada por el Tribunal.

Esta investigación tiene dos conclusiones principales. La primera es que cuando el Tribunal Constitucional utiliza el *test de proporcionalidad*, las probabilidades de que la demanda sea fundada son mayores. El problema -si consideramos deseable este tipo de protección- es que el Tribunal usa el *test de proporcionalidad* en menos de la mitad de los casos y, cuando lo hace, lo usa de forma inapropiada. La segunda conclusión es que, cuando el Tribunal enfrenta una demanda sobre derechos económicos, las probabilidades de la demanda de ser fundada son menores. Esto es llamativo si se toma en cuenta que en Perú -formalmente- no existe diferencia entre la importancia de los derechos fundamentales.

La investigación se divide como sigue. La primera parte está dedicada a explicar las características del sistema judicial peruano y la manera como se emplea para proteger los derechos económicos. Esto es importante por las peculiaridades de nuestro sistema. En la segunda parte, analizamos el uso del *test de proporcionalidad* enfocándonos en el Derecho peruano, particularmente en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. En este último punto, explicaremos la conclusión mencionada con anterioridad, sobre cómo el uso del *test* afecta el comportamiento del Tribunal. La tercera y última parte se dedica a observar la diferencia sobre el tratamiento de derechos económicos y no económicos. En esta parte, luego de establecer la diferencia teórica entre las dos; usaremos casos e información para arribar a la segunda conclusión sobre cómo la naturaleza de la demanda puede alterar la decisión del Tribunal.

## II. ¿CÓMO SON PROTEGIDAS LAS LIBERTADES ECONÓMICAS POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL?

### 2.1 *Estructura del sistema judicial peruano: Poder judicial y Tribunal Constitucional*

En Perú tenemos algo así como dos cortes supremas operando simultáneamente: una es parte del Poder Judicial (la Corte Suprema) y la otra es el Tribunal Constitucional (una corte independiente). Ambas derivan su autoridad de la propia Constitución. Una está destinada a resolver casos relacionados con la interpretación de leyes y la otra aplica una interpretación constitucional. En la práctica, ambos tipos de interpretaciones tienden a superponerse, por ende la distinción de sus funciones es más teórica que real.

Existen, sin embargo, dos formas claras de distinguir la función y el poder relativo de estos organismos. Una es la posición relativa de ambas cortes en un proceso dado. El Tribunal Constitucional tiende a tener la última palabra en algunos procesos, por ejemplo, el *Proceso de Amparo*, donde la Corte Suprema actúa como corte de apelaciones; y el Tribunal Constitucional revisa las decisiones, gracias a una suerte de apelación calificada o casación llamada “Recurso de Agravio Constitucional”. La otra forma son las *Acciones de Constitucionalidad*. Este tipo de proceso es característico de países que tienen un Tribunal Constitucional. Gracias a este proceso, una norma puede ser desafiada como inconstitucional en términos “abstractos”, esto es, sin que se hayan violados los derechos de una persona o grupo en su aplicación. Existen, claro, restricciones sobre quién puede presentar una demanda en este proceso. Pero, fuera de eso, este proceso le da al Tribunal un gran poder, similar al del Congreso de la República, desde que el Tribunal es la única instancia en este tipo de procesos.

## 2.2 *Las maneras de proteger libertades económicas: Acciones de Amparo y Acciones de Inconstitucionalidad (control difuso y control concentrado)*

Tal como dijimos, el Tribunal puede proteger los derechos de los ciudadanos de dos maneras: una en casos particulares, en los cuales el Tribunal evalúa los hechos de un caso singular, basado en las peticiones de los ciudadanos cuyos derechos han sido violados (*control difuso*); y, la otra manera es un proceso “abstracto” en el cual no se demanda por la violación de un derecho en particular, pero sí se cuestiona la validez de una norma (*control concentrado*). Estos diferentes mecanismos son aplicables sin importar la naturaleza del derecho o de la norma en cuestión. En ese sentido; ambos, el *control difuso* y *concentrado*, pueden usarse para proteger libertades económicas.

A pesar de eso, los efectos de ambos tipos de procesos son muy diferentes. El *control difuso* tiene efectos sólo entre las partes involucradas en el proceso, salvo que el Tribunal decida que la decisión sea un *precedente obligatorio*. Por otro lado, en el *control concentrado*; el efecto de la decisión es general. Si la ley es declarada inconstitucional, ésta pierde sus efectos en todo el territorio peruano, para todas las personas, en cualquier circunstancia. Como se puede observar, el *control concentrado* le da al Tribunal Constitucional un poder muy grande. En esta investigación, estamos estudiando sólo el último tipo de proceso mencionado, con un especial énfasis en procesos en los cuales un derecho económico ha sido protegido.

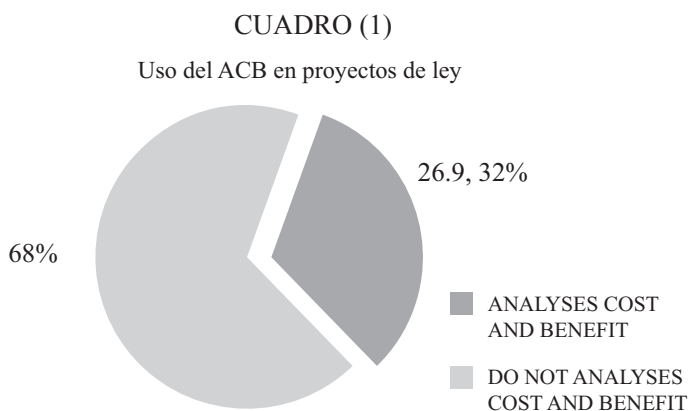
En mayor detalle, al proteger una libertad económica, el Tribunal puede basar su decisión en la consistencia de la regla con el resto del sistema legal (especial-

mente, en una norma Constitucional) o la eficiencia de la norma misma<sup>[1]</sup>. En la siguiente parte, nos concentraremos en el uso del *análisis costo-beneficio*, particularmente en el *test de proporcionalidad* como herramienta para resolver casos.

### III. EL ANÁLISIS COSTO-BENEFICIO (ACB) REVISADO

#### 3.1 *El análisis costo-beneficio en el Derecho peruano*

El ACB no es un concepto ajeno a la ley peruana. Durante años, las regulaciones del Congreso de la República establecían que las legislaturas deberían usarlo obligatoriamente, siempre que se presentara un proyecto de ley. El ACB, en este caso, es usado en el sentido técnico. Sin embargo, su uso por parte del Congreso ha recibido innumerables críticas, sea porque tiende a considerar solamente costos monetarios directos -pero no costos de oportunidad- o incluso por no realizar el ACB en absoluto.



Los organismos reguladores establecidos en la década de los noventa también utilizan el ACB. En un modo menos directo, otras partes del sistema legal adoptaron la idea de analizar costos y beneficios. Por ejemplo, algunas sanciones administrativas se daban solamente si las conductas tenían más costos que beneficios para la sociedad. Esa es la distinción entre la regla *per se* y la regla de la razón.

[1] CALABRESI, Guido. "An Introduction to Legal Thought: Four Approaches to Law and to the Allocation of Body Parts". En: *Stanford Law Review*, Vol. 55, No. 6 (Jun., 2003), pp. 2113-2151

No obstante lo anterior, los jueces en Perú se han negado al uso de ACB para resolver casos. En general, ellos podrían ser mejor clasificados como “doctrinarios”, antes que pragmáticos<sup>[2]</sup>. Las consideraciones funcionales (*i. e.* consecuencias de decisiones particulares) son entendidas como materia de política pública y no judicial. Los jueces se ven a sí mismos (y son vistos por otros, políticos y profesores de Derecho) como ejecutores de las normas que ya están establecidas y no como creadores de ellas. Siendo esto así, el ACB no ha sido utilizado por los jueces, incluso en el sentido más amplio (como criterio para resolver casos, evaluando *pros y contras*)<sup>[3]</sup>.

Esta característica fue alterada por el Tribunal Constitucional. Primero con cierta cautela y luego con -probablemente demasiada- audacia, el Tribunal usó el *test de proporcionalidad* para resolver casos.

### 3.2 *El ACB en el ámbito constitucional: test de proporcionalidad*

El *test de proporcionalidad* usado por el Tribunal -al menos en los últimos años- consiste en tres sub-tests: (i) test de adecuación; (ii) test de necesidad y ;(iii) test de proporcionalidad en el sentido estricto.

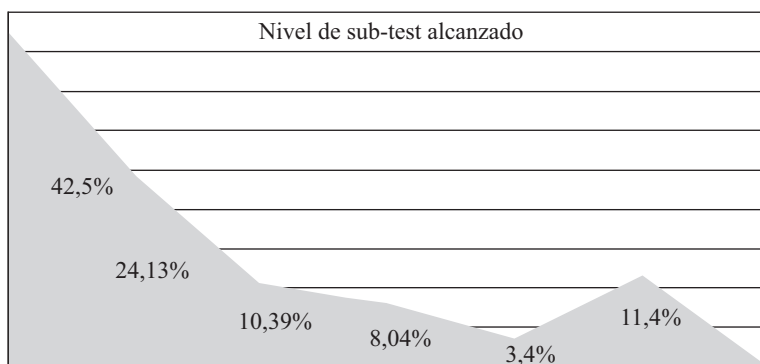
- (i) El primer *sub test* consiste en evaluar si la norma es apropiada para alcanzar su meta. Por ejemplo, si una norma busca reducir la informalidad, una tarifa no es la manera apropiada de lograrlo, porque las tarifas típicamente tienden a elevar la informalidad, por el incentivo de mercados negros. En contraposición, una norma que pone una multa a los informales, es la manera apropiada de lograr la reducción de la informalidad.
- (ii) Ser “adecuada” no es suficiente para pasar el *test de proporcionalidad*. Una norma puede ser adecuada, pero pueden existir métodos igualmente adecuados para lograr la misma meta y estos métodos alternativos pueden ser más “baratos”. En el mismo ejemplo, una exoneración del pago de impuestos puede incrementar el número de personas incorporadas a la economía formal, con menos costos para la sociedad que las imposiciones de multas, dada la reducción de costos administrativos. Esta parte del test es equivalente al *análisis costo-efectividad*, un test económico alternativo que, en manos del Tribunal, es una parte del test más amplio llamado “test de proporcionalidad”, incluye también el tradicional ACB.

[2] POSNER, Richard. *How Judges Think*. New York: Harvard University Press. 2008.

[3] POSNER, Eric A.. “Controlling Agencies with Cost-Benefit Analysis: A Positive Political Theory Perspective”. En: *University of Chicago Law Review*, 68 U. Chi. L. Rev. 1137. 2001.

- (iii) Precisamente, la última parte del *test* es el ACB por sí mismo. Una norma puede ser “adecuada”, puede ser “necesaria”, pero aún así puede ser muy costosa en relación a sus beneficios. Por ejemplo, si consideramos las ganancias sociales de la formalidad, podrían no ser suficientes para justificar las exoneraciones tributarias en aras de conseguirla.

Aparte de esto, el uso del *test* por el Tribunal Constitucional sigue limitado a un determinado número de casos (solo el 47% de los casos analizados utilizaba el *test* de proporcionalidad). Además, el Tribunal utiliza el *test* de manera limitada en gran parte de los casos que analiza (Cuadro 2). En la mayoría de ellos, la Corte sólo menciona los *sub-tests* descritos líneas arriba, pero sin profundizar el análisis.



Como se puede apreciar, el grueso de los casos solo menciona el *test* (42,5%), sin llegar a utilizar alguno de los *sub-tests*. El 24% menciona el *sub-test de adecuacion*, sin realmente desarrollarlo. El 10,39% desarrolla el *sub-test de adecuacion*. El 8,04% -ademas de lo anterior- menciona el *sub-test de necesidad*, pero sin desarrollarlo. El 3,4% -ademas de los pasos anteriores- desarrolla el *test de necesidad*. El 11,4% -ademas de los pasos anteriores- menciona el *sub-test de proporcionalidad en sentido estricto*. Ninguna de las sentencias analizadas desarrolla el *sub-test de proporcionalidad en sentido estricto* (j).

### 3.3 El Test de Proporcionalidad y su relación con la protección de libertades económicas: nuestros hallazgos

Hemos encontrado, luego de un estudio de 321 observaciones, que el uso del *test* (en cualquiera de sus etapas) eleva la probabilidad de que la demanda sea fundada por el Tribunal. El efecto marginal luego de la decisión para ser positivo es de 43% con más de 95% de confianza.

### 3.4 Explicando los resultados

Desde que el uso del *test* supone medir la “eficiencia”, el uso del mismo puede afectar el resultado de un proceso porque:

- (i) Las normas analizadas tiendan a ser ineficientes; o,
- (ii) El uso del *test* tiende a prevenir la captura de la Corte por grupos de interés.

En relación al primer punto, no tenemos razones para creer que la nueva legislación es menos eficiente que la anterior, que sería aplicada de otra manera. En relación con la segunda explicación posible, de manera similar, los grupos de interés pueden estar apoyando la permanencia de la anterior legislación o su reemplazo, por tanto no hay razón particular para creer que este resultado del proceso es más probablemente un signo de independencia de la Corte<sup>[4]</sup>.

Tomen el caso de los aranceles en la importación de cemento. Una norma redujo el arancel y la industria nacional demandó ante Tribunal, dado que la regulación afectaba a sus propios derechos de “competir en condiciones de equidad”. El Tribunal declaró fundada la demanda. Éste caso –por ejemplo- no es consistente con la eficiencia económica y hay razones para pensar en la influencia del grupo que representa a los importadores nacionales de cemento en el resultado del proceso<sup>[5]</sup>.

Sin embargo, en áreas del comercio originalmente desreguladas, la nueva regulación tiene en su contra una presunción de ineficiencia. Es decir, la regulación del mercado debe estar siempre justificada. En este escenario, se podría pensar que los tribunales, al desregular industrias o áreas de la Economía, actúan de manera eficiente, lo cual es compatible con el uso del *test*.

Una explicación alternativa que proviene de la teoría de la argumentación: es que el Tribunal ya ha tomado una decisión antes de aplicar el *test* y que sólo lo usa para justificar dicha determinación. Esta explicación, asume que el Tribunal considera al *test* sólo como una buena forma de justificar sus decisiones. Esta explicación es compatible, además, con la presunción a favor de la constitucionalidad de las normas legales. A saber, dada esta presunción, el Tribunal requiere fundamentar más extensamente las decisiones “fundadas”, es decir, que declaran inconstitucionales las normas, por lo que requerirían hacer uno de herramientas argumentativas como el *test de proporcionalidad*.

[4] ELHAUGE, Einer R.. “Does Interest Group Theory Justify More Intrusive Judicial Review?”. En: *The Yale Law Journal*, Vol. 101, No. 1 (Oct., 1991), pp. 31-110.

[5] STC 03116-2009-AA.

Esta explicación, sin embargo, no nos dice mucho acerca de por qué el *test* sería elegido entre otros posible “argumentos” y tampoco nos provee de una base para predecir la frecuencia ni extensión del uso de dicha herramienta.

#### IV. DERECHOS POLÍTICOS VS. DERECHOS ECONÓMICOS

En esta parte, vamos a mostrar la diferencia de trato entre derechos económicos y políticos. Para hacerlo, vamos a entender que un derecho es de naturaleza económica cuando se refiere a propiedad, contratos, asociaciones comerciales, libertades de empresa, libertades industriales o comerciales y, que será “político” cuando se refiera a cualquier otro derecho constitucional enunciado en el artículo 2 de la Constitución peruana<sup>[6]</sup>.

##### *4.1 Divergencia en el manejo de derechos económicos y políticos: casos*

*“La distinción dominante hoy en día es entre “libertades o derechos fundamentales”, por un lado, y todos los demás derechos subordinados, por el otro. Las libertades económicas y los derechos de propiedad, están claramente ubicados en la categoría de subordinados”*<sup>[7]</sup>

Así, los derechos económicos son tratados de forma diferente y esto se pueden verificar en dos aspectos: por un lado, el Tribunal se considera a sí mismo incompetente en muchos casos para analizar su violación y, por otro lado, los considera “sustancialmente” menos importantes que otros derechos constitucionales.

##### *4.1.1 Incompetencia*

En el caso contenido en el expediente 04446-2007-AA, una empresa de transportes demanda que la Municipalidad ejecute una ordenanza que les permite utilizar terminales distintos al de la Municipalidad, diciendo que su negativa afecta sus derechos al trabajo y a la libertad de empresa.

El Tribunal Constitucional resuelve el caso diciendo que las personas jurídicas no pueden demandar en procesos de amparo y que intereses económicos como esos deben ser vistos en la “vía ordinaria” (procesos civiles o comerciales).

---

[6] El artículo 2 de la Constitución peruana contiene una larga lista de derechos, incluyendo: vida, libertad, igualdad, debido proceso, entre otros.

[7] EPSTEIN, Richard. “Toward a revitalization of the Contract Clause”. En: *Chicago Law Review* 51. 1984.

*“Las personas jurídicas que tienen interés de lucro destinan sus actividades en función de los capitales que aportan sus integrantes con la expectativa de obtener utilidades que se destinarán al fin de cuentas a estas personas naturales y en proporción de sus aportes. Por esto se afirma en el lenguaje mercantil que la persona jurídica más que una sociedad de personas es una sociedad de capitales. Entonces cuando estas personas jurídicas denominadas empresas consideran que se les ha vulnerado un derecho fundamental directamente vinculado a sus intereses patrimoniales, deben de buscar un mecanismo idóneo para la solución del conflicto, teniendo en cuenta prima facie que los jueces ordinarios son los encargados de velar por la defensa y protección de estos derechos, también protegidos por el amplio manto de la Constitución Política del Estado. (...)” (F. J. 4).*

Esta reciente decisión del Tribunal Constitucional –así- excluyó la posibilidad de defensa de derechos económicos vía amparo por parte de personas jurídicas. Esto, en términos prácticos, casi excluía la posibilidad de protección de derechos económicos en general, dado que la mayoría de demandas destinadas a la protección de derechos o libertades económicas son interpuestas, precisamente, por personas jurídicas. Siendo que los derechos económicos son derechos Constitucionales, no hubiera sido apropiado que el Tribunal Constitucional los excluya de su ámbito de protección de una manera tan radical. Felizmente, el Tribunal revirtió su decisión en casos posteriores (STC 01881-2008-AA).

En relación con su capacidad para resolver casos que implican el conocimiento de herramientas económicas, el Tribunal dijo que:

*“Debe quedar precisado que este tipo de controversias jurídicas no pueden ser dilucidadas a través del presente proceso Constitucional, dada la naturaleza de tutela de urgencia y a la imposibilidad de que el Tribunal Constitucional o el juez Constitucional, en el marco de un proceso como el amparo, puedan realizar una actividad probatoria compleja. Más aún si, usualmente, para este tipo de controversias se requiere de la realización de análisis económico y jurídicos-económico, tal como lo han señalado los expertos que han informado en el proceso (...)” (STC 01963-2006-AA, F. J. 14).*

#### *4.1.2 Los derechos económicos son menos importantes.*

En este sentido, nuestro Tribunal Constitucional ha señalado que:

*“(...) tratándose de una intervención legislativa sobre una libertad preferida, esta condición impone que el control sobre las normas y actos que incidan sobre ella no sólo se sujeten a un control jurisdiccional más intenso, a la luz de los principios de razonabilidad y proporcionalidad, sino, además, que*

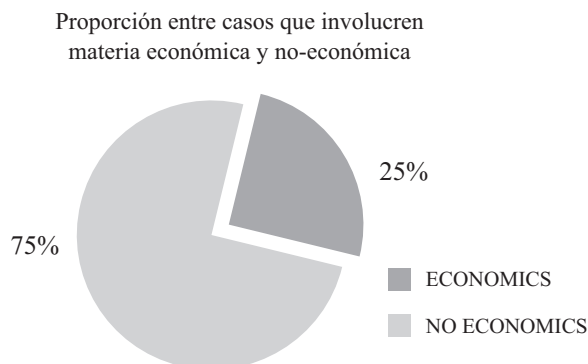
*en ese control tenga que considerarse que tales actos o normas que sobre él inciden carecen, prima facie, de la presunción de Constitucionalidad” (STC 2579-2003-HD, F. J. 6).*

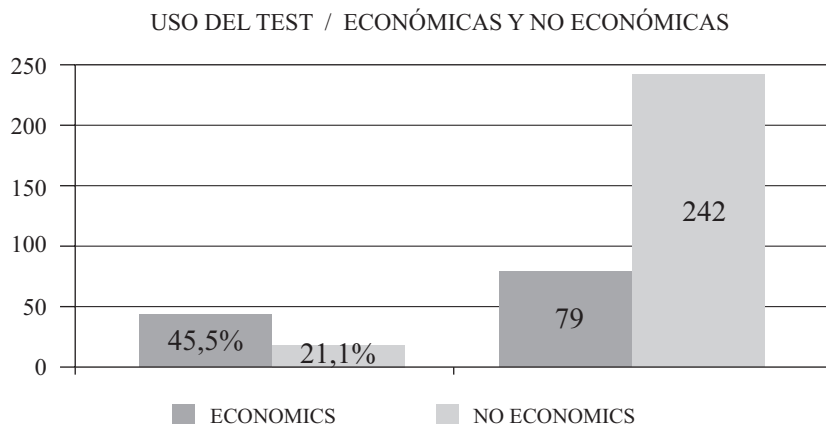
Y esto ha sido reafirmado en casos y políticas particulares. En un caso, involucrando la imposición de propaganda política en la programación de canales de televisión en la época de elecciones, el Tribunal Constitucional aseveró que, aunque dicha imposición podía limitar el derecho económico de las televisoras a utilizar dichos minutos para vender publicidad comercial, dicha publicidad era sustancialmente menos importante que la información política, en la medida en que ésta contribuía a la formación de pluralismo y a la fortificación de la democracia.

Así, en este caso el Tribunal Constitucional señaló que:

*“(...) resulta evidente que cuando los recurrentes han efectuado los cálculos a efectos de pretender demostrar que la compensación con la reducción del canon resulta insuficiente para cubrir los costos de la franja electoral, lo han hecho desde una perspectiva única y exclusivamente rentista o de lucro comercial, es decir, atendiendo a los costos de la publicidad televisiva y radial en el mercado. Olvidan, en consecuencia, que la franja electoral no puede ser concebida como si tuviera por objeto difundir ante la población peruana un producto o servicio más de los muchos que se distribuyen en el mercado bajo las reglas de la oferta y demanda, sino que se trata, a la luz de lo expuesto, de un medio para canalizar el pluralismo político, garantizar la igualdad y situar a las fuerzas partidarias en el más directo contacto con la mayor cantidad posible de ciudadanos, en momentos en los que la necesidad de viabilizar la información política partidaria alcanza su máxima expresión, esto es en los días más próximos al acto de sufragio” (STC 0003-2006-AI, F. J. 44).*

#### 4.2 Divergencias en el manejo entre derechos económicos y políticos: estadística





#### 4.3 Divergencia en el manejo entre derechos políticos y económicos: cálculos econométricos

Hemos encontrado, luego de un estudio de 321 observaciones, que el hecho de que una demanda sea de naturaleza económica disminuye sus probabilidades de ser declarada fundada por el Tribunal. El efecto marginal luego de la decisión tiende a ser positivo en 70.8%, con más de 95% de confianza.

#### 4.4 Explicando la divergencia

Existen pocos estudios sobre por qué los jueces tienden a considerar los derechos económicos menos importantes que los políticos. Uno de estos pocos autores ha sido precisamente un juez, nada menos que de la Corte Suprema de Estados Unidos que, además, es especialista en temas de análisis económico y –antes de convertirse en juez, cuando era profesor de Regulación Económica en Harvard– uno de los mayores propulsores de la desregulación: Stephen Breyer<sup>[8]</sup>.

Breyer identifica siete causas para esta falta de apego de los jueces respecto al análisis económico: cuatro de dichas causas son particulares de la Corte Suprema americana, pues tienen que ver con el particular diseño de sus procedimientos e idiosincrasia; pero las restantes tres sí son razones de fondo y –según el mismo Breyer– pueden ser extendidas a otras cortes.

[8] BREYER, Stephen. *Economic Reasoning and Judicial Review*. AEI Brookings Distinguished Lecturer. 2003.

Las cuatro razones contingentes son las siguientes:

- (i) La La Corte Suprema de Estados Unidos no es “especializada”: todos los jueces ven todas las causas. Esto ocurre exactamente en el Tribunal Constitucional peruano. Nuestros jueces no están especializados en un solo tema. En contraste, no hay jueces en especializados en materias económicas dentro del Tribunal.
- (ii) El tiempo para resolver las causas es limitado. Esto no da mucho tiempo para que un juez involucrado en temas económicos convenza a sus colegas.
- (iii) Ligado a lo anterior, las opiniones disidentes son limitadas. Si bien el 22% de las decisiones en materias económica tienen votos singulares, el impacto de ellos en la protección de la mayoría de libertades económicas es cuestionable.
- (iv) Habitualmente los temas económicos son delegados por el Congreso a agencias regulatorias altamente especializadas. Esto inhibe a la Corte de ver los asuntos. Al elaborar la ley, además, se tiene por implícito que las resoluciones de los jueces no evalúan la perfección técnicas de las decisiones de los reguladores, sino solo si tiene una “razón aparente” detrás. Al hacer esto, se puede confiar en las líneas argumentativas de las agencias regulatorias, basado en un análisis más bien superficial, que no hace necesario ir al detalle de los tema económicos. Aunque existe, una aparente contradicción con lo encontrado en el cuadro(...), porque el Test de Proporcionalidad es usado más en materias no económicas que en materias económicas. Esto puede sugerir un mayor escrutinio, sin embargo, nosotros no tenemos suficientes detalles acerca de la manera en que la decisiones han sido analizadas.

Las razones más de fondo, por su parte, son las siguientes:

- (i) El Derecho necesita reglas simples. El típico ejemplo es el semáforo: la regla es “si está en rojo, no puedes avanzar”. Si decimos, “si está en rojo, no puedes avanzar, salvo que “X”, “Y”, “Z”, tribunal Constitucional”; el costo de administrar esa regla se convierte en uno muy elevado<sup>[9]</sup>. De acuerdo a Breyer, mayores conocimientos en Economía harían que uno vea las cosas menos “blancas o negras” y encontrara más matices. Estos matices nos harían hacer reglas graduales, no absolutas. Aquí discrepamos parcialmente de Breyer: es la propia Eco-

---

[9] CALABRESI, Guido. *The Costs of Accidents. A Legal and Economic Analysis*. New Haven y Londres: Yale University Press. 1970.

nomía la que nos dice cuándo es más eficiente utilizar una regla más sencilla y cuándo una más compleja. Este problema habitualmente se ha resaltado como el que involucra a la “regla de la razón” o “regla *per se*”. La Economía no nos haría tender hacia “reglas de la razón” necesariamente, sino que nos ayudaría a identificar con mayor sustento cuándo usar una u otra reglas.

- (ii) Las cortes no saben Economía, eso es sabido; pero existe un problema en relación al uso de expertos o peritos en temas económicos. Un mejor uso de estos, haría que los casos involucrando en temas económicos sean mejor resueltos. Se podría pensar –por ejemplo– en peritos independientes que trabajen a tiempo completo en la Corte, en lugar de enviar a los jueces a seminarios de Economía.
- (iii) El Derecho desconfía de las cosas nuevas. Es parte de la esencia de un sistema judicial democrático, ser el derivado de lo que se podría entender como una “conversación” –en palabras de Breyer– entre la sociedad, los políticos, los grupos interesados, la academia y los jueces. Una opinión –así– debe estar bastante asentada en la sociedad antes de ser recogida como una decisión judicial. Las cortes, desde ésta perspectiva, no son un lugar para el activismo ideológico y ni siquiera para la innovación, cuando involucra asuntos que son parte de la cultura e idiosincrasia de una sociedad. El uso de la Economía dentro del Derecho supondría una innovación que atentaría contra este aspecto esencial del razonamiento judicial.

Desde otra perspectiva, sostenida por Antonin Scalia<sup>[10]</sup>, también *Justice* de la Corte Suprema de los Estados Unidos, podemos destacar que, de acuerdo con tradición católica, si bien enriquecerse no es un pecado, tampoco es una virtud. En nuestra conciencia están enraizados conceptos como “precios justos”, que llevaron a que existieran delitos como el de usura. Si creemos que los valores e ideología de las personas tienen influencia en la manera en que creen, interpretan y aplican normas, entonces debemos suponer que esta “susplicia” hacia los bienes materiales tiene una influencia en la extensión y contenido de la protección a los derechos económicos<sup>[11]</sup>.

[10] SCALIA, Antonin. “Economic Affairs as Human Affairs”. En: “Economic Liberties and the Judiciary”. En: *The CATO Journal* 4. 1985. Disponible en línea en: <http://www.cato.org/pubs/journal/cj4n3/cj4n3.html>

[11] *Ibidem*.

## V. CONCLUSIONES

De acuerdo a los objetivos de ésta investigación, el uso del *test de proporcionalidad* podría hacer que el Tribunal sea más propenso a declarar fundadas las demandas en general y podemos especular que esto sería más intenso en el caso de los derechos económicos, dada la relación entre libertades económicas y eficiencia. Si consideramos la eficiencia como meta para direccionar nuestras políticas públicas, el Tribunal la usará con más frecuencia.

Desde otra perspectiva –propuesta por Aranson–, sin embargo, no sería conveniente que los jueces tuvieran a la eficiencia como finalidad. El ser maximizadores de la eficiencia, en su visión, traería implícita la posibilidad de redistribuir las propiedades y derechos, con la misma base del propio proceso político. Esto, a su vez, convertiría a los jueces en *supra* legisladores, restándoles independencia frente a los grupos de interés y el propio Congreso. Por otro lado, esta visión basada en la eficiencia convertiría a los jueces en *planificadores*, lo que es paradójicamente ineficiente, basado en los estudios del desenvolvimiento del mercado sobre la base de precios, información y decisiones atomizadas<sup>[12]</sup>. Según este autor, las cortes se deberían limitar a respetar los derechos económicos –sobre la base de apreciaciones dogmáticas o de principio– ya que, en cualquier caso, de esta manera, en la gran mayoría de los casos, se llegará a la solución más eficiente<sup>[13]</sup>.

Consideramos, sin embargo, que esta perspectiva esta errada. Los jueces pueden ser -y a menudo son, creadores de leyes- sin importar el uso de la eficiencia como criterio para crear leyes. En el mismo sentido, los jueces pueden ser sujetos de interés para los grupos de presión y agentes involucrados en las disputas con otros poderes del Estado -y de nuevo- sin importar el uso de la eficiencia. Además, el uso del *test* se argumenta puede ser una medida en contra de la presión de grupos de interés, sobretodo si se utiliza de forma objetiva o técnica. En términos generales sobre el uso del *test*, pensamos que este tipo de discusión es prematura: como lo hemos demostrado, el Tribunal usa el *test de proporcionalidad* de manera muy informal. Esperamos, sin embargo, que este artículo contribuya al entendimiento que tiene el Tribunal sobre su propio uso del *test* y sobre las fuerzas ideológicas o económicas que guían su actuar. El ser mas consiente de esto, quizá, ayude a mejorar el uso que hace de estas herramientas.

---

[12] ARANSON, Peter. “Judicial Control of the Political Branches: Public Purpose and Public Law”. En: The CATO Journal 4. 1985. Disponible en línea en: <http://www.cato.org/pubs/journal/cj4n3/cj4n3.html>

[13] Ibidem

## ANEXO 1

### Modelo de regresión

Periodo de sentencias analizadas: 1996-2010

Muestra: 321 observaciones

Las variables que han sido tomadas en consideración son:

*Variable dependiente:* sentencia fue considerada fundada o parcialmente fundada y de otro modo.

*Variables independientes:*

Tipo de demandas: materias económicas y no económicas.

Tipo de demandado: 5 categorías

Alcance de la ley: 2 categorías

El uso del test de proporcionalidad: 3 categorías

El nivel de desarrollo del test: 6 categorías

Modelo que se ha utilizado es un PROBIT

Correlación de variables binarias (dicotómicas)

VARIABLE	ALCANCE	TIPO DE DEMANDA	USO DEL TEST CUANDO DEBIÓ UTILIZARSE Y CUANDO NO.	USO DEL TEST CUANDO EFECTIVAMENTE SE UTILIZÓ Y CUANDO NO.
Alcance	1			
Tipo de demanda	-.5092	1		
Uso del test cuando debió utilizarse y cuando no.	-.189	1	1	
Uso del test cuando efectivamente se utilizó y cuando no.	-.5444	1	1	1

### Modelo teórico

$$y_i = \alpha + X_i \beta + \mu \quad i = 1, 2, 3 \dots 321$$

$$y_i = 1,$$

si la sentencia ha sido declarada fundada (FN) o parcialmente fundada (FP)

= 0, caso contrario

### Modelo empírico

$$P[Sent_i=1 / Cte+(tipo)\beta_{1i}+(uso\_test)\beta_{2i}+\mu]$$

$$P[Sent_i=0 / Cte+(tipo)\beta_{1i}+(uso\_test)\beta_{2i}+\mu]$$

$Sent_i$  = La declaración de la sentencia

$Cte$  = Constante

$Tipo$  = Naturaleza de la demanda (económica – no económica)

$Uso del test$  = Forma como se utilizó (si, no, no debería utilizarse)

$\mu$  = Error teórico

Probit Sentencia, uso del test, tipo

Iteration 0: log likelihood = -200.67866

Iteration 1: log likelihood = -191.79

Iteration 2: log likelihood = -191.74912

Iteration 3: log likelihood = -191.74912

Probit regression	Number of obs =	321
	LR chi2(2) =	17.86
	Prob > chi2 =	0.0001
Log likelihood = -191.74912	Pseudo R2 =	0.0445

---

Sent.	Coef.	Std. Err.	z	P> z	[95% Conf. Interval]	
Uso_test	0.4377971	.1103703	3.97	0.000	0.2214752	0.654119
Tipo	-0.7075862	.2306998	-3.07	0.002	-1.15975	-0.255423
Cte	-0.7389382	.2133693	-3.46	0.001	-1.157134	-0.320742

---

El modelo en su conjunto tiene significancia estadística mayor al 99% de confianza.

### Signos

El uso del test aumenta la probabilidad que la sentencia sea FN O PF.

El naturaleza de la demanda económica disminuye la probabilidad que la sentencia sea FN O PF.

### Efectos marginales

El efecto marginal del uso del test de proporcionalidad sobre la sentencia sea declarada FN O FP es de 43.7% aproximadamente a más de 95% de nivel de confianza.

El efecto marginal de la una sentencia económica sobre la sentencia sea declarada FN O FP es de 70.8% a más de 95% de nivel de confianza.

Probit Sentencia etapa3 tipo

Iteration 0: log likelihood = -133.76282

Iteration 1: log likelihood = -132.05729

Iteration 2: log likelihood = -132.05523

Probit regression

Number of obs = 202

LR chi2(2) = 3.42

Prob > chi2 = 0.1813

Log likelihood = -132.05523

Pseudo R2 = 0.0128

Sent.	Coef.	Std. Err.	z	P> z	[95% Conf. Interval]	
Etapa_3	-.7858294	.4420114	-1.78	0.075	-1.652156	.0804971
Tipo	-.3551021	.8910719	-0.40	0.690	-2.101571	1.391367
Cte.	.7858294	.9903395	0.79	0.427	-1.1552	2.726859

El modelo en su conjunto tiene significancia estadística mayor al 81% de confianza.

### **Signos**

El uso del test en la etapa 3 disminuye la probabilidad que la sentencia sea FN O PF (no significativo)

El naturaleza de la demanda económica disminuye la probabilidad que la sentencia sea FN O PF (no significativo).

### **Efectos marginales**

El efecto marginal del uso del test de proporcionalidad sobre la sentencia sea declarada FN O FP es de 78.6% aproximadamente a un 92% de confianza.

El efecto marginal de la una sentencia económica sobre la sentencia sea declarada FN O FP es de 35.5% aproximadamente a un 30% de confianza.

Problema

ETAPA	FRECUENCIA	PORCENTAJE
0	115	53.93%
1	37	18.32%
2	21	10.40%
3	9	4.46%
4	7	3.47%
5	3	1.49%
6	10	4.95%

\* \* \* \* \*

# NOTAS PARA UNA TEORÍA GENERAL DE GARANTÍAS EN LA EXPROPIACIÓN FORZOSA

RAFFO VELASQUEZ MELENDEZ\*

**SUMARIO:** I. *Introducción.* II. *Estatutos de propiedad y función social.* III. *Función social de la propiedad, delimitación y expropiación.* IV. *El interés público como fundamento de la potestad de expropiación.* V. *La justicia distributiva como fundamento de la potestad de expropiación.* VI. *Ley que autoriza la expropiación: Primera garantía.* VII. *Ratio expropriandi: Segunda garantía.* VIII. *La seguridad nacional como concepto jurídico indeterminado.* IX. *La necesidad pública como potestad discrecional.* X. *Control de las leyes que autorizan la expropiación.* XI. *La indemnización justipreciada: Tercera garantía.* XII. *¿La expropiación elimina la propiedad?* XIII. *Los conceptos que integran la indemnización justipreciada.* XIV. *¿Hay ganancias en la indemnización justipreciada a las cuales aplicar el impuesto a la renta? Respuestas encontradas.* XV. *Defensa de la inafectación de la indemnización justipreciada.* XVI. *Los procesos de la expropiación: Cuarta garantía.* XVII. *Conclusiones.*

## I. INTRODUCCIÓN

El actual *boom* económico en nuestro país hace imperiosa la necesidad de infraestructura de distintos tipos (proyectos hídricos, eléctricos, gasíferos, de transportes terrestre o aéreo, etc.), lo que motiva una serie de expropiaciones para esos propósitos.

En Lima, uno de los casos más conocidos es la expropiación de las casas que colindan con el margen izquierdo del río Rímac para la construcción de infraestructura vial. A modo de indemnización justipreciada la Municipalidad Metropolitana de Lima entregará a los expropiados los departamentos que se vienen construyendo en el llamado Complejo Multifamiliar Patio Unión, ubicado cerca del lugar donde fueron expropiados y cuyo propósito es asegurar que los expropiados tengan un hogar en circunstancias y condiciones similares a las que tenían antes.

---

\* Profesor de la Universidad del Pacífico

Otro caso ocurrido en Lima es la expropiación de los terrenos colindantes al Aeropuerto Internacional Jorge Chávez para la construcción de la segunda pista de aterrizaje. En esta ocasión, el Ministerio de Transportes y Comunicaciones otorgó a los propietarios expropiados una indemnización justipreciada en efectivo fijado previamente por un órgano jurisdiccional, sin embargo, al momento de cerrar estas líneas aún existen problemas con los actuales poseedores de los terrenos, lo que, a nuestro parecer, motivó que el Congreso dictara una norma, curiosamente incorporada dentro de la Ley de Presupuesto 2013 del Sector Público, Ley 29951, autorizando que en las obras de gran envergadura el expropiado realice la entrega anticipada del bien, previa consignación de la indemnización fijada unilateralmente por el Estado<sup>[1]</sup>.

La primera impresión que genera la expropiación es que el derecho constitucional de propiedad cede del todo ante el poder de expropiación del Estado, sin embargo, veremos que en realidad la expropiación es un instituto que incorpora una serie de garantías que resguardan y no eliminan la propiedad y que incluso en estos supuestos se respeta el contenido esencial del derecho de propiedad<sup>[2]</sup>.

[1] *“Cuadragésima segunda disposición complementaria y final de la Ley 29951.- Dispónese que en los procesos de expropiación de los bienes inmuebles de dominio privado que sean necesarios para la ejecución de obras públicas de gran envergadura, para la desposesión del bien y previo al pago en efectivo de la indemnización justipreciada, el juez o árbitro de la causa, según sea el caso, puede otorgar la posesión anticipada del bien a expropiarse a favor del beneficiario, bastando únicamente la solicitud del sujeto activo adjuntando lo siguiente:*

- a) *El certificado de consignación en dinero del monto resultante de la indemnización justipreciada. De no ser posible determinar en esta etapa el monto de la compensación, bastará la consignación del monto del valor de tasación comercial actualizado realizada de acuerdo a la normativa vigente.*
- b) *Notificación previa a los propietarios, ocupantes o poseedores del bien a expropiar. Una vez otorgada la posesión anticipada del bien a expropiar el sujeto pasivo debe desocupar y entregar el bien expropiado en el plazo máximo de veinte días hábiles (...).”*

[2] Usar “contenido esencial” para los derechos constitucionales podría ser problemático, pues lleva a pensar que una vez identificado aquél, queda un contenido no esencial en esos derechos, cuando lo exacto es que toda parte del derecho constitucional sea esencial. De ser así, tendríamos que afirmar que una parte de la norma constitucional puede ser incumplida, contrariando así el principio de unidad y fuerza normativa a la Constitución. El Tribunal Constitucional (“TC”) permite superar esta situación haciendo que el “contenido esencial” tome cuerpo en nuestro sistema como “contenido constitucionalmente protegido del derecho”, supuesto a que se refieren los artículos 5, inciso 1 y 38° del Código Procesal Constitucional. En efecto, el TC precisa que *“todo ámbito constitucionalmente protegido de un derecho fundamental se reconduce en mayor o menor grado a su contenido esencial, pues todo límite al derecho sólo resulta válido en la medida de que el contenido esencial se mantenga incólume”* (STC 1417-2005-AA, fd. 21). Entonces, todo contenido constitucional de los derechos será esencial y, por tanto, ilimitable. Con esas premisas, y para facilitar la lectura, usaremos la frase “contenido esencial” o “contenido constitucional” como sinónimos.

## II. ESTATUTOS DE PROPIEDAD Y FUNCIÓN SOCIAL

En términos generales, entendemos por “bien” a todo aquello que sirve para satisfacer necesidades y, en cuanto tal, susceptible de valoración económica e intercambio. La Corte Interamericana de Derechos Humanos (“CIDH”) define a los bienes como *“aquellas cosas materiales apropiables, así como todo derecho que pueda formar parte del patrimonio de una persona; dicho concepto comprende todos los muebles e inmuebles, los elementos corporales e incorporeales y cualquier otro objeto inmaterial susceptible de valor”*<sup>[3]</sup>.

Desde un punto de vista individualista, el derecho de propiedad es un atributo que recae sobre bienes y que permite a su titular exigir el aprovechamiento exclusivo de los beneficios propios del mismo. Sin embargo, hace mucho se superó tal visión, pues ahora el derecho de propiedad tiene también un sentido social, lo que exige dejar de analizarlo del derecho de propiedad desde el punto de vista del sujeto, para estudiarlo en su **relación entre sujeto-objeto**.

Este enfoque permite advertir que aquel derecho está condicionado por la realidad circundante y los valores que la gobiernan. Ciertamente son estos los que indican que sólo es viable el ejercicio del derecho de propiedad si va en armonía con el bien común, tal como consagra el artículo 70 de la Constitución. Piénsese por un momento que no obstante tener derecho de propiedad sobre un inmueble, no existen problemas en admitir que –en favor del bien común– se coloquen señales sobre el sentido del tráfico; o que no podamos realizar actividades contaminantes en nuestra casa, pues aunque seamos propietarios, los valores que gobiernan nuestra sociedad exigen que el ejercicio de aquel derecho no vaya en contra del bienestar de todos.

Como las exigencias del bien común son distintas según las circunstancias de la realidad, el contenido esencial de la relación entre sujeto y objeto presenta también caracteres distintos ante cada tipo de situación. Por ello Jossereand afirmaba ya en 1932 que *“no hay propiedad, sino propiedades”* y Pugliatti en 1952 que existen *“estatutos de propiedades”*.

El mismo parecer expresa el TC al señalar que *“debido a la existencia de una variada e ilimitada gama de bienes sobre los que puede configurarse la propiedad (urbanos, rurales, muebles, inmuebles, materiales, inmateriales, pú-*

---

[3] CASO IVCHER BRONSTEIN Vs. Perú, Sentencia de 6 de febrero de 2001 (*Reparaciones y Costas*), párrafo 122; Caso COMUNIDAD MAYAGNA (SUMO) AWAS TINGNI Vs. Nicaragua, Sentencia de 31 de agosto de 2001 (*Fondo, Reparaciones y Costas*), párrafo 144; CASO COMUNIDAD INDÍGENA YAKYE AXA Vs. Paraguay Sentencia de 17 de junio de 2005, párrafo 137; CASO PALAMARA IRIBARNE vs. Chile, Sentencia del 22 de noviembre de 2005 (*Reparaciones y Costas*), párrafo 102.

*blicos, privados, etc.), puede hablarse de diversos estatutos de la misma, los que no obstante asumir matices particulares para cada caso, no significan que la propiedad deje de ser una sola y que, por tanto, no pueda predicarse respecto de la misma elementos de común configuración” (STC 3782-2004-AA, fd. 3).*

El alineamiento del derecho de propiedad con el bien común hace que supere su ámbito meramente individual, dado que interesa a todos su ejercicio, adquiriendo por ello una función dentro del entramado social.

En un mundo sin función social de la propiedad, sería más sencillo averiguar su contenido esencial, pues estaríamos ante un derecho que, en términos generales, tendría como único contenido asegurar que un sujeto excluya a terceros en el disfrute de su bien. Sin embargo, si colocamos a la propiedad en la realidad de un Estado Constitucional Social y Democrático de Derechos, veremos que allí constantemente se presentan exigencias, de menor o mayor grado, destinadas a favorecer el bienestar común, por lo que se imponen distintas maneras de colaboración entre los sujetos para su realización.

Tal situación hace que la propiedad, y los otros derechos, no muestren un contenido rígido o unívoco sino que vayan delineando su silueta según su vinculación social. Es la función social la que exige variar y/o delimitar el contenido esencial de la propiedad de modo distinto para cada situación de la realidad. Eso convierte a la función social en parte de ese contenido esencial, pues sin ella es probable que la propiedad presentara un contenido único, no habría estatutos de propiedad.

*“Por ello, la fijación del «contenido esencial» de la propiedad privada no puede hacerse desde la exclusiva consideración subjetiva del derecho o de los intereses individuales que a éste subyacen, sino que debe incluir igualmente la necesaria referencia a la función social, entendida no como mero límite externo a su definición o a su ejercicio, sino como parte integrante del derecho mismo. Utilidad individual y función social definen, por tanto, inescindiblemente el contenido del derecho de propiedad sobre cada categoría o tipo de bienes” (TC español, STC 37/1987, del 26 de marzo, fd. 2).*

Eso no nos debe llevar a afirmar que el derecho de propiedad es pura función social, pues una cosa es delimitar el contenido según exigencias sociales y otra entregar su contenido a esas exigencias. En el caso citado, añade el TC español que *“la traducción institucional de tales exigencias colectivas [de la función social] no puede llegar a anular la utilidad meramente individual del derecho”*. En efecto, sería ilógico que aquello que delimita el contenido de algo sirva para vaciar ese mismo contenido, por lo que se debe notar que la dimensión individual de la propiedad no puede ser anulada por la función social que delimita su contenido.

En suma, las exigencias de la realidad que condicionan la estructura de la propiedad no deben ser vistas como cargas externas al derecho, sino como

moldeadoras de su contenido, de su espacio, así es como se incorpora la función social de la propiedad en el contenido esencial del derecho. Y es que, como sugiere Rodríguez-Toubes, los llamados límites de los derechos no deben verse como barreras que cercan y reducen su espacio natural y original, sino como fronteras que delimitan su contenido, de tal suerte que fuera de ellas no hay, ni nunca estuvo, tal derecho<sup>[4]</sup>.

### III. FUNCIÓN SOCIAL DE LA PROPIEDAD, DELIMITACIÓN Y EXPROPIACIÓN

Como vimos, la citada función social de la propiedad permite delimitar sus alcances, sin embargo, esa actividad delimitadora puede exceder el margen de lo razonable, llegando a tal punto que el bien pierda toda utilidad. Por ejemplo, compramos un terreno frente al mar y al lado de otras casas, con el propósito de construir una para nosotros. Sin embargo, luego se dicta una disposición que impide realizar nuevas construcciones, de manera que sin perder el título de propiedad, en la práctica habremos perdido el bien.

Nuestro TC, siguiendo la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos, ha calificado a esas situaciones como expropiación regulatoria, cuya tutela (al menos cuando se trata de bienes inmuebles<sup>[5]</sup>) permite revertir la medida limitadora, manteniendo la situación que existía antes de la misma (STC 0834-2012-AA, fd. 40-42). Aunque esta institución no es objeto de estas líneas, sí conviene a nuestros propósitos destacar que en esos casos lo relevante es determinar hasta dónde la función social de la propiedad permite delimitar

[4] RODRÍGUEZ-TOUBES MUÑIZ, Joaquín. *La razón de los derechos: perspectivas actuales sobre la fundamentación de los Derecho Humanos*. Madrid: Tecnos, 1995, p. 69.

[5] Las autorizaciones reconocen a su titular el derecho a realizar determinadas actividades, por lo que tienen un valor económico y, en esa medida, son bienes muebles que forman parte del derecho de propiedad. Suele ocurrir que la Administración Pública deja sin efecto tales autorizaciones, ya sea con decisiones expresas o con disposiciones generales. El artículo 203 de la Ley 27444 regula los únicos supuestos en que se pueden revocar las autorizaciones, imponiendo en esos casos el pago de una indemnización. Por tanto, si la revocación no se ajusta a esos criterios, será ilegal. Pero qué ocurre con aquellas regulaciones genéricas que de modo indirecto dejan sin efecto los derechos reconocidos en las autorizaciones. Mediante Resolución 1535-2010/SC1 que tiene la calidad de precedente vinculante, el INDECOPI estableció que esa situación califica como una expropiación regulatoria, pues hace perder toda utilidad a los bienes muebles en mención, siendo por ello una medida ilegal. Eso no enerva la potestad que tiene la Administración Pública para seguir el procedimiento de revocación que prevén los artículos 203 y 205 de la Ley 27444, en cuyo caso, para que su proceder sea legítimo, deberá dictar un pronunciamiento de revocación específico que se sustente en las causas que prevé la Ley y pagar la indemnización respectiva.

su contenido, pues sólo dentro de ese margen la delimitación será legítima (y, por ende, no dará lugar a una indemnización), fuera de él estaremos ante una invasión irrazonable o desproporcionada en la propiedad, ante una expropiación regulatoria (que daría lugar a una indemnización)<sup>[6]</sup>.

A diferencia de la delimitación o de la expropiación regulatoria, la clásica expropiación supone una injerencia directa y frontal contra los bienes, un despojo de estos. Aquí invocar la función social pierde sentido, pues no se trata de determinar hasta dónde llegan las facultades de dominio sobre una cosa determinada. Lo relevante es saber hasta dónde puede llegar la potestad para despojar, pues así sabremos qué garantías tiene nuestro derecho de propiedad frente a aquélla.

No obstante, debe tenerse presente que la expropiación no es una mera privación de bienes, que permita al Estado sustituirse en la voluntad de las partes para adquirirlo y hacer uso de él en la forma que le parezca. La expropiación no es un mero fenómeno de traslación de bienes, primero, porque suele ocurrir que el bien no sea adquirido por la entidad estatal que será la beneficiaria del mismo y, segundo, porque lo relevante no es la traslación, sino la finalidad pública que ésta persigue. En efecto, el despojo de bienes sólo se justifica cuando es necesario remover el *status quo* para alcanzar una finalidad pública. La expropiación es sólo un medio. Es la finalidad perseguida lo trascendente, pues ella legitima la existencia y ejercicio de la expropiación. Si aquella no existe, no hay razón para imponer la traslación de bienes.

Muchas veces se enfoca a la expropiación como una invasión contra el derecho de propiedad, cuando en realidad es todo lo contrario, es una garantía del mismo. En nuestro sistema constitucional el Estado no puede tomar la propiedad sin más, sino que para hacerlo deberá de cumplir con las garantías que se derivan del artículo 70 de la Constitución, de no ser así se configuraría una invasión ilegítima sobre el derecho de propiedad. Citamos:

*Artículo 70.- El derecho de propiedad es inviolable. El Estado lo garantiza. Se ejerce en armonía con el bien común y dentro de los límites de ley. A nadie puede privarse de su propiedad sino, exclusivamente, por causa de seguridad nacional o necesidad pública, declarada por ley, y previo pago en efectivo de indemnización justipreciada que incluya compensación por el eventual perjuicio. Hay acción ante el Poder Judicial para contestar el valor de la propiedad que el Estado haya señalado en el procedimiento expropiatorio.*

---

[6] Si los conceptos mencionados fueran bailarines diríamos que *función social y delimitación* bailan la misma canción, pero *delimitación y expropiación regulatoria*, siempre bailan canciones distintas, cuando una baila la otra descansa y viceversa, y es que una acaba donde empieza la otra.

De la norma transcrita se aprecia que la expropiación incorpora las siguientes garantías: (i) *reserva de ley*, esto es, sólo puede ser autorizada mediante Ley dictada por el Congreso; (ii) *ratio expropriandi*, la Ley debe precisar las razones de seguridad nacional o necesidad pública que justifican el despojo; (iii) *indemnización justipreciada*, además del valor del bien, el afectado deberá recibir el pago de los perjuicios adicionales que el despojo le ocasionó; y, (iv) *procedimiento expropriatorio*, existencia de vías jurisdiccionales donde se puedan cuestionar los distintos aspectos de la expropiación.

Cabe añadir que, la norma constitucional tiene un carácter abierto en el sentido que no precisa qué clase bienes pueden ser objeto de expropiación, sin embargo, el artículo 12 de la Ley 27117, Ley General de Expropiaciones (“LGE”), sólo prevé la expropiación de bienes inmuebles, por lo que en adelante será a ese tipo de bienes a los que nos referiremos.

#### IV. EL INTERÉS PÚBLICO COMO FUNDAMENTO DE LA POTESTAD DE EXPROPIACIÓN

Para analizar adecuadamente aquellas garantías, primero se debe ahondar en el fundamento de la potestad de expropiación, esto es, en el interés público.

“Bien común”, “interés público” o “general”<sup>[7]</sup> hacen referencia a todo aquello que *de alguna manera* beneficia a la sociedad. Esto no es una coincidencia. El *interés público* es la versión jurídico-administrativa de la noción filosófica llamada *bien común* y que en sociología se le conoce como *interés general*<sup>[8]</sup>. No es raro por ello que el TC entienda que el bien común es idéntico al “interés de la sociedad” (STC 008-2003-AI, fd. 12) y que éste, a su vez, se identifique con el “interés público” (STC 0090-2004-AA, fd. 11<sup>[9]</sup>).

Superado este frecuente enredo lingüístico, podemos afirmar que el interés público es el que corresponde a los ciudadanos integrantes de un cuerpo social y que, en esas circunstancias, se inclinan a satisfacer de necesidades colectivas (salud, educación, etc.). Dogmáticamente se resalta que el interés público no sea la suma de la mayoría de los intereses individuales coincidentes, sino **el interés**

[7] “La variedad de adjetivos empleados tras el sustantivo *interés* —fundamental, general, público, social, etc.— apenas influye (...) en la diferenciación esencial de la noción que, por lo común, resulta unívoca en su sentido y alcance”. BERMEJO VERA, José. “El interés general como parámetro de la jurisprudencia constitucional”. En *Revista Vasca de Administración Pública*, No. 10, II, 1984, p. 107.

[8] RODRÍGUEZ-ARANA, Jaime. *Interés general, derecho administrativo y Estado de Bienestar*. Madrid: Iustel, 2012, pp. 66 y 102.

[9] “El interés público tiene que ver con aquello que beneficia a todos; por ende, es sinónimo y equivalente al interés general de la comunidad”.

**que resulta de la vida en comunidad** y que, por ende, permite a los individuos reconocer allí a sus propios intereses.

No obstante este acercamiento dogmático, se debe tener en cuenta que la realidad puede moldear de distinto modo al interés público, a tal punto que la definición antes propuesta sea seguida sólo de modo tangencial, situación que no hace inválida su aplicación. Y es que si se atribuye al legislador o a la Administración la facultad para definir qué es el interés público, estos tendrán un amplio margen de discrecionalidad para hacer caer dentro de ese concepto a distintas opciones posibles, todas ellas válidas, siempre que de alguna manera tenga que ver con el beneficio de todos.

Por ejemplo, para el Poder Legislativo el interés público será aquel que define los votos de la mayoría, de modo que, al final de cuentas, el interés público será el interés de la mayoría, argumento que comparte nuestro TC<sup>[10]</sup>, pero que se aleja de la definición dogmática antes dicha. Otro ejemplo lo da el Tribunal Europeo de Derecho Humanos (“TEDH”) para quien el interés público no necesariamente está orientado a incidir sobre toda la sociedad o incluso sobre gran parte de ella, sino que bastaría con que recaiga sobre un grupo específico, siempre que medien razones de justicia social, propios de la vida en comunidad (*Caso James contra Reino Unido*, pár. 41).

En cualquier caso, se sabe que el carácter abierto de la noción de interés público no otorga discrecionalidad absoluta en su uso, pues siempre deberá de justificarse su aplicación, de manera que es posible ejercer un control; ya sea evaluando si concurren o no hechos que justifican su invocación, o evaluando si es razonable su aplicación a esos hechos, por ejemplo, si se trata de una medida que, de alguna manera, favorece a la comunidad, o si se trata de un medida que en realidad encubre un favorecimiento particular (STC 0090-2044-AA).

Precisamente para satisfacer el interés público se creó al Estado, a quien se le otorgó el poder político con esos fines. Progresivamente ese poder fue restringido por la fuerza del Derecho y de las necesidades históricas. Una de esas formas de limitación consistió el distribuir el poder entre los distintos organismos estatales, de modo que cada uno cuente con poderes de alcances

---

[10] *“Se denomina como interés público al conjunto de actividades o bienes que, por criterio de coincidencia, la mayoría de los ciudadanos estima, meritoria o tasa como ‘algo’ necesario, valioso e importante para la coexistencia social. En otras palabras, todo aquello que, por consenso, se comparte y considera como útil, valioso y hasta vital para la sociedad, al extremo de obligar al Estado a titularizarlo como uno de los fines que debe perseguir en beneficio de sus miembros. Por tal imperativo, el cuerpo político jamás podrá tener como objetivo la consagración de intereses particulares. En el interés público confluyen las expectativas de la sociedad civil y la actuación del Estado”* (STC 3283-2003-AA, fd. 33, énfasis agregado).

concretos y nadie tenga un poder genérico. He ahí el germen de las potestades.

La necesidad de realizar los intereses públicos exigió la creación de distintos organismos estatales a los que se les otorgó una cuota de poder<sup>[11]</sup>. A esa cuota se denomina *potestad* y al interés público que persigue se le conoce como *título*, que es lo que legitima el reconocimiento jurídico de la potestad. Esto hace que la potestad tenga un contenido y alcance concreto<sup>[12]</sup>. En suma, las potestades son otorgadas para alcanzar un interés público, lo que permite imponer decisiones sobre terceros quienes deberán soportarlas siempre que exista una causa real, es decir, siempre que efectivamente concurra el *título* que justifica ejercer la potestad.

Una de esas potestades estatales es la expropiación que, en términos generales, consiste en el poder estatal de imponer el despojo de bienes inmuebles con la finalidad de satisfacer intereses públicos específicos como la Seguridad Nacional o la Necesidad Pública. Estos son los *títulos* que delimitan hasta dónde alcanza la potestad expropiatoria. Por esa razón es que Bermejo Vera hace una analogía para destacar que, lo mismo que hace la función social con el derecho de propiedad, los intereses públicos delimitan el alcance y contenido de la potestad expropiatoria<sup>[13]</sup>.

Se puede concluir que las potestades expropiatorias consisten en aquella cuota de poder otorgada al legislador para procurar la seguridad nacional y las necesidades públicas usando para ese propósito bienes inmuebles, lo que supone que sus titulares deberán soportar el despojo de los mismos en beneficio de la comunidad.

[11] “Interesa destacar que lo específico de esta categoría jurídica, lo que finalmente define a la misma, no es sino la conexión del poder en que la misma consiste con el deber de desempeñar una determinada función. Es decir; **la potestad se atribuye para el cumplimiento de determinadas funciones –de ahí que las entidades instrumentales no tengan atribuidas por ello sino aquellas potestades específicas que les son útiles para el cumplimiento de sus fines específicos –que vienen atribuidas al titular de la potestad”** (énfasis agregado). CASTILLO BLANCO, Federico. *La interpretación y aplicación del ordenamiento jurídico público*. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, 2007, p. 102.

[12] DE LA CUÉTARA, Juan Miguel. *La actividad de la administración*. Madrid: Editorial Tecnos, 1983, pp. 67-68.

[13] BERMEJO VERA, José. “Análisis previo de la expropiación forzosa”. En: *Documentación Administrativa*, No. 222, Instituto Nacional de Administración Pública – INAP, Madrid, 1990, p. 11.

## V. LA JUSTICIA DISTRIBUTIVA COMO FUNDAMENTO DE LA POTESTAD DE EXPROPIACIÓN

Otra manera de comprender la potestad de expropiación es usando los criterios de justicia distributiva y justicia conmutativa. La primera se refiere a cómo regular aquello que es común a todos, donde el criterio de justicia impone que los beneficios y cargas se repartan entre todos de modo proporcional. La segunda atañe a cómo regular situaciones donde prima el interés individual, donde el criterio de justicia es dar a cada uno lo que le corresponde<sup>[14]</sup>.

En el ejemplo de los “Los exploradores de cavernas” de Lon Fuller, ocurre un derrumbe que confina a cuatro espeleólogos en una cueva, sin posibilidad de ser rescatados en menos de treinta días. Ante la falta de provisiones, pactan comerse a uno (elegido por sorteo) para que los otros puedan sobrevivir. Imaginemos que uno de ellos descubre que olvidó sus implementos para explorar y que por error traía una mochila cargada solo con viandas y bebidas extras. Si no hubiera ocurrido el derrumbe, es probable que el espeleólogo no realizara la exploración, debiendo esperar o volver solo, en cualquier caso, comerá opíparamente debido a su error. Es justo señalar que en esa situación cada uno de los sujetos tiene lo que le corresponde, rige allí una justicia conmutativa. Sin embargo, el derrumbe hace que ese sentido de justicia ya no sea aplicable, pues lo justo es que las provisiones extras dejen de pertenecer sólo a un espeleólogo, sino que pasen al acervo común, siendo distribuidos de forma proporcional entre todos<sup>[15]</sup>.

De manera similar ocurre con las expropiaciones. Primero tenemos un bien inmueble regido por criterios de justicia conmutativa, pues su titular puede intercambiarlo por otros bienes o recibir una indemnización por los daños ocasionados a su bien. La justicia que rige la situación indica que el titular recibirá lo que le corresponde.

No obstante, de modo similar al ejemplo, ciertas circunstancias hacen que las especiales características de un inmueble (ubicación, diseño, antigüedad, etc.) lo conviertan en necesario para el bien común, esa situación es la que justificará la aplicación de criterios de justicia distributiva, pues sólo cuando se busca que todos, de una forma u otra, sean beneficiarios de ese bien, es que se justifica la expropiación. El reparto beneficios apareja también un reparto de cargas entre todos, que en estos casos se materializa mediante la obligación estatal de indemnizar al afectado.

---

[14] FINNIS, John. *Ley natural y derechos naturales*. Traducción de Cristóbal Orrego. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2000, p. 195 y ss.

[15] Esta metodología es la misma que propone CIANCIARDO, Juan. “Los límites del sistema normativo”. En: *Revista de Derecho*, No. 5, Universidad de Piura, 2004, p. 433.

Entonces, deben concurrir razones explícitas de justicia distributiva para que el Estado ejerza su potestad expropiatoria, pues sólo la necesidad de satisfacer el interés público es lo que posibilita dejar los criterios de justicia conmutativa que protegen a los sujetos contra el despojo de sus bienes y derechos.

Debe tenerse cuidado con lo afirmado, pues la justicia distributiva y conmutativa difícilmente se presentan en la realidad en un sentido puro, dado que situaciones donde rigen criterios de justicia conmutativa no excluyen que se presenten exigencias propias de la justicia distributiva y viceversa. Por ejemplo, vimos que el derecho de propiedad tiene un contenido que trasciende el mero interés individual y que le otorga una función social; o, la potestad de expropiación, que si bien busca favorecer el bien común, no elimina el derecho del afectado a recibir la indemnización que le corresponde.

Aunque creemos que esta interpretación explica con mayor sencillez el fenómeno expropiatorio, nuestro TC se decanta por una interpretación más tradicional señalando que *“el mismo artículo 70° de la Constitución, **con fundamento en la prevalencia del bien común, contempla la figura de la expropiación como potestad del Estado**”*(STC 3258-2010-AA, fd. 6, énfasis agregado).

## VI. LEY QUE AUTORIZA LA EXPROPIACIÓN: PRIMERA GARANTÍA

El artículo 70 de la Constitución dispone que la Ley que decreta la expropiación fije además la causa de la expropiación (Seguridad Nacional o Necesidad Pública). Agrega el artículo 2 de la LGE, que esa misma Ley prevea también el destino que se dará a los bienes expropiados. Existe entonces una reserva de ley en materia expropiatoria, pues sólo el Poder Legislativo puede aprobar y especificar las razones que justifican el despojo de ciertos bienes para destinarlo a un uso favorable al interés público. Esto asegura que la medida expropiatoria responda a una política nacional de los representantes del pueblo y no al antojo ocasional de Administraciones públicas.

La jurisprudencia del TEDH resalta que esta garantía no sólo exige expropiar conforme a Ley, sino verificar también la “calidad de la ley”, pues el TEDH *“está convencido que la existencia (...) de una base legal no basta para satisfacer el principio de legalidad y considera útil detenerse en la cuestión de la **calidad de la ley**”* (Casos *Brinotti c. Italia*, pár. 80 y *James c. Reino Unido*, pár. 67) Esta exigencia, creada desde hace mucho por el mismo TEDH, señalando que la Ley debe cumplir dos requisitos esenciales: **accesibilidad** y **previsibilidad**.

*“La primera hace referencia a que la ley tiene que ser lo suficientemente accesible: el ciudadano tiene que disponer de informaciones suficientes que se adecuen a las circunstancias de las normas legales aplicables al caso. La segunda condición se refiere a que una norma no puede considerarse ley a menos que se formule con la suficiente precisión que permita al ciudadano no adecuar su conducta; debe poder prever rodeándose para ello de consejos clarificadores, las consecuencias de un acto determinado” (Caso The Times Sunday c. Reino Unido, pár. 49)<sup>[16]</sup>.*

Lo primero se relaciona con la posibilidad de conocer las normas, de modo que proscibiría, por ejemplo, que una Ley secreta autorice expropiaciones sustentada en razones de Seguridad Nacional. Aunque esto último se relacione con secretos de estado, la Ley deberá ser **accesible** para todos, lo que se presume ocurrirá cuando la Ley se publique en el Diario Oficial. Por tanto, tal Ley deberá precisar, al menos en términos generales, las razones de seguridad nacional que justifican la expropiación, obviamente, sin que eso lleve a exigir que se publiquen los secretos de estado<sup>[17]</sup>.

Lo segundo tiene que ver con la claridad del texto de la Ley, con el carácter inteligible de su regulación y de sus alcances, de manera que pueda preverse qué autoriza, qué proscribe o qué consecuencias genera. Eso no significa que la Ley deba ser exhaustiva, sino que bastará con que prevea los puntos esenciales para que el régimen de expropiación sea previsible, pudiendo dictarse normas reglamentarias que la precisen<sup>[18]</sup>. Es decir, la previsibilidad impone que Ley tenga un **contenidomínimo** que haga reconocible su régimen jurídico, como declarar la expropiación, la *ratio expropriandi*, el destino de los bienes y el derecho de los posibles afectados.

[16] Este criterio es especificado luego por el mismo TEDH señalando que con ello se buscó resaltar que *“el grado de precisión que se exige a la «ley» depende de la materia de que se trate (...) Por tanto, la ley debe determinar el alcance y las modalidades del ejercicio de dicha facultad [que incide sobre los derechos fundamentales] con suficiente claridad -teniendo en cuenta la legítima finalidad que se persigue- para facilitar así al individuo la adecuada protección contra la arbitrariedad” (Sentencia Malone c. Reino Unido, pár. 68).*

[17] Recuérdese que el artículo 2, inciso 5 de la Constitución dispone que *“toda persona tiene derecho a solicitar sin expresión de causa la información que requiera y a recibirla de cualquier entidad pública (...) Se exceptúan las informaciones que afectan la intimidad personal y las que expresamente se excluyan por ley o por razones de seguridad nacional (...)”.*

[18] *“La jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán opera en este punto sin sujeción a esquemas demasiado rígidos. Ciertamente exige del legislador una regulación mínima, es decir, un programa o plan que la norma reglamentaria podrá desarrollar. La intención es conseguir que los ciudadanos puedan prever con la lectura de la ley las situaciones que la norma reglamentaria tendrá que complementar o detallar (previsibilidad de la regulación”.* BAÑO LEÓN, José María. *Los límites constitucionales de la potestad reglamentaria*. Madrid: Civitas – Universidad Complutense, 1991, p. 51.

De esta exigencia de **previsibilidad** se deriva que la Administración, a través de sus normas reglamentarias, podrá precisar algunos contenidos “no esenciales” de la expropiación. Por ejemplo, una Ley precisa la *ratio expropriandi* y el destino de los bienes, pero la Administración precisa cómo se ejecuta la expropiación o en qué plazo se realizarán las obras; o una Ley precisa que los expropiados tienen derechos a una indemnización justipreciada, pero la Administración fija el monto de la indemnización justipreciada.

Aunque el artículo 70 de la Constitución instaure un régimen de reserva de ley, eso no impide la remisión de materias a las normas reglamentarias, siempre que eso no coloque a la Administración en la posición del legislador, pues aquella sólo puede reglamentar leyes “sin desnaturalizarlas” (artículo 118, inciso 8). Para que eso sea así, el legislador debe de prever primero los aspectos esenciales, básicos o de principio de la expropiación, de manera que las normas reglamentarias sólo tengan espacio para complementar o desarrollar, sin desnaturalizar, sin poder introducir nuevos mandatos.

Cabe resaltar que, cuando la materia regulada incida agresivamente sobre derechos fundamentales, como en los casos de expropiación (donde no cabe duda que el despojo de bienes supone una regulación agresiva de la propiedad), el nivel de previsibilidad exigido a la Ley es elevado, para evitar que sea la Administración y no el legislador quien termine delimitando el alcance o contenido del derecho fundamental<sup>[19]</sup>. Por eso es que ratificamos la idea de que toda Ley que autoriza la expropiación debe contener, por lo menos, la declaración expresa de expropiación, la *ratio expropriandi*, el destino de los bienes y que, por lo menos, no excluya el derecho de indemnización que corresponderá a los afectados.

Vayamos a un ejemplo. No será difícil imaginar que ante el hallazgo de un ingente lote de gas natural en el departamento de San Martín, se dicta una Ley que declara de necesidad pública el desarrollo de la industria de gas natural en esa zona. En ese caso, por ejemplo, el Ministerio de Energía y Minas no podrá declarar que por razones de Necesidad Pública procederá a la expropiación de terrenos para el paso del futuro el ducto de transporte de gas, pues la Ley no

---

[19] Tiene dicho el TC español que “Este principio de reserva de Ley entraña, en efecto, una garantía esencial de nuestro Estado de Derecho, y como tal ha de ser preservado. Su significado último es el de asegurar que la regulación de los ámbitos de libertad que corresponden a los ciudadanos dependa exclusivamente de la voluntad de sus representantes, por lo que tales ámbitos han de quedar exentos de la acción del ejecutivo y, en consecuencia, de sus productos normativos propios, que son los reglamentos. El principio no excluye, ciertamente, la posibilidad de que las Leyes contengan remisiones a normas reglamentarias, pero sí que tales remisiones hagan posible una regulación independiente y no claramente subordinada a la Ley, lo que supondría una degradación de la reserva formulada por la Constitución en favor del legislador” STC 83/1984, del 24 de julio, fd. 4).

autorizó expropiaciones, no pudiendo “suponer” o deducir que así lo ha querido hacer o que ha delegado esa facultad a la Administración<sup>[20]</sup>. Supongamos ahora que se dicta una Ley que expresamente declara la expropiación para construir un aeropuerto en el Callao, pero no señala que los expropiados tendrán derecho a una indemnización. Eso no convierte a la norma en inválida, pues no excluye el derecho a una indemnización justipreciada, en todo caso queda por sobreentendido que efectivamente existe tal derecho. En efecto, sobre la previsibilidad de la Ley, el TEDH señala que las “*consecuencias [de la Ley] no tienen necesidad de conocerse con una certidumbre absoluta: la experiencia lo revela fuera de su alcance (...) muchas leyes se sirven por la fuerza de las cosas, de fórmulas más o menos vagas cuya interpretación y aplicación depende de la práctica*” (Caso *The Times Sunday* c. Reino Unido, pág. 49). Por ende, si se trata de una expropiación, puede entenderse que siempre existirá el derecho a una indemnización justipreciada, salvo que la Ley prescriba lo contrario, en cuyo caso “podría” ser inconstitucional<sup>[21]</sup>.

Para satisfacer las exigencias constitucionales de la primera garantía, no bastará con que se dicte una Ley que declara la expropiación, sino que la Ley además deberá conocerse y ser precisa en su contenido y alcances. Estamos ante verdaderas exigencias que encuentran correlato, además de la jurisprudencia del TEDH, en los artículos 103 y 118, inciso 8, de la Constitución que, respectivamente, exigen que las leyes sean publicadas y no desnaturalizadas en su contenido. O en el principio de seguridad jurídica, tantas veces ratificado por el TC, que hace referencia al carácter previsible que deben tener las normas jurídicas.

Resumiendo lo dicho, la garantía de ley en materia de expropiación exige que aquella sea accesible a todos, esto es, que sea publicada; que genere certidumbre de que dictamina una expropiación, la razón que justifica ello y cómo se usarán los bienes para esa causa; y que refiera las restricciones y/o derechos de los ciudadanos afectados.

---

[20] Debe resaltarse que sólo se trata de un ejemplo y que la normativa del sector regula estas situaciones mediante la imposición de servidumbres debidamente indemnizadas.

[21] Es interesante a estos efectos la Sentencia del TEDH recaída en el caso *Jahn y otros c. Alemania*, donde se convalidó una expropiación sin indemnización, amparada en circunstancias realmente excepcionales. Poco después de la reunificación de Alemania, se dictó una Ley en 1990 que hacía propietarios a personas sin derecho alguno. Ello motivó que en 1992 se dicte una nueva Ley que corregía la situación anterior, expropiando sin indemnización y revertiendo los bienes a quienes sí eran propietarios. La prontitud de la medida, su carácter corrector de una ilegalidad y las circunstancias excepcionales (reunificación de un país), llevó al TEDH a considerar que la falta de indemnización era una opción razonable.

VII. *RATIO EXPROPIANDI*: SEGUNDA GARANTÍA

La Ley que autoriza la expropiación contiene una garantía material derivada de su condición de “ley especial”. Es indudable que tiene esa característica porque se aparta del marco normativo aplicable a todas las propiedades para imponer un régimen diferenciado que autoriza el despojo de bienes a uno o a un grupo determinable de sujetos.

Al comentar este punto, el TC señala que *“el Estado queda facultado para desvincular a la ley de su vocación por la generalidad y hacerla ingresar en una necesaria y razonable singularidad. Necesaria, porque está llamada a recomponer un orden social que tiende a desvirtuarse, y razonable, porque se fundamenta en un elemento objetivo, a saber, la naturaleza de las cosas”* (STC 0001-2003-AI, fd. 8). Cuando el TC dice que la Ley especial se *“desvincula de su vocación por la generalidad”*, quiere sostener que ese tipo de leyes se aparta del régimen general existente para establecer un régimen especial aplicable a situaciones objetivamente diferenciadas y no que la Ley especial carezca de generalidad, pues ésta no está dirigida a un sujeto específico, sino a un número indeterminado de sujetos que están en la misma situación. Por ejemplo, debido al aumento del caudal del río Rímac, peligran los cimientos de las casas riveñas, dictándose una Ley especial para que el Banco de Materiales otorgue préstamos especiales destinados al reforzamiento de cimientos y estructuras de esas casas. La Ley especial se aparta del régimen general de préstamos de dicho Banco, pero ésa es la única vocación de generalidad de la que se desvincula la ley especial. No pierde generalidad en lo referido a sus sujetos destinatarios, pues fue dictada para favorecer a un grupo indeterminado de personas que están en cierta situación objetiva y no está dirigida a una persona específica.

El artículo 103 de la Constitución dispone que *“pueden expedirse leyes especiales porque así lo exige la naturaleza de las cosas, pero no por razón de las diferencias de las personas”*. **La garantía material consiste en que la Ley especial, para ser válida, debe justificarse en la “naturaleza de las cosas”, en elementos objetivos**, pues *“no se ampara en el arbitrio caprichoso de quienes poseen el poder político, sino en la naturaleza o razón de los hechos, sucesos o acontecimientos que ameriten una regulación particular o no genérica. Es decir, una ley especial (...) se ampara en las específicas características, propiedades, exigencias o calidades de determinados asuntos no generales en el seno de la sociedad”* (STC 0018-2003-AI, fd. 2). Precisamente, son las características objetivas de la realidad que circunda a un grupo de personas y no las características subjetivas de las personas las que justifican la Ley especial.

Bajo esa lógica sería comprensible que se exija a la Ley especial de expropiación precisar **qué circunstancias objetivas** justifican el despojo de ciertos

bienes, es decir, que la Ley señale qué especiales características de los inmuebles (antigüedad, diseño, ubicación, extensión, etc.) justifican que se expropien unos y no otros<sup>[22]</sup>.

En efecto, esa garantía material también es trasladable a las Leyes especiales de expropiación y está concretizada en el artículo 70 de la Constitución, según el cual la Ley de expropiación debe especificar cuál es el interés público que persigue su excepcional dictado y que sólo puede consistir en la Seguridad Nacional o Necesidad Pública. Es decir, la Ley especial debe tener una *ratio expropriandi* específica que justifique el tratamiento excepcional. Además de eso, el artículo 4 de la LGE dispone que: “*En la ley que se expida en cada caso deberá señalarse la razón de necesidad pública o seguridad nacional que justifica la expropiación, así como también el uso o destino que se dará al bien o bienes a expropiarse*”.

Antes de analizar la norma constitucional y legal citadas, es relevante aludir al criterio del TC español quien analiza el supuesto donde la Ley que autoriza una expropiación señala una *causa expropriandi* y un uso público específico a los bienes, pero luego, al ejecutarse la expropiación, se da a los bienes un destino diferente, situación que el citado TC considera válida siempre que la medida pública sirva a la *causa expropriandi* invocada. Citamos:

*“La causa expropriandi es el fin de utilidad pública o interés social que en cada caso declara el legislador. Dada la gran variedad de fines públicos (...) el destino de los bienes y derecho expropiados puede ser también muy distinto, pues dependerá del modo con que se satisfaga en cada supuesto expropiatorio el interés público que legitima la expropiación forzosa (...) ocurre también que, en algunos supuestos, el fin expropiatorio puede cumplirse por la vía de distintos destinos que sean todos ellos igualmente aptos a la consecución del fin. En tales casos, es indiferente a la causa expropriandi el destino que reciban los bienes y derechos expropiados, siempre que el elegido sirva al fin expropiatorio. En dichos supuestos se produce una cierta desvinculación entre el fin de la expropiación y la afectación ulterior de lo expropiado, en el sentido de que ésta puede ser variable, sin que por ello quiebre la causa expropriandi. Los términos en que se expresa el art. 33.3 CE [Constitución Español], al hablar*

---

[22] En España, la Ley General de Expropiación Forzosa de 1954 concretiza la previsión constitucional de expropiar sólo por razones de “utilidad pública o interés social” imponiendo que la Ley que expropia especifique cómo se cumplen esos fines. Al comentar esta disposición, Tomás-Ramón Fernández señala que “*la solución propuesta consistió, por supuesto, en eliminar declaraciones implícitas y en exigir en todo caso el reconocimiento concreto de la utilidad pública o interés social genéricamente declarados por las Leyes (...)*”. FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. “Por una nueva Ley de Expropiación Forzosa y un nuevo sistema de determinación del justiprecio”, en *Revista de Administración Pública*, No. 166, Madrid, 2005, CEPC, p. 19.

*de «causa justificada de utilidad pública o interés social» sin contener referencia ninguna al destino final de los bienes y derechos expropiados, permiten afirmar que la concepción constitucional de la causa expropriandi incluye (...) a las expropiaciones (...) en que el fin admite varios posibles destinos” (STC 166/1986, del 19 de Diciembre, fd.13).*

En términos sencillos, el TC español considera que en aquellos casos en que la *ratio expropriandi* pueda ser satisfecha de distintas maneras, será posible variar el destino legal asignado a los bienes por alguna de esas otras opciones, dado que la norma constitucional española sólo garantiza que las expropiaciones se justifiquen en «*causas justificadas de utilidad pública o interés social*» sin imponer ninguna exigencia sobre el destino final de los bienes expropiados. No corresponde aquí analizar la corrección o no del argumento constitucional español, sino apreciar si tal criterio podría ser trasladado a nuestro sistema. Veamos:

Imaginemos que se dicta una Ley que declara la expropiación de terrenos por razones de Seguridad Nacional, pero no precisa qué clase de terrenos, dónde estarían o para qué serán usados. Formalmente, la Ley cumpliría con el requisito constitucional de señalar la *ratio expropriandi* pero materialmente sería acusada de inconstitucional debido a su carácter genérico o abstracto que contraviene la más elemental lógica de la expropiación como instrumento pensado para favorecer intereses públicos reales y específicos.

Y es que el principio de divisiones de poderes que late en nuestro texto constitucional, ha buscado asegurarse que la potestad expropiaría no sea una potestad abstracta o genérica, sino que sea una cuota de poder ejercida en los ámbitos específicamente habilitados<sup>[23]</sup>, de ahí que el constituyente exija al Legislador precisar la *ratio expropriandi* que moviliza su poder de expropiación. Si esto es así, la exigencia de señalar el destino de los bienes expropiados también debería tener carácter constitucional. En efecto, es claro que la Seguridad Nacional y la Necesidad Pública pueden ser realizadas adoptando distintas medidas públicas, de tal suerte que la sola invocación de una de ellas da lugar a un marco genérico de opciones. Por tanto, si se pretende quitar

---

[23] Los órganos del Estado tienen una vinculación positiva frente a la ley y a la Constitución, mientras que los particulares, tienen una vinculación negativa a éstas. Aquella ligazón o vinculación positiva del Estado es explicada por Martínez López-Muñiz quien señala que debe ser entendida “*en el sentido que toda existencia real y su actuación deberá estar expresamente establecida y autorizada por el Derecho, y en concreto necesariamente por el Derecho positivo [pues las competencias estatales no son implícitas]*”. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, José Luis. *Introducción al Derecho Administrativo*. Madrid: Editorial Tecnos, 1986, p. 30. Este postulado se materializa en el artículo 45° de la Constitución Política donde se dispone que el ejercicio del poder estatal se realiza “*con las limitaciones y responsabilidades que la Constitución y las leyes establecen*”.

abstracción al poder de expropiación y hacerlo específico, es necesario que el Legislador, además de señalar la *ratio expropriandi*, deberá especificar qué medida pública ha elegido y, por ende, qué destino tendrán los bienes sobre los que recaerá la potestad de expropiación. Señalan García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández que “*la potestad expropiatoria requiere, pues, para su ejercicio una previa auctoritatis interpositio de la Ley, que selecciona, entre todos los posibles, los fines que han de ser considerados de utilidad pública o interés social al objeto de poder movilizar en su favor el instrumento de expropiación*”<sup>[24]</sup>.

Como se aprecia, justificación (*ratio expropriandi*) y consecuencia (destino de los bienes) están íntimamente vinculadas, por lo que debe entenderse que ambas son exigencias derivadas del texto constitucional. Tal aserto incluso es reconocido –aunque con consecuencias distintas– por el mismo TC español al señalar que “*la reversión o retrocesión del bien expropiado a su titular originario [por no destinarlo al uso previsto] va inescindiblemente unida a la causa de expropiación y a su eventual incumplimiento, hecho que determina el nacimiento de aquel derecho de reversión*” (STC 67/1981, del 8 de abril, fd. 6).

Una vez que el Legislador ha elegido la medida pública que perseguirá para satisfacer la Seguridad Nacional o Necesidad Pública, recién surge la necesidad de incidir sobre ciertos inmuebles, pues se busca revertir el *status quo* existente, que es el que impide alcanzar la medida pública seleccionada. Efectivamente, para superar esa situación es que se recurre a la expropiación, ésta es solo el medio necesario para conseguir los fines públicos propuestos<sup>[25]</sup>. Para que ello se dé, es lógico exigir que exista coherencia entre la causa invocada y el uso que se dará a los bienes. Así, por ejemplo, una Ley dispone que, debido a su cercanía a un aeropuerto, un inmueble sea expropiado por razones de Seguridad Nacional, usándolo como cuartel militar. Allí es claro que la naturaleza de las cosas (las especiales circunstancias del bien) justifica la expropiación específica del inmueble por razones de Seguridad Nacional.

En resumen, la segunda garantía se deriva de la especial condición que tienen las leyes especiales que autorizan la expropiación, imponiendo como exigencia que esa Ley señale **(i)** cuál es el interés público perseguido (sólo pueden ser la Seguridad Nacional o Necesidad Pública) y **(ii)** cómo los bienes

[24] GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Curso de Derecho Administrativo*. Tomo II. 12ª edición. Lima: Palestra- Temis, 2006, pp. 1143-1144.

[25] Explica García de Enterría que “*la expropiación está siempre en función de una transformación posterior de los bienes objeto de la misma (...) debe responder a un plan de ordenación para cuya efectividad resulte un obstáculo el estado de cosas que la expropiación se encarga de remover. En virtud de este carácter la expropiación se nos presenta como instrumento, y no como un fin...*”. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Los principios de la nueva Ley de Expropiación Forzosa*. Madrid: Editorial Civitas, 1989, p. 63.

expropiados sirven a ese interés. Si tal garantía no es respetada, estaremos ante una agresión estatal, ante una vía de hecho que puede ser revertida por las vías legales pertinentes.

Respecto al punto (i), puede ocurrir que se dicte una la Ley que autoriza la expropiación por genéricas razones de Necesidad Pública, pero que hace una delegación a favor de la Administración para que sea ésta quien en el futuro precise cuál es la situación de necesidad pública que amerita la expropiación. Tal Ley sería inválida pues sólo puede decretarse la expropiación cuando efectivamente concurren circunstancias que la justifican, circunstancias que debe referir la Ley. Si se deja a la Administración definir cuáles son esas circunstancias, se incumple con la garantía de la *ratio decidendi*.

Con relación al punto (ii) existe una garantía constitucional más que es recogida en una norma con rango de ley. El artículo 532 del Código Procesal Civil dispone, si dentro de los doce meses posteriores al proceso de expropiación, el bien no es asignado al uso previsto o no se inician las obras para ello, el expropiado podrá solicitar la reversión del inmueble. Ésta es sin duda una materialización de la garantía constitucional del destino público del bien, pues asegura que su incorporación no sea sola una invocación vacía de contenido sino que exista un sustrato real que justifique el despojo de determinados bienes, de modo que se activa cuando se demuestra el carácter innecesario que tuvo la expropiación de los predios.

No obstante lo mencionado, veremos que el carácter abierto de nociones como Seguridad Nacional y Necesidad Pública puede jugar en contra las garantías antes reseñadas, pues otorga cierta discrecionalidad al Estado al momento de expropiar y, por ende, al momento de cumplir aquellas garantías. Aunque eso no impide realizar un control jurisdiccional de los excesos u omisiones en el ejercicio de la potestad expropiatoria, tal como veremos más adelante.

#### VIII. LA SEGURIDAD NACIONAL COMO CONCEPTO JURÍDICO INDETERMINADO

Como se sabe, a través de los conceptos jurídicos indeterminados (“CJI”) se busca reducir el margen de la discrecionalidad otorgada a través de potestades. En efecto, si bien los CJI tienen un carácter abierto, son conceptos que dicen algo, que hacen referencia a cierta realidad y que, por ende, reducen las posibilidades (la discrecionalidad) en su aplicación. Aunque el *supuesto de hecho* de un CJI sea amplio o vago, eso no otorga discrecionalidad al legislador, pues no puede definir libremente su contenido, sino que debe interpretarlo para saber qué cae o no dentro de él, esto quiere decir, que debe realizar un esfuerzo de interpretación jurídica para justificar la aplicación o no del CJI.

Y es que los CJI presentan problemas al momento de definir su *contenido* o cuando se busca explicitar su *extensión*. Lo primero tiene que ver la idea mental del concepto, es “*el conjunto de notas o señas esenciales y particulares que dicha representación intelectual encierra*”; lo segundo, determina todos los objetos o situaciones que pueden caer dentro de ese concepto. Siendo así, existirán casos tipo que caen dentro del contenido o extensión de los CJI, pero habrá también casos límite donde se puede defender tanto la inclusión como la exclusión de un supuesto dentro del CJI, en la definición de esos casos es donde el legislador tiene un *margen de apreciación*<sup>[26]</sup> que sí puede calificarse como un espacio de discrecionalidad (STC 0090-2004-AA, fd. 10), lo que no impide que se le exija un mínimo de razonabilidad en su decisión.

La Seguridad Nacional es un CJI que presenta problemas en su extensión, pero pocos inconvenientes en cuanto a su contenido. Existe acuerdo en que su *contenido* se refiere a la protección de la soberanía del Estado ante conflictos con agentes exteriores o internos que buscan acabar, separar o mermar al actual Estado democrático de Derecho o el actual régimen político (por ejemplo, guerra con otro Estado, guerra civil o terrorismo). Sin embargo, es difícil determinar la *extensión* de aquel concepto, pues no sabemos con certeza todos los supuestos que podrían caer dentro de la idea antes referida.

Nuestro TC distingue entre Seguridad Nacional y Seguridad Ciudadana señalando que aquélla hace referencia a un peligro grave para la integridad territorial, para el Estado de Derecho, para el orden constitucional establecido: es la violencia contra el Estado y afecta los cimientos del sistema democrático. Son las Fuerzas Armadas la que hacen efectiva su preservación, pues sus finalidades primordiales son garantizar la independencia, soberanía e integridad del territorio de la República<sup>[27]</sup> (STC 0005-2001, fd. 2 y artículo 163 de la Cons-

---

[26] Fue Otto Bachof quien creó la doctrina del *margen de apreciación*, resaltando que los conceptos jurídicos indeterminados no prevén un supuesto de “única solución justa”, pues, dentro del posible margen de apreciación difícilmente puede hablarse de una apreciación correcta o incorrecta, sino solamente de distintas opciones posibles, cuya inclusión o exclusión dentro del concepto puede estar justificada, correspondiendo al legislador o la Administración definir. Citado por MAGIDE HERRERO, Mariano. *Límites constitucionales de las Administraciones independientes*. Madrid: INAP, 2001, 268.

[27] Todo Estado puede adoptar medidas de supervivencia contra los cualquier ataque a su integridad, señala Lasaga Sanz que este “objetivo de salvaguarda tanto a nivel nacional como internacional busca más eliminar la posibilidad de guerra (fines preventivos) que la necesidad del recurso a la fuerza para tutelar los intereses vitales del Estado, aunque los Estados reconocen explícitamente la Carta de las Naciones Unidas que subraya el derecho natural de autotutela individual y colectiva de los Estados frente a un ataque armado contra cualquier miembro perteneciente a esta organización”. LASAGA SANZ, Rafael. “Secretos de Estado y Constitución: Fundamentos y técnicas de control”, en *Revista Vasca de Administración Pública*, No. 54, 1999, p. 71

titución). Por su parte, la Seguridad Ciudadana forma parte de una noción más amplia conocida como Orden Interno que se relaciona con la preservación de la paz, tranquilidad y seguridad de los ciudadanos, no supone un factor político o ideológico que busque atentar contra la soberanía del estado o contra el régimen político establecido.

Tiene dicho el TC que el Orden Interno comprende tres aspectos: (a) La seguridad ciudadana (protección de la vida, integridad física y moral, patrimonio, etc.); (b) La estabilidad de la organización política, esto es, el resguardo de la tranquilidad, quietud y paz pública, respeto de la autoridad pública; y, (c) El resguardo de las instalaciones y servicios públicos esenciales, es decir, de edificaciones públicas e instalaciones que cubren necesidades vitales y primarias de la comunidad, tales como el agua, la energía eléctrica, etc. (STC 0017-2003-AI, fd. 8). Añade el TC que la función de garantizar, mantener y restablecer el Orden Interno corresponde, de forma exclusiva, aunque no excluyente, a la Policía Nacional (STC 0002-2008-AI, fd. 10 y artículo 166 de la Constitución Política).

En resumen, *“el concepto de Seguridad Nacional no debe confundirse con el de Seguridad Ciudadana”* (STC 005-2001-AI, fd. 2), lo primero supone la adopción de medidas para contrarrestar acciones dirigidas contra la soberanía del Estado o contra el régimen político actual, mientras que lo segundo protege contra la delincuencia interna que se dirige contra bienes o valores específicos de los ciudadanos o, incluso, contra hechos de la naturaleza, pues su finalidad *“es garantizar el desarrollo económico y social del país, impedir agresiones en el interior del territorio, viabilizar el normal desarrollo de la vida y acción del Estado, y garantizar el ejercicio pleno de los derechos y libertades fundamentales”* (STC 0017-20043-AI, fd. 32)

Tal distinción es de suma importancia, pues incluso ha dado lugar a que el TC declare inconstitucional una norma con rango de ley que fue dictada para proteger la Seguridad Ciudadana, pero que incorporaba medidas propias de la Seguridad Nacional (STC 005-2001-AI).

Veamos un par de ejemplos. Se dicta una Ley para expropiar los predios aledaños a la casa del Presidente de la República para usarlos como puesto de vigilancia y bajo el argumento de que así se quiere evitar posibles atentados terroristas contra la familia presidencial. Creemos que, salvo que concurren circunstancias de guerra, sería poco defendible la inclusión de esa hipótesis dentro del concepto de Seguridad Nacional. Tampoco podría expropiarse un predio para construir una Comisaría o Delegación Policial, pues las funciones de la Policía Nacional no se corresponden con el concepto de Seguridad Nacional. Sin embargo, la realidad es muy variada y puede que incluso en esos supuestos se configuren *casos límite*. Supongamos que estuviéramos en la época en que el país era azotado por grupos terroristas que acostumbraban a colocar bombas en instalaciones públicas. En esas circunstancias se dicta una Ley que expropia

los terrenos aledaños al Palacio de Justicia invocando la defensa de la Seguridad Nacional y señalando que los inmuebles serán usados como puestos de vigilancia policial. Es claro que la medida efectivamente busca salvaguardar la Seguridad Nacional (prevenir ataques terroristas que pretenden derrocar el poder político existente), pero el destino de los bienes recae en la Policía Nacional. Creemos que la extraordinaria situación de ese entonces haría posible defender tanto la inclusión como la exclusión de la medida dentro del concepto de Seguridad Nacional, en cuyo caso el legislador tendrá un innegable margen de discrecionalidad para definir la situación. En suma, existirán *casos tipo* que, sin lugar a dudas, caen dentro del CJI de Seguridad Nacional, pero existirán también *casos límite* en donde el Legislador tendrá cierto margen de discrecionalidad para adoptar una u otra decisión.

En todo caso, serán más los *casos tipo* que los *casos límite*, por lo que la invocación de este concepto en una eventual Ley que autorice una expropiación dará poco espacio al legislador para evadir la exigencia de precisar la *ratio expropriandi* y el destino que tendrán los bienes, en cuyo caso será menos dificultoso ejercer el control jurisdiccional de las expropiaciones realizadas bajo el argumento de Seguridad Nacional.

En efecto, aunque los CJI muestran un *supuesto de hecho* amplio o vago, su empleo supone muy poca, y en la mayoría de casos ninguna, discrecionalidad, pues quien aplica o invoca un CJI no puede definir libremente cuál es el contenido del concepto, sino que debe remitirse a una noción preexistente. Por ende, se le exigirá que su aplicación sea razonable, esto es, que la posición de quien aplica un CJI descansa en una debida interpretación jurídica, justificando por qué considera que determinado supuesto cae dentro del CJI aplicado.

## IX. LA NECESIDAD PÚBLICA COMO POTESTAD DISCRECIONAL

A diferencia de los CJI, en los casos de discrecionalidad el titular de la potestad sí determinará *cuál* es el contenido del interés público que va a perseguir y *cómo* lo alcanzará. En otras palabras, el ordenamiento jurídico delega en él la facultad para contribuir al paulatino proceso de determinación del interés público, a partir de la ponderación de los intereses particulares y colectivos existentes. La discrecionalidad entonces permite "*apreciar, en un supuesto dado, lo que realmente conviene o perjudica al interés público*". Obviamente, como no está definido el interés público a seguir, el titular de la potestad tendrá cierta libertad para elegir entre distintas opciones posibles, todas ellas válidas. A su vez, como no se predetermina la forma en que se debe realizar la ponderación

de intereses en juego, podrá basar su decisión en criterios de oportunidad, utilidad, políticos, técnicos u otros estándares jurídicos o extrajurídicos. Es decir, permite “*tomar la decisión librada de un detallado condicionamiento previo y sometida sólo al examen de las circunstancias relevantes que concurran en cada caso*” (STC 090-2004-AA, fd. 11).

Añade nuestro TC que la discrecionalidad de ningún modo dará lugar a arbitrariedad, por lo que el titular de tamaña potestad “*debe justificar las razones que imponen la decisión en el sentido del interés público de una manera concreta y específica y no con una mera afirmación o invocación abstracta*”, es decir, debe sustentar su decisión en razones específicas de la realidad y no en la invocación de fórmulas genéricas carentes de sustrato fáctico. Aquí es necesaria una precisión. No se exige justificar por qué se descartó las otras opciones posibles, sino justificar por qué se eligió determinada opción, aunque tal justificación se sustente en pautas extrajurídicas como razones de oportunidad, de utilidad, políticas, etc. Tal motivación, además, exige que exista un “*nexo coherente entre el medio adoptado y el interés general circunscrito al que se apunta*” (STC 0090-2004-AA, fd. 11).

La Necesidad Pública encierra una evidente atribución de potestades discrecionales al legislador, pues éste debe definir qué entiende por situaciones de necesidad pública, no existiendo un concepto predeterminado sobre sus alcances o contenidos o sobre la manera en que puede ser alcanzado. Sin embargo, el legislador tendrá límites objetivos delimitados por la misma potestad que se le ha atribuido. Así, por ejemplo, al amparo de la potestad de expropiación no podrá dictarse una Ley de beneficios tributarios, o que eleve el monto de las sanciones penales, sino que tal potestad la vincula de tal manera que no puede salirse de los intereses públicos que justifican su otorgamiento. Es decir, sólo podrá dictarse una Ley expropiatoria cuando existan inmuebles cuyo uso pueda ser destinado en beneficio de todos, dirigiéndose tal potestad sólo al despojo de esos bienes y a definir el uso que se le dará.

Además de ello, el TC pone un límite adicional, pues señala que la expropiación se debe sustentar en “*una causa real y apremiante de seguridad o necesidad nacional*” (STC 3140-2010-PC, fd. 15). La discrecionalidad se reduce, pues debe existir un **hecho real** que sustenta la necesidad o seguridad pública y que, además, debe ser **apremiante**.

Para terminar este punto, se debe tener en cuenta que la amplitud del término Necesidad Pública cubre todos los supuestos de Seguridad Nacional e, incluso, los de Seguridad Ciudadana. Así lo ha dicho el TC cuando se acusó de inconstitucional al Acuerdo de Libre Comercio entre Perú y Chile (“ALC”) y en donde no se preveía la posibilidad de expropiación por razones de Seguridad Nacional, sino sólo por “propósitos”, “utilidad”, “necesidad” o “interés” público (calificados como sinónimos). El TC estableció que aunque la expro-

piación por seguridad nacional no está prevista en el ACL, eso no implica su inconstitucionalidad, sino que “*debe otorgársele un sentido interpretativo que incorpore a la seguridad nacional como supuesto jurídico de expropiación de la causal de **propósito público***” (STC 0002-2009-AI, fd. 26),

De acuerdo con ello, si se expropia por motivos fundados en la defensa o prevención de la Seguridad Nacional pero se señala como *ratio expropriandi* expresa ala Necesidad Pública, tal Ley sería válida, aunque esa regla no aplicaría en el supuesto inverso. También cabría preguntarse por los casos en los que se invoca la Seguridad Nacional para supuestos que en estricto corresponde a la Seguridad Ciudadana. Tal incoherencia podría generar un supuesto de inconstitucionalidad, pero sería sencillo de salvarse con una modificación de la Ley expropiatoria en donde se establezca que la *ratio expropriandi* es por razones de Necesidad Pública.

En sencillo, la Necesidad Pública cubre todos los supuestos de expropiación posible, siempre que, naturalmente, se pueda entender que la medida busca favorecer, de alguna manera, a intereses públicos y no particulares.

## X. CONTROL DE LAS LEYES QUE AUTORIZAN LA EXPROPIACIÓN

Primero, tenemos al control formal de la Ley expropiatoria, es decir, el control de los requisitos formales que debe cumplir y que, conforme vimos son: (i) la publicidad de la Ley; y, (ii) previsibilidad de la Ley, lo que exige que declare expresamente la expropiación, la *ratio expropriandi* y el destino de los bienes. Veamos ahora qué supuestos se configuran para el control material de la Ley.

**(A) Desviación de poder:** sólo se justifica el ejercicio de la potestad de expropiación cuando se trate del despojo de bienes destinados a un uso favorable para la sociedad.

Recordemos que los *títulos* justifican el otorgamiento y el ejercicio de *potestades* y que en este caso los *títulos* de Seguridad Nacional o Necesidad Pública, sólo alcanzan para justificar el despojo de bienes para destinarlos a fines públicos. Siendo así, se configurará un supuesto de desviación de poder cuando el Legislador persiga una finalidad distinta a la descrita, pues el poder de expropiar no le fue otorgada para hacer lo que le parezca, sino que está circunscrito para determinado ámbito, salirse de allí degenera en una abierta inconstitucionalidad. Recuerda García de Enterría que *las potestades “no son abstractas, utilizables para cualquier finalidad, son poderes funcionales, otorgados por el ordenamiento en vista de un fin específico, con lo que apartarse del mismo ciega la fuente de su legitimidad”, por tanto, ““para que se produzca desvia-*

*ción de poder no es necesario que el fin perseguido sea un fin privado (...) sino que basta que dicho fin, aunque público, sea distinto del previsto y fijado por la norma que atribuya la potestad*<sup>[28]</sup>.

Como señalamos atrás, no puede invocarse el uso de potestad de expropiación para dictar una Ley de beneficios tributarios o para elevar el monto de las sanciones penales, sino que tal potestad vincula al Legislador de tal manera que no puede salirse de los intereses públicos que justifican su otorgamiento. Es decir, sólo podrá ejercerse cuando existan inmuebles cuyo uso pueda ser destinado en beneficio de todos, dirigiéndose tal potestad sólo al despojo de esos bienes y a definir su uso público.

**(B) Hechos determinantes**, lo que exige que la Ley se sustentarse en necesidades reales, que se deriven de las circunstancias existentes al momento de dictarse, pues los CJI y la discrecionalidad no dejan espacio para escoger entre una u otra opción, dado que los hechos son uno solo. Recordemos que el mismo TC tiene dicho que la expropiación se debe sustentar en “*una causa real y apremiante de seguridad o necesidad nacional*” (STC 3140-2010-PC, fd. 15).

Aunque el Legislador tenga potestad para expropiar (en unos casos usando CJI y en otros usando discrecionalidad), ese poder, en tanto que es jurídico, está sometido al límite de lo fáctico, pues de no ser así sería un poder arbitrario, carente de justificación. Resalta el TC que “*la arbitrariedad aparece como lo carente de fundamentación objetiva; como lo incongruente y contradictorio con la realidad que ha de servir de base a toda decisión (...) En consecuencia, lo arbitrario será todo aquello carente de vínculo natural con la realidad*” (STC 0090-2004.AA, fd. 12). Añade que la potestad discrecional debe operar sobre una realidad de hecho, de no ser así se configurará un supuesto de invalidez (fd. 14). Desdentado Daroca enfatiza que “*si para ejercer una determinada potestad discrecional la Administración [y el Legislador] parte de la concurrencia de unos determinados hechos, esos hechos deben existir, pues la determinación de los hechos no es objeto de potestad discrecional que corresponda a la administración [o al legislador]; ésta no puede inventar la realidad ni desfigurarla*” (énfasis agregado)<sup>[29]</sup>.

[28] GARCÍA DE ENTERRÍA, *Curso...* Tomo I, pp. 458 y 453.

[29] DESDENTADO DAROCA, Eva. *Discrecionalidad administrativa y planeamiento urbanístico*. 2ª edición. Navarra: Aranzadi Editorial, 1999, pp. 211-212. De igual modo se pronuncia García de Enterría: “*Toda potestad discrecional se apoya en una realidad de hecho que funciona como presupuesto fáctico de la norma cuya aplicación se trata. Este hecho ha de ser una realidad como tal hecho (...) y ocurre que la realidad es siempre una y solo una: no puede ser y no ser al mismo tiempo (...) La valoración de la realidad podrá acaso ser objeto de una facultad discrecional, pero la realidad, como tal, si se ha producido el hecho o no se ha producido y cómo se ha producido, esto ya no puede ser objeto de una facultad discrecional, porque no puede quedar al arbitrio de la Administración discernir si un hecho se ha*”

En estos supuestos caerían aquellas Leyes de expropiación que invoquen una genérica *ratio expropriandi*, delegando su determinación concreta a la Administración Pública. Pues aunque la Ley deba tener vocación de generalidad, eso no justifica evadir la obligación constitucional de que la Ley tenga una mínima referencia con la realidad. Precisamente, son las circunstancias objetivas las que justifican su condición de Ley especial

**(C) Razonabilidad:** lo que supone un análisis de los motivos implícitos en las Leyes de expropiación, o, también un análisis sobre la manera en que se ha aplicado el CJI, de manera que uno u otro pueda apreciarse como “aceptable” desde el ordenamiento jurídico.

Líneas atrás hicimos una mención tácita sobre los motivos de la Ley cuando ejerce potestades discrecionales o sobre la argumentación de la Ley al aplicar CJI, cuestión difícil de pensar dado que se trata de Leyes que carecen de una motivación similar a la de los actos administrativos o las resoluciones judiciales. Y es que tradicionalmente se entiende que, a diferencia de la Administración y del Poder Judicial, el Legislador no debe justificar sus decisiones por la diferente posición jurídica que ocupa en el sistema constitucional. En términos generales, se dice que la Administración y el Poder Judicial motivan sus decisiones para acreditar que actúan según las normas jurídicas existentes, en cambio, el Legislador no hace eso porque tiene libertad de configuración jurídica, pudiendo decidir sobre cualquier materia, sin estar vinculado a dictar una Ley en una u otro sentido, cuidándose solo de no contravenir la Constitución<sup>[30]</sup>.

No obstante, abundante jurisprudencia del TC da por descontado que aunque las Leyes carezcan de *motivación*, pueden controlarse su razonabilidad, lo que supone controlar la razonabilidad de los *motivos* explícitos o implícitos

---

*cumplido o no se ha cumplido, o determinar que algo ha ocurrido si realmente no ha sido así. El milagro podemos decir, no tiene cabida en el campo del Derecho Administrativo”.* GARCÍA DE ENTERRÍA, *Curso...*, Tomo I, pp. 509-510.

[30] Señala Pérez Royo que el Legislador “*es el único órgano del Estado que dispone de libertad de configuración en el mundo del derecho, de tal manera que está vinculado por la Constitución únicamente de manera negativa (...) en el uso de la potestad legislativa no ejecuta, pues, la Constitución, no ejecuta una voluntad ajena superior, sino que queda libre con base en una voluntad propia sin más límite que el de respetar el texto constitucional. Esto es lo que diferencia a las Cortes Generales [Parlamento] de todos los demás órganos del Estado en lo que a la creación del derecho se refiere (...) tienen el límite negativo de la Constitución, pero positivamente no tienen que buscar el fundamento, el punto de apoyo de su decisión, en una norma superior (...) El legislador no tiene por qué interrogarse sobre el fundamento de su actividad, sino únicamente sobre el límite de la misma. Los demás poderes del Estado, por el contrario, tienen que remontarse, en lo que a la creación del derecho se refiere, a una norma superior, a una voluntad ajena (...)*”. PÉREZ ROYO, Javier. *Curso de Derecho Constitucional*. 10ª edición. Madrid: Marcial Pons, 2005, p. 775.

que la sustentan<sup>[31]</sup>. Además, es errado postular que el Legislador sólo tiene una vinculación negativa frente a la Constitución, pues, como bien resalta Tomás-Ramón Fernández, **la posición del Legislador frente a la Constitución depende de la norma constitucional que se tome como referencia**<sup>[32]</sup>. Así, por ejemplo, cuando la Constitución dice que sólo puede haber detención en casos de “flagrante delito”, el legislador sólo puede tener una vinculación positiva ante la Constitución, pues sólo dictará reglas que sigan esa línea. Igualmente en la expropiación, el legislador está vinculado positivamente pues sólo puede dictar leyes que invoquen razones de Seguridad Nacional o Necesidad Pública, precisando el destino que tendrán los bienes que servirán a esos fines.

Queda claro entonces que es posible ejercer un control de la argumentación jurídica implícita que subyace al invocar la Seguridad Nacional para justificar determinada expropiación, aunque, como ya vimos, tal aplicación sólo generaría problemas en los llamados *casos límite*. Más difícil sería el control de los motivos que subyacen en el ejercicio de las potestades discrecionales de expropiación, es decir, en los casos en que se invoca Necesidad Pública.

En tal supuesto se analizará la justificación que subyace en la elección de determinada medida expropiatoria y del destino de los bienes, recuérdese que eso no significa analizar por qué se descartó las otras opciones posibles, sino analizar si son razonables los motivos que llevaron a elegir determinada opción. Se evaluará entonces si de las pautas extrajurídicas que sustentan la decisión (razones de oportunidad, de utilidad, políticas, etc.) se puede concluir que efectivamente debía decretarse la medida expropiatoria, es decir, si existe

[31] Basta con pensar en todos los procesos contra ley (amparo o inconstitucionalidades), donde el demandado defiende la validez de la Ley, explayándose sobre los motivos legítimos que la sustentan. Por ello es que una postura sin duda aplicable a las leyes es aquella donde se sostiene que la falta de motivos expresos no significa falta de motivación y, por ende, arbitrariedad, se diferencian los *motivos* y de la *motivación*. Desdentado Daroca sostiene: “*Puede perfectamente que haya un acto o decisión suficientemente respaldada en razones justificativas pero que carezca de motivación (...) el elemento relevante a la hora de enjuiciar la arbitrariedad de una decisión no es realmente la motivación, sino los motivos, las razones de fondo que permiten justificar la decisión*”. DESDENTADO, ob. cit., p. 158. Por su parte Nieto señala que la motivación es un vicio formal y no material de la decisión, pues “ello no quiere decir necesariamente que carezca de motivos, ya que estos pueden existir y ser conocidos al constar *apud acta*, o sea, en el expediente administrativo o, incluso ser reconstruidos en el curso del proceso judicial”. NIETO, Alejandro. *El arbitrio judicial*. Barcelona: Editorial Ariel, 2000, p. 372. Lo mencionado de ningún modo enerva la exigencia constitucional de que las Leyes que autorizan expropiaciones precisen la *ratio expropriandi*, es decir, que señalen el propósito que persiguen y, consecuentemente, el destino de los bienes orientados a ese fin. Los *motivos* que subyacen en la elección de ese propósito o en la forma de realizarlo, es lo que está exento de *motivación* expresa, pero que podría ser objeto de control constitucional.

[32] FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *De la arbitrariedad del legislador*. Madrid: Editorial Civitas, 1998, p. 101.

una justificación axiológica o valorativa en la decisión (STC 255-2000-AA. fd 4). La razonabilidad impone una *“exigencia de fundamento, de una razón o base que justifique el tratamiento diferente”* (0045-2004-AI, fd. 23), lo que se traslada también en el caso de las Leyes. El mismo TC tiene aclarada que es posible *“reclamar la razonabilidad objetiva que debe fundamentar toda ley”* STC (0001/0003-2003-AI, fd. 8).

Así por ejemplo, sería abiertamente irrazonable aplicar la noción de Seguridad Nacional para expropiar bienes que serán usados como parques, pero sería meridianamente irrazonable que en las actuales circunstancias se invoque razones de Seguridad Nacional para construir un nuevo Centro de Rehabilitación de Menores que reemplace al Centro conocido como “Maranguita”, asunto que en estricto tiene que ver con la Seguridad Ciudadana y no con la Seguridad Nacional. También sería abiertamente irrazonable expropiar un terreno invocando razones de Necesidad Pública consistente en la simple decisión de ampliar el patrimonio inmobiliario del Estado o expropiar para construir una casa de descanso de congresistas. En ambos casos, existirán pocos criterios de utilidad, oportunidad o de política que permita una justificación aceptable de la Ley expropiatoria.

**(D) Proporcionalidad**<sup>[33]</sup>: lo que significa que debe existir *adecuación* entre la *ratio expropriandi* invocada y el uso que se dará al bien. En este punto debemos tener cierto cuidado, pues si bien una adecuada técnica legislativa exige que exista coherencia lógica dentro de la misma norma, eso, por sí solo, no da lugar a una inconstitucionalidad. En efecto, el TC enfatiza que *“las contradicciones internas de la ley, que entre otras razones se originen en la desvinculación del contenido material de una disposición con las demás que la integran, no autoriza, por sí sola, a que podamos declarar su inconstitucionalidad (...) Un control semejante está excluido en esta sede porque cualquiera sea la situación que resulte, de ello prima facie no se deriva una infracción al principio de jerarquía normativa y, en particular, al principio de supremacía de la Constitución”* (STC 0005-2011-AI, fd. 4 y 7).

Por tanto, en un eventual control de constitucionalidad de una Ley de expropiación lo que se verificar es que exista adecuación entre la finalidad constitucional perseguida – que sólo puede ser Seguridad Nacional y Necesidad Pública- y el destino que la Ley asigna a los bienes que se usarán para cumplir dicho mandato.

---

[33] Existe cierta confusión en el uso que hace el TC de los principios de razonabilidad y proporcionalidad, pero para efectos de estas líneas entenderemos que la razonabilidad tiene que ver con la existencia de un fundamento “aceptable” en el ejercicio de la potestad discrecional o en la aplicación de CJJ; mientras que usaremos la proporcionalidad para referirnos a la estructura de la medida adoptada.

Los otros sub-principios de la proporcionalidad exigen analizar si el despojo es una medida necesaria, es decir, que no sea posible una afectación menor para alcanzar la *ratio decidendi* perseguida; y, que los beneficios esperados sean mayores que los perjuicios ocasionados. Esto último debería darse por descontado si la medida expropiatoria efectivamente busca satisfacer intereses públicos.

## XI. LA INDEMNIZACIÓN JUSTIPRECIADA: TERCERA GARANTÍA

Como es evidente, la expropiación genera daños sobre la esfera patrimonial del afectado, por lo que el artículo 70 de la Constitución exige que la expropiación se realice “*previo pago en efectivo de una indemnización justipreciada que incluya compensación por el eventual perjuicio*”. Que sea una indemnización implica que el expropiado recibirá un monto que reemplace económicamente la afectación padecida, lo que incluirá, además del valor del bien perdido, los perjuicios derivados de la expropiación forzosa y que sea justa o justipreciada significa que busca mantener el equilibrio perdido<sup>[34]</sup>.

La justificación para incluir a ambos conceptos en la indemnización justipreciada, según el TC, es que “*el Estado tiene el deber de indemnizar en forma plena y completa al titular del derecho de propiedad privada, por el daño que no tenía el deber de soportar*” (STC 5614–2007–AA, fd. 11).

Y es que el expropiado no sólo pierde un bien inmueble sino también otros bienes<sup>[35]</sup> cuya pérdida merecerá ser compensada. En efecto, si se quiere mante-

[34] Villar Palasí hace un recuento revelador sobre los orígenes y evolución del llamado “*justum pretium*” o justiprecio. Así en un primer momento fue usado en el derecho común como respuesta a los casos de lesión contractual, para revertir el desequilibrio económico generado con el pago de precios infimos en acuerdos con menores de edad, luego es usado por los glosares quienes lo mantienen como técnica contra préstamos usurarios, aplicándose a quienes por circunstancias económicas o personales no pueden celebrar acuerdos equilibrados, es usado como técnica negativa contra abusos. Son los glosadores y canonistas medievales quienes empiezan a usar aquel término como algo objetivo, inherente a la naturaleza de las cosas. De ahí los canonistas empiezan a verla como un criterio indemnizatorio que permite abonar por el bien dañado lo mismo que se hubiera pagado si el bien estuviera en el mercado. Ya en el siglo XIX se inicia una quiebra de esas ideas, entendiendo que a través de él el Estado realiza una distribución de rentas (justicia distributiva) según la política social imperante, pasándose paulatinamente a ideas de precio legítimo o similar. VILLAR PALASÍ, José Luis. “La translación del ‘*justum pretium*’ a la esfera de la expropiación forzosa”, en *Revista de Administración Pública*, No. 43, Madrid, CEPC, 1964, pp. 161 y ss.

[35] Señala Marienhoff que: “*“El patrimonio del expropiado debe permanecer inalterado. Como consecuencia de que la indemnización debe ser integral, el resarcimiento debe involucrar y considerar diversos rubros: la depreciación monetaria; los intereses; la exención de impuestos; todos los valores que integren la consistencia jurídica de lo que se expropie”*”.

ner inalterable la situación patrimonial existente, la indemnización justipreciada suplirá el valor económico de todos los bienes *materiales e inmatrimales*<sup>[36]</sup> relacionados inescindiblemente con el *status quo* que existía antes de la expropiación. Por ejemplo, una persona se sustenta con una tienda de abarrotes que tiene en su casa, la misma que luego es expropiada. La indemnización justipreciada no sólo deberá alcanzar el valor comercial del bien, sino los daños que le genera la pérdida del negocio que solventaba su manutención.

Un poco más allá parece ir la CIDH, pues al referirse a las reparaciones derivadas de atentados contra derechos humanos, señala que: “*Las reparaciones, como el término lo indica, consisten en las medidas que tienden a hacer desaparecer los efectos de las violaciones cometidas. Su naturaleza y su monto dependen del daño ocasionado en los **planos tanto material como inmaterial**. Las reparaciones no pueden implicar ni enriquecimiento ni empobrecimiento para la víctima o sus sucesores*”<sup>[37]</sup>.

En suma, la indemnización justipreciada no debe quedarse en la mera reparación del valor del bien expropiado sino que debe incluir también a los daños adicionales (sobre bienes materiales o inmatrimales) derivados de la expropiación. Veremos que aunque la indemnización justipreciada es una noción unitaria que materializa el derecho de propiedad, se pueden establecer distinciones o *sub-conceptos* que integran su contenido.

## XII. ¿LA EXPROPIACIÓN ELIMINA LA PROPIEDAD?

El artículo 70 de la Constitución Política dispone que “*el derecho de propiedad es inviolable (...) A nadie puede privarse de su propiedad sino, exclusivamente, por causa de seguridad nacional o necesidad pública, declarada*

---

MARIENHOFF. *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo IV. Buenos Aires: AbeledoPerrot, p. 273.

[36] En este punto es necesario recordar la posición del TC quien señala que se debe dejar de lado la clásica noción civilista de propiedad, pues “*mientras en esta última el objeto de la propiedad son las cosas u objetos materiales susceptibles de valoración, para el derecho constitucional la propiedad no queda ‘enclaustrada’ en el marco del dominio y de los derechos reales, sino que abarca y se extiende a la pluralidad in totum de los bienes materiales e inmatrimales que integran el patrimonio de una persona y que, por ende, son susceptibles de apreciación económica* (STC 0008-2003-AI, fd. 26).

[37] *CASO CANTORAL BENAVIDES Vs. Perú, sentencia del 3 de diciembre de 2001 (reparaciones y costas), párrafo 42; CASO CESTI HURTADO Vs. Perú, Sentencia del 31 de mayo de 2001 (reparaciones y costas), párrafo 20; CASO “NIÑOS DE LA CALLE” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala, sentencia de 26 de mayo de 2001 (reparaciones y costas), párrafo 39; CASO TRUJILLO OROZA Vs. Bolivia, sentencia de 27 de febrero de 2002 (reparaciones y costas), párrafo 63...*

*por ley, y previo pago en efectivo de indemnización justipreciada que incluya compensación por el eventual perjuicio”.*

Parecería que el texto recoge normas que se contradicen entre sí. Primero resalta que la propiedad es un derecho inviolable garantizado por el Estado, luego prevé que el Estado puede quitar la propiedad por expropiación forzosa. Comparte esta idea el mismo TC cuando señala que *“no obstante la protección constitucional del derecho de propiedad, el mismo artículo 70° de la Constitución (...) contempla la figura de la expropiación como potestad del Estado; esto es, la privación de la titularidad de ese derecho contra la voluntad de su titular”* (STC 3258-2010-AA, fd. 6). Es decir, de un lado, el TC reconoce el derecho constitucional de propiedad, pero seguidamente señala que es posible perder la titularidad de ese derecho constitucional mediante la expropiación forzosa (¿?).

El principio de unidad de la Constitución exige realizar una interpretación racional del texto, de tal modo que no arribemos a conclusiones tan absurdas y contradictorias como reconocer y desconocer el mismo derecho constitucional. Sabiendo además que, en tanto derecho constitucional, no es posible perder su titularidad.

La manera de darle un sentido razonable el dispositivo en cuestión es interpretando que la expropiación forzosa no supone una intromisión en el contenido constitucional de la propiedad. Es decir, que el contenido esencial que se configura para este tipo de casos no sufre alteración alguna con la expropiación, de modo que el afectado no pierde la titularidad sobre su derecho constitucional. Para ello se debe aceptar que en esos casos “la titularidad sobre el bien” o “los bienes afectados” no son parte del contenido esencial de la propiedad, pues son estos aspectos los que precisamente se eliminan de la esfera jurídica de quien padece una expropiación forzosa.

¿Entonces cuál es el contenido esencial de la propiedad en los casos de expropiación forzosa? La manera más sencilla de responder es identificando qué queda luego de la expropiación. De inmediato nos daremos cuenta que aunque el expropiado pierde la titularidad sobre el bien, no se queda con las manos vacías, pues recibe una *indemnización justipreciada*. Ésta logra mantener equilibrada la situación patrimonial que tenía el sujeto antes y después de sufrir el acto expropiatorio, por lo que estamos ante una garantía de “indemnidad patrimonial” dado que la situación patrimonial del expropiado no se verá alterada como consecuencia de la expropiación.

Este criterio es recogido por el TC quien señala que: *“La inviolabilidad de la propiedad a la que refiere el artículo 70 de la Constitución debe interpretarse no sólo como prohibición de intervenciones en el libre ejercicio o goce de los mencionados atributos clásicos del derecho de propiedad, sino también como garantía de indemnidad. Así las cosas, el derecho de propiedad garantiza la*

**conservación de la integridad del patrimonio de la persona**” (STC 00228-2009-PA, fd. 35 y STC 7364-2006-AA, fd. 6, énfasis agregado). De modo más específico, el TC concluye que **“la esencia de la expropiación forzosa es dejar indemne al expropiado”** (5312-2009-AA, fd. 21). Castillo Córdova añade que: *“es posible concluir que el contenido esencial del derecho a la propiedad si bien no proscribiera la expropiación, sí exige que cuando ésta se decida, se prevea el pago de un monto tal que evite el quiebre de la garantía de indemnidad patrimonial exigida constitucionalmente”*<sup>[38]</sup>.

Vemos así que la expropiación forzosa no elimina la titularidad sobre el derecho constitucional de propiedad pues ésta se mantiene, sólo que ahora recae en bienes de distinta naturaleza: la indemnización justipreciada. Vemos también que en los casos de expropiación forzosa el contenido esencial de la propiedad no garantiza la titularidad sobre determinado bien, sino una situación de indemnidad patrimonial.

La aparente contradicción en el texto del artículo 70 de la Constitución se derivaba en realidad de una confusión entre titularidad sobre el bien = titularidad sobre el derecho constitucional. Esta última nunca se pierda, pues el afectado sigue siendo titular del derecho constitucional que ahora protege bienes distintos pero de igual valor económico. Y es que los bienes materiales e inmateriales perdidos por la expropiación se transforman en un único derecho: a la indemnización justipreciada.

El artículo 21, incisos 1 y 2, de la Convención Americana de Derechos Humanos muestra una redacción más técnica y que precisamente buscaba evitar las confusiones antes advertidas. Citamos: *“1.- Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social. 2.- Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social (...)”*. Explica la misma CIDH que *“durante el estudio y consideración de los trabajos preparatorios de la Convención Americana sobre Derechos Humanos se reemplazó la frase ‘toda persona tiene el derecho a la propiedad privada, pero la ley puede subordinar su uso y goce al interés público’ por la de ‘toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La Ley puede subordinar tal uso y goce al interés social’. Es decir, se optó por hacer referencia al ‘uso y goce de los bienes’ en lugar de ‘propiedad privada’ (...)”*<sup>[39]</sup>.

[38] CASTILLO CÓRDOVA, Luis. “La inconstitucionalidad de gravar la indemnización justipreciada entregada por la expropiación de un bien”. En: *Gaceta Constitucional* No. 47, 2011, p. 171.

[39] *Caso COMUNIDAD MAYAGNA (SUMO) AWAS TINGNI Vs. Nicaragua*, Sentencia de 31 de agosto de 2001 (*Fondo, Reparaciones y Costas*), párrafo 45.

En suma, lo único que afecta la expropiación son los bienes sobre los que recae la propiedad y no la titularidad misma de este derecho.

Lo mencionado hasta ahora no nos debe llevar a simplificar el lenguaje señalando por ejemplo que: *“La expropiación no implica lesión patrimonial injusta; sólo determina una transformación del derecho del expropiado, es decir, que un derecho “real” cuando se trata de cosas, se transforma en un derecho personal de crédito (derecho a ser indemnizado)”*<sup>[40]</sup>. Tal razonamiento no sería aplicable en el caso peruano, pues nuestro texto constitucional exige además del valor del bien, la entrega de una reparación por los perjuicios adicionales derivados de la expropiación (la CIDH exige reparar todo daño material e inmaterial).

En conclusión, el contenido esencial de la propiedad se encuentra garantizado con una indemnización justipreciada que permite al expropiado no sufrir una merma (ni un aumento) en la situación patrimonial que tenía antes y después de la expropiación.

Si bien un primer acercamiento al derecho de propiedad indica que ésta autoriza a su titular a excluir a terceros en el disfrute de un bien, en los casos de expropiación tal facultad no forma parte del contenido esencial de la propiedad, pues es eliminada. Allí el estatuto de la propiedad establece que su contenido esencial se materializa en la garantía de indemnidad patrimonial, es decir, en la garantía de que el expropiado no verá alterada la situación económica que tenía antes, lo que se logra gracias a la indemnización justipreciada.

### XIII. LOS CONCEPTOS QUE INTEGRAN LA INDEMNIZACIÓN JUSTIPRECIADA

El artículo 15 de la LGE dispone que:

*“Artículo 15.- De la indemnización justipreciada.-*

*15.1 La indemnización justipreciada comprende el valor de tasación comercial debidamente actualizado del bien que se expropia y la compensación que el sujeto activo de la expropiación debe abonar en caso de acreditarse fehacientemente daños y perjuicios para el sujeto pasivo originados inmediata, directa y exclusivamente por la naturaleza forzosa de la transferencia (...).”*

De acuerdo al legislador, el Estado ofrece una indemnización justipreciada que si bien comprendería sólo el valor del inmueble, el monto indemnizatorio podría elevarse y cubrir los daños adicionales de la expropiación, siempre que

[40] BIELSA, Rafael. *Principios de Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Depalma, 1966, pp. 999-1000.

el afectado los acredite. Así se cumple con la exigencia constitucional de que la indemnización justipreciada mantenga al expropiado en una situación de indemnidad patrimonial, pues se le paga el valor del inmueble y de los otros bienes (materiales o inmateriales) que hubieran sido afectados como consecuencia de la expropiación.

Supongamos que se fija una indemnización justipreciada con la que todos están de acuerdo, sin embargo, el Estado demora tres años en hacer efectivo dicho pago. En tal caso, el paso del tiempo altera el valor económico de los bienes afectados con la expropiación y, por ende, se debe alterar también el monto de la indemnización justipreciada. Por tanto, para que ese justiprecio no pierda su finalidad constitucional, el artículo 18 de la LGE dispone que:

*“Artículo 18.- De la actualización de la indemnización.-*

*La indemnización justipreciada se actualiza para su consignación mediante la aplicación del Índice de Precios al por Mayor que publica el Instituto Nacional de Estadística e Informática - INEI. Por los meses o fracciones de mes cuyos índices no se hubieren publicado a la fecha de la consignación, se utilizará proporcionalmente el índice del último mes publicado”.*

En virtud de esta norma es que se consigna al expropiado tanto la “cuantía original” de la indemnización justipreciada como la “actualización” de ese monto. Ambos conceptos pasan a formar parte de la indemnización justipreciada, pues sólo ésta es la que lograría el cometido de mantener en indemnidad patrimonial al expropiado. En suma, la actualización de ningún modo es un beneficio adicional a la indemnización justipreciada, sino que es parte de ésta.

Sobre la actualización de la indemnización justipreciada, Danós Ordoñez señala que *“intenta mantener el **carácter tutelar** del justiprecio a lo largo del tiempo mientras dure el ejercicio de la potestad expropiatoria, pues, atendiendo a la realidad, los plazos en que el sujeto activo paga efectivamente por los bienes expropiados son realmente largos, debiendo generarse **mecanismos correctores** que restituyan la idea de que la **cuantía** del concepto analizado deba ser justa adecuada y suficiente, sin mermas reales que no sean imputables al administrado expropiado”*<sup>[41]</sup>.

Antes de dictarse la LGE ocurrió lo siguiente: una fábrica de harina de pescado fue expropiada lo que dio lugar a que el afectado cuestionara el monto de indemnización justipreciada, logrando que en 1987 el Poder Judicial dictara una sentencia ordenando el pago de una indemnización justipreciada ascendente a I/. 6'000,000 (seis millones de intis). Hasta el año 2010, el pago de esa suma no

[41] DANÓS ORDOÑEZ, Jorge. Informe Legal del 25 de septiembre de 2012. Inédito, p. 4.

había sido efectivo. Cabe preguntarse ¿actualmente esa suma cumple o no con el propósito de mantener en la misma situación patrimonial que tenía la empresa antes de ser expropiada? La respuesta negativa es evidente.

Debido a ello es que el Poder Judicial realizaba sucesivas actualizaciones que eran anuladas unas tras otra, año tras año, lo que difería cada vez más el pago de la indemnización justipreciada. Esta situación motivó un proceso de amparo que fue resuelto por el TC quien –citando a García de Enterría– estableció que la indemnización justipreciada no exige sólo el valor real de los bienes afectados por la expropiación, sino que “es necesario algo más; es necesario que el justo precio siga representando el valor real cuando sea percibido por el expropiado”, es decir, que al momento de entregar la indemnización justipreciada al expropiado, el monto siga representando el valor real de los bienes afectados, situación que exige que el monto original de dicha indemnización sea actualizado.

Si no se actualiza la indemnización justipreciada al momento de entregarse, sostiene el TC, se desconocería la esencia de la expropiación forzosa que es “dejar indemne al expropiado” (STC 5312-2009-AA, fd. 21). Allí queda claro que la indemnización justipreciada no es el monto original (esto es, los seis millones de intis), sino ese valor actualizado. Por ello, consideramos que no existen mayores problemas en admitir que la “actualización de la cuantía” es también parte integrante de la indemnización justipreciada y, por ende, del contenido esencial de la propiedad, por lo que merece el mismo tipo de protección constitucional.

No obstante, como bien resalta García de Enterría, es ingenuo pensar que imponer el pago de intereses, la actualización de la deuda o reducir el plazo de los procedimientos y procesos expropiatorios permitirá superar las insufribles demoras y pérdidas que genera la expropiación, sino que es necesario analizar supuestos y medidas adicionales, cuestión cuya dilucidación nos desvaría –una vez más– del propósito perseguido en estas líneas<sup>[42]</sup>. Por lo pronto, basta con reseñar las ordinarias opciones legales y jurisprudenciales de tutela que tenemos para evitar el desfase entre monto y valor actualizado de la reparación.

---

[42] GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. “Expropiación forzosa y devaluación monetaria”, en *Revista de Administración Pública*, No. 80, CEC, Madrid, 1980, p. 15. Ídem. “La actualización de las indemnizaciones reparatorias en materia de responsabilidad civil de la Administración y de expropiación forzosa: últimos desarrollos jurisprudenciales”, en *Revista Española de Derecho Administrativo*, No. 21, Civitas, Madrid, 1979, p. 255.

#### XIV. ¿HAY GANANCIAS EN LA INDEMNIZACIÓN JUSTIPRECIADA A LAS CUALES APLICAR EL IMPUESTO A LA RENTA? RESPUESTAS ENCONTRADAS

El artículo 5 del Texto Único Ordenado de la Ley de Impuesto a la Renta grava con ese tributo a la indemnización justipreciada. Ello permite asumir que para el legislador en los casos de indemnización justipreciada existen ganancias o utilidades, lo que justifica imponer un tributo sobre esa manifestación de riqueza. En efecto, de acuerdo con el principio de capacidad contributiva cada tributo sólo se justifica cuando existan manifestaciones de riqueza, no pudiendo gravar allí donde aquella no existe o donde la manifestación de riqueza es distinta a la que es objeto del tributo. Así tenemos que los índices reveladores de riqueza suelen ser de tres tipos: (i) la renta, (ii) el consumo o (iii) el patrimonio. De este modo, por ejemplo, el impuesto a la renta, sólo podrá gravar rentas, como su nombre lo indica<sup>[43]</sup>.

La duda que surge es la siguiente ¿la indemnización justipreciada genera las manifestaciones de riquezas que busca gravar el impuesto a la renta? Creemos que no, dado que la indemnización justipreciada está inafecta a todo tributo. Recordemos que el TC distingue entre exoneración e inafectación tributaria. La primera es un régimen de beneficios tributarios otorgados a determinadas personas o actividades que originalmente deberían tributar, pero que son liberadas

---

[43] Estos son ejemplos sobre cómo en ocasiones el impuesto a la renta grava manifestaciones de riqueza que no calificaban como ganancias, lo que afecta el principio de capacidad contributiva. Veamos:

- En 1992 se creó el Impuesto Mínimo a la Renta (IMR) que establecía un tributo del 2% sobre el valor de los activos netos de las empresas no afectas al pago del Impuesto a la Renta. El TC advirtió que no existía relación entre la manifestación de riqueza que el tributo pretendía gravar (renta) y la medida que adoptada para dicho fin (tributo calculado según el patrimonio y no la renta), considerando inconstitucional su aplicación. Expresamente el TC estableció que se vulneraba el principio de capacidad contributiva de los particulares, conforme al cual, los tributos deben guardar relación con el bien que pretenden gravar (STC 646-96-AA y STC 680-96-AA).
- El legislador no aprendió aquella lección, pues en el año 2002 creó el Anticipo Adicional del Impuesto a la Renta (AAIR) que buscaba afectar, al igual que en el caso anteriores, a **las rentas** de tercera categoría. Esa obligación tributaria estableció un sistema de pagos anticipados del Impuesto a la Renta, ya sea al inicio del año (al contado) o durante el transcurso de éste (en cuotas mensuales). Sin embargo, era curioso que no se hiciera el cálculo del anticipo según las ganancias proyectadas, sino según el valor patrimonio de los contribuyentes. Esta falta de adecuación entre tributo y manifestación de riqueza fue advertida por el TC que declaró la inconstitucionalidad del AAIR por lesionar nuevamente el principio de capacidad contributiva “*es la incongruencia de un medio impositivo (activos netos) con los fines que persigue el legislador tributario (renta) lo que hizo inconstitucionales a los citados tributos*” (STC 3797-2006-AA, fd. 5.2).

por el legislador de modo temporal (STC 0016-2007-AI, fd. 18). En cambio, en la inafectación no nace la obligación de tributar porque la situación es ajena o no está comprendida en el campo de aplicación del tributo o porque jamás ocurre el hecho imponible (STC 8391-2006-AA, fd. 27).

Consideramos que la indemnización justipreciada está inafecta al pago de todo tributo, entre ellos, el Impuesto a la renta, porque no genera ganancias en el expropiado, “no enriquece ni empobrece” (CIDH) y porque su finalidad es “dejar indemne al expropiado” (TC). De ello se deduce claramente que todo tipo de gravamen tributario sobre dicho concepto implicaría su merma, quebraría el equilibrio patrimonial que el constituyente busca mantener indemne, lo que excedería los límites de la potestad tributaria. En todo caso, en línea con García de Enterría, no debe olvidarse que *“esta garantía ínsita en la sustancia misma de la expropiación se extiende en un sentido general, asegurando (...) la integridad patrimonial de los administrados frente a la acción directa del Estado”*<sup>[44]</sup>. En la misma línea, concluye Castillo Córdova que *“esto significará que el cobro de gravámenes o tributos, cualesquiera fuera su naturaleza y su alícuota, necesariamente genera la desprotección patrimonial del afectado con el acto expropiatorio y, con ella, la vulneración de la norma constitucional que constitucionaliza el derecho fundamental a la propiedad”*<sup>[45]</sup>.

No obstante, no comparten estos criterios el Legislador y la SUNAT quienes por años vienen imponiendo y cobrando, respectivamente, el impuesto a la renta sobre la indemnización justipreciada. Tal situación incluso ha motivado comentarios de académicos en distintos medios periodísticos. Citamos:

Adrián Simons usa un ejemplo para señalar que *“una vez que nuestro agricultor ha recibido el dinero por el fundo expropiado, recibe la ‘cordial’ visita de la SUNAT, la cual le dice que debe pagar el impuesto a la renta correspondiente al 30% de la suma recibida, porque así lo manda la Ley de Impuesto a la Renta. Tras cuernos palos: el Estado le paga un precio fijado de manera unilateral, casi siempre menor que el valor real del inmueble, y para colmo le quita el 30% de lo que recibió como ‘pago’”*<sup>[46]</sup>. Luis Castillo Córdova usa este ejemplo: *“Un particular es propietario de un bien inmueble. Tal bien tiene un valor monetario de 100. El Estado decide expropiarlo y entrega 100 monedas a su propietario. Adicionalmente, el Estado decide que vía tributaria el particular ha de entregarle 30 monedas. Luego del pago del impuesto se tiene al particular sin su propiedad pero con 70 monedas, y al Estado con un inmueble con valor monetario de 100, más 30 monedas. El particular que tenía 100 se queda con*

[44] GARCÍA DE ENTERRÍA, *Los principios...*, p. 97.

[45] CASTILLO CÓRDOVA, ob. cit., p. 177.

[46] SIMONS PINO, Adrián. “Te expropio y además te confisco, con arreglo a ley”. En: *Gestión*, 7 de marzo de 2012, p. 8.

70; y el Estado que tenía 100 ahora tiene 130. En esta hipótesis, el Estado se ha enriquecido; la decisiva cuestión es: ¿lo ha hecho injustamente? El sentido común diría que el Estado se ha enriquecido sólo con base en la merma patrimonial del particular, y por eso es injusto”<sup>[47]</sup>. Shoschana Zusman se pregunta “¿No es acaso que el Derecho, consciente del sacrificio del expropiado en aras del bien común, aspira a dejarlo en las mismas condiciones que tuvo antes de la expropiación? Pues, si eso es así, el texto actual de la Ley de Impuesto a la Renta [que grava con ese tributo a la indemnización justipreciada] es inconstitucional. Lo que impone su revisión y la restauración del justiprecio, como sinónimo de perfecta equivalencia” como “una ‘operación en blanco’, que no debe producir beneficios ni pérdidas al particular”<sup>[48]</sup>. Fernando De Trazegnies cuestiona “¿puede usted imaginarse que el mismo Estado que expropia, vestido esta vez con otra careta, se presenta frente al expropiado y le cobra impuesto por la supuesta ‘ganancia’ que le dice ha hecho al recibir del Estado el pago de la propiedad que el mismo Estado le ha quitado? En otras palabras, el Estado le paga al expropiado con la mano derecha y le quita con la mano izquierda una buena parte de lo pagado, que puede llegar al 30% (...) la persona expropiada tiene que ser reparada: hay que darle en dinero lo mismo que tenía en propiedad. Y si es lo mismo ¿de dónde sale la supuesta ganancia [pasible de ser gravada con el impuesto a la renta]?”<sup>[49]</sup>.

En la jurisprudencia comparada, los casos más paradigmáticos sobre la materia en cuestión los tenemos en Argentina y España. En el primer caso, la Corte Suprema de Justicia de la Nación estableció el siguiente criterio:

*“La naturaleza jurídica del instituto expropiatorio quedaría desnaturalizada si se admitiese que el expropiado obtiene con la indemnización una ganancia; como no la obtiene en otro supuesto el damnificado a quien se le resarce el daño contractual o extracontractual. **El expropiado tiene derecho a una reparación integral, esto es, a un equilibrio de valores entre el valor del bien objeto de la expropiación y de los daños y perjuicios emergentes de la expropiación. La ruptura de ese equilibrio en detrimento del expropiado significaría en algún modo entrar en el ámbito prohibido de la confiscación**”* (Fallos, Tomo 238, Página 335, del 5 de agosto de 1957).

Este fue uno de los primeros fallos a los que le siguió después una clara línea jurisprudencial y que luego de sus inicios pretorianos fue reconocido

[47] CASTILLO CÓRDOVA, Luis. “Comunidad y decisiones justas”. En: *Expreso*, 16 de marzo de 2012, p. 15.

[48] ZUSMAN, Shoschana. “El Estado disociado”. En: *El Comercio*, 2 de abril de 2012, p. A-22.

[49] DE TRAZEGNIES, Fernando. “La razón de la sinrazón”. En: *El Comercio*, 2 de julio de 2012.

expresamente en la Ley 21499, del 21 de enero de 1977, Ley de Expropiaciones, cuyo artículo 20, último párrafo, prevé que *“los rubros que compongan la indemnización no estarán sujetos al pago de impuesto o gravamen alguno”*.

En España no existe aún pronunciamiento del TC sobre el particular, pero lo que sí hay son fallos de Tribunales Supremos de los estados autonómicos, unos a favor y otros en contra de la afectación tributaria de la indemnización justipreciada. Sin embargo, parece que este tema ya fue zanjado por el Tribunal Supremo español que desde aproximadamente una década viene orientando su jurisprudencia a favor de tal gravamen, para ello recurre al argumento de la *“alteración patrimonial”*. Citamos una de las más recientes decisiones el Tribunal Supremo español en ese sentido:

*“Si un bien inmueble del expropiado aumenta su valor desde que lo adquirió hasta la fecha en que perdió su pleno dominio sobre él por transmisión, por ministerio de la Ley, como consecuencia de su expropiación forzosa, ese incremento de patrimonio es una alteración o incremento patrimonial (...)*

*“Lo que se somete a tributación, en cuanto incremento patrimonial, con ocasión de la percepción del justiprecio no es el importe de este último sino el aumento del montante patrimonial manifestado por el cobro del mismo. En efecto, el justiprecio, por definición, debe corresponder al valor del bien o derecho expropiado, para que el afectado quede indemne, de modo que en un balance teórico de su haber el valor del bien o del derecho forzosamente transmitido quede sustituido por su equivalente en dinero de curso legal. Sin embargo, este montante económico, reflejo de una alteración del patrimonio, puede evidenciar un incremento de su valor debido a las diferencias positivas habidas entre el momento de la adquisición y aquel en el que se produce la enajenación (...). En otras palabras, en la expropiación forzosa el precio que se paga no es el que tenía el bien al tiempo de su adquisición sino el que posee cuando se expropia, esto es, en la fecha de su valoración para que el expropiado reciba su equivalente económico. Resulta, por tanto, perfectamente posible que en el seno de una operación de esa clase se produzca un **incremento de patrimonio porque el justiprecio que percibe el expropiado («alteración de la composición del patrimonio») sea superior al valor de adquisición («variación en el valor») (...)**” (STS 1273/2012, del 9 de febrero de 2012, énfasis agregado)*

Un ejemplo simplificará el criterio transcrito. Alguien compra una casa pagando un precio de 50, pero luego el Estado lo expropia, pagándole una indemnización justipreciada de 100, suma que representa el actual valor actualizado del inmueble. En tal caso, no se grava el monto total de la indemnización justipreciada (no se afectan los 100), sino sólo la parte que se considera como un incremento patrimonial (el bien sólo aumento de valor en 50).

Es pertinente señalar que el argumento del Tribunal Supremo español se parece en mucho al argumento que esgrimió la Cuarta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima en una controversia judicial donde precisamente se discute la aplicación de la Ley de Impuesto a la Renta sobre la indemnización justipreciada. En primera instancia el Juez Constitucional declaró fundada la demanda al considerar que si se “*grava con el impuesto a la renta a la indemnización justipreciada, los demandantes en la práctica recibirían por parte del Estado expropiante una cantidad inferior a la establecida (...) como indemnización justipreciada por la expropiación del Predio Agrícola Fundo San Agustín, disminuyéndose significativamente su patrimonio*” (Exp. 21290-2011)<sup>[50]</sup>. Pero luego la Cuarta Sala Civil revocó la sentencia declarando improcedente la demanda, entre sus argumentos al considerar que en la indemnización justipreciada sí cabe la existencia de ganancias.

Recuerda la Cuarta Sala Civil de Lima que, de acuerdo al artículo 15, numeral 15.1, de la LGE la indemnización justipreciada se conforma de: (i) el valor actualizado del inmueble y (ii) los daños adicionales derivados de la expropiación. A partir de esta distinción, sostiene que del primer sub-concepto pueden derivarse ganancias, pues “*(...) si un bien inmueble del expropiado aumenta su valor desde que lo adquirió hasta la fecha en que perdió su pleno dominio sobre él (...) como consecuencia de su expropiación forzosa, ese incremento de patrimonios es una alteración patrimonial –de la que pudiera derivarse una ganancia o pérdida patrimonial– que permite la sujeción del aumento de valor al impuesto a la renta*”<sup>[51]</sup>. Desde esa perspectiva, concluye la Sala Civil que la citada ley sólo gravará aquella “parte” de la indemnización justipreciada que puede generar ganancias (aumento en el valor del inmueble), por lo que su vigencia “*no constituye una amenaza de violación a la garantía de la indemnidad de la propiedad de la demandante toda vez que no se trata de un impuesto al patrimonio, sino uno aplicado a la renta o ganancias, por consiguiente la propiedad no se podría ver amenazada, menos afectada*”<sup>[52]</sup>.

---

[50] Sentencia contenida en la Resolución No. 8, del 23 de marzo de 2012 (Considerando Octavo). Cfr. <http://cej.pj.gob.pe/cej/>, Sistema de Consulta de Expedientes Judiciales, acceso el 28 de noviembre de 2012.

[51] Sentencia de Vista contenida en la Resolución No. 16, del 14 de agosto de 2012 (Considerando Décimo Cuarto). Cfr. <http://cej.pj.gob.pe/cej/>, Sistema de Consulta de Expedientes Judiciales, acceso el 28 de noviembre de 2012.

[52] *Ibidem*, Considerando Cuadragésimo Quinto.

## XV. DEFENSA DE LA INAFECTACIÓN DE LA INDEMNIZACIÓN JUSTIPRECIADA

Actualmente la dilucidación de aquella controversia está en manos del TC, lo que no nos exime de ensayar un análisis que responda a la pregunta más evidente que ha quedado en el tintero ¿el criterio español del “incremento patrimonial” es aplicable a nuestra regulación sobre indemnización justipreciada? Creemos que no.

Es preciso recordar el sentido constitucional de la indemnización justipreciada (lo que incluye a los sub-conceptos que la integran): dejar en indemnidad patrimonial al expropiado, de modo que todo lo que éste recibe no lo enriquece ni empobrece, sino que lo mantiene en la misma situación que tenía antes.

Como lo exige el TC, debemos interpretar la indemnización justipreciada “desde” la Constitución y no desde la ley<sup>[53]</sup>, lo que nos permitirá apreciar que la distinción incorporada por la LGE entre el valor actualizado del inmueble y el valor de los daños adicionales, sólo sirve para asegurar una indemnización plena e integral. De modo que, entregar el valor actualizado de un inmueble, sólo es una manera adecuada de reparar su pérdida, tal como lo ha proclamado la misma CIDH<sup>[54]</sup>.

De otro lado, no se debe olvidar que tanto el bien que ingresa al patrimonio de una persona, como su eventual aumento de valor, pasan a formar parte del derecho de propiedad del sujeto. De manera que sobre ambos se extiende la protección constitucional de la indemnidad patrimonial. En efecto, el TC establece que el derecho de propiedad “*se extiende a la pluralidad **in totum** de los bienes materiales e inmateriales que integran el patrimonio de una persona y*

[53] Desde sus inicios el TC sostiene que: “*En aplicación del principio constitucional de interpretación de las leyes desde la Constitución (...) establece la interpretación de las normas del ordenamiento legal según los principios y preceptos constitucionales*” (Expediente 773-1999-AA, fd. 2). Debe añadirse que “*un texto normativo de carácter superior como la Constitución habilita perfectamente al funcionario, considerando además el respeto del principio de coherencia normativa del sistema jurídico, para que efectúe una aplicación desde la Constitución de las disposiciones normativas*” Expediente 0022-2007-AA, fd. 7.

[54] “98. La Corte estima que, en casos de expropiación, **para que la justa indemnización sea adecuada se debe tomar como referencia el valor comercial del bien objeto de la expropiación anterior a la declaratoria de utilidad pública de éste, y atendiendo el justo equilibrio entre el interés general y el interés particular a que se ha hecho referencia en la presente Sentencia**”. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Salvador Chiriboga Vs. Ecuador, sentencia de 6 de mayo de 2008 (excepción preliminar y fondo).

*que, por ende, son susceptibles de apreciación económica*” (SSTC 0008-2003-AI, fd. 26; 0228-2009-AA, fd. 35 y 7364-2006-AA, fd. 6). Por tanto, el eventual aumento de valor de un bien pasa a formar parte de un único derecho de propiedad, debiendo mantenerse también indemne la pérdida de ese valor como consecuencia de la expropiación del inmueble.

Por ende, si invocando la postura española se aplica el impuesto a la renta sobre aquella parte de la indemnización justipreciada que representa el “incremento patrimonial”, se quebraría también la garantía de indemnidad patrimonial, pues el afectado no mantendría la misma situación que tenía antes de la expropiación, se reduciría el monto de la indemnización justipreciada, por lo que ya no tendría una reparación plena y completa. Por ende, si aplicáramos la teoría del “incremento patrimonial”, deberíamos concluir también que sólo una parte de los bienes expropiados tendrían protección constitucional, que la indemnidad patrimonial sólo alcanzaría al valor original de los bienes y no al aumento de valor de estos.

Tal posición contravendría el principio de fuerza normativa de la Constitución pues justificaría que sólo una parte del derecho constitucional de propiedad goce de la garantía de indemnidad patrimonial, mientras que la otra parte del mismo derecho no tiene la misma protección. Esa interpretación de las normas constitucionales está proscrito por el mismo TC quien señala que el principio de fuerza normativa de la Constitución exige que la interpretación de la norma constitucional (en este caso del derecho de propiedad) debe resaltar y respetar la naturaleza la condición de norma jurídica de la Constitución, de modo que sea vinculante *in toto* y no sólo parcialmente (STC 5854-2005-AA, fd. 12, e).

En resumen, consideramos que es inconstitucional aplicar los criterios del Tribunal Supremo español a nuestro régimen constitucional de indemnización justipreciada, pues exige asumir que los “aumentos de valor” del bien expropiado no están protegidos por la garantía de indemnidad patrimonial, cuando lo que el TC proclama es que basta con que algo sea “*susceptible de apreciación económica*” para que forme parte del derecho de propiedad y, por ende, para que goce de la garantía de indemnidad que se impone en los casos de expropiación.

Incluso en ese caso el expropiado no recibe ganancia alguna, sino sólo una reparación por la pérdida de aquello que ya formaba parte de su propiedad. Por consiguiente, si el expropiado no se enriquece ni empobrece con esa parte de la indemnización justipreciada recibida, no es posible aplicar sobre ella el impuesto a la renta, ya que tampoco existe ganancia alguna. Esperemos a leer la decisión que tomará el TC sobre el particular.

## XVI. LOS PROCESOS DE LA EXPROPIACIÓN: CUARTA GARANTÍA

Luego de publicada la Ley de expropiación (dentro de los sesenta días posteriores), es ejecutada mediante el dictado de otra norma de menor jerarquía (por ejemplo, una Resolución Suprema si el beneficiario de la expropiación es uno de los organismos que integra del Poder Ejecutivo) donde se especificará: (a) el *sujeto activo* o la entidad que llevará adelante el procedimiento, es posible que esa misma entidad sea quien se beneficia con la expropiación (el beneficiario nunca puede ser un sujeto de derecho privado); (b) el *sujeto pasivo* o titular del bien a expropiarse; (c) *el bien* a expropiarse, su situación registral y catastral; y, (d) el valor de *tasación comercial* actualizado (fijada por el Consejo Nacional de Tasaciones – CONATA).

**(A) PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO:** Con aquella resolución se da inicio al procedimiento administrativo de expropiación. Según el artículo 9 de la LGE, el sujeto activo ofrecerá una indemnización justipreciada, conformada por el valor comercial actualizado, más el 5% de esa suma. Si el propietario acepta, concluirá el procedimiento con la transferencia voluntaria del bien y el desembolso respectivo. Si no acepta la oferta, el expropiado deberá justificar documentalmente la compensación adicional que espera, si no lo hace, el sujeto activo consignará sólo el valor comercial actualizado, sin el 5% adicional.

Nótese que en el procedimiento administrativo no hay opción para cuestionar el monto de la indemnización justipreciada, ni otros aspectos de la expropiación, cuestión que no lo convierte en inconstitucional, tal como veremos más adelante.

**(B.1) PROCESOS JUDICIALES: Demanda del sujeto activo.-** En los supuestos que no se acepta la oferta indemnizatoria, el sujeto activo demandará judicialmente la expropiación, consignando la indemnización justipreciada ofrecida. De acuerdo al artículo 522 del Código Procesal Civil, el sujeto pasivo sólo podrá contestar la demanda sustentándose en: **(i)** la *caducidad de la expropiación*, porque la demanda se interpuso después de seis meses de publicada la disposición legal que ejecuta la expropiación; **(ii)** la *nulidad, ilegalidad, inadmisibilidad o incompatibilidad* constitucional del dispositivo legal que autoriza o dispone la expropiación, en este rubro están los cuestionamientos de los requisitos formales y materiales de la Ley que autoriza la expropiación o los vicios en la resolución que ejecuta la expropiación; **(iii)** la *disconformidad con la tasación comercial actualizada*.

Si el Juez ampara las defensas (i) y (ii), deberá dejar sin efecto la expropiación. Si ampara la defensa (iii), ordenará que la Administración realice un recalcule de la indemnización justipreciada ofrecida. Pero si se desestiman

las defensas del sujeto pasivo, el Juez dispondrá la expropiación y ordenará la transferencia de los bienes a favor del Estado.

**(B.2) PROCESOS JUDICIALES: Demanda del sujeto pasivo.-** El artículo 523 del Código Procesal Civil prevé que en el proceso antes citado el expropiado parcialmente pueda reconvenir, formulando para ello una pretensión de expropiación total de sus bienes, lo que será posible siempre que la expropiación haya significado una desvalorización del predio o que la porción sin expropiar no pueda ser usada, explotada o sea inútil para los fines que cumplía antes.

El Código Procesal Civil no recoge una norma expresa que prevea la posibilidad de que las antes referidas defensas (i), (ii) y (iii) puedan ser formuladas como pretensiones independientes. Sin embargo, el artículo 519 de ese cuerpo legal dispone que *“todas las pretensiones derivadas o conexas con la expropiación se tramitan [bajo las mismas reglas del proceso judicial antes citado]”*. Por tanto, es posible que el expropiado inicie un proceso judicial formulando las pretensiones de caducidad, nulidad o inconstitucionalidad de la expropiación o que impugne la indemnización justipreciada<sup>[55][55]</sup>.

El Código Procesal Civil y la LGE permiten que el expropiado tenga la opción de acudir a la vía judicial o activar un arbitraje cuando su pretensión esté dirigida a cuestionar el monto de la indemnización justipreciada y/o a solicitar que sea el juez o el árbitro quien fije el justiprecio definitivo. Se debe tener en cuenta, no obstante, que en cualquiera de esos casos, el sujeto pasivo estará aceptando tácitamente la expropiación, pues sus pretensiones sólo cuestionan la extensión de la medida expropiatoria, su *quantum*, y no la existencia misma de la expropiación.

Finalmente, el artículo 532 del Código Procesal Civil prevé la posibilidad de que el sujeto pasivo solicite la reversión de su predio, devolviendo para ello la indemnización justipreciada recibida. Ello siempre que en el plazo de doce meses, desde la terminación del proceso judicial de expropiación, no se hubiere dado al bien expropiado el destino que motivó esta medida o no se hubiere iniciado la obra para la que se dispuso la misma.

**(C) TUTELA JURISDICCIONAL EFECTIVA Y EXPROPIACIÓN:** Como hemos resaltado, solo existe regulación expresa para que el expropiado pueda formular como pretensiones la expropiación total de bienes o la impugnación del monto de la indemnización justipreciada, mientras que para los otros tipos de pretensiones no existen normas expresas habilitantes, pero sí una norma genérica que les abre la posibilidad de tutela jurisdiccional (artículo 519 del Código Procesal Civil).

---

[55] Como se trata de una pretensión y no de una simple defensa de la contestación de demanda, el expropiado, además de cuestionar el monto de e indemnización justipreciada, podrá solicitar que sea el órgano jurisdiccional quien fije el monto definitivo de dicho concepto.

No obstante, alguien podría objetar nuestra postura señalando que es demasiado extensiva y que contraviene las intenciones del constituyente, dado que el artículo 70 de la Constitución parece proscribir la revisión de la medida de expropiación al disponer que “(...) *Hay acción ante el Poder Judicial para contestar el valor de la propiedad que el Estado haya señalado en el procedimiento expropiatorio*”. Parecería así que la norma constitucional sólo prevé la posibilidad de formular una pretensión (no una acción) que cuestione el monto de la indemnización justipreciada, de modo que, *contrario sensu*, podría entenderse que no cabe pretensión para cuestionar la misma medida expropiatoria.

Tal argumento sería errado pues parte de una indebida aplicación del principio lógico de interpretación *a contrario*. Conforme a éste, cuando una norma jurídica regula una situación de un único modo, excluye de modo tácito las otras opciones posibles. “Sólo los mayores de 18 años podrán votar, *contrario sensu*, los menores de 18 años no podrán votar”. El requisito esencial para que ese criterio lógico sea aplicable es que la norma prevea únicamente un supuesto, excluyendo a los demás. Si no es así, entonces la norma admite como válidos a los otros supuestos posibles. El artículo 70 de la Constitución prevé que se puede cuestionar el monto de la indemnización justipreciada ofrecida, pero no usa los términos “sólo” o “únicamente”, por ende, no excluye la posibilidad de cuestionar el acto mismo de expropiación. Más aún, no puede “sobrentenderse<sup>[56]</sup>” que la Constitución quiso autorizar “sólo” la posibilidad de cuestionar el monto de la indemnización justipreciada, en todo caso, lo que se sobreentiende es que si la Constitución no impone un límite expreso, rige el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva (artículo 139, inciso 3)<sup>[57]</sup>. La manera de darle coherencia al artículo 70 de la Constitución sería interpretando que tal norma no limita el

[56] Kalinowski señala que no sólo cuando el legislador use los términos exclusivamente, “únicamente” o “solamente”, se aplica el argumento *a contrario*, sino que también se aplica cuando el uso de esos términos queda sobreentendido. Como se trata de un argumento lógico, añade, la única labor del intérprete se dará “*cuando se plantee la cuestión de saber si es necesario o no sobreentender en el texto interpretado el cuantificador ‘solamente’ que hace posible la aplicación de la regla [a contrario]*”. KALINOWSKI, Georges. *Introducción a la lógica jurídica*. Traducción de Juan Casaubón. Buenos Aires: EUDEBA, 1973, p. 178.

[57] No se puede invocar a favor del argumento que cuestionamos, que la voluntad del constituyente era efectivamente limitar la posibilidad de impugnar judicialmente la expropiación, según se deriva de los debates parlamentarios. Ello porque desde hace mucho el TC dejó en claro que el texto de la norma adquiere independencia respecto de su autor. Recuérdese los casos del Consejo Nacional de la Magistratura, el Jurado Nacional de Elecciones y, en su oportunidad, del Poder Judicial, supuestos en donde a pesar que el constituyente había establecido el carácter “inimpugnable” (artículo 153, inciso 3), “definitivo” e “irreversible” (artículo 181) o de “cosa juzgada” (artículo 139, inciso 2) de las decisiones de esas entidades (es, decir, a pesar de la clara voluntad que esas decisiones sean irrevisables judicialmente), el TC abrió las puertas al control judicial con el argumento de que la interpretación de las normas constitucionales permite concluir que “*no hay zonas exentas de control*”.

derecho de acceso a la justicia, sino que sólo resalta que existe la posibilidad de activar tal derecho para cuestionar el monto de la indemnización justipreciada.

Por tales razones es que consideramos que es posible que el sujeto pasivo acuda a la vía judicial para formular una pretensión que cuestione la existencia misma de la expropiación, ya sea porque se configura un supuesto de caducidad, nulidad o incompatibilidad constitucional<sup>[58]</sup>. Prueba de ello es que el artículo 23.1 de la LGE prevé la posibilidad de que el sujeto pasivo demande la nulidad de la expropiación<sup>[59]</sup>.

### (C) PROCESOS JUDICIALES Y GARANTÍAS EXPROPIATORIAS:

En resumen, en el Perú el proceso expropiatorio tiene dos fases, una legal-administrativa consistente en la declaración de expropiación para destinar ciertos predios a la Seguridad Nacional o Necesidad Pública, y, otra etapa judicial, referida a la fijación definitiva del justiprecio, la declaración de transferencia de la propiedad y/o de invalidez de la expropiación.

Ramón Parada recuerda que esta distinción fue ideada por Napoleón con la Ley del 8 de marzo de 1810 y descansa en la desconfianza de la Administración, por lo que se dispone que la cesión del inmueble, si no existe el consentimiento del propietario, sólo pueda ser autorizada por sentencia judicial, que además fije la indemnización. Precisamente por esa razón es que se otorga al Juez el poder para declarar la caducidad, nulidad o invalidez de la expropiación realizada<sup>[60]</sup>.

Consideramos que debido a ello es que el procedimiento administrativo presenta la peculiaridad de no brindar derecho al contradictorio al expropiado, pues allí el afectado no puede cuestionar la *ratio expropriandi*, ni el monto ofertado. Uno y otro sólo podrán ser objeto de pretensiones deducidas en la vía judicial o arbitral, donde sí hay posibilidad de ejercer contradictorio. Esto no

[58] En tales casos, cuando la lesión o amenaza invocada emane de la Ley de expropiación, la vía adecuada será el amparo contra ley. Pero si lo que se cuestiona es algún dispositivo administrativo que ejecuta la Ley, será el amparo o la vía contencioso-administrativa, dependiendo de los criterios de subsidiariedad, la que deberá ser activada.

[59] “23.1 El sujeto pasivo de la expropiación puede demandar judicialmente la nulidad de la expropiación cuando ésta no haya sido dispuesta conforme a lo establecido en los Artículos 3 y 4 de la presente Ley. Es discutible la declaración de necesidad pública o seguridad nacional dispuesta por el Congreso de la República mediante ley expresa, cuando no se ciña a lo dispuesto por esta Ley”.

[60] Cfr. PARADA, Ramón. “Evolución y crisis del instituto expropiatorio”, en *Documentación Administrativa*, No. 222, INAP, Madrid, 1990, p. 50 y ss. Villar Palasí resalta las legislaciones donde fueron replicadas las ideas napoleónicas, concluyendo que “La apelación al Juez en materia de fijación del justo precio se fundamenta esencialmente en todo el criterio de desconfianza al ejecutivo, in toto, como heredero del Estado absoluto, no ya en un principio de que nadie debe ser juez y parte en el mismo asunto, ya que esto se evita atribuyendo el justiprecio a órganos distintos del expropiante, aunque su naturaleza sea también administrativa”. VILLAR PALASÍ, ob. cit., p. 184.

convierte en inconstitucional al procedimiento administrativo, pues –salvo que el propietario acepte expresa y voluntariamente la oferta– allí nada se resuelve, esto es, la Administración no realiza la transferencia del bien, ni define el monto final de la indemnización justipreciada, mucho menos discute aspectos relacionados con la validez o vigencia de la expropiación.

Por ello es que la tercera garantía de la expropiación consiste en la existencia de procesos **jurisdiccionales** donde se pueda cuestionar tanto el *quid* de la expropiación (las razones expropiatorias y su adecuación constitucional) como su *quantum* (el monto de la indemnización justipreciada). En esa línea, Rodríguez de Santiago señala que “*esa garantía contiene un **derecho material a discutir o cuestionar la medida expropiatoria (en sus diversos aspectos) a través del procedimiento que prevea el legislador***”<sup>[61]</sup>.

La revisión de los cauces procesales, además, nos ha permitido advertir que nuestro sistema es bastante garantista del derecho de propiedad, pues prevé que la transferencia de propiedad sólo se realice mediante la aceptación voluntaria (directa o tácita) del afectado o mediante mandato de un Juez, y nunca mediante una decisión administrativa.

## XVII. CONCLUSIONES

La función social de la propiedad depende de las circunstancias reales, por lo que aquella delimitará su contenido esencial según cada realidad, motivo por el cual el derecho de propiedad no presenta un solo contenido, sino que existen estatutos de propiedad.

La expropiación forzosa excede la delimitación del contenido del derecho, pues supone el despojo de bienes, de ahí que lo relevante no sea determinar hasta dónde llegan las facultades del propietario sobre la cosa determinada, sin saber hasta dónde puede llegar la potestad para despojar.

La expropiación no es un mero fenómeno de traslación de bienes, pues éste sólo es un medio para un fin público, es la finalidad perseguida lo trascendente, pues ella legitima la existencia y ejercicio de la expropiación. Si aquella no existe, no hay razón para imponer la traslación de bienes.

Las potestades expropiatorias consisten en aquella cuota de poder otorgada al legislador para procurar la Seguridad Nacional y las Necesidades Públicas usando para ese propósito bienes inmuebles, lo que supone que sus titulares

---

[61] RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, José María. “Las garantías constitucionales de la propiedad y de la expropiación forzosa a los treinta años de la Constitución española”, en *Revista de Administración Pública*, No. 177, Madrid, 2008, CEPC, p. 190.

deberán soportar el despojo de los mismos en beneficio de la comunidad. Otra manera de explicar lo dicho es sosteniendo que existen circunstancias objetivas que hacen que un bien se convierta en necesario para el bien común, esa situación se gobernará por criterios de justicia distributiva, pues para que todos sean beneficiarios del bien, se justifica la expropiación.

Las garantías que incorpora la expropiación son las siguientes: (i) *reserva de ley*; (ii) *ratio expropriandi*; (iii) *indemnización justipreciada*; y, (iv) *procedimiento expropriatorio*.

La Ley expropiatoria debe ser publicada, además, debe contener, por lo menos, la declaración expresa de expropiación, la *ratio expropriandi*, el destino de los bienes y que, por lo menos, no excluya el derecho de indemnización que corresponderá a los afectados. Es decir, no bastará con que se dicte una Ley que declara la expropiación, sino que la Ley además deberá conocerse y ser precisa en su contenido y alcances.

La Ley expropiatoria, al ser ley especial, debe justificarse en la “naturaleza de las cosas”, en elementos objetivos que justifiquen el despojo de bienes. Tal justificación exige que la Ley señale la *ratio expropriandi* (Seguridad Nacional o Necesidad Pública) y el destino que tendrán los bienes para cumplirla.

La Seguridad Nacional es un concepto jurídico indeterminado con *extensión indefinida*, pero cuyo contenido se refiere a la protección de la soberanía del Estado ante conflictos con agentes exteriores o internos que buscan acabar, separar o mermar al actual Estado democrático de Derecho o el actual régimen político. Debe ser distinguida de la Seguridad Ciudadana que hace referencia al Orden Interno a la preservación de la paz, tranquilidad y seguridad de los ciudadanos.

La Necesidad Pública implica el reconocimiento al legislador de potestad discrecional, pero no arbitraria, para expropiar. Aquel define el contenido de la Necesidad Pública a cumplir y la medida que servirá a dicho fin, lo que no exime al Legislador de adoptar una decisión justificada, real, y no arbitraria.

La aplicación del concepto jurídico indeterminado o el ejercicio de potestades discrecionales por parte de la Ley expropiatoria, pueden ser objeto de los siguientes controles materiales: (i) Desviación de poder: sólo se justifica el ejercicio de la potestad de expropiación cuando se trate del despojo de bienes destinados a un uso favorable para la sociedad; (ii) Hechos determinantes, la Ley debe sustentarse en necesidades reales, que se deriven de las circunstancias existentes al momento de dictarse; (iii) Razonabilidad: deben derivarse de la Ley los motivos implícitos que llevaron a elegir determinada opción expropiatoria; (iv) proporcionalidad, el despojo de bienes ser necesario, no siendo posible una afectación menor para alcanzar el fin perseguida.

La indemnización justipreciada busca reemplazar económicamente la afectación (material e inmaterial) padecida, lo que incluye el valor del bien y los

perjuicios derivados del despojo, crear una situación de indemnidad patrimonial en el expropiado.

La expropiación no elimina el derecho de propiedad, sino que genera que ese derecho recaiga en bienes de distinta naturaleza: la indemnización justipreciada. El contenido esencial de la propiedad no garantiza la titularidad sobre determinado bien, sino una situación de indemnidad patrimonial.

La indemnización justipreciada está gravada con el impuesto a la renta, lo que lesiona el principio de capacidad contributiva, dado que allí no hay ganancia alguna, sino una situación de equilibrio económico, la situación económica del afectado sería la misma antes y después de la expropiación. Por el contrario, la indemnización justipreciada estaría inafecta a todo tributo, dado que todo gravamen quebraría ese equilibrio patrimonial que el constituyente busca mantener indemne.

El procedimiento administrativo de expropiación inicia con la resolución reglamentaria que determina el sujeto activo y el sujeto pasivo de la expropiación, así como el monto de la indemnización justipreciada. Si el afectado no está de acuerdo con la suma, deberá de demandarse la expropiación, de modo que sea el juez quien autorice la transferencia del bien y se pronuncie sobre la reparación.

El procedimiento expropiatorio no otorga contradictorio al expropiado, pues éste no puede cuestionar la *ratio expropriandi*, ni el monto ofertado, lo que no lo convierte en inconstitucional, dado que allí no se resuelve casi nada, pues la Administración no realiza la transferencia del bien, ni define el monto final de la indemnización justipreciada, mucho menos discute aspectos relacionados con la validez o vigencia de la expropiación.

El afectado también podrá activar las vías jurisdiccionales para formular como pretensiones la caducidad, nulidad de la expropiación, la reversión, para solicitar la expropiación total de sus bienes o para cuestionar y fijar el monto de indemnización justipreciada.

El ordenamiento jurídico nacional es bastante garantista del derecho de propiedad, pues prevé que la transferencia de propiedad sólo se realice mediante la aceptación voluntaria (directa o tácita) del afectado o mediante mandato de un Juez, y nunca mediante una decisión administrativa.

\* \* \* \* \*



# MINERÍA Y CONFLICTO SOCIAL EN EL PERÚ: LOS PRINCIPIOS DE LA CONSTITUCIÓN ECONÓMICA PERUANA EN MATERIA DE INVERSIÓN

ERNESTO ÁLVAREZ MIRANDA\*  
CAROLINA CANALES CAMA\*\*

**SUMARIO:** *I. Introducción. II. El marco constitucional de la Inversión. III. Propuesta de diseño constitucional de tratamiento y gestión del conflicto social. IV. A manera de conclusión.*

## I. INTRODUCCIÓN

Perú, es la segunda economía más grande de Latinoamérica de acuerdo con el *2013 Doing Business Report* del Banco Mundial (sólo después de Chile), Según el INEI la producción nacional en el año 2012 registró un crecimiento de 6,29%, con lo que se contabilizan 14 años de expansión ininterrumpida, sustentada por el resultado positivo de casi todos los sectores, con excepción del sector pesca<sup>[1]</sup>. Lo cual se ve reforzado con solidez macroeconómica que se expresa en bajas tasas de inflación, superávit fiscal y comercial, y adecuado nivel de las reservas internacionales netas.

Nuestro país es el tercer productor mundial de cobre y zinc, y en el año 2011, las exportaciones de minerales, petróleo y gas natural ascendieron a un

---

\* Ex Presidente del Tribunal Constitucional del Perú. Profesor de Derecho Constitucional y Doctor en Derecho por la Universidad San Martín de Porres

\*\* Asesora jurisdiccional del Tribunal Constitucional. Profesora de la Universidad San Martín de Porres y de la Academia de la Magistratura. Egresada de la Maestría de Derecho Constitucional de la PUCP.

[1] Ver: [www.inei.gob.pe](http://www.inei.gob.pe)

total \$32 billones, lo que representa el 69.7% de las exportaciones totales del país<sup>[2]</sup>.

No obstante, hoy más de 200 diferentes proyectos de explotación de recursos naturales están inmersos en conflictos sociales, y las principales discordancias se dan en el ámbito del daño ambiental y la contaminación del agua. De acuerdo con la Sociedad Nacional de Minería, Petróleo y Energía (SNMPE) en el 2013 se invertirá 13% menos de lo proyectado debido a los altos índices de conflictividad social.

A manera de referencia, en junio del año 2012 los \$5 billones invertidos por *Newmont Mining Corp* en el proyecto “Conga” se paralizaron, culminando la permanente tensión con el saldo lamentable de la muerte de 5 personas. Otras empresas que han suspendido proyectos mineros son *Southern Copper Corp.*, *Zijin Mining Group Co. Ltd.* y *Bear Creek Mining Corp.*

El escenario viene determinado por la evaluación constante de “riesgos sociales” y “movimientos antimineros”. Nosotros no pretendemos una visión maniqueísta que conduce a la polarización y a la imposibilidad de construir mecanismos de diálogo. Creemos que corresponde al Estado la determinación de las vías institucionales a fin que los grupos nucleados puedan ejercer sus pretensiones jurídicas, sociales y culturales. Sólo de esta forma se promoverá el ejercicio deseable de la defensa de derechos y búsqueda de reconocimiento a través de cauces sistémicos, evitando que estos grupos recurran a la violencia.

A fin de lograr ilustrar estas ideas, daremos un breve recuento acerca de lo que nosotros entendemos como el marco constitucional de la inversión. Así, veremos las relaciones existentes entre la inversión privada en el modelo del Estado social y democrático de Derecho y la economía social de mercado. Inmediatamente, enfocaremos la aplicación de dichos conceptos a la explotación de recursos naturales, con especial referencia a las actividades extractivas. En el siguiente apartado, desarrollaremos las fuerzas sociales que se vinculan con la inversión minera, para lo cual realizaremos una propuesta de diseño constitucional de tratamiento y gestión del conflicto social. Finalizaremos con algunas reflexiones sobre el modelo económico peruano en clave de perspectiva y prospectiva constitucional.

---

[2] Ver: <http://www.mincetur.gob.pe>

## II. EL MARCO CONSTITUCIONAL DE LA INVERSIÓN

### 2.1. *Inversión y regulación*

La Constitución garantiza la inversión privada, reconociendo la libertad de empresa, comercio e industria (artículo 59°). De igual modo brinda protección a la iniciativa privada (artículo 58°) y facilita y vigila la libre competencia (artículo 61°), entre otras libertades. Su reconocimiento lleva aparejado el establecimiento de límites, pues su ejercicio “no debe ser lesivo a la moral, ni a la salud, ni a la seguridad pública” (artículo 59°). Es por ello que desde el ordenamiento se protege determinada actividad empresarial, dejando sin protección a aquella que contravenga los límites impuestos en el artículo 59°, y además, a aquellas que vulneran los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución.

La inversión puede ser definida como aquella acción mediante la cual los agentes económicos –personas e instituciones involucradas en el proceso económico por medio de fondos propios o ajenos– realizan la compra de activos físicos, bonos, acciones, etc., con el propósito de obtener una serie de beneficios futuros. Es decir, significa el ingreso de dinero, insumos, equipos, etc. La razón por la cual se protege es porque facilita la dinámica económica de un país; conllevando aportes tecnológicos, coadyuvando para fomentar una más eficiente organización empresarial y trasladando su *know how* –conocimientos, procedimientos, métodos de elaboración, utilización de medios necesarios o aportes de información secreta, entre otros–<sup>[3]</sup>.

El Tribunal Constitucional además ha insertado la inversión privada en el modelo del Estado social y democrático de Derecho y la economía social de mercado, expresando:

La Economía Social de Mercado condiciona la participación de los grupos económicos en armonía con el bien común y el respeto del interés general, estableciendo límites para que la democracia constitucional no sea un espacio donde se impongan las posiciones de los más poderosos económicamente en detrimento de los bienes jurídicos protegidos constitucionalmente. En el Estado Social y Democrático de Derecho el crecimiento económico no puede ni debe reñirse con el derecho a la plenitud de la vida humana; no puede superponerse al resguardo de la dignidad de la persona, que constituye la prioridad no sólo del Estado, sino de la sociedad en su conjunto.

Lo “social” se define aquí desde tres dimensiones: como mecanismo para establecer legítimamente algunas restricciones a la actividad de los privados; como una cláusula que permite optimizar al máximo el principio de solidari-

[3] STC N.º 0018-2003-AI.

dad, corrigiendo las posibles deformaciones que pueda producir el mercado de modo casi “natural”, permitiendo, de este modo, un conjunto de mecanismos que permitan al Estado cumplir con las políticas sociales que procuren el bienestar de todos los ciudadanos; y, finalmente, como una fórmula de promoción del uso sostenible de los recursos naturales para garantizar un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de la vida<sup>[4]</sup>.

El carácter social de nuestro régimen determina que el Estado no pueda permanecer indiferente ante las actividades económicas de los particulares, pero hay una idea esencial: toda limitación a un derecho constitucional (incluidos los de contenido económico) debe estar justificada en su razonabilidad y proporcionalidad.

En una economía social de mercado, tanto los particulares como el Estado asumen deberes específicos; en el primer caso, el deber de ejercitar las referidas libertades económicas con responsabilidad social, mientras que, en el segundo, el deber de ejercer un rol vigilante, garantista y corrector, ante las deficiencias y fallos del mercado, y la actuación de los particulares.

De esta manera suscribimos la idea de base que, “por un lado, el mercado no es perfecto, por lo que la regulación puede ser requerida; por el otro, debe admitirse que el bienestar económico –si bien es un valor pasible de protección constitucional– no es el único valor querido ni perseguido por la sociedad. Estas pretensiones (tanto la existencia de fallas como la persecución de otros valores), sin embargo, deben estar ampliamente sustentadas en la realidad, no bastando su mera invocación”<sup>[5]</sup>. Con lo cual llegamos al reconocimiento que los valores e intereses esenciales que integran el orden público constitucional deben ser tutelados por el Estado en el marco dado por del cumplimiento de sus deberes (artículo 44° de la Constitución) y del principio de subsidiaridad (artículo 60° de la Constitución).

Desde la teoría económica del Derecho se ha postulado que las normas se justifican en tres tipos de razones: las de *eficiencia económica*, las *preferencias distributivas* y otras consideraciones de *justicia*, como la moral y la compatibilidad de las normas con el respecto de derechos fundamentales<sup>[6]</sup>. Por ejemplo, una norma que prohibiera la inversión privada en minería en alguna zona del país podría ser querida por pretensiones de justicia, pero sería incompatible con la eficiencia.

[4] STC N.º 0048-2004-PI (fundamentos 15 y 16).

[5] SÚMAR ALBÚJAR, Óscar. “Derecho empresarial y Constitución: Límites constitucionales a la libertad de empresa y a su regulación (un análisis de casos)”. En: *Themis*, Lima, N.º 55, 2008, p. 267.

[6] CALABRESI, Guido. *A Common Law for the Age of Statutes*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1982; también se puede revisar del mismo autor, *The Costs of Accidents: A Legal and Economic Analysis*. New Haven, Connecticut: Yale University Press, 1970, pp. 24-33.

Los tres tipos de justificaciones interactúan en el texto constitucional buscando consensos en torno a su aplicación y sustentando la intervención estatal. Los reguladores –el Parlamento, los jueces al resolver casos concretos, entre otros– deberán respetar el marco de reglas de juego establecido a nivel constitucional, evitando ser “capturados” por los intereses particulares de grupos organizados en torno al poder. Lo cuales pueden provenir, por ejemplo, en el caso del sector minero de las propias empresas, las comunidades campesinas, frentes de defensa y otras colectividades, además de diversos agentes del Estado, desde funcionarios del Gobierno central hasta autoridades locales y regionales, todos ellos entran en relaciones complejas, enfrentado sus propios puntos de vista y posiciones sobre los procesos que los afectan.

## 2.2. *La explotación de recursos naturales. El caso de la inversión minera*

Luego de establecido el marco constitucional de la inversión, nos centraremos ahora en desarrollar algunas de las especificidades de la explotación de recursos naturales, con especial referencia a la minería.

El carácter esencial de los recursos naturales, conforme al artículo 67° de la Constitución, permite justificar la reserva de su titularidad, con la finalidad última de ordenar o regular el uso general y explotación de los recursos (p. ej. las minas), fijando un orden de preferencia, en función del interés público, y de establecer límites en cuanto al posible alcance del derecho de propiedad privada sobre el suelo, cuando los recursos se encuentran en el subsuelo<sup>[7]</sup>.

Así establecida la reserva constitucional de determinados bienes al dominio público atendiendo a su carácter esencial -normalmente escasos y no renovables, como son los minerales-, cumple la función de ordenar y racionalizar su explotación y utilización; mas ello no justifica una reserva en términos absolutos, y que tenga tal entidad y naturaleza que pueda desvirtuar los principios del modelo económico contenido en la Constitución, la libertad de empresa y demás libertades económicas (artículo 59°), el principio de justicia social, de igualdad jurídica y los derechos y libertades de los administrados<sup>[8]</sup>.

De acuerdo a la *Ley N.° 26821, Orgánica para el Aprovechamiento Sostenible de los Recursos Naturales*, serán leyes especiales dictadas para el aprovechamiento sostenible de cada recurso natural las que precisarán las condiciones, términos, criterios y plazos para el otorgamiento de los derechos, incluyendo los mecanismos de retribución económica al Estado por su otorgamiento, el

[7] GÓMEZ-FERRER MORANT, Rafael. “La reserva al sector público de recursos o servicios esenciales”. En: *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*, Tomo V: Economía y Hacienda. Madrid: Civitas, 1991, pp. 3825-3826.

[8] STC N.° 0048-2004-PI (fundamento 107).

mantenimiento del derecho de vigencia, las condiciones para su inscripción en el registro correspondiente, así como su posibilidad de cesión entre particulares.

Dicha norma dispone también que los recursos naturales deban *aprovecharse en forma sostenible* que implica el manejo racional de los recursos naturales teniendo en cuenta su capacidad de renovación, evitando su sobreexplotación y reponiéndolos cualitativa y cuantitativamente, de ser el caso. Para los recursos no renovables consiste en la explotación eficiente de los mismos, bajo el principio de sustitución de valores o beneficios reales, evitando o mitigando el impacto negativo sobre otros recursos del entorno y del ambiente.

De las industrias extractivas (minería, petróleo o gas) que se encuentran inscritas dentro del esquema de la explotación de recursos naturales del subsuelo, haremos referencia a la minería porque es la que ha causado el mayor impacto económico y social en nuestro país. La *inversión minera* llegó a Sudamérica entre 1990-2001, siendo Chile y Perú los países que recibieron la mayor parte. Estos dos países se vieron favorecidos no sólo por su especial geografía, sino, y sobre todo, por las profundas reformas neoliberales en el ámbito económico que implementaron sus respectivos gobiernos.

En el Perú, la mayor parte de esta actividad se encuentra concentrada en las regiones altoandinas caracterizadas por economías agrarias históricamente postergadas y significativas poblaciones de indígenas y campesinos. Cuando se inició la etapa de explotación minera en la década del 90, hubo un elemento importarte. Las inversiones en el sector eran percibidas como necesarias por su aporte para dinamizar una economía moribunda. A partir de entonces a la fecha, su importancia creciente en la economía del país se ve reforzada por los altos precios internacionales de los metales y la generación de rentas por el pago de tributos y en algunos casos, por naturaleza de canon.

Sin embargo, la inversión minera se encuentra puesta en entredicho. Desde una visión económica diremos que lo que está en discusión son los costos a la sociedad (costos de transacción) que genera esta actividad económica. La dinámica de los agentes en el mercado para producir riqueza no siempre será compatible con otros valores que la sociedad estima de primer orden (recogidos en la propia Constitución) como la tutela de los derechos fundamentales, la protección del medioambiente o la justicia distributiva. Desde este punto de vista, “la regulación no es un sustituto del mercado, sino una condición para la preservación de valores de la sociedad, que no pueden ser alcanzados y hasta pueden ser contradichos por el mercado”<sup>[9]</sup>. Diremos nosotros, la regulación es el presupuesto para la preservación del orden público constitucional.

---

[9] SÚMAR ALBÚJAR, Óscar. “Derecho empresarial y Constitución: Límites constitucionales a la libertad de empresa y a su regulación (un análisis de casos)”. En: *Themis*, Lima, N.º 55, 2008, p. 268.

De allí, que la inversión minera deba ser estructurada, funcionalizada y disciplinada normativamente, a fin de establecer un marco general que reduzca sus costos aunque sin impedir la actividad misma. En este punto referiremos un ejemplo que grafica bien lo señalado. La extracción de recursos naturales pone en evidencia un vínculo, y por supuesto también la tensión, entre la producción económica y el derecho a un ambiente equilibrado adecuado al desarrollo de la vida. Por ello, estas actividades económicas tienen una relevancia especial, y deberán estar sujetas a principios propios<sup>[10]</sup>:

- i) el principio de desarrollo sustentable
- ii) el principio de prevención
- iii) el principio de restauración
- iv) el principio de mejora
- v) el principio precautorio
- vi) el principio de compensación

El respeto de estos principios, que son desarrollados e implementados por el Legislador, debe enmarcar la minería –a saber, también, el resto de industrias extractivas en el país–. En suma, resultan superadas las visiones que pretenden apoyar su razonamiento en el derecho de igualdad y las libertades económicas para configurar un sector económico que esté sujeto a una regulación especial, e incluso, desregulado. Nuestro orden constitucional admite leyes especiales siempre que la naturaleza de las cosas así lo exija (artículo 103° de la Constitución).

Por tanto, la explotación de recursos naturales no renovables como los minerales, desde luego no está desregulada y tampoco cuenta con licencias especiales que lo eximan de la compensación o indemnización de daños cuando estos ocurrieran. Además en los casos dispuestos por la Constitución debe garantizarse la co-participación de las riquezas, tal como se señalará en el punto siguiente.

### *2.3. El esquema de la inversión privada deseada por la Constitución*

La Constitución peruana protege la inversión. La razón de invertir en términos contemporáneos no es sólo una tasa de rendimiento, sino el ejercicio de la libertad financiera manteniendo la exposición de riesgos en niveles razonables como en estructura temporal. Lo perseguido entonces es que la regulación, la Administración y la propia actuación de las empresas se orienten hacia principios y criterios que busquen la reducción de riesgos.

---

[10] STC N.º 0048-2004-PI (fundamento 18).

Mediante la sentencia recaída en el Caso Conga<sup>[11]</sup>, el Tribunal Constitucional desarrollo un planteamiento sobre qué tipo de inversión privada, en materia de extracción de recursos naturales con particular alusión a la minería, es la que se encuentra protegida por la Constitución.

Así, deben considerarse cuatro puntos esenciales que son evaluados al realizarse un análisis de este tipo. Siendo que a continuación haremos mención a cada una de estas reglas con un examen crítico.

### 2.3.1 Aspectos relativos a la prevención de conflictos y de posibles daños que puedan generar determinada inversión en recursos naturales

La Responsabilidad Social Empresarial (RSE) alude a la gestión que imbrica la relación ética y transparente de la empresa con todos los públicos con los cuales se relaciona y por el establecimiento de metas empresariales que mantengan una correspondencia con el desarrollo sostenible de la sociedad. En el mismo sentido, la RSE ha sido definida por la Comisión Europea como “la integración voluntaria, por parte de las empresas, de las preocupaciones sociales y medioambientales en sus operaciones comerciales y sus relaciones con sus interlocutores”<sup>[12]</sup>.

En este punto quisiéramos hacer una precisión de concepto. El Tribunal Constitucional ha señalado que “la RSE constituye una conducta exigible ineluctablemente a la empresa”<sup>[13]</sup>. Al respecto, esta afirmación de principio que busca fijar una obligación jurídica no la suscribimos, en tanto desnaturaliza el alcance y contenido de la RSE: su voluntariedad y no exigibilidad por terceros, especialmente por los beneficiarios de esa acción. Por tanto, cubre por excelencia los ámbitos no regulados,

La RSE es de naturaleza eminentemente voluntaria, y ello es deseable porque promueve la participación, y la búsqueda creativa de necesidades no atendidas o emergentes de la comunidad. Este carácter hace que no deba ser entendida como una obligación legal o como un procedimiento administrativo. La responsabilidad social implica así “la incorporación de acciones coherentes, organizadas de manera sistémica, pero a su vez de conductas, filosofía de acción, actitudes”<sup>[14]</sup>.

[11] STC N.º 0001-2012-PI.

[12] COMISIÓN EUROPEA. *Libro Verde. Fomentar un marco europeo para la responsabilidad social de las empresas*, 18.7.2001, COM/2001/0366 final, párrafo 20. En: <http://eur-lex.europa.eu>

[13] STC N.º 03343-2007-PA, fundamento 21; STC N.º 0001-2012-PI (fundamento 45).

[14] PULGAR VIDAL, Manuel. “Responsabilidad social y política ambiental: complementariedades y retos”. En: *Derecho PUCP. Revista de la Facultad de Derecho*, Lima, Fondo Editorial PUCP, N.º 64, 2010, pp. 223.

La actividad empresarial esencialmente lucrativa no se opone a asumir una responsabilidad social que tiene diversos ámbitos de aplicación, como el interno: relativo al respeto de los derechos laborales de los trabajadores y al clima laboral, así como al buen gobierno corporativo; y el externo, que enfatiza más las relaciones entre la empresa y la comunidad y su entorno<sup>[15]</sup>.

En cuanto a las empresas dedicadas a la extracción de recursos naturales, especialmente las mineras, como parte de la RSE deben establecer mecanismos a fin de prevenir daños ambientales y conflictos sociales, lo que permitiría desarrollar su actividad empresarial en armonía con la comunidad. El ámbito externo, que interesa para efectos de nuestro análisis, podría incluir las siguientes obligaciones:

- i) desarrollar una estrategia previsoras del impacto ambiental;
- ii) internalizar ciertos costos que le permitan prevenir el origen o escalamiento de conflictos sociales;
- iii) revelar completamente la información acerca de los costos y beneficios del proyecto;
- iv) facilitar a la comunidad el acceso de expertos independientes; y,
- v) plantear un primer nivel de consenso con los pobladores de la zona a fin de apreciar sus preocupaciones.

De forma que, una correcta política de RSE en su componente externo puede conducir a obtener lo que ha venido en denominarse la *licencia social*, que se define como el grado de aprobación que el entorno social, la comunidad o la población le otorgan a la actividad minera. Su consecución no permite obtener un documento de certificación, y su obtención no garantiza un plazo determinado de vigencia. Ese es el reto de la licencia social, ya que su naturaleza obliga a mantener las condiciones de forma tal que el entorno no prive a la actividad de esta licencia; ello requiere seguimiento, adaptación, diálogo permanente y participación<sup>[16]</sup>.

Empero, este carácter voluntario de la RSE no significa que no deban dictarse algunas regulaciones especiales que la promocionen, en marcos como el tributario, entre otros. De forma que corresponde al Estado crear las condiciones adecuadas para que la RSE pueda realizarse<sup>[17]</sup>, a saber:

[15] STC N.º 0001-2012-PI (fundamento 47).

[16] PULGAR VIDAL, Manuel. "Responsabilidad social y política ambiental: complementariedades y retos". En: *Derecho PUCP. Revista de la Facultad de Derecho*, Lima, Fondo Editorial PUCP, N.º 64, 2010, pp. 223

[17] PWC Perú. "Corporate Social Responsibility in the Peruvian mining sector" (enero 2012). Disponible en: <http://www.pwc.com/pe>

- i) fortalecer la capacidad gubernamental;
- ii) definir y delimitar claramente las zonas mineras; y,
- iii) reconocer y garantizar los derechos fundamentales de las partes en conflicto: derecho de consulta y libertades económicas, principalmente.

Analizando el mismo fenómeno en clave de teoría económica diremos que el razonamiento de este tipo de inversionistas –los que incorporan componentes de RSE–, cuya satisfacción es mayor a la de aumentar su rentabilidad neta, favorece al Estado y a toda la sociedad dado que generan resultados más cercanos al Óptimo de Pareto<sup>[18]</sup>.

Si X invierte en el fondo de empresas mineras (Fondo Minero) obtendrá una rentabilidad de 10% de lo invertido, mientras que si lo hace en empresas que tengan en común la práctica de la RSE (Fondo RSE) obtendrá una rentabilidad de 9%. La decisión más eficiente para X, en principio, será invertir en el Fondo Minero. Mientras tanto, la sociedad, destinataria de sus fondos, recibirá un monto mínimo proveniente de la recaudación tributaria después de descontar los daños ambientales que las empresas generan. Por otro lado, si X decide invertir en el Fondo RSE, su rentabilidad como inversionista será de 9% de lo invertido en principio, mientras que para el Estado será un monto alto, obtenidos a partir de la recaudación tributaria y de la inversión social (RSE) realizada por las empresas constituyentes del fondo. Esto se explica porque la inversión en una empresa que genera externalidades negativas promueve, a su vez, que más empresas las generen a efectos de aumentar su rentabilidad y obtener el financiamiento necesitado. En el futuro, las externalidades negativas generadas por las empresas aumentarían hasta llegar a afectar al propio inversionista y serían al final de cargo del Estado, y por tanto de los contribuyentes, entre estos el inversionista y las empresas.

En conclusión, la Constitución no prohíbe que la empresa pueda realizar actividad extractiva de recursos naturales; lo que persigue la Constitución es que dicha actividad se realice en equilibrio con el entorno y con el resto del espacio que configura el soporte de vida y de riqueza natural y cultural. De lo contrario, si la actividad empresarial genera pasivos ambientales o sociales, se habrá cumplido seguramente con la finalidad de lucro; sin embargo, a un costo que el Estado y la sociedad no estarán dispuestos a soportar. La RSE es un excelente instrumento que surgiendo del ámbito de la autonomía de la voluntad, demuestra ser adecuada para la consecución de fines sociales y realización del orden público constitucional.

---

[18] El ejemplo que se presenta ha sido tomado de: ASPÍLLAGA ALAYZA, Víctor. “La responsabilidad social empresarial: conciencia, solidaridad y eficiencia” En: *Derecho PUCP. Revista de la Facultad de Derecho*, Lima, Fondo Editorial PUCP, N.º 64, 2010, pp. 358-359.

### 2.3.2 *Fiscalización estatal de la actividad privada a fin de determinar si cumple con los estándares nacionales e internacionales de protección*

Es el Estado, y particularmente la Administración la que debe fiscalizar el cumplimiento de los estándares nacionales y también los estándares internacionales, a fin de evitar extralimitaciones por parte de las empresas que invierten en el país. El Estado tiene el deber de vigilar su cumplimiento así como su maximización. De igual forma debe diseñar políticas, que según el caso, beneficien la principal actividad económica de las poblaciones afectadas, como por ejemplo, la actividad agrícola, de pastoreo, o la pesca.

Este es un aspecto neurálgico, ya que no puede negarse que en varios casos, la ausencia fiscalizadora del Estado ha puesto en evidencia su debilidad institucional. En tal sentido, la Administración debe elaborar verdaderos planes de control de la actividad económica de las empresas dedicadas a la extracción de minerales. Y es que de nada sirve tener reglas claras en un contexto en que el problema histórico ha sido la implementación de tales medidas. La imposición de multas así como la utilización de tales montos debería ser más transparente a fin de que la población pueda fiscalizar tal actividad estatal.

En este punto, cabe referir la experiencia del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA) y el Servicio Nacional de Certificación Ambiental para las Inversiones Sostenibles (SENACE) que son actualmente los órganos del Estado que tienen la responsabilidad de revisar los Estudios de Impacto Ambiental (EIA) de los grandes proyectos de industrias extractivas<sup>[19]</sup>.

Sin embargo, encontramos aún un escenario de debilidad institucional, pues de los S/. 76 millones en multas impuestas por el OEFA, sólo se ha pagado el 10.5%. El 85.6% de las multas fueron suspendidas judicialmente, y el saldo de 3.9% está en trámite<sup>[20]</sup>.

Compartimos la observación que SENACE debió atraer a los especialistas del Ministerio de Energía y Minas. Además, se debe institucionalizar el concurso de las mejores consultoras ambientales para apoyar al Estado en una fiscalización ambiental efectiva. El paradigma que se propone es claro: la evaluación y la supervisión ambiental deben hacerse con la asesoría de las mejores empresas privadas, asociados con los mejores técnicos estatales de nuestro

[19] La situación bajo comentario ha sido presentada y analizada por: SECADA, Pablo. *Fiscalización ambiental y leyes (formalistas)*. Blog Reformas incompletas del Instituto Peruano de Economía. Diario Gestión (27/03/2013). Disponible en: <http://blogs.gestion.pe/reformasin-completas/>

[20] Informe del Ministro del Ambiente, Manuel Pulgar Vidal ante la Comisión de Pueblos Andinos, Amazónicos y Afroperuanos, Ambiente y Ecología del Congreso (Marzo 2013).

país. Pero para ello se requiere acción política del Congreso, el Ministerio del Ambiente y la Oficina de Control de la Magistratura (OCMA) para evitar que desde el Poder Judicial se siga menoscabando el sistema de fiscalización ambiental que nuestro país necesita.

### *2.3.3. Reparaciones integrales en caso de afectación a la población*

Se dirige a atender las situaciones en caso de la ocurrencia de daños contra terceros. En tal sentido, si la actividad empresarial genera daños estos no sólo deben ser sancionados por la Administración, sino que deben generar una reparación inmediata, justa y proporcionada, a las personas directamente afectadas<sup>[21]</sup>.

Para lo cual el Estado deberá poner a disposición de los ciudadanos información y asistencia legal gratuita para que pueda demandarse en sede judicial sus derechos. Por su parte, los órganos jurisdiccionales tienen el deber de considerar los daños provocados de manera integral a fin de, si es que se determinara fehacientemente, ordenar el pago indemnizatorio proporcional a los daños sufridos.

### *2.3.4. Concretización del 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 sólo el artículo 66° de la Constitución sino también el principio de solidaridad. La consecuencia esperada de su aplicación es que tales recursos sean utilizados a fin de empoderar a las sociedades circundantes al área de donde se extraen los recursos naturales. Concretizar esta idea, no obstante, requiere no sólo de tales recursos financieros sino de recursos humanos preparados para poder plantear las políticas de desarrollo verdaderamente necesarias y técnicamente idóneas. Por ejemplo, debería estar considerado que las entidades que reciben el canon, tengan personal realmente capacitado para poder administrar la riqueza, privilegiándose proyectos de inversión a favor de la educación y la salud<sup>[22]</sup>.

Cuando un pueblo indígena se ve perjudicado por la expropiación de su territorio se puede vulnerar algo más que su derecho fundamental a la propiedad. Se pone en riesgo también la propia existencia del pueblo indígena y sus valores espirituales. Es por ello, que la obligación del Estado no debe remitirse al pago de un justiprecio, sino que debe ir más allá, hacia un beneficio com-

---

[21] STC N.º 0001-2012-PI (fundamento 54).

[22] STC N.º 0001-2012-PI (fundamentos 60 y 61).

partido. 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 la continuidad de su existencia y, sobretodo, el mejoramiento de la calidad de vida. Sólo 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. De igual forma tendrá que considerarse ello cuando la indemnización sea consecuencia de intervenciones sobre propiedad de los pueblos indígenas tales como la servidumbre<sup>[23]</sup>.

Si bien el actual Gobierno está trabajando para brindar amplios programas sociales en las comunidades más alejadas del país (por ejemplo, el Programa JUNTOS). Creemos que debe haber a su vez un mayor nivel de compromiso directo de las empresas mineras para generar riqueza entre las poblaciones alejadas a los proyectos extractivos, auspiciadas por políticas claras y coherentes del Estado.

Evidentemente alcanzar el equilibrio entre inversión y justicia distributiva no es consecuencia de la labor de una sola entidad pública sino del Estado, de la sociedad y de las empresas en su conjunto dentro de un plan de acción que progresivamente comience a brindar prestaciones y servicios adecuados para el bien común

### III. PROPUESTA DE DISEÑO CONSTITUCIONAL DE TRATAMIENTO Y GESTIÓN DEL CONFLICTO SOCIAL

#### 3.1. *Conflictividad social en el Perú y minería*

La tierra siempre ha sido un factor de disputa política en el Ande. Las actividades mineras requieren de extensiones superficiales de tierra, limitando el uso tradicional que las comunidades daban a estas tierras, en su mayoría, actividad agrícola de subsistencia.

Por ejemplo, esto es lo que sucedió con las minas de tajo abierto que demandan grandes extensiones de tierra en Cajamarca, desde el principio el primer punto de descontento con la población. Sin embargo, durante la década del 90 hubo un adecuamiento a esta dinámica, siendo que las comunidades vendían sus tierras a precios elevados para el mercado local a medida que

[23] STC N.º 0022-2009-PI (fundamento 52).

iban dándose cuenta de la real capacidad de pago de la empresa y sus representantes.

A partir del año 2000 se inicia una nueva etapa en medio de un contexto internacional favorable, en el que los desequilibrios entre la oferta y la demanda minera a nivel mundial han mantenido niveles excepcionalmente altos en las cotizaciones de los principales metales, las inversiones mineras volvieron a aumentar de manera significativa, sobre todo en exploración. ¿Sin embargo, era posible pensar en una nueva etapa de expansión minera como la que se vivió en la década de 1990, sin cambios sustantivos en las reglas de juego?<sup>[24]</sup>

Los hechos nos demostraron que no. Incidentes como los reportados en el cerro Quilish, en el campamento de La Granja o en Combayo (Cajamarca), en Tintaya (Cusco) o Tambogrande y Majaz (Piura), entre otros, fueron señales de un clima de tensión, con episodios de violencia abierta. Además, con la difusión mediática de los acontecimientos de 2009 ocurridos en Bagua, la ciudadanía tuvo la oportunidad de colocar en el debate público la actuación de los movimientos sociales amazónicos. Determinando un aparente punto de no retorno con visos de radicalización.

Siendo que siempre ha habido conflictos sociales alrededor de la inversión minera en nuestro país. La pregunta que corresponde plantear es: ¿cuáles son los factores que han conducido a la exacerbación de estos conflictos en los últimos años? La lógica de estos conflictos es difícil de descifrar por la cantidad de factores que comprenden. Esta situación es un reto para todos los actores involucrados: representantes del Estado, de la sociedad civil, del empresariado y de la población en general. Algunas de las posibles explicaciones ensayadas es que el conflicto ha sido copado por sectores radicales y populistas marcando una fuerte ideologización. Otra lectura reconoce que estamos ante el fenómeno de grupos que se han nucleado para canalizar su tradicional disconformidad frente a un Estado centralista.

Se suman, además, otros elementos psicológicos bajo formas cotidianas de resistencia de amplio espectro. Por ejemplo, las poblaciones por desconfianza se niegan a usar el agua que viene de la mina, incluso si está tratada y certificada. De otro lado, rechazan el cuestionamiento de la habilidad para controlar en “su” territorio lo que entienden como recursos “propios”. Incluso, el sentimiento de desposesión<sup>[25]</sup> proveniente de la “colonización” de la tierra; los recursos

[24] DE ECHAVE, José y Otros. *Minería y conflicto social*. Lima: Instituto de Estudios Peruanos, CIPCA, Centro Bartolomé de las Casas, DES, 2009, pp. 341.

[25] BEBBINGTON, Anthony y Otros. “Mining and social movements: struggles over livelihood and rural territorial development in the Andes”. En: *World Development*, Vol. 36, N° 12, Elsevier, 2008, pp. 2888-2905.

en sí mismos (agua, minerales); sus formas de vida; y, los beneficios legales y excepciones a favor de las empresas inversoras.

Ahora, ¿acaso no es posible descifrar la dinámica del conflicto social? Creemos que sí, y ese es el esfuerzo al cual debemos orientarnos. Para ello, tomemos como punto de partida la agenda actual de los conflictos sociales. Ésta se encuentra determinada por el reclamo frente a las empresas mineras, de un lado, por el daño ambiental causado, y de otro, la insuficiente inversión de las empresas en programas de responsabilidad social diseñados a beneficiar a las comunidades en las cuales operan.

Reconocemos que el medio ambiente y el desarrollo son los elementos que marcan la pauta actual de los conflictos. Lo cual nos parece importante anotar porque pareciera haberse efectuado un cambio cualitativo en las reivindicaciones sociales. Frente a las tesis que pretenden reconducir sus reivindicaciones a la de grupos emotivos, nosotros sostenemos que estamos asistiendo a un fenómeno inicial de organización racional en torno a pretensiones claras y definidas. El cual debe ser promovido, por los motivos que sostendremos en el siguiente apartado.

### *3.2. Propuesta para el tratamiento y gestión del conflicto social en el sector minero*

Delimitado los ámbitos de la conflictividad social en el Perú frente a la minería, lo que se requiere es una respuesta organizada no sólo de las instituciones públicas y el sistema democrático, sino también del conjunto de la sociedad misma. En los últimos años las acciones estatales han tenido resultados que revelan que nos encontramos en un proceso de aprendizaje de nuestros errores y búsqueda de respuestas solventes que puedan mantenerse en el tiempo a fin de superar acontecimientos que permanecen socavando la gobernabilidad y el desarrollo integral del país.

Siendo que este proceso adquiere visos de relevancia constitucional corresponde plantearse un diseño para el tratamiento y la gestión de la conflictividad social que responde a la pregunta sobre cómo es posible sentar las bases para que el Gobierno canalice institucionalmente los conflictos. Al respecto, caben dos reflexiones.

Primero, asumiendo la inevitabilidad del conflicto de forma que desde el Estado no se pretenda erradamente anularlo, sino transformarlo y encauzarlo a través de políticas públicas y gobernabilidad. El objetivo debe ser realista, pretendiendo evitar que las incompatibilidades transiten de una situación de conflicto de baja intensidad a conflictos donde la violencia se ejerce de modo directo y abierto<sup>[26]</sup>.

[26] DE ECHAVE, José y Otros. *Minería y conflicto social...*, *Op. cit.*, pp. 9-11.

Segundo, el rol que cumple el Estado es determinante a través de las modalidades de actuación administrativa en la vida económica: de policía, de fomento, de prestación o servicio público, de gestión económica, de planificación y programación, y arbitral<sup>[27]</sup>. Partimos de la premisa que el Estado regula, y en el caso de los conflictos asociados a la inversión minera, es necesario, pues, “mientras que los intereses individuales están siempre listos para tomar ventaja de cualquier apertura que pudieran encontrar, las personas pueden en algunos períodos lograr un consenso suficientemente fuerte como para imponer un nivel más alto de dirección. Las sociedades son capaces de comportamientos variados y algunas veces aún de balances constructivos entre metas que compiten entre sí”<sup>[28]</sup>.

Qué duda cabe, nos encontramos en el momento que nuestra sociedad requiere una dirección clara, eficiente y consecuente, de forma que se llegue a un balance inclusivo. Por tanto, nuestra propuesta se realiza desde los principios de la Constitución Económica, que deben informar los procesos políticos y de acción colectiva asociada a la inversión minera. No desde el voluntarismo, sino desde una concepción estratégica<sup>[29]</sup> que sirva para anticipar diseños institucionales que optimicen los efectos de la natural presión de grupos de interés. Necesitamos de autoridades que no pierdan de vista la cuestión social, pero que también consideren criterios de eficiencia, planeamiento y responsabilidad en la toma de decisiones públicas.

Establecidas las premisas y convencidos que sólo desarrollaremos políticas exitosas si somos capaces de identificar todos los factores involucrados, las propuestas que se presentan son las siguientes:

### *3.2.1. Formación y fortalecimiento de los movimientos sociales*

Las comunidades a través de sus representantes pueden discutir los actuales patrones de acceso y control de los recursos, y desafiar las estructuras institucionales que determinan la distribución social de los bienes. En el marco del Estado Constitucional existe el espacio para la crítica, sin embargo ésta deberá canalizarse institucionalmente. De forma que quedan excluidos los discursos violentistas y anti-sistémicos.

En última instancia, se trata de empoderar a las comunidades haciéndoles partícipes de la administración de los recursos. El ejercicio mismo de las li-

---

[27] ARIÑO ORTIZ, Gaspar. *Principios de Derecho Público Económico*. Granada: Comares, 1999, pp. 329-340.

[28] SHEAHAN, John. *La Economía peruana desde 1950: buscando una sociedad mejor* (Traducción del inglés de Pilar Gavilano). Lima: IEP, 2001, p. 39.

[29] COOTER, Robert. *The Strategic Constitution*. New Jersey: Princeton University Press, 2000.

bertades y derechos –subjetivos y colectivos– de los que son titulares permite garantizar ello (vgr: el derecho de consulta).

No obstante, en el Perú a pesar de los importantes esfuerzos por nuclear a estos grupos con similares intereses, aún la estructura formal es muy precaria. El objetivo hacia el cual debemos ir es claro: fortalecer los denominados *movimientos sociales*. Éstos se definen como el proceso de acción colectiva que se sostiene en el tiempo y en el espacio, para reflejar su protesta alrededor de injusticias percibidas, y constituir y perseguir agendas alternativas<sup>[30]</sup>. Estos movimientos frecuentemente dependen de organizaciones formales (Ong's, la Iglesia, universidades), en particular, porque sus acciones requieren de financiamiento, recursos humanos e información que redes informales son incapaces de movilizar.

La experiencia real ha demostrado que no resulta sencilla la formación de estos movimientos sociales porque entran en conflicto las presiones internas por conciliar la visión y los remedios propuestos, la vulnerabilidad de sus líderes a la cooptación, las posturas del Estado acerca del desarrollo minero y el derecho de protesta. Además, los grupos encuentran sus contrapartes entre los propios miembros de una misma colectividad. Podemos referir, el Caso Tintaya (2005), donde hubo marcha en contra de la compañía australiana *BHP Billiton* y otra a favor de los propios trabajadores originarios de Cusco y Arequipa.

Una vez que pueda superarse estos problemas, la formación de movimientos sociales organizados de base étnica y/o campesina como interlocutores válidos, sin duda, propiciará el entendimiento que se construye en clave de diálogo y respeto por la diferencia. Además, permitirá que los acuerdos arribados se mantengan en el tiempo.

En suma, se cambiará el reclamo y el caos por una incidencia política siguiendo las reglas de juego democráticas<sup>[31]</sup>.

### 3.2.2. *Gestión de la riqueza a favor de las comunidades*

Promover las condiciones que demuestren sobre una base económica y fáctica que es posible expandir los bienes y activos de las comunidades a través de su inserción como beneficiarios de la actividad minera. Todo lo cual deberá hacerse en el marco de una mayor transparencia en la distribución de las rentas que producen las industrias extractivas en los ámbitos local, regional y nacional.

[30] BEBBINGTON, Anthony y Otros. "Mining and social movements: struggles over livelihood and rural territorial development in the Andes". En: *World Development*, Vol. 36, N° 12, Elsevier, 2008, pp. 2888-2905.

[31] SCURRAH, Martin. "Incidencia política y conflicto: algunos temas comunes a los casos extractivos". En: *Defendiendo derechos y promoviendo cambios. El Estado, las empresas extractivas y las comunidades locales en el Perú*. Lima, Martin Scurrah, Instituto de Estudios Peruanos y OXFAM América, 2008, pp. 301-361.

Estas oportunidades pueden ser creadas a través de:

- i) promoción de mercados locales de bienes y servicios;
- ii) incrementando la demanda de la economía local por el gasto de los empleados de la mina;
- iii) programas de responsabilidad social; e,
- iv) incluso el Estado en su rol promotor puede implementar políticas públicas con programas de transferencias fiscales y de recursos.

Para ello se requiere enfocar los esfuerzos en promover experiencias exitosas que sean posteriormente difundidas, creando confianza y modelos a seguir. Un mecanismo que proponemos son los denominados *tributos medioambientales*<sup>[32]</sup>, que responden a la relación entre el principio de solidaridad<sup>[33]</sup> y los fines extrafiscales de los tributos<sup>[34]</sup>. La solidaridad permite admitir una mayor adaptación y contemporización de la figura impositiva a las necesidades sociales, lo que sucede en el caso de los tributos medioambientales orientados primordialmente a un fin distinto del recaudatorio (en Estados Unidos los “derechos de contaminación”, en la Unión Europea “impuestos verdes o ecológicos”).

Este tipo de tributos permitirían canalizar sistémica y razonablemente algunos de los costos derivados de la conflictividad social creciente en nuestro país asociada a la inversión en actividades de explotación de recursos naturales. Pues, a través de ellos evitaremos continuar con estrategias de control directo de fiscalización, sobre las cuales, incluso los órganos competentes no encuentran maneras para ponerse de acuerdo en su diseño y aplicación. En el año 2012, figuramos en un modestísimo puesto 81 en el *Environmental*

---

[32] ÁLVAREZ MIRANDA, Ernesto. “Los principios tributarios constitucionales desde la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”. En: *Gaceta Constitucional*, Tomo 63, Gaceta Jurídica, Lima, marzo 2013, pp.171 y 172.

[33] Sobre el principio de solidaridad el Tribunal Constitucional ha señalado que se encuentra consagrado, implícitamente, en la cláusula que reconoce al Estado peruano como un Estado social de Derecho (artículo 43° de la Constitución).

[34] Naturaleza y función que el Tribunal Constitucional ha validado, como sucede con la explotación de los juegos de casino y máquinas tragamonedas, señalando que las restricciones a la libertad de empresa en un sector incentivado por el Estado no son, ni pueden ser, los mismos de aquellas que el Estado legítimamente ha decidido no incentivar (STC N°. 0009- 2001-AI). Así, desde la dogmática constitucional la extrafiscalidad se legitima cuando se persigue la realización de otros bienes de relevancia constitucional, tales como, el derecho al medio ambiente, a la salud o fines propios de la política económica y social, entre otros. Desde nuestra perspectiva estamos de acuerdo con la imposición de fines extrafiscales, pues consideramos que son admisibles siempre que se manejen dentro de los vértices que establece la Constitución, que se respete la capacidad contributiva y el límite máximo de tributación.

*Performance Index*<sup>[35]</sup>, justamente por carecer una adecuada gestión de la contaminación.

Además, estos tributos medioambientales se insertan en el marco constitucional peruano, porque permite corregir los desequilibrios originados por la polución producida por los agentes contaminadores, traducéndose en externalidades negativas y en economías que se generan para los agentes que no contaminan o tienen un nivel óptimo de contaminación (*vgr.* Impuesto sobre la contaminación atmosférica, Tasa sobre Residuos Sólidos Urbanos). También jugará un papel constructivo en el sistema fiscal y se proporcionará mayores incentivos al desarrollo de nuevas tecnologías en el país para reducir la contaminación.

Consideramos que con ello la ciudadanía, y especialmente las poblaciones afectadas de manera directa por el impacto de actividades económicas contaminantes, percibirán el interés decidido del Estado en mecanismos de control indirecto, además de la generación de beneficios (vía impuestos o contribuciones especiales) que pueden ser redistribuidos a favor de sus necesidades reales y de justicia.

### 3.2.3. *La competencia por los recursos naturales*

#### i) Respecto a la tierra

No existiendo en el país un sistema de ordenamiento territorial que permita la clasificación de la aptitud y uso del territorio, el Ministerio de Energía y Minas divide al país en polígonos y los ofrece a las empresas como posibles concesiones. Por un lado, este sistema genera la posibilidad de dar en concesiones áreas que pueden no ser aptas para la minería –aunque existiesen depósitos de minerales en ellas– por razones sociales, ambientales o de otra índole, algo que tal vez no se descubra hasta que se haya realizado un Estudio de Impacto Ambiental (EIA) o hasta que se haya generado un conflicto social. Por otro lado, dado que no hay procedimiento de consulta en el otorgamiento de concesiones, normalmente el propietario del suelo no se entera de la concesión del subsuelo hasta que el concesionario se acerca a negociar el ejercicio de su derecho<sup>[36]</sup>.

El ordenamiento legal prevé: a) el derecho de servidumbre (cesión en uso del suelo); o, b) la compra de la tierra. Lo adecuado sería promover negociaciones equitativas e informadas, de forma que estos procedimientos no generen insatisfacción y desigualdad al estar solamente sujetos a la capacidad de negociación de cada comunidad máxime, tal como hemos referido, no todas están organizadas y estructuradas para ello.

[35] Ver: <http://epi.yale.edu/epi2012/rankings>

[36] SCURRAH, Martin. “Incidencia política y conflicto: algunos temas comunes a los casos extractivos”. En: *Defendiendo derechos y promoviendo cambios...*, *Op.cit.*, p. 305.

## ii) Respecto al agua

El agua es un recurso utilizado por actividades económicas y por las comunidades, entonces el primer conflicto identificable es respecto a la competencia por el agua como un bien escaso<sup>[37]</sup>. Todavía la normativa es ausente y contradictoria, en un país cuya economía es minera y de agroexportación se requiere establecer pagos por uso del agua, además de fiscalizar la razonabilidad de la disposición que se hagan de las fuentes de agua potable. Este problema que se agudizará en los años venideros debido al cambio climático y la afectación de las principales fuentes de abastecimiento por deshielo y variabilidad de la cantidad y estacionalidad de las lluvias. Lo cual demanda que se diseñen desde ahora políticas del Estado sobre las prioridades económicas y humanas para el uso progresivo e idóneo, manteniendo la potencialidad del ambiente para satisfacer las necesidades y las aspiraciones de vida de las generaciones futuras. Por ende, la utilización de los bienes ambientales para el consumo no se deben “financiar” incurriendo en “deudas” sociales para el porvenir.

Otro punto relevante en el conflicto es la calidad del agua y su afectación por la actividad minera. El problema se genera cuando al dato científico de las empresas se contraponen la observación empírica ancestral de las comunidades sobre la calidad del agua. En este punto, es donde surge el Estado como el tercero imparcial que debe establecer estándares que deben ser fiscalizados y sancionándose ejemplarmente el incumplimiento; de forma que se pueda generar confianza de las partes involucradas, por ejemplo, a través de los planes de monitoreo participativo en las micro cuencas de los ríos. En el mismo sentido, podemos referir la experiencia de “Gestión del Agua en Cajamarca” de la Autoridad Nacional del Agua, que viene impulsando la creación y fortalecimiento de las organizaciones de usuarios en la Provincia de Celendín, para facilitar la formalización de sus derechos de uso de agua<sup>[38]</sup>.

Finalmente, a ello corresponde se sume la política de transparencia de las empresas que deberán permitir el ingreso de observadores y expertos designados por las comunidades.

## iii) Respecto al aire

La preocupación por el aire se refiere a su calidad, y a los posibles riesgos de la diseminación por los vientos de sustancias tóxicas de las operaciones a tajo abierto y de los depósitos de relaves<sup>[39]</sup>.

---

[37] *Ibidem*, p. 306.

[38] Ver: <http://www.ana.gob.pe>

[39] SCURRAH, Martin. “Incidencia política y conflicto: algunos temas comunes a los casos extractivos”. En: *Defendiendo derechos y promoviendo cambios...*, *Op.cit.*, p. 309.

Al respecto, lo que se debe tutelar en primer orden es la salud de la población centrándose en el impacto de estas emisiones. En este punto, en el Caso La Oroya, el Tribunal Constitucional en el año 2006, tuvo un pronunciamiento contundente respecto a la afectación que infringía este complejo metalúrgico en la vida y salud de las personas:

En el caso concreto de la población de la ciudad de La Oroya, sobre todo de los niños y mujeres gestantes, ocurre que desde 1999, año en que se realizaron los primeros estudios que determinaron la existencia de población contaminada con plomo en la sangre, hasta la actualidad, han transcurrido más de 7 años sin que el Ministerio de Salud implemente un sistema de emergencia que proteja, recupere y rehabilite la salud de la población afectada. Por ello, cabe preguntarse: ¿cuánto más se debe esperar para que el Ministerio de Salud cumpla su deber de dictar las medidas indispensables e inmediatas para que se otorgue atención médica especializada a la población de La Oroya cuya sangre se encuentra contaminada con plomo?

El mandato contenido en las referidas disposiciones, cuyo cumplimiento es responsabilidad del Ministerio de Salud, se encuentra indisolublemente ligado a la protección del derecho fundamental a la salud de los niños y mujeres gestantes de La Oroya, cuya sangre se encuentra contaminada con plomo, tal como se ha acreditado en autos. No es válido sostener que la protección de este derecho fundamental, por su dimensión de derecho social, deba diferirse en el tiempo a la espera de determinadas políticas de Estado. Tal protección debe ser inmediata, pues la grave situación que atraviesan los niños y mujeres gestantes contaminados, exige del Estado una intervención concreta, dinámica y eficiente, dado que, en este caso, el derecho a la salud se presenta como un derecho exigible y, como tal, de ineludible atención. Por tanto, debe ordenarse al Ministerio de Salud que, en el plazo de 30 días, implemente un sistema de emergencia para atender la salud de las personas contaminadas con plomo, en el caso de la ciudad de La Oroya, a efectos de lograr su inmediata recuperación<sup>[40]</sup>.

Además, urge el control, y cuando sea necesario la redefinición, de los estándares de calidad del aire y los límites máximos permisibles para las emisiones.

#### *3.2.4. Control y sanción de la minería informal*

En este cambio de esquema confiamos plenamente que las empresas formales puedan coadyuvar sus esfuerzos técnicos y humanos. Lo cual trae aparejado el rechazo a la ilegalidad que no sólo se coloca al margen de sistema, sino que

[40] STC N.º 2002-2006-PC (fundamentos 60 y 61).

obstaculiza el desarrollo. Son las mineras informales las que generan la mayor cantidad de pasivos ambientales.

Por ejemplo, el caso de la explotación informal aurífera en la región de Madre de Dios ha traído devastadores efectos, con la amenaza de que estos se agudicen aun más. Los principales problemas que se generan, como ha advertido el Ministerio del Ambiente, no es solo la degradación del ecosistema, sino también la superposición de lotes mineros con reservas naturales, otras propiedades y territorios indígenas y la contaminación a la cual se encuentra expuesta la población circundante a la zona de extracción de minerales. De igual modo, la actividad minera informal tiene un impacto social a tomar en consideración, como es la deserción estudiantil cerca de los campamentos mineros y la apertura de locales en donde se ejerce la prostitución clandestina<sup>[41]</sup>.

Con fecha 18 de febrero de 2012, se ha aprobado el *Decreto Legislativo N.º 1100, que Regula la Interdicción de la Minería Ilegal en Toda la República y establece Medidas Complementarias* que prohíbe el uso de dragas, y prevé como acciones de interdicción la destrucción o demolición de bienes, maquinaria o equipos utilizados en estas actividades, siempre que por sus características no sea viable su decomiso. Cabe precisar que la constitucionalidad de esta norma y sus efectos fue declarada por el Tribunal Constitucional en su sentencia recaída en el Caso Dragas<sup>[42]</sup>. A consideración del Colegiado, la prohibición del uso de dragas cumple con el objetivo de evitar el impacto que su utilización produce en el ambiente. Las dragas ocasionan graves impactos de corto y largo plazo al ecosistema, puesto que al remover ingentes cantidades de sedimentos de los ríos se genera contaminación, alteración del cauce de los ríos, impactos biológicos, destrucción de los hábitats acuáticos, alteración de ecosistemas inundables y destrucción de la vegetación ribereña.

Este pronunciamiento reviste especial importancia porque crea doctrina jurisprudencial en la materia. Siendo que los amparos en trámite en los cuales las empresas que actúan al margen de la legalidad invoquen supuestas afectaciones al derecho de propiedad y la libertad de empresa, deberán ser declarados infundados. Manteniendo así una legislación que es asegurada y potenciada por el sistema de justicia, desincentivando con ello la informalidad y el fraude a la ley.

Se hace necesario mantener la decisión de implementar una política seria y coherente. Incluso proyectándonos para cuando el cambio de factores como la baja del precio de los metales en el mercado internacional determine que estas empresas ya no vean atractiva la extracción de oro, pues en ese momento destinarán sus recursos a otras actividades. Ellas abandonarán la minería y se

---

[41] STC N.º 0316-2011-PA (fundamento 8).

[42] STC N.º 0316-2011-PA.

dedicarán al contrabando, la siembra de coca, la tala de árboles u otros, en busca de mayor rentabilidad. De esta forma se generan riesgos para la población y el ambiente que el Estado debe prevenir.

### 3.2.5. *Rol de la jurisdicción constitucional*

La función del Tribunal Constitucional no sólo se limita a la defensa de la supremacía de la Constitución y a la tutela de los derechos fundamentales, sino que también debe contribuir, por un lado, a preservar valores constitucionales como la dignidad, la igualdad, la pluriculturalidad, y de otro, al fortalecimiento democrático y la economía social de mercado.

De esta forma, el tratamiento y la gestión de los conflictos sociales también requiere de la consolidación de una política pública integral que comprometa a los poderes clásicos del Estado –Poder Ejecutivo, Poder Legislativo y Poder Judicial–, a la cual se suma el Tribunal Constitucional en el cumplimiento del garantía jurisdiccional de la Constitución.

A manera de ejemplo tenemos el importante rol que ha cumplido este Alto Tribunal en materia del derecho de consulta. A pesar de que el Estado ratificó el Convenio 169 OIT en 1994, seguramente sin tener una clara idea de sus posibles consecuencias para los proyectos de inversión en el Perú, no se había aprobado norma legal de desarrollo e implementación. Sin embargo, es hasta junio de 2010 que el Tribunal Constitucional regula por vez primera los alcances y los principios que regulan el procedimiento de consulta a través del Caso Tuanama I<sup>[43]</sup>, reconociendo que lo esencial es que el Convenio 169 se ha incorporado al sistema jurídico nacional y, en lo referido al contenido esencial del derecho de consulta a la propia Constitución.

Es recién un año después que en el debate legislativo se logra la aprobación de la Ley de Consulta, siguiendo la pauta del derrotero establecido por la sentencia constitucional. A la fecha son varias las demandas de inconstitucionalidad y de amparo resultas por el Tribunal; y todavía quedan temas cruciales que atender, tales como, el caso de la Comunidad Campesina Arboleda respecto a la consulta previa al otorgamiento de las concesiones mineras; la eficacia directa del Convenio 169 sobre la actividad minera realizada con anterioridad a la aprobación de la Ley de Consulta; entre otros.

De esta forma, el Tribunal Constitucional resolviendo dentro del marco de sus competencias sobre un tema de derechos fundamentales, a la vez buscó plantear en clave contemporánea la reivindicación de inclusión en el desarrollo de los pueblos indígenas. Se trata, en suma, de compatibilizar, de un lado, el

---

[43] STC N.º 00022-2009-PI.

esquema de apertura a la inversión y a la seguridad jurídica para las concesiones otorgadas, y de otro, los principios de la justicia distributiva. Ambos esquemas deberán interactuar a fin de lograr la explotación razonable de recursos y el bien común, principio inspirador de la actual Constitución y tributario de la Doctrina Social de la Iglesia, aceptado plenamente por las corrientes socialdemócrata y socialcristiana mayoritarias en la Constituyente de 1978, y que encuentran su continuidad y afirmación vía desarrollo jurisprudencial de los preceptos de la actual Constitución de 1993.

#### IV. A MANERA DE CONCLUSIÓN

La economía de nuestro país está basada, esencialmente, en la extracción de recursos naturales. Siendo estos recursos finitos son asignados en función de la suma cero, y están controlados por empresas particulares. Si alguien tiene una concesión minera luego nadie más puede tenerla. Por tanto, como los espacios de extracción son limitados, sólo determinada cantidad de riqueza puede ser creada a partir de ellos.

Sin embargo, el reto que nos impone las necesidades de grandes sectores de la población es mayor. Se trata en suma de hacer coincidir el mapa de inversión minera, con el de desarrollo rural y de los medios de vida de las comunidades nativas y campesinas. Un mapa que deberá reemplazar al actual que presenta una riesgosa identidad del trinomio: inversión, pobreza y conflicto social. Creemos que es posible.

Lo que estamos afirmando, sin duda, excede el ámbito estrictamente normativo. Se inserta en el concepto más amplio de “desarrollo rural”<sup>[44]</sup> que requiere de modernización productiva e institucional, así como también esfuerzos conscientes por articular esos procesos de modernización como una concepción que reconoce las conexiones entre las economías urbanas y rurales, de forma que se pueda asegurar que estas poblaciones están en capacidad real de participar de este crecimiento económico.

Por tanto, urge apuntar a un modelo diferente. Un modelo basado principalmente en institucionalidad, conocimiento e ideas, e inclusión; éstos son recursos renovables y disponibles para todos. De hecho, mientras más personas tenemos conocimiento útil, mejor educados y entrenados, más productivos llegamos a ser.

---

[44] BEBBINGTON, Anthony y Otros. “Mining and social movements: struggles over livelihood and rural territorial development in the Andes”. En: *World Development*, Vol. 36, N° 12, Elsevier, 2008, pp. 2888-2905.

Estamos convencidos que de esta forma se generaran economías de escala, creando trabajos más remunerados y proveyendo de mejores estándares de vida. El espacio urbano y rural no pueden ser mimetizados, pero tampoco distantes. Deben encontrar una interacción dinámica, a favor de un desarrollo para todos.

Va llegando el momento que no nos detengamos en los efectos de la movilización social, y en cuanta fuerza deberá emplearse para repelerla, sino que reconociéndola como un factor podamos asumir el reto que implica para el Gobierno generar confianza en los agentes, como única vía para el afianzamiento de un modelo distinto de desarrollo.

En suma, se trata de balancear los objetivos de un lado, de respeto de los derechos e intereses de las minorías políticas, sociales y culturales, y de otro, los beneficios de la expansión económica a un amplio sector de la población. Esperamos que el esquema presentado y las recomendaciones que lo acompañan desde la teoría constitucional propicien, sobre la base de los *principios de esperanza, de tolerancia y de responsabilidad*<sup>[45]</sup>, reubicar la actividad minera en el marco de un proyecto de desarrollo nacional compartido por todos los peruanos.

Al terminar este trabajo llegamos a una importante convicción. Los conflictos sociales son también conflictos sobre valores, la apuesta pendiente implica comprometer a todos los agentes involucrados dentro de la estructura axiológica y la ideología constitucional, que tiene como fundamentos la dignidad, libertad, igualdad y solidaridad; en tanto, expresión de los acuerdos básicos que nos definen como sociedad, y que garantizan nuestra propia permanencia como tal.

\* \* \* \* \*

---

[45] HÄBERLE, Peter. *El Estado Constitucional*, 1era. reimpresión. México D.F.: UNAM, 2003, pp. 48-56.



# CONCEPTO JURÍDICO DE MEDIO AMBIENTE EN EL PERÚ

DANIEL IRWIN YACOLCA ESTARES\*

**SUMARIO:** **I.** *Introducción.* **II.** *La importancia de la protección ambiental dentro del Estado de Derecho.* **III.** *La contaminación ambiental genera coste social.* **IV.** *Concepto doctrinal de medio ambiente.* **V.** *Concepto de medio ambiente en las Constituciones de 1979 y 1993 del Perú.* **VI.** *El concepto de medioambiente en la ley general del ambiente* **VII.** *Concepto de medio ambiente en la jurisprudencia del tribunal constitucional peruano.* **VIII.** *Conclusiones.*

## I. INTRODUCCIÓN

El concepto jurídico de medio ambiente en nuestro país esta aún en evolución, por lo que el objetivo de este artículo es desarrollar las diversas teorías que existen sobre el referido concepto para culminar con el análisis de nuestra normativa constitucional y legal interpretada por el Tribunal Constitucional peruano, de manera dinámica y acertada, partiendo de una concepción estricta de medio ambiente a una más amplia, acorde con las nuevas tendencias globales de protección ambiental.

## II. LA IMPORTANCIA DE LA PROTECCIÓN AMBIENTAL DENTRO DEL ESTADO DE DERECHO

En un sentido amplio, el Estado de Derecho representa, dirige y regula la vida de la sociedad; asimismo, es el encargado de garantizar la satisfacción de sus necesidades públicas, así como facilitar y vigilar el adecuado suministro de

---

\* Doctorado en Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

los bienes privados. Es la búsqueda de una calidad de vida de los ciudadanos, en su entorno y modo de vida.

En una definición más compleja el Estado de Derecho es “Aquel Estado dentro del cual se presenta una situación en la que su poder y actividad se encuentran reguladas y controladas por el derecho; donde la esfera de derechos individuales es respetada gracias a la existencia de un sistema de frenos y contrapesos que permite un adecuado ejercicio del poder público”<sup>[1]</sup>.

En el estudio del derecho público, político o constitucional moderno, se ha hecho tradicional y obligado ubicar la materia del análisis correspondiente, dentro de la estructura del “Estado de derecho”.

El Estado de derecho, como bien precisa Ramírez Cardona, aparece definido por los más modernos autores como el imperio de la ley y de la Constitución, la limitación jurídica del poder, su división, su responsabilidad y la protección de los derechos políticos y sociales del hombre dentro de una forma democrática de gobierno. Dice Carlos S. Fayt, en su *Derecho político*, que se llama Estado de derecho “a la forma política moralmente determinada por el principio del imperio de la ley”.

La vigencia real o formal de las normas jurídicas, agrega, determina un Estado de derecho real o formal; y según represente un régimen liberal o social, será un Estado de derecho social o liberal. En ese contexto, el imperio de la Constitución (Política o como norma jurídica) y de la ley<sup>[2]</sup>, encierra tres aspectos fundamentales:

- a) *La división de las ramas del poder político*, sin esta división, no es posible que el Estado pueda encontrarse sometido y responsabilizado por el derecho, ya que sus actos no tienen una entidad independiente que los juzgue y exija su restablecimiento si es violado, y el derecho mismo sería creado solo para la sociedad y no también para los gobernantes. Por su parte, el Estado peruano descansa sobre tres poderes fundamentales: el poder legislativo, el poder ejecutivo y el poder judicial, al igual que la mayoría de Estados del mundo.
- b) *La democracia* como forma de autodeterminación del pueblo, ya que la mera existencia de la división de las ramas del poder no podría garantizar el Estado de derecho, en cuanto su efectividad y su correspondencia con la realidad histórica y social.

---

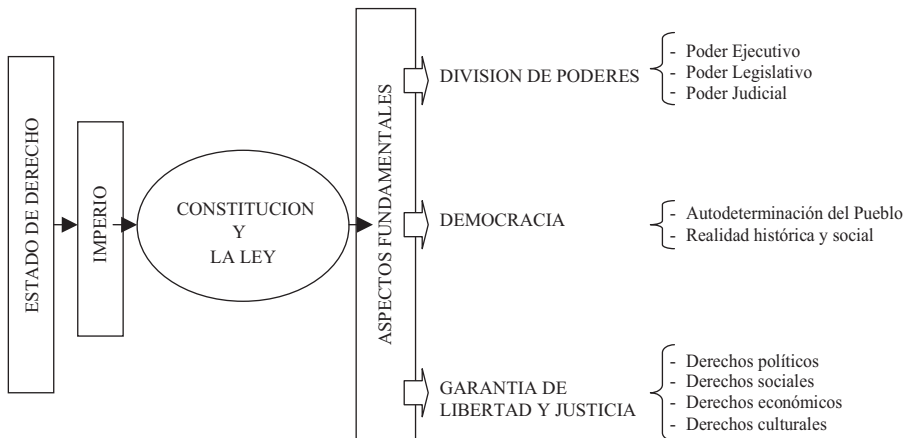
[1] MARTÍNEZ PICHARDO, José y MARTÍNEZ QUIJADA, Luis Octavio. “Introducción al Estudio del Derecho” Capítulo 6. Porrúa, 2007.

[2] El Derecho peruano es un conjunto de normas jurídicas, se basa en el respeto del principio de legalidad. La fuente principal de Derecho peruano es la ley. Últimamente se ve influenciado por el derecho anglosajón con el control difuso.

c) *La garantía de la libertad y la justicia*, El Estado de derecho fundado únicamente en la división del poder político, se queda con el solo mecanismo formal del imperio de la ley; y la autodeterminación del pueblo como forma de gobierno, le puede dar una mayor consistencia, en cuanto lo acerca más a la realidad social e histórica, pero no alcanza el verdadero Estado de derecho si esa efectividad no consiste en una garantía de la libertad y de la justicia: de los derechos políticos, sociales, económicos y culturales del hombre.<sup>[3]</sup>

En el siguiente esquema podemos resumir la composición de un Estado de derecho, como un principio fundamental del proceso tributario:

### ESQUEMA DEL ESTADO DE DERECHO



Expresada la naturaleza del Estado en tales términos, el gobierno en todos sus niveles debe velar por el bienestar social, considerando como principio fundamental la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad. Esto implica, entonces, que la eficacia de las acciones de gobierno debe evaluarse, fundamentalmente, en función a su “impacto” en el bienestar de la sociedad<sup>[4]</sup>. El bienestar debe ser entendido en un sentido amplio, en el cual se incluya al Estado y a la propia sociedad la responsabilidad de la protección del medio ambiente para las generaciones presentes y futuras.

[3] RAMIREZ CARDONA, Alejandro, El proceso tributario, segunda edición, Editorial Temis Bogotá, 1967, páginas 1 y 2.

[4] MÉNDEZ MORENO, Alejandro. Derecho Financiero y Tributario. Parte general. Lecciones de Cátedra. 4ª edición, Editorial Lex Nova, Valladolid, 2003, pág 57.

Los problemas ambientales son complejos y perturban la vida humana. Desde una perspectiva material, la degradación del medio afecta a todos los sectores ambientales (agua, suelo, paisaje, etc.); y, desde una perspectiva territorial, atañe a diversas zonas geográficas, dando así lugar a problemas locales, regionales, nacionales y mundiales<sup>[5]</sup>.

Para que se entienda mejor los problemas ambientales, es indispensable conocer cuáles son los elementos del concepto jurídico de medio ambiente, puesto que las soluciones que se puedan diseñar deben guardar coherencia con su contenido. Es la única forma de conocer si determinada actividad privada o pública genera o no contaminación ambiental y si dicha contaminación es o no permitida por el ordenamiento vigente. Las normas ambientales que se establecen, deben ser diseñados con objetivos muy claros y con la debida reglamentación, a efectos que materialice la participación efectiva de los poderes públicos a favor de la protección ambiental y, consecuentemente, en resguardo del bienestar de la sociedad presente y futura<sup>[6]</sup>. Así, se puede formar la estructura completa con instrumentos ambientales e instrumentos económicos, para que conjuntamente se unan las fuerzas frente a la contaminación ambiental.

Por tales razones, tener despejado el concepto jurídico de medio ambiente permitirá una interpretación más precisa al momento de aplicarse a casos concretos, para evitar conceptos restringidos o sumamente estrictos, que se siga poniendo en riesgo o dañando el medio ambiente, por agentes económicos, por los consumidores y por el propio Estado al permitir inversiones que no protejan el medio ambiente o al generar contaminación.

### III. LA CONTAMINACIÓN AMBIENTAL GENERA COSTE SOCIAL

La contaminación ambiental provoca daños presentes y futuros a la humanidad; en su salud, bienestar y, en su propia existencia. Sin duda existe conexión entre la protección ambiental y la justificación económica para determinar el costo social que genera la contaminación ambiental y las formas que se pueden utilizar para internalizar los costos sociales.

---

[5] BORRERO MORO, Cristóbal. *La tributación ambiental en España*. Editorial Tecnos, 1999, pág 22.

[6] Ante la realidad innegable del cambio climático global, es urgente que el Perú, uno de los tres países del mundo más vulnerables al aumento de la temperatura, cuente con políticas sectoriales que le permitan enfrentar sus consecuencias. PAZ CIGARÁN, María. *Políticas públicas y cambio climático global*. Julio, 2007. Página 1. En: <http://palestra.pucp.edu.pe/index.php?secc=100> (Recuperado el 12 de enero de 2012).

En ese cometido, preliminarmente podemos decir que la contaminación ambiental provoca costes, debido a que, “el bien ambiental es un bien público, dichos costes, también llamados por los economistas externalidades negativas, son costes sociales, ya que afectan a la sociedad en su conjunto como «sujeto» titular de los derechos de disfrute del mencionado bien ambiental. Básicamente este tema ha sido objeto de estudio de la economía debido a que las externalidades negativas se consideran un fallo del mercado (MARKET FAILURE).<sup>[7]</sup>

Por ello, en el desarrollo de estos conceptos nos apoyaremos fundamentalmente en la doctrina económica. Para explicar la naturaleza y el significado de los costes sociales, WILLIAM KAPP<sup>[8]</sup>, señala que tal concepto «abarca todas aquellas consecuencias negativas y daños que, como resultado de las actividades productivas, gravan a otras personas o a la comunidad, y de las que los empresarios privados no se consideran responsables». Dicho autor, señala que para ser reconocidos como costes sociales, los efectos dañinos y las ineficiencias deben presentar las siguientes características:

- Debe ser posible evitarlos.
- Deben surgir en el curso de una actividad productiva.
- Deben ser susceptibles de ser trasladados a terceras personas o a la comunidad como un todo<sup>[9]</sup>.

Así tenemos que “la contaminación ambiental provocada por la actividad industrial encuadra perfectamente en el concepto de «coste social», por lo que ha sido calificada como la externalidad negativa por antonomasia<sup>[10]</sup>.

Parece oportuno matizar, desde un plano jurídico más general, que la contaminación no necesariamente es consecuencia de una actividad productiva, por

[7] Vid. por todos: BATOR, «Anatomy of mmarker Failure», Quaurly Journal of Economics, cit. por: BAUMOL, W. y OATES, W «La teoría ... », op. cit., p. 17. Citado por: JIMENEZ HERNANDEZ, Jorge. El tributo como instrumento de protección ambiental, Editorial Comares, Granada, 1998, pp. 73 y 74.

[8] Cfr. W KAPP, Social cost of business enterprise, Oikos-Tau, Barcelona, 1966, p. 30. Citado por: JIMENEZ HERNANDEZ, Jorge. El tributo como instrumento de protección ambiental, Editorial Comares, Granada, 1998, pp. 73 y 74.

[9] *Ibidem*, Citado por: JIMENEZ HERNANDEZ, Jorge. El tributo como instrumento de protección ambiental, Editorial Comares, Granada, 1998, pp. 73 y 74.

[10] Vid. G. NAVEIRA DE CASANOVA, “Las políticas comunitarias de medio ambiente y para protección de los consumidores: Su incidencia en el Derecho comunitario europeo», en: RDFHP, No. 233, (1994), p. 1009. Citado por: JIMENEZ HERNANDEZ, Jorge. El tributo como instrumento de protección ambiental, Editorial Comares, Granada, 1998, p. 74.

lo que esta específica condición dictada por la teoría económica de los costes sociales no debe ser definitiva.”<sup>[11]</sup>

En tal sentido, conocer el concepto de medio ambiente es de vital importancia para saber sus alcances al momento de determinar el coste social que debe soportar los contaminadores, desde el plano administrativo, civil, penal y tributario.

#### IV. CONCEPTO DOCTRINAL DE MEDIO AMBIENTE

El concepto doctrinal de medio ambiente, tiene varias posturas<sup>[12]</sup>. En ese sentido, es necesario guiarnos de dichas posiciones para identificar los elementos que integran el medio ambiente, puesto que merecen una especial atención para su conservación, prevención, defensa y fiscalización por instituciones eficientes y líderes de cada país (Ministerio del Medio Ambiente, Ministerios Sectoriales, Gobiernos Regionales, Gobiernos Locales, Ministerio Público, Poder Judicial, Tribunal Constitucional, etc.) y en forma armonizada a nivel sudamericano.

Sobre el particular, es preciso mencionar que el medio ambiente es un concepto dinámico, tal como sostiene MORENO TRUJILLO, al decir que el medio ambiente es una realidad viva, dotada de movilidad, de capacidad de adaptación, de absorción de nuevos elementos, y de desecho de antiguos. No se puede intentar definir el medio ambiente olvidando esta cualidad, incluyendo en su ámbito aquello que, previsiblemente, en un futuro próximo pueda ser susceptible de integrarse y conformar ese medio ambiente concreto con el transcurso del tiempo<sup>[13]</sup>.

Por ende, es evidente que el medio ambiente no tiene una naturaleza estática sino dinámica, pues resulta que se encuentra afecta al transcurrir del tiempo, cuya movilidad se inició desde una concepción estricta a una amplia, debido esencialmente a la creciente importancia que tiene hoy en día la protección ambiental, desde una perspectiva global, por la pervivencia humana.

---

[11] JIMENEZ HERNANDEZ, Jorge. El tributo como instrumento de protección ambiental, Editorial Comares, Granada, 1998, p. 74.

[12] FERRER DUPUY, Plácida, *Perspectiva jurídico-financiera del medio ambiente*, Tesis doctoral presentada por Dirigida por el Doctor BAYONA DE PEROGORDO, Juan José, Co-directora Doctora D<sup>a</sup>. AGULLÓ AGÜERO, Antonia, *Perspectiva Jurídico-Financiera Del Medio Ambiente*, Septiembre 2001.

[13] MORENO TRUJILLO, E., *La protección jurídico-privada del medio ambiente y la responsabilidad por su deterioro*, Bosch, Barcelona, 1991, pág. 33.

En esa línea, para comprender el dinamismo de dicho concepto, se debe tener en consideración su carácter “esencialmente antropocéntrico, o relacionado con el ser humano. Desde esta perspectiva, el medio ambiente incluye los elementos abióticos –suelo, agua, atmósfera, clima, sonido, aromas y sabores-, los factores bióticos –flora, fauna, ecología, bacterias y virus- y todos los factores sociales que forman parte del concepto genérico de calidad de vida. El individuo es el centro de las cosas y los valores ambientales se reducen al bienestar de los seres humanos. El sistema económico está separado del medio ambiente, pero éste interesa en la medida en que provee determinados recursos que son esenciales para el desarrollo económico y la mejora de las condiciones de vida del ser humano”<sup>[14]</sup>.

En esa perspectiva, no olvidemos que el problema ambiental es de ámbito local, regional, nacional y global, como dice LOPERENA ROTA, que la aplicación de técnicas protectoras del medio ambiente desde una perspectiva jurídica es muy antigua, aunque los objetivos globalizadores que se pretenden en la actualidad son efectivamente recientes<sup>[15]</sup>. Como ha señalado JORDANO PRAGA, el Derecho Ambiental no es un meteoro que ha caído en nuestro ordenamiento jurídico de repente y sin referencia alguna<sup>[16]</sup>. Es decir, actualmente la protección ambiental es de mayor importancia porque está en juego la propia existencia humana, debido al cambio climático del planeta y otros factores humanos que lo contaminan gravemente. Es como un suicidio colectivo de la humanidad que debe ser detenido, para bien de ésta generación y de las que vienen.

A continuación, se desarrolla las teorías estrictas y amplias de medio ambiente, que nos muestran el camino que ha recorrido el concepto y hacia dónde va hoy en día.

#### *4.1. Concepción estricta de medio ambiente*

La concepción estricta del concepto jurídico de ambiente, sostiene inicialmente que sus elementos naturales son solo el agua y el aire<sup>[17]</sup>. Es decir, tal

[14] PULIDO FERNÁNDEZ, Juan Ignacio. *Criterios para una política turística sostenible en los parques naturales de Andalucía*. Tesis Doctorales. Consejería de Turismo, Comercio y Transporte de la Junta de Andalucía. 1ra. Edición, 2005, pág. 51.

[15] LOPERENA ROTA, Demetrio. *El derecho a un medio ambiente adecuado*. Editorial Civitas S.A., pág. 27.

[16] JORDANO FRAGA, J. *La protección del derecho a un medio ambiente adecuado*, Barcelona, 1995, pág. 41.

[17] En este caso la defensa del medio ambiente equivaldría a la lucha contra la contaminación referida a las aguas y a la atmósfera. Si se analiza desde el punto de vista de la contaminación, por extensión se incluirían también, dentro de esta interpretación la lucha contra el ruido y los

como afirma MARTIN MATEO, el medio ambiente está integrado por “aque- llos elementos naturales de titularidad común y características dinámicas: en definitiva, el agua y el aire, vehículos básicos de transmisión, soporte y factores esenciales para la existencia del hombre sobre la tierra”<sup>[18]</sup>. Es una concepción muy limitada, que ha sido superada hoy en día por concepciones mas amplias que desarrollaremos más adelante.

Agrega a dicha postura FERRER DUPUY, sosteniendo que, adicionalmente a los elementos aire y agua de la posición estricta, pero, esta postura, excluye otros elementos, como es el suelo<sup>[19]</sup>, dentro de la categoría de los bienes comunes. También se deberían incluir la flora y la fauna, el paisaje, es decir, todos los elementos que coadyuvan a la definición del bien ambiental como objeto del derecho y destino de la tutela jurídica<sup>[20]</sup>.

Por último, resumiendo toda la posición estricta, citamos a LOPERENA ROTA, quien critica, por inoperativo, a concepciones amplias, mencionando que bajo el rótulo de Derecho ambiental se incorporen por extensión materias que no corresponden a este ámbito. Por ello, no pertenecen al Derecho ambiental, por no ser elementos ni instrumentos de la alteración biosférica, temas como la defensa del patrimonio histórico, ni el trato considerado a los animales domésticos<sup>[21]</sup>. Como vemos, de limita el concepto jurídico de medio ambiente

---

problemas planteados por la eliminación de desperdicios y basuras. ARROYO GÓMEZ, M.A., *La problemática del medio ambiente*, Documentación Administrativa, N° 140, 1971. Pág. 46.

- [18] MARTÍN MATEO, R., *Tratado de Derecho ambiental*, Vol. I, Madrid, 1991., pág. 86. Esta posición es reconocida por el mismo autor, como minoritaria, tanto en el derecho comparado como en el español, haciéndose eco de conceptos más amplio de medio ambiente que, en definitiva no limitan tanto el ámbito de protección de los bienes ambientales, en Págs. 86-87.
- [19] JORDANO FRAGA, J., *La protección a un derecho a un medio ambiente adecuado*, op. cit., en págs. 57 y 58 defiende que la utilización racional del suelo como recurso natural está indudablemente relacionada con el medio ambiente, como demuestra la propia realidad. Refuerza su argumento en la STS de 21 de diciembre de 1990. Señalamos que, posteriormente, la STC 46/1992, de 2 de abril en su Fj 3° al establecer la necesidad de hacer un uso racional de un recurso limitado como es el suelo hace una remisión al artículo 45 de la Constitución española: “(...) la cual procura encauzar por márgenes de racionalidad y solidaridad colectiva la utilización de ese recurso natural limitado que es el suelo, tal y como ordenan los arts. 47, 45 y 46 de la Constitución”. En otra STC 36/1994, de 10 de febrero, se pronuncia de una manera tibia al respecto al considerar en su Fj 5° que la ordenación del territorio puede incidir en el ámbito medioambiental: “Es cierto que no puede descartarse que la ordenación del territorio -que, como hemos dicho, es más una política que una concreta técnica y una política de enorme amplitud- pueda afectar a otras materias, como son el medio ambiente y el dominio público estatal (...)”. *El Tribunal Constitucional y el medio ambiente*, Generalitat de Catalunya, Departament de Medi Ambient, Barcelona, 1997.
- [20] ROSEMBUJ, T., *Los tributos y la protección del medio ambiente*, óp. cit. pág. 18.
- [21] La ecología supone “el estudio de cómo los organismos vivos y el ambiente que forman las cosas inanimadas funcionan juntos como un todo o ecosistema”, ARROYO GÓMEZ, M.A., *La problemática del medio ambiente*, óp. cit págs. 47-48.

a los recursos naturales, excluyendo todo tipo de otro elementos, que si lo considera la concepción amplia que seguidamente trataremos.

#### 4.2. *Concepción amplia del medio ambiente*

Según FERRER<sup>[22]</sup>, quien ha sido más prolijo en este análisis, precisa que la concepción amplia incluye toda la problemática ecológica general y por supuesto el tema capital de la utilización de los recursos a disposición del hombre en la biosfera. Esta noción también incluiría las cuestiones relativas al urbanismo y a la ordenación del territorio.

Dentro de este grupo mayoritario nos encontramos con posturas muy diversas y con enfoques jurídicos también diversos. Posiciones que se articulan en función de su concepción jurídica como simple valor-bien realizable por múltiples políticas públicas, o bien como fin cuya consecución puede ser organizada a través de precisas técnicas decantadas como sector ordinamental con identidad propia, en correspondencia con la idea más o menos amplia de su contenido<sup>[23]</sup>.

En relación a estas posiciones existen autores que defienden un concepto “muy amplio” de medio ambiente, frente a otros que defienden simplemente un concepto “amplio o intermedio”. A todas estas posiciones las denominaremos como la concepción amplia del medio ambiente.<sup>[24]</sup> Al primer grupo, esto es la concepción muy amplia, pertenece MOLA DE ESTEBAN, que define el medio ambiente humano como el hombre y su entorno vital; esto es, el marco comprensivo y mutable de los elementos, condiciones y circunstancias de todo orden -físicas y orgánicas- en el que el hombre desenvuelve su vida. Nada, por tanto, es absolutamente extraño al concepto de medio ambiente<sup>[25]</sup>.

En esa línea, JAQUENÖD DE ZÖGON, define el medio ambiente como la síntesis histórica de las relaciones de intercambio entre sociedad y naturaleza en términos de tiempo y espacio, pero no es algo neutro ni abstracto y se presenta como una realidad histórica, puesto que el ambiente y todas sus connotaciones jurídicas, entra a la historia con el hombre, desde el momento que éste toma conciencia de su existencia y de los diferentes bienes naturales que le pueden ser útiles, para satisfacer sus necesidades<sup>[26]</sup>.

[22] FERRER DUPUY, Plácida. *ibídem*.

[23] PAREJO ALFONSO, L., Jiménez Blanco, A. y Ortega Álvarez, L., *Manual de Derecho Administrativo*, Vol. 2, Ariel, Barcelona, 1996, pág.197.

[24] FERRER DUPUY, Plácida. *ibídem*.

[25] MOLA DE ESTEBAN CERRADA, F., *La defensa del medio humano*, Ministerio de la Vivienda, Servicio Central de Publicaciones, Madrid, 1972, pág. 661.

[26] JAQUENÖD DE ZÖGON, S., *El Derecho Ambiental y sus Principios Rectores*, op. cit, pág. 55.

Del segundo grupo referido a la concepción amplia, podemos destacar a ARROYO GOMEZ que se inclina por un concepto que él llama “intermedio”, en el cual añade, al concepto estricto, lo que se ha venido en llamar el marco de vida, donde también tendría cabida, además de la protección del paisaje y la naturaleza en sus especies vegetales y animales, la del patrimonio histórico-artístico de un país<sup>[27]</sup>.

Por último, FERRER<sup>[28]</sup> precisa que, como cierre a este aspecto doctrinal debemos citar, por ser modelo tenido en cuenta por casi todas estas opciones doctrinales antes desarrolladas, a GIANNINI que parte de una consideración tripartita del medio ambiente y más aceptada hoy en día:

- Elementos culturales: El ambiente en cuanto conservación del paisaje, incluyendo tanto las bellezas naturales como monumentos y centros históricos;
- Elementos naturales: El ambiente en cuanto protección del suelo, aire y agua; y,
- Elemento urbanístico: El ambiente en cuanto objeto de la disciplina urbanística.

Es decir, el concepto de medio ambiente está integrado por tres elementos: elementos ambientales culturales, elementos ambientales naturales, y urbanismo<sup>[29]</sup>. Es una concepción evolucionada de medioambiente, que justifica la pervivencia humana frente a la sobre explotación de los recursos naturales y a la calidad de vida de los seres humanos, presentes y futuros. Cuyo sustento principista es la solidaridad colectiva de la humanidad, que denota su evolución de convivencia existencial.<sup>[30]</sup>

---

[27] ARROYO GÓMEZ, M.A., op. cit, págs. 46-47, que rechaza la noción más amplia, al entender que las cuestiones relativas al urbanismo y a la ordenación del territorio poseen entidad y autonomía propia. A la vez dentro del concepto más estricto (atmósfera, aguas) se incluirían por extensión la lucha contra el ruido y los problemas planteados por la eliminación de desperdicios y basuras.

[28] FERRER DUPUY, Plácida. *ibidem*.

[29] GIANNINI, M.S., *Ambiente, saggio sui diversi suoi aspetti giuridici*. En *Diritto e Ambiente*, Part. I, *Diritto Civile*, Ed. Cedam, Padova, 1984, págs. 29-68, artículo publicado anteriormente en *Rivista trimestrale di Diritto público*, N° 1, 1973, páginas. 23 y ss. Relativo a este autor, para un estudio detallado del bien cultural como paradigma del bien ambiental, en ROSEMBUJ, T., *Los tributos y la protección del medio ambiente*, op.cit., págs. 18 a 23. Citado por: FERRER DUPUY, Plácida. op cit.

[30] FERRER DUPUY, Plácida. *ibidem*.

4.3. *Conclusión de las teorías doctrinarias*

Después del análisis de las distintas posturas de medio ambiente, podemos concluir que el concepto de medio ambiente tiene una naturaleza dinámica. Es decir pasa de una concepción estricta y muy limitada a otra amplia y evolucionada, más garantista frente al cambio climático y a la calidad de vida de la humanidad. La doctrina nos muestra que el concepto de medioambiente, tiene dos vertientes muy definidos. El primero vinculado a una concepción estricta y el segundo a una concepción amplia: ambas tendencias resultan de importancia para la evolución del concepto como fundamento indispensable para lograr la protección ambiental. En vista de la importancia del concepto de medioambiente para este trabajo, a continuación desarrollamos un esquema mediante el cual se detalla los elementos del concepto teniendo en cuenta las diversas posturas: muy estricta, estricta, amplia y muy amplia:

TEORIAS DEL CONCEPTO DE MEDIO AMBIENTE			MUY ERICTO	ESTRICTO	AMPLIO	MUY AMPLIO
Marco de vida: en el que se desenvuelve la acción humana. <sup>[31]</sup> Sus elementos depende de que teoría es la se tome como referencia.	Elementos ambientales naturales	Agua				
		Aire				
		Suelo				
		Subsuelo				
		Paisaje				
		Flora y Fauna				
	Elementos ambientales culturales	Patrimonio histórico-artístico de un país. Monumentos y centros históricos				
Urbanismo	Ordenación del territorio					
	Elementos sociales	Relaciones de intercambio entre sociedad y naturaleza				
¿No esta en ninguna posición doctrinaria?	Seres vivos domésticos	Trato de Vegetales y Animales				

[31] Algunos autores citados no detallan que elemento del medio ambiente debe contener el marco de vida. Por ello, se esta tomando en consideración como referencia de la amplitud del concepto de medio ambiente que sostiene cada posición doctrinal.

Como vemos la protección ambiental es más precisa cuando se trata desde la perspectiva de la teoría estricta, debido a que se fija en los elementos tradicionales o nucleares del medio ambiente como son los recursos naturales. Sin embargo, las nuevas políticas públicas y la responsabilidad social empresarial deben tomar en cuenta los elementos ambientales culturales, sociales y el urbanismo, que permita reducir la contaminación ambiental, que origina una sociedad de consumo, que ya está terminando con los recursos naturales y provocando la contaminación ambiental mundial. Sobre todo la contaminación atmosférica que genera el calentamiento global.

## V. CONCEPTO DE MEDIO AMBIENTE EN LAS CONSTITUCIONES DE 1979 Y 1993 DEL PERÚ

Sobre el particular, cabe precisar que en nuestro marco normativo el concepto de medio ambiente resulta ser constitucionalmente un concepto jurídico indeterminado (Constituciones de 1979 y 1993).

Siendo importantes los esfuerzos doctrinales antes citados para delimitar el concepto de medio ambiente. No obstante, en las constituciones de nuestro país no se ha llegado a establecer un concepto de medio ambiente. Las únicas constituciones que mencionan genéricamente sobre la protección ambiental son las Constituciones de 1979 y 1993.

Efectivamente, la Constitución Política de 1979 incorpora restringidamente al derecho de habitar en ambiente saludable, desde una perspectiva limitada a los recursos naturales (teoría muy estricta), tal como se puede evidenciar en su artículo 123° que a la letra dice lo siguiente:

### “CAPÍTULO II DE LOS RECURSOS NATURALES

Artículo 123°.- Todos tienen el derecho de habitar en ambientes saludables, ecológicamente equilibrados y adecuado para el desarrollo de la vida y la preservación del paisaje y la naturaleza. Todos tienen el deber de conservar dicho ambiente.

Es obligación del Estado prevenir y controlar la contaminación ambiental”.

Por su parte, la Constitución Política de 1993 incorpora restringidamente al derecho de habitar en ambiente saludable, desde una perspectiva limitada a los derechos de la persona y del tenor del mismo, es reconocible que se limita a los recursos naturales (teoría estricta), tal como se puede evidenciar de su numeral 22 del artículo 2° que a la letra dice lo siguiente:

“DERECHOS DE LA PERSONA

Artículo 2°.- Toda persona tiene derecho:

[...]

22. A la paz, a la tranquilidad, al disfrute del tiempo libre y al descanso, así como a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida”.

De ambas normas constitucionales fluye con claridad que solo se menciona el derecho y deber ambiental de todo ciudadano con relación a habitar en un medio ambiente adecuado; sin embargo, no se define en qué consiste el medio ambiente o qué elementos integran su contenido. Del mismo modo, se puede mencionar que en ambos casos se puede vincular a la teoría estricta, esto es, el medio ambiente está ligado solo a los recursos naturales, sin considerar los elementos sociales, culturales y el urbanismo. Sin embargo, luego veremos como el Tribunal Constitucional peruano logra ampliar el concepto.

VI. EL CONCEPTO DE MEDIO AMBIENTE EN LA  
LEY GENERAL DEL AMBIENTE

En el ámbito legal recientemente se incorpora el concepto “ambiente” de manera confusa y, por ende, se advierte una perspectiva estricta, con la dación de la Ley General del Ambiente, aprobado mediante Ley N° 28611, del 13 de octubre de 2005.

En la Ley General del Ambiente se tiene los siguientes conceptos latos y cuyas normas reglamentarias, en su mayoría, aún no existen (creando inseguridad jurídica), relacionados con el medio ambiente:

“TÍTULO PRELIMINAR  
DERECHOS Y PRINCIPIOS

Artículo I.- Del derecho y deber fundamental

Toda persona tiene el derecho irrenunciable a vivir en un ambiente saludable, equilibrado y adecuado para el pleno desarrollo de la vida, y el deber de contribuir a una efectiva gestión ambiental y de proteger el ambiente, así como sus componentes, asegurando particularmente la salud de las personas en forma individual y colectiva, la conservación de la diversidad biológica, el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales y el desarrollo sostenible del país”.<sup>19</sup>

[...]

## TÍTULO I

### POLÍTICA NACIONAL DEL AMBIENTE Y GESTIÓN AMBIENTAL

#### CAPÍTULO I

##### ASPECTOS GENERALES

Artículo 2°.- Del ámbito

[...]

2.3 Entiéndase, para los efectos de la presente Ley, que toda mención hecha al “ambiente” o a “sus componentes” comprende a los elementos físicos, químicos y biológicos de origen natural o antropogénico que, en forma individual o asociada, conforman el medio en el que se desarrolla la vida, siendo los factores que aseguran la salud individual y colectiva de las personas y la conservación de los recursos naturales, la diversidad biológica y el patrimonio cultural asociado a ellos, entre otros.

[...]

Artículo 19°.- De la planificación y del ordenamiento territorial ambiental

[...]

19.2 El ordenamiento territorial ambiental es un instrumento que forma parte de la política de ordenamiento territorial. Es un proceso técnico-político orientado a la definición de criterios e indicadores ambientales que condicionan la asignación de usos territoriales y la ocupación ordenada del territorio.

[...]

Artículo 69°.- De la relación entre cultura y ambiente

La relación entre los seres humanos y el ambiente en el cual viven constituye parte de la cultura de los pueblos.

Las autoridades públicas alientan aquellas expresiones culturales que contribuyan a la conservación y protección del ambiente y desincentivan aquellas contrarias a tales fines.

[...]

Artículo 81°.- Del turismo sostenible

Las entidades públicas, en coordinación con el sector privado, adoptan medidas efectivas para prevenir, controlar y mitigar el deterioro del ambiente y de sus componentes, en particular, los recursos naturales y los bienes del Patrimonio Cultural de la Nación asociado a ellos, como consecuencia del desarrollo de infraestructuras y de las actividades turísticas y recreativas, susceptibles de generar impactos negativos sobre ellos.

[...]

Artículo 84°.- Del concepto

Se consideran recursos naturales a todos los componentes de la naturaleza, susceptibles de ser aprovechados por el ser humano para la satisfacción de sus necesidades y que tengan un valor actual o potencial en el mercado, conforme lo dispone la ley”.

De las normas glosadas, vinculadas al concepto de medio ambiente, se trata, en primer lugar, sobre el derecho y deber ambiental de todo ciudadano con relación a habitar en un medio ambiente adecuado, la conservación de la diversidad biológica, el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales y el desarrollo sostenible del país. En segundo lugar, lo más importante de esta ley con relación al tema planteado, se logra conceptualizar por primera vez a nivel de ley al ambiente. Sin embargo, carece de claridad, puesto que resulta confuso conceptualizar como “ambiente” o a “sus componentes” a los elementos físicos, químicos y biológicos de origen natural o antropogénico.

Según se puede deducir del concepto vertido, cuando se refiere a elementos físicos, químicos y biológicos, sin explicar su contenido, otra vez se genera la incertidumbre jurídica a nivel legal. Es decir, existiendo doctrinas claras en las cuales se mencionan elementos fáciles de deducir su contenido, se opta por buscar un concepto nuevo y carente de explicación en un lenguaje ciudadano, puesto que la defensa del medio ambiente debe ser entendido mediante un concepto claro y general.

También, se puede observar que las normas citadas se refieren a los demás elementos ambientales como meros instrumentos de política ambiental. Por ejemplo, con relación al ordenamiento territorial ambiental, se sostiene que es solo un instrumento que forma parte de la política de ordenamiento territorial, mas no se identifica como un elemento más del concepto de ambiente, como sí lo hace la teoría amplia de medio ambiente.

Otro punto similar a lo anterior, que señala la Ley General del Ambiente, es el hecho de que la relación entre los seres humanos y el ambiente en el cual viven constituye parte de la cultura de los pueblos, por lo que las autoridades públicas alientan aquellas expresiones culturales que contribuyan a la conservación y protección del ambiente y desincentivan aquellas contrarias a tales fines, por lo cual, debe ser respetada la diversidad cultural frente a apetitos políticos y económicos que prefieran la explotación económica contraria a dichas culturas, avaladas por autoridades desconocedoras de su responsabilidad de proteger el medio ambiente en toda su amplitud.

De dichas normas, también se tiene muy claro que las entidades públicas, en coordinación con el sector privado, deben adoptar medidas efectivas para prevenir, controlar y mitigar el deterioro del ambiente y de sus componentes, en particular, los recursos naturales y los bienes del patrimonio cultural de la Nación asociados a ellos, como consecuencia del desarrollo de infraestructuras y actividades turístico-recreativas, susceptibles de generar impactos negativos sobre ellos. No obstante, se puede observar que en este artículo pareciera ampararse como elemento del concepto ambiente a los bienes del patrimonio cultural. Lo cual resulta contradictorio a la luz del concepto de ambiente expresado en su numeral 22 del artículo 2°.

En tal sentido, se señala como concepto de recursos naturales a todos los componentes de la naturaleza, susceptibles de ser aprovechados por el ser humano para la satisfacción de sus necesidades y que tengan un valor actual o potencial en el mercado, conforme lo dispone la ley. Con esto se da una apertura de concesiones de los recursos naturales. Sin embargo, habrá que esperar a las normas reglamentarias sectoriales, puesto que se puede ampliar para otro tipo de contratos, esperemos que se diseñen sin menoscabo para el medio ambiente.

Por último, se puede llegar a la conclusión que en la Ley General del Ambiente, se llega a determinar el concepto de medio ambiente de forma muy confusa y lata. En el siguiente esquema, se muestran los elementos que considera dicha Ley.

MARCO DE VIDA		FACTORES
De origen natural	De origen antropogénico	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Salud individual y colectiva.</li> <li>• Conservación de los recursos naturales y de la diversidad biológica.</li> <li>• Patrimonio cultural asociado a ellos.</li> <li>• Entre otros.</li> </ul>
De forma individual asociada		
Elementos físicos	Elementos físicos	
Elementos químicos	Elementos químicos	
Elementos biológicos	Elementos biológicos	
Elementos de ambiente		Políticas de gestión

De dichos elementos, se puede evidenciar que están referidos exclusivamente a los elementos ambientales naturales. Dejando de lado los elementos ambientales culturales, como el patrimonio histórico-artístico de un país, monumentos y centros históricos, los elementos ambientales sociales, el urbanismo y la ordenación del territorio, que sostiene la teoría amplia. Sin embargo, como ya se explicó, dicha norma sí menciona los otros elementos en forma indirecta y sin darle la calidad de elementos, sino de factores.

## VII. CONCEPTO DE MEDIO AMBIENTE EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO

Sobre el particular, se debe tener en consideración que las resoluciones emitidas por el Tribunal Constitucional se emitieron haciendo referencia al Código del Medio Ambiente ya derogado, por lo que aún no se tiene un aná-

lisis del máximo interprete de la constitución sobre el concepto de ambiente de la nueva Ley General del Ambiente, Ley No. 28611 del 13 de octubre de 2005.

### *7.1. De acuerdo a la teoría estricta*

En el caso “LEY DE REGALÍA MINERA”, Ley N. ° 28258, el Tribunal Constitucional emitió la Sentencia publicada el 1 de abril de 2005 (Expediente N.º. 0048-2004-PI-TC), desde la perspectiva constitucional, y a efectos de su protección, se hace referencia, de modo general, al medio ambiente como el lugar donde el hombre y los seres vivos se desenvuelven (1). En dicha definición se incluye «(...) tanto el entorno globalmente considerado —espacios naturales y recursos que forman parte de la naturaleza: aire, agua, suelo, flora, fauna— como el entorno urbano» (2); además, el medio ambiente, así entendido, implica las interrelaciones que entre ellos se producen: clima, paisaje, ecosistema, entre otros.

Agrega el colegiado, que el medio ambiente es el mundo exterior que rodea a todos los seres vivos y que determina y condiciona su existencia. Es el ámbito en que se desarrolla la vida y en cuya creación no ha intervenido la acción humana. En puridad, medio ambiente alude al compendio de elementos naturales —vivos e inanimados— sociales y culturales existentes en un lugar y tiempo determinados, que influyen o condicionan la vida humana y la de los demás seres vivos (plantas, animales y microorganismos).

Precisa el Tribunal que, el medio ambiente se define como “(...) el conjunto de elementos sociales, culturales, bióticos y abióticos que interactúa en un espacio y tiempo determinado; lo cual podría graficarse como la sumatoria de la naturaleza y las manifestaciones humanas en un lugar y tiempo concretos” (4).

En el mismo sentido, el punto 30 de la referida Sentencia se sostiene que “El Tribunal Constitucional considera que el medio ambiente, entendido sistemáticamente como el conjunto de fenómenos naturales en que existen y se desarrollan los organismos humanos, encuentra en el comportamiento humano una forma de acción y de creación que condiciona el presente y el futuro de la comunidad humana.”

Ahora bien, de lo expuesto, se tiene que la Sentencia publicada el 1 de abril de 2005, al fundamentar el concepto de medio ambiente, pone énfasis en autores que defienden la posición amplia y muy amplia, sin embargo mantiene una posición estricta al momento de resolver el caso.

En el caso “MÁXIMO MEDARDO MASS LÓPEZ vs NEXTEL y MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DE CHIMBOTE”, el Tribunal Constitucional emitió la sentencia publicada el 5 de setiembre de 2007, (Expediente N.º 4223-2006-PA/TC), en el que precisa que se debe iniciar el procedimiento adminis-

trativo sancionador correspondiente, contra la demandada, por el incumplimiento de lo establecido en la Resolución Viceministerial aludida supra, en la medida que el artículo 88° inciso 5) del Decreto Supremo N.º 013-93-TCC, tipifica como infracción grave “[l]os cambios de emplazamiento o de las características técnicas de las estaciones radioeléctricas sin la correspondiente autorización.

(...)

25. Esta responsabilidad estatal guarda relación con lo dispuesto en el artículo 2º, inciso 22), de la Constitución, que reconoce el derecho fundamental de toda persona “a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de la vida”. En concordancia, el artículo I del Título Preliminar del Código del Medio Ambiente prevé que “[t]oda persona tiene el derecho irrenunciable a gozar de un ambiente equilibrado, saludable, ecológicamente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la vida, y asimismo, a la preservación del paisaje y la naturaleza. Todos tienen el deber de conservar dicho ambiente (...). Le corresponde –al Estado- prevenir y controlar la contaminación ambiental”.

(...)

35. Pero no siempre la prohibición absoluta de determinada actividad es la única vía para alcanzar determinado grado de protección, pues, dependiendo del caso, el mismo puede ser alcanzado, mediante la reducción de la exposición al riesgo, con el establecimiento de mayores controles y la imposición de ciertas limitaciones. En el presente caso, de los informes técnicos solicitados por este Tribunal se concluye que no existe riesgo de exposición radioeléctrica, por lo que una decisión en el sentido de ordenar el desmantelamiento de la antena de NEXTEL, sería una medida irrazonable y desproporcionada.”

De lo vertido en esta Sentencia del Tribunal Constitucional, resulta incongruente con lo señalado en su motivación. Al igual que la Sentencia anterior, dicho tribunal parte de una concepción amplia para luego ampararse en una concepción muy estricta. Al parecer, sin advertir el contenido del concepto en la doctrina amplia.

### *7.2. La posición del Tribunal Constitucional actualmente sostiene la teoría amplia*

En el caso “RUDECINDO JULCA RAMÍREZ vs TELEFÓNICA DEL PERÚ Y LA MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE SECHURA”, el Tribunal Constitucional ha emitido la Sentencia del 15 de enero de 2010, (EXP. N.º 05680-2008-PA/TC), mediante la cual sostiene una concepción amplia de medio ambiente.

Así, menciona que el contenido del derecho fundamental a un medio ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la persona está determinado por los siguientes elementos, a saber: 1) el derecho a gozar de ese medio ambiente y, 2) el derecho a que ese medio ambiente se preserve.

En su primera manifestación, agrega el Colegiado, “esto es, el derecho a gozar de un medio ambiente equilibrado y adecuado, dicho derecho comporta la facultad de las personas de poder disfrutar de un medio ambiente en el que sus elementos se desarrollan e interrelacionan de manera natural y armónica; y, en el caso de que el hombre intervenga, no debe suponer una alteración sustantiva de la interrelación que existe entre los elementos del medio ambiente. Esto supone, por tanto, el disfrute no de cualquier entorno, sino únicamente del adecuado para el desarrollo de la persona y de su dignidad (artículo 1.º de la Constitución). De lo contrario, su goce se vería frustrado y el derecho quedaría, así, carente de contenido. Pero también el derecho en análisis se concretiza en el derecho a que el medio ambiente se preserve. El derecho a la preservación de un medio ambiente sano y equilibrado entraña obligaciones ineludibles, para los poderes públicos, de mantener los bienes ambientales en las condiciones adecuadas para su disfrute. A juicio de este Tribunal, tal obligación alcanza también a los particulares y, con mayor razón, a aquellos cuyas actividades económicas inciden, directa o indirectamente, en el medio ambiente (STC 0048-2004-AI/TC)”.

El Colegiado, “en consonancia con la interpretación efectuada por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU respecto al derecho a la salud, en conexión con el derecho al medio ambiente adecuado y equilibrado, recogido en la Observación General N° 14, este derecho fundamental comprende, dentro de su ámbito constitucionalmente protegido, las siguientes obligaciones para el Estado, extensibles también a los particulares:

- a) **Obligación de respeto**, que implica que los Estados y particulares se abstengan de injerir directa o indirectamente en el disfrute del derecho a la salud, esto es, que no lleven a cabo acciones que dañen o amenacen el ejercicio de este derecho (párrafo 34 de la OG N.º 14).
- b) **Obligación de protección**, que supone la obligación del Estado y de particulares de adoptar las medidas que impidan la vulneración del derecho por parte de terceros, es decir, es el establecimiento de toda suerte de medidas destinadas a evitar la producción de daños a la salud de las personas (párrafo 35 de la OG N.º 14).
- c) **Obligación de satisfacción**, que requiere de todas las medidas tendientes a dar plena efectividad al derecho, esto es, de la prestación efectiva de bienes y servicios destinados a cumplir con la protección efectiva de la salud de las personas (párrafo 36 de la OG N.º 14).

- d) **Obligación de facilitación**, que tiende al establecimiento de medidas para permitir a los particulares y comunidades disfrutar de su derecho a la salud, cuando por alguna razón no puedan ejercerlo por sí mismos, y la **obligación de promoción**, que supone el compromiso activo del Estado para el disfrute del nivel más alto de salud por parte de la población, (párrafo 37 de la OG N.º 14).

De acuerdo a este marco de obligaciones, que conforman, a su vez, el contenido del derecho a la salud, puede apreciarse que una de las dimensiones más importantes en el disfrute efectivo de este derecho lo constituye el *deber de protección*. Y es que, como lo ha sostenido con claridad el profesor Juan Arroyo, “en realidad, la definición clásica de la salud hecha por la OMS en 1948, conceptuándola como bienestar físico, espiritual e integral, desplaza al sistema de salud del terreno exclusivo de la atención de la enfermedad y lo adentra en el terreno de la calidad de vida, que es responsabilidad general del Estado y la sociedad. La mayoría de salubristas defendemos esta **concepción amplia** de la salud, lo que se expresa en el requerimiento de políticas de salud no sólo curativas sino **preventivas** y de promoción de la salud” (resaltado nuestro) [Cfr. ARROYO, Juan: “La salud inmóvil: Parálisis del sistema de salud en un ciclo expansivo de la economía”, en *Informe de los DESC a un año de gobierno. Del cambio responsable al continuismo irresponsable*, APRO-DEH, Lima, 2007, p. 90].”

Culmina el Tribunal, afirmando que “no puede pretenderse, pues, bajo ninguna circunstancia, en el marco de un Estado Constitucional de Derecho, regido no solo por el principio de sujeción estricta a los procedimientos preestablecidos en la ley, sino por la supremacía normativa de la Constitución y la vigencia efectiva de los derechos fundamentales, la convalidación de un obrar a todas luces contrario a la ley y al orden de valores que encarna nuestra Constitución; por lo que, en ningún caso, puede mantenerse dicha construcción, máxime si puede representar un riesgo para la salud, y si la autoridad competente, en este caso, la Municipalidad emplazada ha ordenado el desmantelamiento de la antena materia de la presente controversia.”

Finalmente, el Colegiado acertadamente culmina con una concepción amplia de medio ambiente, y declara, es este caso, FUNDADA la demanda de amparo, por vulneración de los derechos a la salud y al medio ambiente equilibrado y adecuado y, ORDENA a Telefónica del Perú S.A.A. retire los equipos y antena de telefonía celular (torre); y que se abstenga, en el futuro, de ejecutar obras sin contar con la autorización municipal correspondiente. Asimismo, ORDENA a la Municipalidad Distrital de Sechura que, proceda a retirar los equipos y antena de telefonía celular (torre). De esta forma, el Tribunal Constitucional peruano, acertadamente, sostiene hoy en día una posición amplia de concepto

medio ambiente, dándole dinamismo al concepto anterior donde sostenía una concepción estricta.

### VIII. CONCLUSIONES

De acuerdo con lo expuesto, se puede llegar a las siguientes conclusiones con relación al concepto de medio ambiente:

- El medio ambiente ya no es un concepto estricto basado solo en los recursos naturales, sino un concepto amplio, pues consideramos que la noción de ambiente, siguiendo a PAREJO ALFONSO<sup>[32]</sup>, se presta a afirmar que es incorrecta la delimitación del contenido constitucionalmente declarado del medio ambiente con relación al contenido que deba atribuirse a la categoría constitucional de “recursos naturales”. Para este autor, la noción de ambiente es irreductible a cualquier acotación o sectorialización, “comprendiendo cualquier elemento del contexto en el que se desenvuelve la acción humana”<sup>[33]</sup>. Entendido la actividad industrial con mayor incidencia contaminante y personal con menor incidencia.
- La noción de ambiente desde nuestra posición coincide con la posición tripartita de GIANNINI, que sería el ambiente en cuanto a conservación del paisaje, incluyendo tanto las bellezas naturales como monumentos y centros históricos; el ambiente en cuanto protección del suelo, aire y agua; y, el ambiente en cuanto objeto de la disciplina urbanística. Es decir, elementos ambientales-culturales, elementos ambientales-naturales, y urbanismo. Adicionándose los elementos sociales que son de vital importancia para la existencia humana, puesto que el problema de la degradación ambiental se produjo por el consumismo desordenado originado por elementos sociales realizados por el hombre. Así, la solución también debe ser contemplada desde la misma perspectiva, como una especie de antídoto. El consumo debe ser limitado a bienes y servicios que no degraden el medio ambiente.

---

[32] PAREJO Alfonso, L., JIMÉNEZ Blanco, A. y ÁLVAREZ Ortega, L., Manual de Derecho Administrativo, Vol., 2, Ariel, Barcelona, 1996, Pág.197.

[33] *Ibidem*, p. 198, añadiendo que esta perspectiva hace realidad el “tratamiento jurídico unificado de la materia ambiental” postulado por cierta doctrina, en la que en algún caso (Alemania) se ha llegado a asumir la iniciativa de un Código del Medio ambiente.

El futuro depende de cómo cambiemos nuestros hábitos<sup>[34]</sup>, caso contrario, solo nos espera la extinción.

- En las Constituciones Políticas de 1979 y 1993 se evidencia al concepto de medio ambiente como indeterminado, puesto que no se define en qué consiste el medio ambiente o qué elementos integran su contenido. Del mismo modo, se puede mencionar que en ambos casos se pueden vincular a la teoría muy estricta.
- En relación con el concepto de ambiente que establece la Ley General del Ambiente, se advierte que regula de modo general y poco clara dicho concepto. Además, a nivel normativo, debemos agregar a dicho problema, el hecho de que gran parte de sus articulados aún no se han reglamentado.
- A nivel institucional, estamos a la espera del posicionamiento del Ministerio de Medio ambiente, como aquella institución que busque integrar la política ambiental en nuestro país<sup>[35]</sup>. Pues, las instituciones vigentes no han logrado cumplir ni el más simple de los objetivos de protección ambiental. Muchas de estas, sumidas en actos de ineficiencia y corrupción públicamente conocidos y denunciados, y otros aquietados por normativas muy dispersas y sectoriales, en perjuicio de la sociedad, del Estado y de las empresas social y ambientalmente responsables.
- Así, ambiente, en suma, es equivalente a equilibrio ecológico y la tutela jurídica persigue, justamente, reservarlo en favor de las diversas especies vivientes entre las que destaca el hombre<sup>[36]</sup>. El derecho asume el reto de protegerlo desde sus diversos ámbitos (Derecho constitucional, penal, civil, administrativo, tributario, etc.).
- Por último, saludamos la actual concepción amplia que tiene el Tribunal Constitucional, dando a conocer la dinámica del concepto de medio ambiente. El punto de partida para la protección ambiental es sin duda

---

[34] El desarrollo basado en energía barata pronto será insostenible: enfrentamos la transición a una nueva matriz energética. Las modificaciones tecnológicas y los cambios en la forma de vida que implica configuran una nueva civilización energética. SÁNCHEZ-ALBAVERA, Fernando, Hacia una nueva civilización energética, julio, 2007, p. 1, en <http://palestra.pucp.edu.pe/index.php?secc=100>.

[35] Vide Tratado de Libre Comercio y Medio ambiente. Con la firma del TLC y sus adendas, el Estado peruano se compromete a algo que hoy no puede cumplir: fiscalizar el cumplimiento de estándares ambientales. Para no empañar sus relaciones comerciales, es urgente que esta situación cambie antes de la ratificación del tratado. CALLE VALLADARES, Isabel, Acuerdo de promoción comercial Perú - EE.UU.: ¿medio ambiente enmendado?, en <http://palestra.pucp.edu.pe/index.php?secc=100>.

[36] ROSEMBUJ, Los tributos y la protección del medio ambiente, cit., p. 13.

comprender los elementos del medio ambiente. Así toda actuación de los poderes públicos, la sociedad, las empresas<sup>[37]</sup> y los consumidores, resultará eficaz y legítima frente a la degradación ambiental, en busca de un crecimiento económico sostenible<sup>[38]</sup>.

\* \* \* \* \*

---

[37] El cuidado ambiental y la competitividad son mutuamente dependientes, y no deben entenderse como ideas contrapuestas. Para asegurar una relación positiva, se requiere un sistema regulatorio ambiental adecuado, que aún no existe en el Perú. LANEGRA, Iván y MORALES Rosa, Competitividad y responsabilidad ambiental: objetivos indesligables, julio, 2007, p. 1, en <http://palestra.pucp.edu.pe/index.php?secc=100>.

[38] El contexto actual de crecimiento económico genera una mayor presión sobre el medio ambiente, el cual, a su vez, condiciona las posibilidades de crecimiento. Se requiere políticas que garanticen el uso responsable del medio ambiente. CASTRO, Mariano, ¿Qué política ambiental tiene el Perú?, julio, 2007, p. 1, en <http://palestra.pucp.edu.pe/index.php?secc=100>.



# CONFLICTIVIDAD SOCIO-AMBIENTAL Y MARCO CONSTITUCIONAL

EDDIE CÓNDROR CHUQUIRUNA\*

**SUMARIO:** **I.** *El marco constitucional.* **II.** *El ambientalismo y el camino al conflicto social.* **III.** *La afectación de intereses difusos.* **IV.** *El problema de los recursos naturales.* **V.** *Conclusiones.*

## I. EL MARCO CONSTITUCIONAL

La Constitución de 1993 erige un régimen económico basado en una “Economía Social de Mercado”. En esa línea, lo que define la economía peruana como principio es la libre iniciativa privada. Ese es el principio general. Sin embargo, la Carta no ha desconocido el elemento social que es el marco al cual deben ceñirse las transacciones privadas. La economía es libre, pero su fundamento es la satisfacción de necesidades humanas y, por tanto, la dinámica económica no debe afectar esas necesidades. Una necesidad es el ambiente, que suele ser definido como el entorno natural. Sin embargo, ese entorno permite el equilibrio de nuestros procesos biológicos. La naturaleza provee de alimentos, aire, agua.

Los intereses particulares quedan supeditados a las necesidades del conjunto. El marco constitucional no impide la libertad empresarial, pero destaca su prohibición del abuso de ejercicio de los derechos que nos corresponden, entre ellos la libre empresa y la libertad contractual. Un tema, por ejemplo, es el de los monopolios. Es posible en nuestro régimen, los monopolios son consecuencia natural de la competencia y están permitidos. Lo que no está permitido es el abuso de posición dominante en el mercado. En este caso hay un límite a la libertad, como lo hay en la propiedad mal encaminada. La ley no ampara el abuso de derecho, dice el texto constitucional.

---

\* Consultor de la Comisión Andina de Juristas.

En un segundo nivel, el Estado no es una entidad ajena al bien común. Este no es la resultante de un orden espontáneo, hayekiano, sino que se requieren mínimos racionales de regulación que impidan el abuso de cada actividad o estatus. El Estado actúa, no de modo exclusivo, para promover el desarrollo económico social a través de áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, etc. Así, no es posible desligar el régimen económico del objetivo común de una sociedad, que es el desarrollo. En el ámbito de nuestra constitución, el desarrollo no es elaborado a partir de pautas estatales, pero se debe entender orientado hasta cierto punto por el Estado. El desarrollo contempla, por lo demás, no solo las mejoras económicas concretas del colectivo social sino, en específico también, una mejor calidad de vida que se reporta por el mejor aire respirado, la mejor agua y los mejores recursos que sirven a la alimentación humana.

El tema del desarrollo nos fuerza a considerar la libertad de empresa como un ámbito sujeto a ciertas limitaciones, básicamente en relación con el interés público. El artículo 59 de la Carta establece que el Estado estimula la creación de riqueza y garantiza la libertad de trabajo y la libertad de empresa, comercio e industria. Pero, del análisis fluye que el ejercicio de estas libertades no debe ser lesivo a la moral, ni a la salud, ni a la seguridad pública.

La Constitución impone algunos deberes al Estado en lo que a la economía se refiere. Ellos son:

- Estimular la creación de riqueza. Se debe atender el hecho que el Estado no asume la actividad empresarial sino que promueve algunos incentivos. La riqueza no debe entenderse ajena a una calidad de vida mejor en una perspectiva de salud individual.
- Garantizar la libertad de trabajo. Como vimos en el artículo. 2 inc 15, toda persona tiene derecho «a trabajar libremente, con sujeción a ley», es decir, se trata de un derecho fundamental del ser humano. El trabajo, que compromete, a la empresa, no debe afectar el derecho de los otros, que tienen en sustancia las mismas condiciones que el titular del derecho.
- Garantizar la libertad de empresa. Esta es la posibilidad de crear libremente personas jurídicas orientadas a la ganancia. Es útil entender que esta disposición no impide la regulación. La regulación impide el ejercicio abusivo de los derechos, sean fundamentales o sociales.

Esta libertad supone la posibilidad de ejercer actividades productivas o de servicios sin más límites que los que establecen la Constitución y las leyes. Una interpretación sistemática nos ayuda a determinar que los límites son los derechos contenidos en la Carta constitucional y los que se puedan desprender de la legislación de manera derivada y más precisa.

Sin embargo, la libre empresa no es absoluta: “El ejercicio de estas libertades no debe ser lesivo a la moral, ni a la salud, ni a la seguridad públicas”.

Conviene atender además que las libertades no pueden ser contrarias a la moral. La Constitución, en efecto, tiene un significado ético, que es el que identifica los límites de cada contenido en cuanto a reconocimiento de derechos. Es importante tener en cuenta los mecanismos de integración jurídica legislados en el inc. 8 del artículo. 139 de la Constitución. Pero, además y fundamentalmente, la moral puede ser ubicada en la escala de valores de la sociedad.

Las libertades no pueden contravenir la salud. Existe un contenido moral en la afirmación, desde luego. Ratifica esta limitación los derechos establecidos en los artículos 7 y 9 de la propia Carta. Es aplicable lo establecido en el artículo 8, particularmente la regulación del uso de los tóxicos sociales. La protección de la salud, como obligación de la sociedad y del Estado, impone restricciones a las libertades dispuestas en el texto. Este contenido es oponible a algunas inversiones, cuando generan un daño social, que, por cierto, por lo general es difuso y está distribuido indefinidamente en el colectivo social. Por lo general, también es muy difícil individualizar el daño como una consecuencia directa de la acción supuestamente generadora. No es posible, por ejemplo, asumir que una enfermedad oncológica deriva necesariamente de los humos vertidos por la chimenea de una fábrica cercana. Bajo supuestos no es posible definir responsabilidades de carácter civil o penal.

El otro tema es que las libertades no pueden afectar la seguridad pública, comprendiendo en el concepto el medio ambiente. Como se puede discernir, el tema medioambiental comprende implicancias con diversos temas, tales como la salud, la seguridad pública, los derechos fundamentales, etc.

## II. EL AMBIENTALISMO Y EL CAMINO AL CONFLICTO SOCIAL

Es muy difícil impedir que el crecimiento industrial no derive en algún nivel de daño ambiental, en general. Para los efectos de minimizar los daños hay mecanismos diversos y de carácter técnico. Los estudios de impacto ambiental están destinados a medir el daño y, subsecuentemente, calcular el monto de la inversión necesaria en factores que atenúen el daño. No es una meta válida, en todo caso, la opción por un ambientalismo que excluye la modernidad. Se suele asumir que la modernidad radica en las tecnologías utilizadas en las actividades extractivas o industriales. Sin embargo, conviene añadir a la modernidad un criterio que se debe considerar y es el institucional. En una socie-

dad institucionalizada, donde prevalece el diálogo, la modernidad siempre está presente<sup>[1]</sup>.

El camino institucionalizado supone que frente al daño ambiental se han planteado previamente mecanismos de diálogo y búsqueda de soluciones que atemperen cualquier conflicto entre las empresas industriales extractoras y las poblaciones aledañas afectadas por la inversión.

En el Perú actual parece ser que el conflicto se ha vuelto omnipresente. La Defensoría del Pueblo registra casi tres centenas de conflictos a nivel nacional cada año como promedio<sup>[2]</sup>. De ellos, una buena parte son de carácter socio ambiental, incluyendo los conflictos mineros. Diariamente leemos alguna noticia referida a estos tipos de conflictos. En ellos, como se desprende del referente del proyecto Conga es imposible satisfacer todos los intereses al mismo tiempo. La dicotomía parece planteada: o agua u oro. No hay más y no lo hay por el atrincheramiento de quienes se oponen al proyecto.

Más allá de los oscuros intereses políticos o ideológicos implicados en el conflicto de Conga, el tema es que, estudiado el tema por su impacto ecológico, existe una controversia que plantea solo dos opciones disyuntivas.

En la medida en que la industria extractiva debe destruir ineludiblemente componentes de la naturaleza, es un ambientalismo que entra en contradicciones con la expansión minera; por tanto, casi nunca existe una salida negociada porque el juego es de suma cero. Esta orientación ha tenido una repercusión mayor en diversos casos distintos al peruano, puede observarse también en el caso ecuatoriano<sup>[3]</sup>.

El ecuatoriano es un caso distinto al peruano en el que la misma organización que frenó la expansión de la Minera Yanacocha hacia Cerro Quilish no logró determinar su propia representación en las mesas de diálogo. Mientras tanto en Ecuador, Acción Ecológica, ha sido protagónica y consistente en el sector minero ecuatoriano.

Se observa así que el débil camino institucional conduce a que en el Perú las partes de un conflicto medioambiental estén sometidas a una forzada cultura del diálogo, una cultura que no existe y que se debe condicionar y elaborar en cada uno de sus elementos. Esta es, en el fondo, una cultura del Derecho. Las partes asumen el conflicto como un problema jurídico cuyo referente mayor es la Constitución. De esta manera cada quien se somete a las normas jurídicas, son estas las que en una interpretación sistemática debe dar la razón a una de las partes.

---

[1] O'Donnell, Guillermo. *Modernization and Bureaucratic-Authoritarianism*. Berkeley: University of California Press, 1970).

[2] [www.defensoria.gob.pe/reportesconflictosocial](http://www.defensoria.gob.pe/reportesconflictosocial).

[3] <http://www.deepecology.org/>.

El conflicto socio-ambiental institucionalizado supone que las partes cuentan con abogados antes que con movilizados o activistas y que los temas pueden resolverse donde deben resolverse: en los tribunales.

Podríamos añadir el camino de los métodos alternativos formales de solución de conflictos y la vía del arbitraje o de la negociación seria con fundamento en normas de Derecho que sean el referente de negociación. Y no es que el derecho se deba negociar. Ocurre que muchas veces existen derechos contrapuestos y es difícil dilucidar quién tiene la razón. Por tanto, el tema es el reconocimiento del derecho constitucional mejor fundamentado con relación al caso o, caso contrario, el sometimiento a los jueces.

### III. LA AFECTACIÓN DE INTERESES DIFUSOS

La tutela de los intereses difusos esto es, la legitimación activa para obrar en un proceso si es que la opción real es el camino del Derecho, debe ser amplia y así todo ciudadano poder constituirse en vigilante de un ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la vida, dándole además, coherencia a la obligación que toda persona tiene de proteger el medio ambiente. Las demandas no solo deberían corresponder a aquellos que se sienten dañados, pues el medio ambiente es un espacio común cuyo deterioro potencialmente afecta a todos lo que lo habitan.

Así, la acción consiste en una respuesta concreta ante un estado de necesidad de tutela jurisdiccional. Puede solicitarlo una persona determinada sin tener otra alternativa como pudiera ser la negociación o la revuelta. Se busca la intervención del respectivo juez competente con el objetivo de resolver el conflicto de intereses. La tutela jurisdiccional por lo general (aunque debería ser más abierto) debe estar vinculada al interés y la necesidad particular de obrar para impedir o detener el daño que se está produciendo o para exigir una justa indemnización, de ser el caso.

La problemática ambiental (intereses difusos) exige la existencia de los medios adecuados para lograr la tutela jurídica correspondiente. Por eso la moderna doctrina propone que la tutela del medio ambiente se efectúe a través de la protección de los intereses difusos. Estos intereses, desde luego, no determinan a un grupo delimitado o a una persona en concreto, sino a una serie no determinada de individuos o, en todo caso, difícil o imposible de determinar.

Además, el bien “naturaleza” o entorno ambiental es un bien indivisible y, por tal, es un bien común en el que se define una comunión basada en la satisfacción de todos. La lesión de este bien no es una lesión a un solo individuo sino que se constituye como una lesión a la colectividad toda.

Para accionar hay tres condiciones esenciales que deben cumplirse por anticipado. Por un lado, la existencia de una norma jurídica que sirva de marco. Luego, la legitimación para obrar y, finalmente, el interés para obrar. El juez debe examinar estas condiciones, antes de expedir una sentencia. Se deben atender los presupuestos materiales de la sentencia de fondo, que son los requisitos para que el juez pueda resolver el tema de fondo del litigio. Vale señalar que estos presupuestos están configurados por el Pleno Casatorio Civil de la Corte Suprema<sup>[4]</sup>.

Se debe aplicar a los procesos sobre intereses difusos, las normas sobre acumulación subjetiva de pretensiones si es que fuera el caso. En caso que la sentencia no ampare la demanda, será elevada en consulta a la Corte Superior. La sentencia definitiva que declare fundada la demanda, será de cumplimiento obligatorio para todos, incluyendo a quienes no hayan participado del proceso. Esta particularidad obedece al carácter común del recurso ambiental, que involucra a todas las personas y empresas. Conviene decir que la indemnización debe emplearse en la reparación del daño ocasionado o la preservación del medio ambiente de la localidad, por lo que no extraña que esta indemnización deba recaudarse por las entidades gubernativas locales ubicadas en la zona del daño.

Giovanni Priori comenta: "... que en el caso de los intereses difusos nos encontramos frente a un problema de acceso a la jurisdicción; por ello, en la medida que es imposible o sumamente difícil precisar la titularidad del derecho y por ende la legitimación para obrar activa la ley habilita a determinadas personas o instituciones para que actuando en nombre propio inciden los procesos tendientes a la tutela de estos derecho que, en principio, no les corresponden, debido a que la titularidad se encuentra atribuida a un conjunto indeterminado de personas y no a éstas individualmente consideradas"<sup>[5]</sup>.

Los derechos no están concretizados en una identidad particular. Ni siquiera es posible vincular estrictamente un daño a la salud individual con la fuente aparentemente contaminante. Es difícil, por tanto, establecer una indemnización individual. Es, en demasiadas ocasiones, imposible elaborar una justa relación de causa y efecto. Sin embargo, la posibilidad se incrementa cuando se percibe un daño de mayor incidencia, cuando una población comienza a ser afectada por una fuente contaminante. Es el caso de La Oroya y Doe Run. En este tipo de casos, un grupo humano importante puede manifestar daños a la salud que solo pueden provenir en su conjunto de un río contaminado por plomo, un vertedero de tóxicos o cualquier forma de echar

---

[4] TICONA POSTIGO, Víctor, *El Debido Proceso y la Demanda Civil*, Tomo I, editorial Rodhas, 1999 Lima.

[5] I Pleno Casatorio Civil Peruano.

residuos de la explotación de un recurso natural. En otras circunstancias, lo propio es que los flujos que pudieran provenir de las demandas por temas de intereses difusos se destinen a situaciones vinculadas con la preservación del medio ambiente<sup>[6]</sup>.

La legitimidad para obrar debiera depender, asimismo, del interés involucrado: La defensa del medio ambiente, esto es, la legitimidad para obrar en defensa y reparación del medio ambiente, la debe tener todo ciudadano. En el caso colectivo, pudiera ser que una población local no tuviera los medios o argumentos necesarios para sustentar una demanda. Nada debiera obstar para que un ciudadano ajeno a la localidad interponga la demanda. No necesariamente quien interponga la demanda debe ser el directo afectado o tener un interés en el particular<sup>[7]</sup>.

El correlato en lo que a derechos fundamentales se refiere, del interés difuso es el derecho al medio ambiente adecuado así como el derecho a la salud. El goce de un ambiente equilibrado y adecuado es un derecho subjetivo y de carácter constitucional. Debemos, en cualquier caso, diferenciar el derecho al medio ambiente del interés difuso. El primero queda restringido al campo de los derechos de la persona. El segundo es una condición que permite obrar en el proceso, permite la legitimación que individualmente pueda asumir cualquier persona, aun cuando no se vea afectada directa o indirectamente por la transgresión. Esta última posibilidad está contemplada en el Código del Medio Ambiente y los Recursos Naturales (en el artículo III del Título Preliminar), cuando se establece que “toda persona tiene derecho a exigir una acción rápida y efectiva ante la justicia en defensa del medio ambiente y de los recursos naturales y culturales”. Obsérvese que la norma señala lo siguiente enseguida: “se pueden interponer acciones, aun en los casos en que no se afecte el interés económico del demandante o denunciante (...)”<sup>[8]</sup>.

Aunque no se ha enfocado desde esa perspectiva, conviene señalar que el interés difuso puede generar dos tipos de reacciones. Por un lado, puede llevar al conflicto que concluye en crisis y violencia. Por otro, puede conducir a una búsqueda de soluciones de carácter institucional. Esta última opción sería posible si es que los mecanismos jurídicos estuvieran bien dispuestos. No es el caso. Por ejemplo, se han creado fiscalías contra delitos ambientales en el Perú, pero no se reporta la creación de juzgados ambientales de carácter civil o penal.

[6] PRIORI POSADA, Giovanni, La tutela jurisdiccional de los procesos difusos: una aproximación desde el derecho procesal constitucional, en: Apuntes de Derecho Procesal, Lima, Ara editores, 1997, p. 38.

[7] TAM PÉREZ, José, “Los intereses o derechos individuales homogéneos en el marco de la tutela procesal efectiva”, Actualidad Jurídica, Gaceta Jurídica, Tomo180, noviembre 2008.

[8] Código del Medio Ambiente y Recursos Naturales.

Se podrían procesar investigaciones respecto a las vulneraciones del derecho a un medio ambiente sano, pero el camino que mejor responde a las expectativas de los indignados ciudadanos es el de la turbamulta callejera y el boicot a las inversiones.

#### IV. EL PROBLEMA DE LOS RECURSOS NATURALES

El gran dilema que se viene presentando en el Perú del siglo XXI es cómo explotar los recursos naturales, sustentar el crecimiento, generar empleo y riqueza, sin afectar el medio ambiente. Algunos podrían encontrar la solución en la privatización del subsuelo y la reforma fundamental del esquema de propiedad de los recursos. Vale decir, en todo caso, que los recursos naturales, según el artículo 66 de la constitución es patrimonio de la Nación. El Estado busca su aprovechamiento soberano y lo hace a través de concesiones a privados. Los recursos naturales, que son patrimonio común, imponen límites al Estado. El patrimonio común no puede explotarse ilimitadamente si es que se perjudica a algunos de los integrantes de esa comunidad indivisa llamada “Nación”. El componente de una Nación es la población, que es el conjunto humano vinculado por elementos históricos comunes. Existe una coincidencia de voluntades en torno a un futuro común, existe una pertenencia común y lo que Renán llamó “un plebiscito cotidiano”.

En el ordenamiento anglosajón, los recursos naturales están ligados a la propiedad del suelo en cuya profundidad ellos son encontrados, por lo que no se ofrece mayores problemas. Los propietarios compran y venden, pero también pueden ser demandados y demandar.

La Constitución exige una ley orgánica para la utilización de los recursos naturales y su otorgamiento a particulares; por tanto, no es materia que se pueda delegar al Poder Ejecutivo. Las concesiones, en todo caso y según el esquema peruano, buscan promover y regular el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales, renovables y no renovables. Este aprovechamiento tiene límites en el marco constitucional. No es válido jurídicamente afectar los intereses colectivos para una explotación que, se supone, debe beneficiar a una colectividad.

Para precisar el objeto, son considerados recursos naturales: “las aguas superficiales y subterráneas; el suelo, el sub suelo y las tierras por su capacidad de uso mayor: pecuarias, forestales y de protección; la diversidad biológica, como las especies de flora, fauna y microorganismos o protistos los recursos genéticos y los eco sistemas que dan soporte a la vida; los recursos hidrocarbúricos, hidroenergéticos, eólicos, solares, geotérmicos Y similares; la atmósfera y el

espectro radioeléctrico; los minerales; el paisaje natural, en tanto sea objeto de aprovechamiento económico; y los demás considerados como tales”<sup>[9]</sup>.

Luego señala: “Un aspecto jurídico esencial es que, según la aludida ley, los recursos naturales mantenidos en su fuente, sean estos renovables o no renovables, son patrimonio de la Nación. Sin embargo, los frutos y productos de los recursos naturales, obtenidos en la forma que describe la ley, son del dominio de los titulares de los derechos concedidos sobre ellos. Como se sabe, al hablar de «dominio», la norma se está refiriendo al dominio privado, que es un conjunto de derechos patrimoniales que, en este caso, por decisión del Estado, pasan a disposición de los particulares, a fin de asegurar directa o indirectamente el aprovechamiento económico de los recursos naturales, conservando el Estado la propiedad original”<sup>[10]</sup>.

Los derechos reales de los concesionarios tienen peculiaridades propias y límites, no pueden ignorar la fuente de la que manan. En realidad, el patrimonio es de la Nación, que concede la explotación y que, por tal, puede revertir cuando esta no cumple con los objetivos previamente establecidos o vulnera los derechos e intereses de esa misma Nación. El tema que genera mayor discusión es cuando se trata de acciones de una empresa privada a cargo de la explotación de recursos naturales ¿Puede el Estado expropiar acciones de una empresa que no cumple con los objetivos de la explotación o genera un daño? Desde una perspectiva de confianza para las inversiones no es recomendable. Sin embargo, jurídicamente el Estado puede expropiar en razón del interés público fundamentado, siempre que medie una justa causa y una justa compensación, con tasación de terceros. Es probable que, de darse las condiciones y de ser extranjera la empresa, el Estado termine demandado en el Ciadi si es que media un tratado bilateral entre Estados. Pero el camino está abierto, en todo caso. Así, las inversiones tienen límites y el Estado está obligado a proteger el interés común antes que el interés privado particular.

El artículo 67 de la Constitución manda que el Estado promueve el uso sostenible de los recursos naturales. “La política nacional del ambiente consiste en el conjunto de principios y acciones a llevar a cabo en el país, con el objetivo de proteger los recursos naturales y el ambiente natural en que se desarrolla la vida humana. Debe tenerse provisiones para cubrir las necesidades de protección de todos los ámbitos del país y no sólo de los núcleos centrales de la vida nacional”<sup>[11]</sup>. Se señala en el mismo texto que debe tenerse en cuenta tanto el compromiso internacional que tiene el país para con la humanidad en la protec-

[9] BERNALES; Enrique. La Constitución de 1993. Análisis comparado. ICS. Lima, 1997.

[10] *Ibid*

[11] *Ibid*

ción de los recursos que contiene en su territorio, como las exigencias que hará a quienes no son peruanos, para la protección de los mismos recursos.

Las normas del artículo que analizamos deben ser concordadas con el derecho fundamental que tiene toda persona de gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida, contenido en el inc. 22 del artículo. 2 de la Constitución 28°. Quizá hubiera sido una mejor opción, por la importancia creciente del tema en los últimos años, que la Constitución de 1993, sea reformada en la vía del contenido de la Carta española de 1978, y que no se refiera solo al derecho de un medio ambiente adecuado, sino también al deber de conservarlo .

Sostenemos que pese a la auspiciosa creación de fiscalías ambientales, convendría además institucionalizar el conflicto medioambiental llevándolo a cauces jurídicos a través de tribunales ambientales. La jurisdicción ambiental podría dedicarse a conocer y resolver las acciones a través de las cuales se deduzca la responsabilidad civil y constitucional derivada de actos que atenten contra el medio ambiente. Los conflictos medio-ambientales pasarían de los ministros y funcionarios del Ejecutivo a los jueces especializados y, eventualmente, los casos podrían derivar al Tribunal Constitucional. Se atendería los casos entre Estado y poblaciones o entre empresas y poblaciones y entre particulares y particulares. En este último caso hay situaciones que se constituyen en intereses concretos y no difusos, como sería el caso de las quemas en fincas urbanas o rurales de material determinado. El humo que afecte las fincas colindantes genera un perjuicio inmediato y de ser habituales podría recurrirse a los jueces para impedir el hábito.

Tales tribunales sigue siendo una deuda pendiente más aún cuando ya el Ministerio Pública ha asumido responsabilidades en la materia. Se necesitan jueces con un perfil especializado en medio ambiente, que dominen el Derecho medio ambiental y que sepan fundamentar constitucionalmente de cara a la institucionalización de los conflictos socio ambientales.

El principio jurídico justo debe ser: *“quien contamina paga”* ¿A quién y por qué paga es un problema a resolver? Es fácil determinar la fuente en casos de daños colectivos, pero difícil calcular la incidencia directa. El marco jurídico Comunitario europeo reconoce que el cumplimiento de normas ambientales, no puede constituir una prueba irrefutable de culpabilidad, “ante la ausencia de criterios claros y firmes la víctima le puede resultar prácticamente imposible probar la negligencia del presunto responsable, ya que la posibilidad de utilizar las acciones de responsabilidad civil, es de marcado carácter individualista y subjetivo<sup>[12]</sup>.”

---

[12] [www.huespedes.cica.es](http://www.huespedes.cica.es)

## V. CONCLUSIONES

Daño ambiental es toda pérdida, disminución, deterioro, o perjuicio que se ocasione al ambiente o a uno o más de sus componentes, en contravención de las normas legales. “El daño podrá ser grave cuando ponga en peligro la salud de grupos humanos, ecosistemas o especies de flora y fauna, e irreversible, cuando los efectos que produzcan sean irreparables y definitivos”.

Es fácil determinar qué es el daño ambiental, pero es difícil determinar los sujetos activos y pasivos del daño. Por lo general, sin medir el daño, las poblaciones se enfrentan a las empresas (mineras, por ejemplo) en un conflicto que toma cauces de violencia. Esto ocurre por diversas razones, pero conviene atender que lo que falta en el Perú son cauces institucionales para los conflictos medio ambientales, bases jurídicas y jueces especializados que permitan que las situaciones se resuelvan sobre el fundamento del Derecho constitucional y las leyes.

\* \* \* \* \*



# LA MINERÍA EN EL CONTEXTO DE LAS ACTIVIDADES DE EXPLOTACIÓN DE RECURSOS NATURALES

ROQUE BENAVIDES\*  
VANESSA FARAH\*\*

**SUMARIO:** I. *Introducción.* II. *Desafíos de las empresas en el escenario actual.* III. *Causas de los conflictos sociales.* IV. *Conclusiones.*

## I. INTRODUCCIÓN

Quiero en primer lugar agradecer al Presidente del Tribunal Constitucional, Dr. Ernesto Álvarez Miranda, por haberme invitado a formar parte de este proyecto colectivo que busca desarrollar un tema de tanta importancia para el país y las futuras generaciones. Necesariamente, tendré que limitar mi contribución al campo de la minería enfocándola desde el punto de vista empresarial, la misma que viene siendo mi actividad desde hace más de treinta años. Sin perjuicio de ello, considero que todos los temas que se tocarán en el presente artículo no son exclusivos de la actividad minera, siendo por lo contrario aplicables, en mayor o menor medida y dependiendo de las características particulares de cada actividad, a la explotación de cualquier recurso natural.

---

\* Gerente General de la Compañía de Minas Buenaventura S.A.A. Ingeniero civil por la Pontificia Universidad Católica del Perú y Máster en Administración en Henley, Escuela de Administración de la Universidad de Brunel del Reino Unido.

\*\* Egresada de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima. Abogada de la Compañía de Minas Buenaventura S.A.A.

## II. DESAFÍOS DE LAS EMPRESAS EN EL ESCENARIO ACTUAL

La globalización es un proceso que hoy afecta tanto a países desarrollados como a aquellos en vías de desarrollo sin ser el Perú una excepción. En la práctica, el referido proceso trae consigo una mayor exigencia para las empresas, dado que la competencia, tanto a nivel nacional como internacional, es cada vez mayor. Todas estas exigencias, preocupaciones y expectativas de los ciudadanos, autoridades e inversionistas vienen justamente en el contexto de la globalización.

Adicionalmente a ello, tratándose de países en vías de desarrollo como el Perú, las empresas deben enfrentarse, además de a las nuevas exigencias producto de la globalización, a las consecuencias que trae la ausencia del Estado en aquellos lugares remotos donde usualmente se llevan a cabo actividades extractivas como la minería. Esta ausencia del Estado implica, además de la carencia o deficiencia de servicios básicos tales como luz, agua, alcantarillado, nutrición, educación y salud, una suerte de resentimiento y desconfianza por parte de poblaciones que por tanto tiempo han estado olvidadas.

Frente a este tipo de necesidades, así como a la evidente ausencia del Estado, las empresas que desarrollan actividades como la minería deben asumir no sólo los riesgos propios de la actividad<sup>[1]</sup> sino también, las exigencias de las poblaciones aledañas a sus operaciones y muchas veces de aquellas ubicadas fuera del ámbito de influencia de las mismas, las que al ver cualquier mejora en el vecino anhelan también poder formar parte de ese desarrollo. Ello, aún cuando resulte bastante discutible en quién recae realmente la responsabilidad de brindar servicios básicos a la población, requiere de una acción inmediata por parte de las empresas que, ante la inacción de las autoridades, ven sus operaciones y la inversión de sus accionistas en juego.

## III. CAUSAS DE LOS CONFLICTOS SOCIALES

En el último año el Perú ha sido testigo de las consecuencias provocadas por una serie de factores que han alimentado más de un conflicto social en el país. Si bien no son el móvil de todos los conflictos sociales existentes, la experiencia nos lleva a detectar algunos de ellos: (i) la ausencia del Estado en las zonas alejadas, (ii) la existencia de grupos o personas con intereses personales y/o políticos, (iii) la falta de estabilidad jurídica para el desarrollo de las activi-

---

[1] En el caso de la minería, ésta es considerada una actividad de alto riesgo por la gran inversión que se requiere, sin certeza alguna de éxito.

dades económicas, (iii) la falta de un Poder Judicial confiable y (iv) por sobre todo, el enorme daño medioambiental y total descuido en temas de seguridad ocasionados por la minería informal/ilegal. Conforme al Reporte de Conflictos Sociales publicado en el mes de marzo por la Defensoría del Pueblo, se han registrado un total de 237 casos de los cuales 162 han sido clasificados como conflictos activos y los 75 restantes como conflictos latentes<sup>[2]</sup>.

Si bien muchos atribuyen las cifras de conflictos sociales a factores como la evidente desconfianza en el modo en que los gobiernos han venido distribuyendo las ganancias, así como a la falta de publicidad de la inversión en infraestructura y otros por parte de las empresas, lo cierto es que ni una mayor publicidad de las inversiones, ni el impuesto a la renta, el canon minero, las regalías y/o aportes “voluntarios” han logrado reducir el número de conflictos sociales en el país. Vistas así las cosas, quedan evidenciadas como preguntas sin respuesta ¿Cuál es el real motivo detrás de los conflictos sociales? ¿Responden realmente a preocupaciones medioambientales o son simplemente un grupo específico de personas y/u organismos antiminereros que utilizan el medioambiente como pretexto?

Sea como fuere, el Perú es un país en vías de desarrollo con un potencial enorme por desarrollar. Un potencial que incluye un listado extenso de recursos naturales por explorar. Es sin embargo también, un país que depende en gran medida de la minería, representando ésta no sólo el primer ingreso de recursos económicos para el país sino también, el motor que promueve la descentralización y desarrollo de la infraestructura al interior del país. Frente a esta realidad, resulta de vital importancia contar con normas claras y estables en el sector. Tal y como hemos mencionado anteriormente, la minería es una actividad de alto riesgo debido a la gran inversión que requiere frente a la poca certeza que ofrece. En tal sentido, ¿quién en su sano juicio se arriesgaría a invertir en un país donde las reglas no son claras o donde éstas cambian frente al antojo del gobernante de turno? Es allí donde la estabilidad jurídica para el desarrollo de las actividades económicas cobra gran importancia. Si el Perú comienza a enviar señales claras al mercado otorgando un ambiente de inversión adecuado, atraerá las miradas de aquellas empresas (nacionales y extranjeras) que hoy, por falta de éstas, migran a países donde sus inversiones no se verán amenazadas por esta suerte de incertidumbre jurídica.

Ahora, ¿sería acaso suficiente tener normas claras y estables en el sector o, es necesario también contar con una decisión de gobierno estable, que no ceda ante bloqueos de carreteras y paralizaciones? Lo cierto es que la experiencia nos ha demostrado que no hay norma alguna, por más eficiente que ésta sea, que sea respetada por los ciudadanos si no hay un gobierno que la defienda y

---

[2] Para mayor información visitar la página web de la Defensoría del Pueblo, disponible en <http://www.defensoria.gob.pe/modules/Downloads/conflictos/2012/Reporte-de-conflictos-Marzo-N-97.pdf> (última visita, Abril 10, 2012)

fiscalice su aplicación. Las empresas deben y pueden cumplir con su parte y las cada vez más exigentes normas que son promulgadas, el Estado debe también cumplir con su parte.

### *3.1 Minería informal/ilegal*

El caso de la minería informal/ilegal es hoy en día quizá, uno de los temas más saltantes en el Perú. Actividades que no cumplen con los estándares ambientales exigidos a las empresas formales, con medidas de seguridad, con el pago de beneficios sociales ni con otorgar protección laboral para sus trabajadores, están finalmente en la mira de las autoridades. Más aún cuando ésta informalidad lleva a situaciones que se prestan a la venta ilegal, utilización de productos no autorizados, lavado de activos, entre otras.

Debemos tener presente que este tipo de actividades que se llevan a cabo al margen de la ley, son actividades que evaden impuestos y no generan desarrollo alguno para el país, haciéndole por el contrario daño directa e indirectamente. Uno de los tantos efectos de éstas, es la imagen negativa que crean respecto de la actividad minera en general. La falta de tecnología de punta en sus operaciones, así como los efectos que sus labores tienen sobre el medio ambiente, impulsa a algunos a creer que no es posible contar con una minería ambientalmente responsable. Lamentablemente, aún cuando uno cumpla con los cada vez más exigentes estándares internacionales, basta tan solo una nota periodística que destaque la contaminación generada por la minería informal/ilegal, para que toda la industria minera se vea afectada.

Es por todo esto que hoy la minería formal, ve con muy buenos ojos y mucha esperanza, la intención del actual gobierno de hacerle frente a este problema. Problema que no debe ser considerado únicamente de las empresas mineras, sino de todos los peruanos que vemos cómo unos pocos se benefician evadiendo impuestos, abusando de los derechos laborales de las personas que trabajan para ellos y lo que es peor, privando a las futuras generaciones del derecho constitucional a gozar de un ambiente sano.

### *3.2 Derecho de propiedad sobre las minas*

Finalmente, uno de los factores adicionales que no hemos mencionado y sin embargo se puede considerar se encuentra muy ligado a los conflictos sociales, es el tan discutido derecho de propiedad sobre las minas<sup>[3]</sup>. Nuestra Constitución Política de 1993 establece en su artículo 66° que los recursos naturales, sean es-

---

[3] CUADROS VILLENA, Carlos Ferdinand, *Derechos Reales*, Tomo Segundo, Título IV, Primera Edición, Editorial Cultural Cusco, Lima, Perú, 2005.

tos renovables o no renovables, son patrimonio de la Nación y es el Estado quien es soberano en su aprovechamiento<sup>[4]</sup>. Al respecto, el numeral II del Título Preliminar del Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería, en concordancia con lo establecido en la Constitución Política del Perú, establece que en el caso de los recursos minerales, estos pertenecen al Estado, siendo dicha propiedad inalienable e imprescriptible<sup>[5]</sup>. Es decir, si bien el Estado es el propietario, éste no puede transferir dicha propiedad debiendo únicamente, conforme lo establece el Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería, otorgar los derechos de exploración y explotación de los recursos minerales mediante una concesión.

Adicionalmente, el artículo 9° del Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería hace una clara diferenciación entre la titularidad de la concesión y la propiedad del terreno superficial donde ésta se encuentra ubicada. Creemos que este es un esquema adecuado de regular el uso de los recursos naturales en beneficio de todos los peruanos, pues la posición presentada por los sectores que propugnan que la propiedad del recurso sea del propietario de la tierra no contribuye ni guarda coherencia con un Estado unitario ni, ciertamente, constituye la solución de los conflictos.

Ello queda ampliamente demostrado si consideramos que para que una empresa a la cual el Estado ha otorgado una concesión pueda iniciar actividades, la empresa deberá contar previamente con el permiso del dueño del terreno superficial. La obtención del mencionado permiso en ocasiones se torna muy complicada pues la actividad minera se desarrolla en su gran mayoría en nuestra cordillera, donde la propiedad de la tierra pertenece a Comunidades Campesinas y la misma es, de acuerdo a la Ley General de Comunidades Campesinas, inembargable e imprescriptible.

#### IV. A MANERA DE CONCLUSIÓN

Por todo lo anteriormente expuesto podemos concluir que las empresas, no son más entes que se limiten a velar por la creación de valor para sus accionistas. Hoy en día las empresas deben velar también por el manejo responsable del medio ambiente y por el desarrollo sostenible de las comunidades en las que operan, todos estos factores se han tornado en algo esencial para el éxito.

\* \* \* \* \*

[4] Artículo 66 de la Constitución Política del Perú de 1993.

[5] Numeral II, Título Preliminar del Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería, Decreto Supremo 014-292-EM (04.06.92)



# SALUD, DERECHOS Y DESARROLLO EXTRACTIVO: REVELANDO INTERCONEXIONES APROÓSITO DEL CASO PERUANO\*

ARELÍ VALENCIA VARGAS\*\*

**SUMARIO: I. Introducción. II. El derecho a la salud: catalizador de la equidad en salud. III. Derecho a la salud y desarrollo. IV. Desarrollo extractivo y salud en el Perú. V. Conclusiones.**

## I. INTRODUCCIÓN

De las distintas áreas temáticas que integran el discurso de los derechos humanos, la salud pública es, sin duda, una de las de mayor contribución al entendimiento interdisciplinario y comprensivo de los derechos. Se trata de un área de investigación que no solo provee importante casuística para defender una concepción holística-relacional de derechos -al demostrar que la realización del derecho a la salud depende de la realización de otros derechos (y viceversa)- sino que además, el enfoque en salud brinda un excelente punto de entrada para entender la constitución de nuestras sociedades y la forma como sus estructuras sociales determinan nuestras posibilidades (o falta de las mismas) para lograr salud y bienestar general.

Desde la influyente publicación de Richard G. Wilkinson, *Unhealthy Societies: The Afflictions of Inequality* (1996)<sup>[1]</sup> hasta la reciente publicación del Ins-

---

\* La versión original de este artículo pertenece al libro “*Salud: Sobre (Des)igualdades y Derechos*”. Clérico, Laura, Ronconi, Liliana y Martín Aldao (eds.). Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2012. (en prensa). Debo agradecer la gentileza de los editores por permitirme su publicación en el Perú. Asimismo, agradezco a Silvia Chávez por sus valiosos comentarios y sugerencias a una primera versión del presente artículo.

\*\* Ph.D. in Law and Society, University of Victoria, Canada. Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Consultora internacional en temas de derechos humanos y desarrollo, con especialidad en el área de justicia ambiental, salud, género y poblaciones indígenas.

[1] Wilkinson, Richard G. *Unhealthy Societies: The Afflictions of Inequality* (New York: Routledge, 1996)

tituto Canadiense para la Investigación Avanzada, titulada *Successful Societies: How Institutions and Culture Affect Health* (2010)<sup>[2]</sup>; las últimas dos décadas dan cuenta de un interés constante en las investigaciones sobre salud y sociedad, esto es, investigaciones cuyo enfoque analítico es develar la forma en que la salud de las personas se encuentra intrínsecamente ligada a las condiciones de vida material, política, económica y cultural de una sociedad determinada. De ahí que, desde esta óptica, el éxito o progreso de una sociedad pueda y deba medirse en función al nivel de salud y la reducción de la brecha de desigualdad en salud entre sus habitantes. En el 2008, el reporte final de la Comisión de los Determinantes Sociales de la Salud (CDSS) de la Organización Mundial de la Salud (OMS) hizo de esta una preocupación global, invitando a la comunidad de investigadores, sociedad civil y gobiernos de todo el mundo a iniciar un movimiento global por la equidad en salud y de este modo, erradicar las aún persistentes desigualdades en salud entre países y dentro de los mismos.<sup>[3]</sup> La OMS hizo el llamado a accionar a través de la implementación de *políticas intersectoriales en salud* mejorar la salud poblacional vía avances en los sistemas de salud pero sobretodo en la calidad y distribución de los determinantes sociales de la salud. Estos últimos definidos como los factores que determinan las desigualdades de salud entre las personas, los cuales, a su vez son el reflejo de la distribución desigual del “[p]oder, los ingresos y los servicios, y las injusticias que afectan las condiciones de vida de la población de forma inmediata y visible (acceso a atención sanitaria, escolarización, educación, condiciones de trabajo y tiempo libre, vivienda, comunidades, pueblos o entornos urbanos).”<sup>[4]</sup>

A raíz de la publicación del referido reporte, los estudios en el área de salud pública y derechos humanos empiezan a prestar mayor atención a las nuevas interrogantes y retos que la evidencia de los determinantes sociales de la salud traería al entendimiento teórico y práctico del derecho a la salud en el mundo. Ejemplo de ello es la revista *Health and Human Rights: International Journal* de la Universidad de Harvard, la cual, en el 2010 le dedicó un volumen completo a este tema bajo el título “*Social Determinants of Health: Convergences and Disjunctures*” (Determinantes Sociales de Salud: Convergencias y Desencontros). Ciertamente, repensar el derecho a la salud desde el prisma de sus determinantes sociales trae consigo implicancias directas para la (re)orientación

---

[2] Hall, Peter A. & Michèle Lamont (eds.). *Successful Societies: How Institutions and Culture Affect Health* (New York : Cambridge University Press, 2009)

[3] Organización Mundial de la Salud. *Subsanar las Desigualdades en una Generación: Alcanzar la Equidad Sanitaria Actuando sobre los Determinantes Sociales de la Salud*, Comisión sobre Determinantes Sociales de la Salud – Informe Final (Geneva: World Health Organization, 2008).

[4] *Ibid*, at 1.

de la discusión académica y la investigación científica en temas de salud. Concretamente, entender el derecho a la salud en estos términos implica expandir la “matriz” de la investigación en salud, enfocada actualmente al análisis de sistemas de salud (enfoque horizontal) y el análisis de causas de enfermedad (enfoque vertical), hacia uno sobre el contexto político-económico de las inequidades sociales y el impacto que estas tienen en los resultados de salud.<sup>[5]</sup> En otras palabras, pensar y accionar más allá de la actual matriz dominante de investigación requiere abrir espacio y hacer explícita una tercera dimensión investigativa: la de los determinantes sociales de la salud.<sup>[6]</sup> Más aún, como bien lo sugiere Peter Evans, esta tercera dimensión investigativa implica a su vez, para el caso de los países del hemisferio sur, localizar el análisis de salud pública –y de suyo el del derecho a la salud– dentro del contexto del desarrollo.<sup>[7]</sup> Ello, por cuanto, en los países en vías de desarrollo la provisión y/o accesos a importantes determinantes sociales de la salud depende fundamentalmente del *modelo de desarrollo* adoptado, el cual, guía el diseño de políticas públicas y las relaciones entre estado y sociedad.

El presente artículo tiene por objeto explorar la estrecha interconexión entre salud, derechos y desarrollo a partir de la evaluación del contexto peruano. En ese sentido, este es un trabajo que busca aportar al naciente cuerpo de investigaciones en el área de salud, derechos y determinantes sociales a nivel mundial; pero concretamente, busca abrir un nuevo ángulo de interés en la investigación en derechos y salud en el contexto peruano. Si bien, desde antes de la publicación del reporte de la OMS, la investigación en salud en el Perú ya integraba un análisis de derechos y determinantes sociales de la salud, tal integración se daba a un nivel mayormente descriptivo que de análisis crítico.<sup>[8]</sup> Asimismo, la mayor cantidad de estudios en salud suelen concentrarse en plantear reformas sanitarias y propuestas para avanzar hacia el acceso universal a la salud,<sup>[9]</sup> otorgándole

[5] Schrecker, Ted & Ronald Labonté. “Beyond the Matrix: Thinking Three-dimensionally About Social Determinants of Health” in Gattu, Anna & Andrea Boggio (eds.), *Health and Development: Toward a Matrix Approach* (New York: Palgrave Macmillan, 2009)

[6] *Ibid.*

[7] Evans, Peter. “Population Health and Development: An Institutional-Cultural Approach to Capability Expansion” in Hall, Peter A. & Michèle Lamont (eds.) *supra* note 2, at 104.

[8] Ver por ejemplo: Petrera, Margarita y Janice Seinfeld. *Repensando la Salud en el Perú*. (Lima: Centro de Investigación de la Universidad del Pacífico, 2007)

[9] Ver por ejemplo: Seinfeld, Janice. *Avanzando hacia el Aseguramiento Universal: ¿Cómo lograr proteger la salud de las personas de ingresos medio bajo y bajo?* Documento de Trabajo-80. (Lima: Centro de Investigación de la Universidad del Pacífico; Consorcio de Investigación Económica y Social, 2007); Eyzaguirre, Carlos; Fallaque, César y Sonia Lou. *Políticas para Eliminar las Barreras Geográficas en Salud*. Investigaciones Breves 26. (Lima: CIES; Care-Perú, 2007); Forosalud. *Hacia una Reforma Sanitaria por el Derecho a la Salud. II Conferencia Nacional de Salud*. (Lima: Forosalud; CIES, 2005)

menor atención al análisis del contexto político-económico de la salud desde una perspectiva de derechos. En otras palabras, el actual estado de la investigación sobre la salud en el Perú, todavía no le brinda una atención central a la forma en que el actual modelo de desarrollo económico extractivo-exportador influencia –positiva o negativamente- las condiciones socio-económicas y culturales que determinan las posibilidades de lograr salud y bienestar general en determinados grupos y poblaciones de este país.

El análisis propuesto en el presente trabajo, tiene especial relevancia en el actual contexto peruano debido al incremento significativo de conflictos socio-ambientales en territorios y comunidades donde se desarrolla la actividad extractiva.<sup>[10]</sup> En su mayoría, se trata de poblaciones campesinas y/o indígenas de la región Andina y Amazónica. La resistencia puesta de manifiesto en los referidos conflictos no solo evidencia una respuesta contra la imposición de diferentes modos de vida y fuentes de sustento, sino que a su vez, responde a efectos negativos concretos de la actividad extractiva en términos de contaminación ambiental y afectación a la salud. En ese sentido, el presente artículo busca reflexionar sobre el impacto que el actual modelo extractivo de desarrollo económico tiene sobre la salud y bienestar general de estas poblaciones en el Perú. A estos efectos, el artículo abre la siguiente pregunta: si el fin último de la idea de desarrollo es mejorar la calidad de vida y bienestar de las personas, en cuyo caso, la salud constituye un elemento esencial ¿cómo se viene concretando tal objetivo en el caso de las comunidades cuyos territorios son ricos en recursos naturales?

El presente artículo se organiza en tres secciones. La primera, introduce la noción del derecho a la salud como catalizador de equidad en salud, la cual, servirá de marco conceptual para el presente trabajo. En la segunda parte, se propone situar la visión contemporánea del derecho a la salud en el contexto del desarrollo. Al hacerlo, avanzaremos la distinción entre desarrollo económico y desarrollo humano para argumentar que esta última es la noción que se alinea mejor al objetivo de equidad en salud. En la tercera sección, evaluaremos el escenario paradójico de ganancias y pérdidas -con especial mención al caso de la salud- que viene propiciando el actual modelo de desarrollo económico en el Perú. Nuestro análisis se centrará en evaluar la evidencia sobre afectaciones a la salud y medio ambiente en el caso de comunidades sujetas a la actividad extractiva. A la luz de los casos de estudio comentados, el artículo concluye con

---

[10] Desde el 2004, la Adjuntía para la Prevención de Conflictos y Gobernabilidad de la Defensoría del Pueblo del Perú, viene publicando reportes mensuales sobre la generación de conflictos en el país los cuales en gran medida están relacionados con las actividades mineras y extractivas. De acuerdo a la Defensoría del Pueblo, los conflictos socio-ambientales ilustran las permanentes tensiones entre comunidades, compañías privadas y el estado sobre el control, uso y acceso a la propiedad, recursos naturales y la protección del medio ambiente. Ver reportes online: <http://www.defensoria.gob.pe/conflictos-sociales.php>

un mensaje de precaución para aquellos que ciegamente se aventuran a catalogar al Perú como un ejemplo de “sociedad exitosa”. Y es que, el éxito de una sociedad no se evalúa exclusivamente en función de su crecimiento económico sino antes bien, en la forma que tal crecimiento económico contribuye a erradicar la inequidad socio-económica y en consecuencia, la inequidad en salud de las personas; objetivo respecto del cual, el Perú todavía deja mucho que desear.

## II. EL DERECHO A LA SALUD: CATALIZADOR DE LA EQUIDAD EN SALUD

A nivel internacional, el primer compromiso legal para garantizar salud en el marco de los derechos humanos se remonta al artículo 12 de la Convención Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966).<sup>[11]</sup> Dicho artículo reconoce el compromiso de los estados partes, tales como el Perú, para asegurar “*el derecho de toda persona al goce de los máximos estándares de salud física y mental*”. Años más tarde, las Naciones Unidas publicarían el Comentario General No. 14 a fin de guiar las políticas de implementación del derecho a la salud, indicando que el mismo no solo abarca el derecho al cuidado y acceso a la salud, sino que se extiende a los factores determinantes de la salud, tales como la alimentación, nutrición, vivienda, acceso a agua potable, sanidad, adecuadas condiciones de trabajo y medio ambiente saludable.<sup>[12]</sup>

En la práctica, sin embargo, la implementación del derecho a la salud ha recibido mayor atención política y académica con respecto al acceso a servicios de salud en comparación con el menor énfasis otorgado al rol de los determinantes sociales de la salud. Una posible explicación yace en la distinta interacción que el análisis de los derechos humanos ha tenido con dos áreas singulares pero profundamente interconectadas: la medicina y la salud pública.<sup>[13]</sup> En el primer

[11] Esto no quiere decir que el artículo 12 de la Convención representa el primer paso para reconocer la salud como derecho humano. Por ejemplo, el preámbulo de la Constitución de la Organización Mundial de la Salud de 1946 establece: “*El goce del grado máximo de salud que se pueda lograr es uno de los derechos fundamentales de todo ser humano (...)*”. Asimismo, el artículo 25 (1) de la Declaración Mundial de los Derechos Humanos (1948) señala que “*toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios (...)*”; sin embargo, estas declaraciones no constituyen instrumentos legales de carácter vinculante.

[12] Ver: [http://www.unhcr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/E.C.12.2000.4.Sp?OpenDocument](http://www.unhcr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/E.C.12.2000.4.Sp?OpenDocument)

[13] Gruskin, Sofia & Daniel Tarantola. “Health and Human Rights” en Gruskin, Sofia; Grodin, Michael; Annas, George and Stephen Marks (eds.) *Perspectives on Health and Human Rights*. (New York: Routledge, 2005) at 26.

caso, el enfoque de la salud adopta una perspectiva individual orientada hacia la prevención y atención de enfermedades. El segundo caso está referido a la salud poblacional y a la investigación de las condiciones socio-económicas, políticas y culturales que determinan la salud de las personas en tanto colectivo.<sup>[14]</sup> Esta última perspectiva, empezó a cobrar mayor vigencia en la década de 1980 a raíz de la pandemia del síndrome de inmunodeficiencia adquirida (SIDA) en África Sub-Sahariana, la cual, aún afecta principalmente a la población que vive en pobreza extrema. Para la comunidad internacional, la dimensión de esta pandemia no solo expuso un problema de salud pública sino a su vez, uno de derechos humanos. Hoy en día, y gracias a una mayor difusión de estudios sobre los determinantes sociales de la salud, la división entre medicina y salud pública viene siendo superada en el entendido que ambas perspectivas contribuyen, en conjunto, a la realización efectiva del derecho a la salud.<sup>[15]</sup>

Asimismo, la reciente publicación de la Comisión de los Determinantes Sociales de la Salud-OMS viene contribuyendo de manera significativa en hacer explícita la necesidad de re-pensar el derecho humano a la salud desde la perspectiva de sus determinantes sociales.<sup>[16]</sup> Desde luego, entender el derecho a la salud desde este ángulo –*al que denominaremos perspectiva contemporánea del derecho a la salud*– trae consigo implicancias concretas tanto a nivel normativo como práctico no sólo para el caso específico del derecho a la salud, sino también, para la doctrina de los derechos humanos en general, conforme explicaremos a continuación.

En primer lugar, esta visión renovada y robusta del derecho a la salud contribuye a reforzar la idea de derechos desde un enfoque *relacional-holístico* en contraposición a uno *minimalista-legalista*. El enfoque al que denomino relacional-holístico sigue la propuesta de autores como Jennifer Nedelsky y Martha Minow,<sup>[17]</sup> quienes sugieren entender los derechos de tal manera que haga explícita la interdependencia social entre individuos y el hecho que, en consecuencia, el discurso de los derechos emerge como un discurso acerca de relaciones entre ciudadanos, esto es, relaciones de responsabilidad, confianza y

---

[14] *Ibid.*

[15] Gruskin & Tarantola, *supra* note 13 at 27.

[16] Mi acotación se debe a que en el hemisferio norte, y más específicamente en los países miembros de la Organización para el Desarrollo y la Cooperación Económica (OECD en inglés), los estudios sobre los determinantes sociales de la salud son abundantes y preceden al informe de la OMS. A este respecto, ver mi artículo “La Salud como Valor Social e Icono de Igualdad: Lecciones del Caso Canadiense” en esta misma publicación.

[17] Nedelsky, Jennifer. *Reconceiving Rights as Relationships*. *Review of Constitutional Studies*, (1993) Vol. 1: 1; Minow, Martha. *Applying Rights Rethoric to Economic and Social Claims (Session I)*. En: *Economic and Social Rights and the Rights to Health. An Interdisciplinary Discussion at Harvard Law School*, Harvard University. September, 1993.

obligaciones mutuas.<sup>[18]</sup> El derecho a la salud, sin duda, constituye un derecho clave para entender tal relación. Lo es, por cuanto, la evidencia de los determinantes sociales de la salud pone de manifiesto que para asegurar la realización del derecho a la salud es necesario garantizar simultáneamente otros derechos tales como el derecho a la vivienda, educación, trabajo y al medio-ambiente saludable, entre otros. Es decir, existe una interdependencia innegable entre el plexo de derechos humanos tomando como eje el derecho a la salud. Tal interdependencia se pone de manifiesto, asimismo, en la constelación de acciones estatales y relaciones humanas que de una u otra forma contribuyen al desarrollo de nuestra salud. En ese sentido, conforme Minow lo señala:

[U]na vida saludable se sustenta en la interdependencia humana: la calidad de aire, agua, y salubridad, que tanto el gobierno como la sociedad mantienen para el bienestar general; el cuidado de nuestras relaciones personales y bienestar está estrechamente relacionado con la salud; la calidad de los servicios de salud que informalmente suelen proporcionarnos en nuestros círculos familiares y de amigos. La interdependencia no es un ideal social, sino una inescapable realidad.<sup>[19]</sup>

Contraria a la visión holística-relacional de derechos, encontramos la perspectiva a la que denomino legal-minimalista donde sitúo a autores como Brigit Toebes. Bajo esta perspectiva, el derecho a la salud se interpreta de una manera artificial y purista en desconexión, por un lado, al contexto que determina las posibilidades de salud en las personas; y por el otro, en desconexión con otros derechos como el de educación, nutrición adecuada y protección ambiental. A decir de Toebes, para el derecho internacional de los derechos humanos los cuales constituyen categorías complejas por sí mismos, en consecuencia, no necesitan incorporarse al ámbito de protección del derecho a la salud. A la luz de la evidencia de los determinantes sociales de la salud, la propuesta de Toebes y aquellas que se le asemejen, resultan hoy en día desfasadas e insostenibles.

Una segunda implicancia de la perspectiva contemporánea del derecho a la salud es la obligación de entenderlo desde una óptica *contextual* y sobretodo, *crítica*. Me explico. Aseverar que la salud depende de la distribución de servicios y condiciones básicas tales como salubridad, sanidad, ambiente limpio, buena nutrición, entre otras, no es en realidad una afirmación que escape al sentido común. La perspectiva de los determinantes sociales de la salud, sin embargo, nos invita a explorar mas allá de nuestro sentido común para deconstruir la “cadena causal” o lo que es lo mismo, a develar las “causas de las

[18] *Ibid.* Nedelsky at 12.

[19] Minow, *supra* note 17 at 3.

causas” detrás de la mala distribución de determinantes sociales de la salud. En otras palabras, se trata de avanzar en el análisis de los determinantes sociales, a decir de Vicente Navarro y David Coburn, desde una mirada exhaustiva al contexto político-económico que influencia, en primer lugar, los desbalances de poder y las desigualdades socio-económicas que en consecuencia determinan las desigualdades en salud de las personas.<sup>[20]</sup> En el caso de los países en vías de desarrollo, esta prescripción implica situar el análisis de salud y derechos en el contexto del desarrollo. Concretamente, implica interrogar los efectos –positivos y/o negativos– que el modelo de desarrollo en una sociedad determinada tiene sobre la salud de sus habitantes.

Hemos dicho, asimismo, que el referido análisis debe realizarse desde una perspectiva crítica. Ello, por cuanto, un análisis meramente descriptivo, apolítico y/o artificialmente neutral brindará poco beneficio al entendimiento real del porqué unas personas son más saludables que otras, independientemente de factores genéticos. En ese sentido, es pertinente traer a colación la distinción entre criticismo y crítica propuesta por Tony Evans.<sup>[21]</sup> El criticismo, a decir de Evans, está referido al debate técnico cuyo propósito es refutar o cuestionar determinados enfoques, creencias o teorías a fin de refinarlas para presentar una manifestación más sólida de lo que inobjetablemente se considera como cierto o verdadero. Por el contrario, la posición crítica se interesa en avanzar una investigación más profunda sobre las formas como tales consideraciones de certeza o verdad son construidas en primer lugar. Asimismo, se compromete a identificar cuáles son los intereses que suelen beneficiarse cuando ciertas formas de producir certeza y conocimiento son privilegiadas; y sobretodo, se preocupa por entender las razones por las cuáles ciertas formas de concebir las cosas tienden a dominar la esfera política y académica mientras otras son desmerecidas o minimizadas.<sup>[22]</sup> La perspectiva contemporánea del derecho a la salud, en tal sentido, debe contribuir a interrogar de manera crítica: a) cuál es la atención real que la esfera política y académica brinda a la innegable correlación entre inequidad socio-económica e inequidad en salud en el contexto del desarrollo; b) qué indicadores y/o metodologías suelen usarse para demostrar o obscurecer

---

[20] Navarro, Vicente. *The Political and Social Context of Health* (New York: Baywood Publishing Company, 2004); Coburn, David. “Income inequality, Social Cohesion and the Health Status of Population: the Role of Neo-liberalism” *Social Science & Medicine* Vol. 51 (2000) pp 135-146. Por ejemplo, desde una mirada contextual a la problemática del SIDA en África, es posible entender que su solución requiere mucho más que la provisión de medicinas retrovirales. El hecho que esta epidemia ataca con mayor agudeza a mujeres nos advierte de problemas estructurales de falta de empoderamiento en la esfera social y familiar.

[21] Evans, Tony. “International Human Rights Law as Power/Knowledge” (2005) 27 *Human Rights Quarterly* at 1048-1049.

[22] *Ibid.*

tal relación; y finalmente, c) quiénes o qué grupos de poder suelen beneficiarse de la falta de discusión pública o invisibilidad del tema.

Finalmente, una tercera implicancia de la perspectiva contemporánea del derecho a la salud es que posiciona a este derecho como un verdadero mecanismo de justicia social, concretamente, de equidad en salud. Y es que, cuando hablamos de inequidades en salud no nos referimos a desigualdades que emergen de manera natural o producto de la mala fortuna de algunas personas; por el contrario, se trata de desigualdades producidas social y políticamente las cuales bien podrían prevenirse y evitarse. Justamente la falta de intervención estatal y la indiferencia social para abogar por su prevención y/o erradicación, las convierte, en términos de Margaret Whitehead, en inequidades de salud.<sup>[23]</sup>

De manera más específica, Paula Braveman y Sofia Gruskin, definen la equidad en salud como la “[a]usencia de disparidades sistemáticas en salud (o en importantes determinantes sociales de la salud) entre grupos sociales ubicados en diferentes posiciones jerárquicas o que cuentan con distintas ventajas/desventajas de base.”<sup>[24]</sup> Tales desventajas/ventajas de base, a decir de las autoras, son producto de disparidades en la distribución social de la riqueza, poder y prestigio social, lo cual, trae como consecuencia que algunos grupos de personas ya expuestas a desventajas sociales históricas -por razón de género, raza, etnicidad, religión o status socio-económico-, sufran mayores desventajas en relación a su salud.<sup>[25]</sup> De este modo, las inequidades en salud ponen de manifiesto la perpetuación o persistencia de otras desventajas sociales entre grupos poblacionales.

Nótese que una característica fundamental de esta concepción de equidad en salud es la existencia de un *estándar comparativo* para su evaluación. Para ser específicos, el compromiso por avanzar la equidad en salud requiere llevarse a cabo a través de la comparación de aquellos grupos que reportan mejores resultados de salud en relación con aquellos que sufren mayores carencias en salud.<sup>[26]</sup> Tal comparación es esencial para hacer visible el hecho innegable que quienes generalmente reportan niveles más bajos de salud son aquellos individuos o grupos localizados en los escalones más bajos de la jerarquía social. De ahí que, cuando las estadísticas nacionales reportan resultados de salud sin distinguir diferencias grupales en términos comparativos -por ejemplo, hombres vs. mujeres; población rural vs. población urbana; población que habita en

[23] Whitehead, Margaret. “The Concepts and Principles of Equity and Health” *Health Promotion International*, Vol. 6:3 (1991) pp 217-228.

[24] Braveman, Paula y Sofia Gruskin. “Defining Equity in Health”, *J Epidemiol Community Health* 2003: 57 at 254

[25] *Ibid.*

[26] *Ibid.* at 256.

zonas mineras vs. población que habita en zonas no mineras, entre otros- poco contribuye en revelar las reales inequidades de salud y su estrecha conexión con inequidades socio-económicas. Aún más, tal silencio estatal no sólo contribuye a esconder la existencia y real dimensión de dichas inequidades en salud, sino que fundamentalmente, se convierte en cómplice de la perpetuación política de las mismas y como tal, constituye una innegable vulneración del derecho humano a la salud entendido como una garantía de equidad.

### III. DERECHO A LA SALUD Y DESARROLLO

En la sección anterior discutimos las implicancias normativas y prácticas del enfoque contemporáneo del derecho a la salud, el cual, servirá de base conceptual para lo que resta del presente trabajo. En resumen, señalamos que promover una visión renovada del derecho a la salud en función a sus determinantes sociales conlleva entenderlo como una categoría *relacional-holística*, la misma, que sirve de punto de entrada para un análisis *contextual y crítico* sobre la forma en que las estructuras sociales, políticas y económicas determinan las posibilidades de lograr salud en las personas. Asimismo, indicamos que la perspectiva contemporánea del derecho a la salud debe ser vista, a su vez, como un mecanismo conductor de la equidad en salud. Esto implica que el análisis de inequidades en salud tome como línea de base el *método comparativo* a fin de hacer visibles las diferencias socio-económicas y en salud entre distintos grupos sociales. El objetivo de esta tarea es develar los rostros, historias y circunstancias de aquellas personas o comunidades que sufren sistemáticamente las mayores desventajas en salud.

Siguiendo esta línea de análisis, esta sección propone ahondar en la relación entre derecho a la salud y desarrollo. Explorar esta relación resulta una tarea ineludible considerando que en la mayoría de países del hemisferio sur, el ideal de desarrollo así como los mecanismos para su implementación, determinan en gran medida, las posibilidades de avanzar hacia el objetivo de equidad en salud.

La idea de “desarrollo” vista desde una *perspectiva convencional* concibe el desarrollo como el conjunto de políticas, formulas económicas y mecanismos técnicos cuyo objetivo central es conducir a una sociedad determinada hacia el progreso social entendido como la mejora de la calidad de vida de sus habitantes, siguiendo para ello, el parámetro de progreso de las sociedades industrializadas o democracias liberales modernas del hemisferio norte.<sup>[27]</sup> Bajo dicha

---

[27] En línea distinta a la perspectiva convencional, encontramos la *perspectiva crítica del desarrollo* o post-desarrollo representada más notablemente por el trabajo de autores como

perspectiva, probablemente la más aceptada y difundida en Latinoamérica, la implementación de políticas públicas para la reducción de la pobreza, desigualdad y exclusión social representa la preocupación primordial en el objetivo de avanzar hacia el desarrollo.

La perspectiva de desarrollo, así concebida, nace en el contexto posterior a la segunda guerra mundial y la expansión del dominio económico hegemónico de los Estados Unidos.<sup>[28]</sup> En tal contexto, el problema de la pobreza y las abismales diferencias de ingresos económicos entre países del hemisferio norte y sur empiezan a asumirse como una preocupación global, no necesariamente por una cuestión de justicia social en sí misma, sino bajo el entendido que el “subdesarrollo” de los países del hemisferio sur (África, Latinoamérica y el Sur-este Asiático) inevitablemente afectarían las posibilidades de progreso económico en los países del norte.<sup>[29]</sup> Es así que, a partir de la década de 1950, las fórmulas o teorías del desarrollo -con un marcado dominio de la disciplina económica- empiezan a proliferar y la idea de desarrollo en su variante *crecimiento económico* adquiere el rol protagónico, convirtiéndose en la receta oficial de los organismos y agencias internacionales promotoras de desarrollo (por ejemplo, el Banco Mundial, USAID, Banco Interamericano de Desarrollo, Naciones Unidas, etc). Nótese que en tanto “receta” diseñada desde afuera, la fórmula del desarrollo esconde desde sus orígenes un marcado sesgo impositivo y de superioridad con respecto a la capacidad y autonomía de las naciones consideradas

---

Arturo Escobar y Aníbal Quijano, entre otros. Esta perspectiva crítica busca interrogar y de-construir el proceso histórico de consolidación del discurso del desarrollo como uno de carácter hegemónico y de indiscutibles alcances positivos para el progreso social. El post-desarrollo cuestiona, concretamente, la imposición histórica de un modelo de progreso y modernidad importado hacia los países del hemisferio sur –considerados tradicionales y atrasados- cuyo resultado no solo ha desencadenado afectaciones culturales, transformaciones territoriales y socio-económicas sino que a la larga ha exacerbado la explotación y opresión social. En ese sentido, el post-desarrollo busca re-imaginar y proponer nuevas formas de bienestar social que sean producto de procesos autónomos de deliberación local. Ver: Escobar, Arturo. *Encountering Development: the Making and Unmaking of the Third World* (Princeton, N.J: Princeton University Press, 1995); Quijano, Aníbal. “Paradoxes of Modernity in Latin America”. *International Journal of Politics, Culture, and Society* (Winter 1989) Volume 3, Number 2. Si bien, proveer una discusión exhaustiva sobre los distintos enfoques de desarrollo existentes en la literatura excede el objetivo central del presente artículo, es importante hacer hincapié en el hecho que no existe una única forma de entender el desarrollo, como erróneamente suele asumirse. En ese sentido, reconocer tal *pluridiversidad de visiones* no sólo contribuye a una mayor rigidez académica, sino sobre todo, ética y responsiva de las distintas visiones de bienestar y desarrollo que actualmente vienen cobrando fuerza y haciéndose visibles gracias a las movilizaciones indígenas y campesinas en varios países de Latinoamérica.

[28] *Ibid.* Escobar, at 21.

[29] *Ibid.*

“subdesarrolladas” para diseñar sus propios proyectos de progreso económico, social y cultural.

El crecimiento económico, conforme Peet and Hartwick lo definen, implica expandir la producción nacional de bienes y servicios (PBI) así como la totalidad de ingresos (PNB) en la economía nacional.<sup>[30]</sup> No obstante, acotan los autores, “[e]l crecimiento económico bien puede ocurrir sin erradicar problemas como la desigualdad y pobreza cuando la mayor porción de la riqueza nacional se concentra en solo unos cuantos.”<sup>[31]</sup> En efecto, la idea de que el crecimiento económico constituiría la fórmula mágica para automáticamente erradicar los principales problemas del denominado “mundo en subdesarrollo” pronto demostraría su fracaso resultando en un cambio de paradigma hacia el denominado enfoque de las *necesidades básicas* en la década de 1970.<sup>[32]</sup> Bajo este enfoque, el crecimiento económico deja de ser visto como el principal objeto de desarrollo y se vuelve instrumental para lograr un fin mayor: la redistribución económica. Esto es, propiamente, asegurar que las personas tengan acceso a aquellos bienes y servicios necesarios para garantizar su subsistencia tales como alimentación, agua, salud, educación y vivienda.<sup>[33]</sup>

La permanencia del enfoque de necesidades básicas en la política de desarrollo internacional no duraría más de dos décadas. A inicios de la década de 1990, el enfoque de necesidades básicas es reemplazado por el de *desarrollo humano*, el cual, empieza a cobrar relevancia gracias a la contribución académica de Amartya Sen y su enfoque de capacidades humanas.<sup>[34]</sup> Se trata de una propuesta intelectual y operativa donde por primera vez se integran las disciplinas de la ética y la economía.<sup>[35]</sup>

El enfoque de capacidades humanas tiene como antecedente inmediato las investigaciones de Amartya Sen sobre las causas estructurales de la pobreza y hambruna en la India.<sup>[36]</sup> En dicho análisis, Sen concluye que las más agudas

[30] PBI indica Producto Bruto Interno; PNB indica Producto Nacional Bruto. Mientras ambos igualmente se refieren a la suma de bienes y servicios producidos y consumidos en un país determinado, el PBI excluye de tal medición las importaciones y exportaciones de dicho país.

[31] Peet, Richard y Elaine Hartwick. *Theories of Development: Contentions, Arguments, Alternatives*. (New York: The Guilford Press, 2009)

[32] Stewart, Frances. “Basic Needs Strategies, Human Rights and The Right to Development”. *Human Rights Quarterly* (1989) 11 at 347

[33] *Ibid.* at 348.

[34] Deneulin, Séverine and Lila Shahani. *An Introduction to the Human Development and Capability Approach: Freedom and Agency* (London: Earthscan 2009)

[35] Vizard, Polly. The Contributions of Professor Amartya Sen in the Field of Human Rights. (January, 2005) CASE paper 91, online at: <<http://sticerd.lse.ac.uk/dps/case/cp/CASEpaper91.pdf>>

[36] Sen, Amartya. *Poverty and Famines: An Essay on Entitlement and Deprivation* (New York: Oxford University Press, 1981)

hambrunas en el mundo no ocurren debido a una insuficiente producción de alimentos sino debido a la falla de los sistemas políticos y económicos de asegurar que las personas tengan la capacidad de acceder a la seguridad alimentaria.<sup>[37]</sup> Desde tal óptica, se sugiere entender la pobreza no como el resultado exclusivo de la falta ingresos económicos sino como la carencia de capacidades humanas u oportunidades para liderar una vida de bienestar. Es así que, Sen propone entender el desarrollo como un proceso de expansión de capacidades humanas –también denominadas libertades sustantivas- para poder llevar a cabo los proyectos de vida que más valoren las personas.<sup>[38]</sup> Asimismo, en tanto la expansión de capacidades humanas o libertades sustanciales se encuentra sujeta a los acuerdos sociales, económicos y políticos adoptados en una sociedad determinada, Sen sugiere prestar la debida atención a la forma en que tales acuerdos contribuyen –o por el contrario, impiden- la expansión de capacidades humanas.<sup>[39]</sup> El desarrollo, en consecuencia, requiere remover o erradicar aquellas fuentes causales de “falta de libertad” personal (*unfreedoms*) tales como la pobreza, la tiranía política, la falta de oportunidades económicas, las estructuras sociales que perpetúan la falta de libertad, la negación de acceso a servicios públicos así como la intolerancia de estados represivos, entre otros.<sup>[40]</sup>

El razonamiento propuesto por Amartya Sen es el que inspira asumir el desarrollo a nivel internacional más allá de la sola distribución de bienes y servicios básicos y antes bien, entenderlo como un proceso cuyo fin último sea la expansión de capacidades humanas.<sup>[41]</sup> Y es que, conforme el autor lo sostiene, el enfoque de necesidades básicas no toma en cuenta suficientemente la diversidad humana y el análisis de contexto, los cuales, determinan que no todas las personas con la misma cantidad de recursos, bienes y/o servicios sean capaces de lograr los mismos resultados de bienestar.<sup>[42]</sup> Por ejemplo, una persona discapacitada, una persona enferma, una mujer embarazada, un anciano y un niño podrían recibir la misma cantidad de bienes y servicios que una persona capaz de usar todas sus facultades físicas y mentales, que una persona saludable, que una mujer no embarazada, o un adulto, y aún así, los resultados de bienestar entre ambos grupos podrían ser sustancialmente distintos.<sup>[43]</sup> De ahí que, la preocupación estatal no deba estancarse en la distribución de bienes sino avanzar un paso más adelante, esto es, evaluar la forma en que estos bienes contribuyen de

[37] *Ibid.*

[38] Sen, Amartya. *Development as Freedom* (New York, Anchor Books, 1999).

[39] *Ibid.* at 3.

[40] *Ibid.*

[41] Sen, Amartya. *Commodities and Capabilities* (Amsterdam: North-Holland, 1985).

[42] Sen, Amartya. *Inequality Reexamined* (Cambridge, MA: Harvard University Press, 1992)

[43] *Ibid.*

manera efectiva al desarrollo de capacidades humanas (*capabilities*) y el ejercicio de la autonomía personal (*agency*) para que sea el ser humano el propio diseñador y guardián de su destino.<sup>[44]</sup> En otras palabras, se trata de trasladar la distribución de bienes dentro de un esquema de paternalismo hacia uno que asegure la libertad personal.

Desde el primer informe anual de desarrollo humano elaborado por la Organización de las Naciones Unidas (ONU) en 1990,<sup>[45]</sup> el objetivo del *desarrollo humano* se ha convertido hoy en día en el discurso oficial de la ONU, la comunidad de activistas y académicos interesados en el área del desarrollo internacional. La contribución más significativa de este enfoque ha sido cuestionar la aún persistente medición del progreso social en función exclusiva del crecimiento económico en términos del PBI (Producto Bruto Interno). Este indicador, conforme lo expusieramos líneas arriba, no determina por sí mismo la reducción de la pobreza y las inequidades sociales. Ejemplo de ello es la propia región Latinoamericana, la cual, a pesar del crecimiento económico experimentado en los últimos años sigue ubicándose como la región más desigual del mundo.<sup>[46]</sup> En el caso de la salud, los estudios comparados demuestran que no hay una relación de causalidad directa entre crecimiento económico y salud. Tal es el caso de Costa Rica y los Estados Unidos cuyo PBI *per capita* difiere significativamente, siendo este último superior por casi US\$21,000.<sup>[47]</sup> No obstante, la expectativa de vida en ambos países es casi la misma. Conforme lo señala Norman Daniels, a pesar de que los Estados Unidos se ubican entre las naciones más ricas del mundo, sus pobres indicadores de salud no corresponden a tal riqueza.<sup>[48]</sup> *Aún más*, el crecimiento económico en términos del PBI tampoco considera en la ecuación del desarrollo, los daños o pasivos ambientales producidos por la expansión industrial y explotación de recursos naturales, los mismos que en la actualidad vienen generando la mayor cantidad de conflictos sociales en la región.<sup>[49]</sup> De incorporarse estos indicadores en la medición del desarrollo, países

---

[44] Sen, *supra* note 38 at xiii.

[45] Ver, 21 años de Informes sobre Desarrollo Humano, online: <<http://hdr.undp.org/es/informes/>>

[46] PNUD-ONU. *Informe Regional sobre Desarrollo Humanos para América Latina y el Caribe 2010. Actuar sobre el Futuro: Romper la Transmisión Intergeneracional de la Desigualdad*. (Costa Rica: Editorama, 2010); CEPAL. *La Hora de la Igualdad: Brechas por Cerrar, Caminos por Abrir* (Santiago, Naciones Unidas, 2010)

[47] Daniels, Norman. *Just Health: Meeting Health Needs Fairly*. (New York: Cambridge University Press, 2008) at 84.

[48] *Ibid.*

[49] La reciente conferencia de las Naciones Unidas sobre el desarrollo sostenible, Rio + 20, puso énfasis en los mecanismos para replantear el desarrollo económico mundial de la mano con la protección ambiental. Ver: <<http://www.unesd2012.org/>>

como el Perú probablemente reportarían resultados muy por debajo a los que actualmente promocionan.

Para los promotores del desarrollo humano, el crecimiento económico constituye únicamente un *medio* para el objetivo principal de facilitar la expansión de capacidades humanas. Como alternativa a la visión reduccionista de desarrollo en términos del PBI, el enfoque de desarrollo humano emplea los Índices de Desarrollo Humano (IDH),<sup>[50]</sup> a fin de evaluar el real progreso de una sociedad en términos de tres factores: la salud, educación e ingresos *per capita*. Si bien, el IDH a decir de algunos críticos aun brinda una versión mínima de los factores conductores de desarrollo humano;<sup>[51]</sup> lo cierto es, que gracias a este nuevo paradigma, nuevas propuestas y alternativas de medición vienen surgiendo con el fin de proveer una visión más amplia de aquellos aspectos de nuestras vidas que contribuyen al bienestar general tales como la estabilidad social y política, el empoderamiento de género, la estabilidad laboral, la seguridad alimentaria así como la protección del medio ambiente, entre muchos otros.<sup>[52]</sup>

Desde el año 2000 y en el marco del desarrollo humano, la ONU viene trabajando conjuntamente con la comunidad internacional y los estados nacionales, el objetivo de la erradicación de la pobreza para el año 2015 a través de las metas del nuevo milenio (MNM). Se trata de ocho objetivos que incluyen: la erradicación de la pobreza y hambruna, el acceso a la educación universal, la igualdad de género, la salud infantil y salud materna, la lucha contra el SIDA, la protección y promoción de un medio ambiente sustentable así como la participación global.<sup>[53]</sup> Conforme se observa de esta lista, la salud es uno de los objetivos principales para contribuir a la erradicación de la pobreza, razón por la cual, los objetivos de salud se encuentran hoy en día en el primer lugar de las prioridades para el desarrollo y la asistencia humanitaria internacional.<sup>[54]</sup>

El desarrollo humano, en tanto objetivo último de progreso y bienestar social, también cuenta con el debido reconocimiento dentro del discurso de los derechos humanos donde trasciende la visión dominante individualista de los

[50] Ver, Indicadores Internacionales sobre Desarrollo Humano, online: <<http://hdr.undp.org/es/estadisticas/>>

[51] Ranis, Gustav; Stewart, Frances y Emma Samman. "Human Development: Beyond the Human Development Index" *Journal of Human Development* (2006) 7:3 at 323

[52] *Ibid.*

[53] Ver, "We can end poverty 2015", online at: <<http://www.un.org/millenniumgoals/bkgd.shtml>>

[54] Garrett, Laurie y Kammerle Schneider. "Global Health: Getting it Right" en Gatti, Anna y Andrea Boggio. *Health and Development Toward a Matrix Approach*. (New York: Palgrave Macmillan, 2009)

derechos para mostrarse, más bien, como un derecho de construcción colectiva. Por ejemplo, la declaración del derecho al desarrollo de 1986, estipula en su artículo primero, numeral 1:

El derecho al desarrollo es un derecho humano inalienable en virtud del cual todo ser humano y todos los pueblos están facultados para participar en un desarrollo económico, social, cultural y político en el que puedan realizarse plenamente todos los derechos humanos y libertades fundamentales, a contribuir a ese desarrollo y a disfrutar del él.<sup>[55]</sup>

Para Stephen Marks, el derecho al desarrollo, pese a su importancia, no ha logrado pasar aún la barrera de la retórica pues en la práctica carece de fuerza vinculante y su mención en resoluciones, declaraciones y documentos de trabajo a nivel nacional e internacional es casi ausente en comparación con la mayor cobertura otorgada a otros derechos humanos, las metas del nuevo milenio o proyectos específicos de desarrollo internacional.<sup>[56]</sup> A pesar de la poca resonancia del “derecho al desarrollo”, lo cierto es, que a diferencia de décadas pasadas, hoy en día las investigaciones académicas que abordan los temas de desarrollo internacional y derechos humanos, finalmente viene mostrando una mayor voluntad de diálogo e interés de integración.<sup>[57]</sup> Y es en este contexto, donde nuevas posibilidades de entendimiento de los derechos humanos vienen emergiendo. A decir de Martha Nussbaum, por ejemplo, los derechos humanos deberían interpretarse en función de la protección y expansión de las capacidades humanas.<sup>[58]</sup> Entender los derechos desde esta perspectiva implica, conforme Nussbaum lo indica, ir más allá del mero reconocimiento legal o nominal de un derecho para evaluar si las políticas públicas y los acuerdos sociales realmente contribuyen, en la práctica, a que las personas desarrollen y ejerzan sus capacidades humanas (por ejemplo, la capacidad de lograr salud, vivienda, trabajo, participación política, razonamiento crítico, sentido de comunidad, etc).<sup>[59]</sup> *Más aún*, acota Nussbaum, la integración del discurso de los derechos y el enfoque de desarrollo humano, cual aliados estratégicos, tienen el potencial de contribuir a desterrar la idea equivocada de que el crecimiento económico es

---

[55] Declaración del Derecho al Desarrollo, UN A/RES/ 41/128 (4 de Diciembre de 1986)

[56] Marks, Stephen. The Human Right to Development: Between Rhetoric and Reality. *Harvard Human Rights Journal*, (Spring 2004), vol. 17, pp. 139-168

[57] Anderassen, Brad A. y Stephen P. Marks, eds., *Development as a Human Right: Legal, Political and Economic Dimensions* (Mortsel: Interseta, 2010)

[58] Martha C. Nussbaum, “Capabilities, Entitlements, Rights: Supplementation and Critique” (2011) 12:1 *J. Hum. Dev. & Capabilities* 23

[59] *Ibid.*

el parámetro fundamental para evaluar el éxito o desarrollo de una sociedad.<sup>[60]</sup> Así, entender el derecho a la salud -en su versión contemporánea- como la capacidad humana para llevar a cabo un proyecto de vida saludable, requiere ante todo, entender este derecho en su estrecha conexión con el principio de equidad, descrito líneas arriba.<sup>[61]</sup>

Es, en este dialogo emergente entre el discurso de los derechos y el de desarrollo humano, donde el fin de la equidad en salud tiene mejores y mayores posibilidades de ser considerado con seriedad. Se trata de tres enfoques que aun cuando cuentan con trayectorias históricas y premisas normativas distintas, comparten el mismo objetivo de considerar al ser humano como el *eje central* del desarrollo, la justicia social y el bienestar general.<sup>[62]</sup>

#### IV. DESARROLLO EXTRACTIVO Y SALUD EN EL PERÚ

En la década de 1990 cuando el discurso del *desarrollo humano* empieza a cobrar fuerza en la esfera internacional y la política oficial de la ONU, el Perú daba inicio a un ciclo de reformas estructurales a fin de superar la más desastrosa crisis económica de su historia, desencadenada durante el primer gobierno de Alan García (1985-1990). Dichas reformas, enmarcadas dentro del discurso de *desarrollo económico neoliberal* promovido por instituciones como el Banco Mundial y el Fondo Monetario Internacional,<sup>[63]</sup> dieron lugar durante el primer gobierno de Alberto Fujimori (1990-1995), a la implementación de una estrategia de apertura al mercado y atracción de capital extranjero, la cual incluyó, la privatización de empresas estatales, el despido masivo de trabajadores públicos, la desaparición de un gran sector del movimiento laboral y sindical, así como, el diseño e implementación de un marco constitucional y legal especialmente favorable a la inversión privada. En países como el Perú, ricos en recursos natu-

[60] *Ibid.*

[61] Valencia, Areli. “Salud e Igualdad Sustantiva: Repensando el Derecho a la Salud desde el Enfoque de Capacidades Humanas” en Pedro Grández (ed.) *El Derecho frente a la Pobreza: Los Desafíos Éticos del Constitucionalismo de los Derechos* (Lima: Palestra, 2011).

[62] Marks, Stephen. “Health, Development, and Human Rights” en Gatti, Anna y Andrea Boggio. *Health and Development Toward a Matrix Approach*. (New York: Palgrave Macmillan, 2009)

[63] También conocido como el Consenso de Washington, las prescripciones económicas de estas instituciones promovían la privatización, desregulación y la liberalización del mercado, entre otras medidas, como el camino más eficiente para avanzar el crecimiento económico y la reducción de la pobreza en los países en vías de desarrollo. Stiglitz, Joseph y Narcis Serra. *The Washington Consensus Reconsidered: Towards a New Global Governance* (New York: Oxford University Press, 2008)

rales, la inversión privada en actividades extractivas (minería e hidrocarburos) adquirió protagonismo como el motor principal del desarrollo económico, cuyo objetivo último, debía ser la reducción de la pobreza y la mejora de la calidad de vida de sus habitantes.

Dos décadas después, lo que se observa en el Perú es un escenario paradójico de ganancias y pérdidas en términos de bienestar y desarrollo humano. Por un lado, gracias al “boom minero” de los *últimos años*,<sup>[64]</sup> el Perú ha experimentado un histórico crecimiento económico sostenido que actualmente lo coloca en el liderazgo del crecimiento económico en Latinoamérica.<sup>[65]</sup> Por otro lado, el modelo de desarrollo económico basado en la industria extractiva, viene desencadenando una serie de conflictos socio-ambientales en comunidades ubicadas en territorios ricos en recursos naturales, correspondiendo en su mayoría a territorios de comunidades nativas, indígenas y/o campesinas.<sup>[66]</sup> Por ejemplo, a inicios del presente siglo, el territorio de 3,326 comunidades campesinas e indígenas de las 5,680 reconocidas legalmente ya se encontraba ocupado por concesiones mineras.<sup>[67]</sup> Hoy en día, estas concesiones mineras cubren aproximadamente el 19% del territorio nacional.<sup>[68]</sup> En la amazonía, las concesiones extractivas se incrementaron de un 14% a un 75% a partir del año 2004, de las cuales, 11 bloques de hidrocarburos se superponen con zonas protegidas, 17 se encuentran en zonas de comunidades nativas en aislamiento voluntario y 58 se superponen con tierras de titularidad indígena.<sup>[69]</sup>

Las consecuencias sociales y económicas de tales conflictos ponen en cuestionamiento el propio modelo de desarrollo Peruano. No sólo se trata de un modelo de desarrollo impositivo, donde no se toma en cuenta las distintas visiones

[64] El éxito económico de la industria minera en el Perú es producto de la confluencia dos factores importantes: el alza de precios de los metales a nivel internacional y el favorable contexto político y legal para la inversión en este país.

[65] Ver: “Perú liderara el crecimiento económico en Latinoamérica hasta el 2015” *Diario el Comercio* (30 May 2010), online: El Comercio <<http://elcomercio.pe/economia/487533/noticia-fmi-liderara-crecimiento-economico-latinoamerica-hasta-2015>>.

[66] Ver, pie de página 10.

[67] De Echave, José; Hoetmer, Raphael y Mario Palacios (eds). *Minería y Territorio en el Perú: Conflictos, Resistencias y Propuestas en Tiempos de Globalización* (Lima: Programa Democracia y Transformación Social, 2009)

[68] De Echave, José. “Tendencias de la Minería y Transiciones al Post Extractivismo” en Toche, Eduardo (compilador). *Perú Hoy: Ajustes al Modelo Económico. La Promesa de la Inclusión* (Lima: DESCO, 2011)

[69] Bebbington, Anthony. “Extractive Industries, Socio-environmental Conflicts and Political Economic Transformations in Andean America”, en, Bebbington, A, ed., *Social Conflict, Economic Development and Extractive Industry. Evidence from South America*. (New York: Routledge, 2012) at 13.

y aspiraciones de bienestar local,<sup>[70]</sup> sino que además, confunde y superpone el medio (crecimiento económico) sobre el fin principal (desarrollo humano). *Más aún, a la luz de lo documentado en los últimos años, uno podría cuestionarse legítimamente si el fin del desarrollo humano puede concretarse del todo dentro de un esquema de desarrollo neoliberal. Por ejemplo, bajo dicho esquema, el referido desarrollo económico no se ha traducido en una mejor calidad de vida para las comunidades ubicadas en áreas de expansión minera,<sup>[71]</sup> no ha contribuido directamente en aumentar el empleo nacional,<sup>[72]</sup> ni ha reducido significativamente la pobreza.<sup>[73]</sup>*

A pesar de que el referido modelo de desarrollo no muestra beneficios sustantivos para las poblaciones más vulnerables del país, “Perú: País Minero” continua siendo el eslogan de orgullo para las clases sociales más privilegiadas quienes por ingenuidad, ignorancia o indiferencia, aplauden y defienden aquella visión de desarrollo propia de los años cincuenta. El reciente electo presidente Ollanta Humala (2011-2016), en un afán de moderar la disfuncionalidad del modelo de desarrollo peruano, viene promocionando el objetivo del “crecimiento con inclusión” sin que ello implique alterar sus raíces neoliberales y la dependencia económica hacia la industria extractiva. Se trata de una política que a través de la provisión de programas sociales (por ejemplo, pensión 65) busca asemejarse al ideal de desarrollo basado en la distribución de necesidades básicas de la década de 1970. Como tal, es muy distante aún al objetivo de

[70] Copestake, James (ed). *Wellbeing and Development in Peru. Local and Universal Views Confronted* (New York: Palgrave Macmillan, 2008)

[71] Al respecto, ver el estudio de De Echave y Torres, el cual toma como base de referencia el Índice de Desarrollo Humano (IDH) y concluye que cuando mayor es la actividad minera en un departamento del Perú, menores son los valores que miden su desarrollo humano. De Echave, José y Víctor Torres. *Hacia una Estimación de los Efectos de la Actividad Minera en los Índices de Pobreza en el Perú*. (Lima: Cooperación, 2005). Usando un enfoque metodológico distinto, Barrantes, *et al.* sostienen que las familias en distritos mineros están por debajo del resto de los distritos Peruanos en términos de consumo *per capita*. Tal desventaja es aún mayor en el caso de distritos mineros ubicados en zona rurales alto Andinas. Barrantes, Roxana; Zárate, Patricia y Anahi Durand. *Te Quiero Pero No: Minería, Desarrollo y Poblaciones Locales*. (Lima: IEP y Oxfam, 2005)

[72] Por ejemplo, en el año 2003 mientras el sector minero contribuía al 40% de las exportaciones, no lograba generar más del 3% del empleo nacional. Glave, Manuel y Juana Kuramoto. “Minería, minerales y desarrollo sustentable en el Perú”, online: PAHO □<http://www.bvsde.paho.org/bvsacd/cd29/mineria/cap8-10.pdf>□.

[73] United Nations Development Programme (UNDP), *Sustainability and Equity: A Better Future for All, The 2011 Human Development Report* (New York: UNDP, 2011). De acuerdo a este reporte, el Perú es el segundo país con los niveles más altos de pobreza en América del Sur. Estos resultados ponen en tela de juicio las metodologías estatales comúnmente utilizadas para medir la pobreza, las cuales, al enfocarse solo en ingresos y consumo, olvidan otros factores de medición esenciales como el nivel de educación y salud.

desarrollo humano, el cual, implica que la política social o régimen de bienestar de un país, además de proveer condiciones materiales, tome en cuenta la diversidad humana, la pluralidad de valores locales y la capacidad de las personas de participar y decidir el diseño de su propio ideal de progreso en condiciones de igualdad. Desde una visión crítica, la retórica del “crecimiento con inclusión” no es más que el reacondicionamiento sutil del proyecto de *asimilación neoliberal* imperante desde la década de 1990 y reproductor de los desbalances de poder existentes desde la época colonial.<sup>[74]</sup>

Es importante tomar en cuenta que los estudios sobre el desarrollo extractivista suelen mostrar posiciones encontradas respecto a las posibilidades que este tipo de desarrollo brinda al progreso local y cambio social. Por un lado, están los promotores de la teoría del “*resource endowment*” (dotación de recursos), según la cual, los potenciales efectos negativos de la actividad extractiva bien podrían sobrellevarse a través de una minería responsable, promoviendo la responsabilidad social de la empresa y mecanismos voluntarios de autorregulación tales como los códigos de conducta y ganando la licencia social de las comunidades donde se proyecta invertir, entre otros.<sup>[75]</sup> Contraria a esta propuesta, tenemos la teoría del “*resource curse*” (maldición de los recursos), según la cual, las economías cuyo crecimiento depende de la actividad extractiva generan a la larga mayores costos que beneficios sociales. Se trata de economías que no logran erradicar la pobreza e inequidad social, y peor aún, exacerban las asimetrías de poder, la fragmentación social a través del conflicto, desencadenando costos ambientales con subsecuentes daños a la salud poblacional y la estabilidad psico-social de las comunidades afectadas.<sup>[76]</sup> Si bien, de acuerdo a recientes investigaciones, determinar si la riqueza extractiva representa una “maldición” o “bendición” para la implementación de una efectiva política social requeriría de un análisis caso por caso dado que no existe una probada relación directa entre el crecimiento económico y una mejor política social gracias a una mayor recaudación fiscal;<sup>[77]</sup> lo cierto es, que el caso Peruano ofrece razones suficientes

[74] Merino, Roger. *What is Post in Post-Neoliberal Political Economy? Land Rights and the Extractive Industry in Peru, Bolivia and Ecuador* (June 20, 2012). Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2088237> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2088237>

[75] En esta línea encontramos instituciones como el Banco Mundial, el International Council on Mining and Metals (ICMM) y recientemente, la propuesta de John Ruggie (UN Special rapporteur on business and human rights)

[76] Sachs, Jeffrey; Stiglitz Joseph y Macartan Humphreys (eds), *Escaping the Resource Curse* (New York: Columbia University Press, 2007); Ross, Michael. “The Political Economy of the Resource Curse”, *World Politics* (1999) 51: 297–322

[77] Hinojosa, Leonith; Bebbington, Anthony y Armando Barrientos. “Social Policy and State Revenues in Mineral-Rich Contexts, in Hujo, Katja (ed.) *Mineral Rents and the Financing of Social Policy: Opportunities and Challenges* (NY: UNRISD & Palgrave Macmillan, 2012)

para enmarcarlo como una fiel expresión de la “maldición de los recursos”.[78]

Para Arellano-Yanguas, por ejemplo, la falta de capacidad de las instituciones públicas, la débil regulación y fiscalización ambiental, la ineficiencia en el manejo de la distribución de rentas así como la falta de planeamiento y colaboración entre los distintivos niveles de gobierno, son algunos factores, que explicarían la dificultad para mitigar los efectos de tal maldición.[79] Adicionalmente, debe considerarse el peso de la historia y la forma como las relaciones estado e industria extractiva se han desarrollado a lo largo del tiempo. Ya por el año 1978, Rosemary Thorp y Geoffrey Bertram, advertían de las limitaciones de la economía peruana para contribuir al desarrollo sustentable del Perú debido a una persistente dependencia de las exportaciones en vez de promover un crecimiento autónomo en base a la diversificación de actividades económicas y fuentes de sustento local.[80] Precisamente, tal dependencia en el caso de la industria extractiva es hoy en día la causa del desafortunado aumento de conflictos internos, el germen de una penosa fragmentación social y el contexto que propicia la violación sistemática de derechos humanos. Aunque muchos quizás empiezan a prestar atención a la relación industria extractiva, estado y desarrollo a raíz de tales conflictos, esta no es una relación nueva. Antes bien, se trata de una relación de ‘larga data’ que expone un patrón recurrente de desbalances de poder, dependencia económica y dominación local.[81] En efecto, desde la introducción de la minería a gran escala en los Andes centrales del Perú a inicios del siglo pasado, la penetración de la inversión extranjera en este sector estuvo siempre facilitada por una legislación *laissez-faire*, la cual, sentó las bases para una duradera y estrecha relación entre el estado peruano y la clase inversionista minera.[82] Esta industria ganó tal importancia estratégica en el desarrollo económico peruano y las estructuras de poder nacional que incluso durante el gobierno militar revolucionario de 1968, las reformas en el sector minero simplemente representaron un cambio del armatoste privado por el público, sin que

[78] Arellano-Yanguas, Javier. “A Thoroughly Modern Resource Curse? The New Natural Resource Policy Agenda and the Mining Revival in Perú” (2008) IDS Working Paper 300; Arellano-Yanguas, Javier, Resurgimiento Minero En Perú: ¿una versión moderna de una vieja maldición? Colombia International 67, ene - jun 2008, Pp. 192,

[79] *Ibid.*

[80] Thorp, Rosemary & Geoffrey Bertram. *Peru 1890-1977: Growth and Policy in an Open Economy* (London: Macmillan Press, 1978) at 325.

[81] Valencia, Areli. “Human Rights Trade-Offs in a Context of Systemic Unfreedom: The Case of the Smelter Town of La Oroya, Peru” (January 2012), Bath Papers in International Development and Well-Being, Centre for Development Studies, University of Bath. <http://www.bath.ac.uk/cds/bpd/BPD15.pdf>

[82] Mallon, Florencia. *The Defense of Community in Peru's Central Highlands: Peasant Struggle and Capitalist Transition, 1860-1940* (Princeton, NJ: Princeton University Press, 1983).

ello implique alterar los desbalances de poder entre la industria y las comunidades mineras.<sup>[83]</sup> En ese contexto, las reformas neoliberales de la década de 1990 simplemente revivieron las bases históricas de tal dependencia económica y subordinación social. Repasar esta historia es un paso crucial para realmente entender la forma en que la percepción de progreso y realización de derechos de unos es, y ha sido históricamente, el resultado de la afectación de derechos y restricción de capacidades humanas de muchos otros. Y aquellos “otros”, tienen un rostro, nombre, historia, género, etnicidad y ubicación geográfica concreta.

En lo que resta del presente artículo, abordare el caso de las comunidades de Cerro de Pasco y La Oroya, ubicadas en los Andes centrales del Perú, cuya salud integral ha sido históricamente afectada por la dependencia estatal a un desarrollo económico con base extractivista. La selección de estos casos responde a dos razones. Primero, se trata de comunidades donde se da inicio a la actividad minero-metalúrgica de gran escala en este país y en ese sentido, ilustran con mayor crudeza los efectos negativos de esta actividad en el desarrollo humano. Segundo, porque al comparar estos casos con proyectos de inversión o inversiones extractivas recientes, se demuestra que la dependencia económica y dominación social presentes en los orígenes de las relaciones estado/industria extractiva se mantienen hoy día intactos pese al mayor conocimiento existente sobre la protección del medio ambiente y la mayor apertura a la consulta y participación ciudadana.

Si entendemos la salud, más allá de la ausencia de enfermedad, y antes bien como un estado de óptimo bienestar general que incluye el aspecto físico, mental, emocional así como la armonía en nuestra relaciones sociales y con el medio ambiente,<sup>[84]</sup> entonces podemos concluir que la transformación de las comunidades campesinas, hoy conocidas como La Oroya y Cerro de Pasco, en enclaves mineros metalúrgicos a inicios del siglo XX sentaron las bases históricas para la formación de un *contexto de falta de libertad sistemática*, esto es, un contexto de persistente violación a los derechos humanos y donde las oportunidades individuales y colectivas para expandir las capacidades humanas y autonomía personal se ven reducidas en su máxima expresión.<sup>[85]</sup>

En efecto, la inversión minero-metalúrgica en los Andes centrales a inicios del siglo XX marcó el comienzo de la minería a gran escala en el Perú, la misma que, logró consolidarse sobre la base de una serie de abusos tales como el desmantelamiento de la relativamente autónoma estructura económica comunal, la

---

[83] Dore, Elizabeth. *The Peruvian Mining Industry: Growth, Stagnation, and Crisis* (London: Westview Press, 1988).

[84] Esta concepción de la salud se construye tomando como base y expandiendo la propuesta oficial de la Organización Mundial de la Salud.

[85] Valencia, *supra* note 81.

desposesión de la propiedad colectiva campesina, y la subsecuente imposición de la actividad minera como fuente de sustento local, esto es, una actividad totalmente distante a las aspiraciones y proyectos de vida de los comuneros de la época. En el caso de La Oroya, la contaminación ambiental representó un problema endémico desde la construcción de la refinería en 1922, y como tal, fue un elemento clave para el desplazamiento/desintegración de la organización comunal y la subsecuente absorción de trabajadores metalúrgicos. Actividades como la agricultura, ganadería o la pesca de truchas en el río Mantaro, que solían contribuir a la generación de ingresos en las comunidades que hoy integran La Oroya, fueron prácticamente exterminadas debido a la destrucción de tierras de cultivo y vida animal a consecuencia de la contaminación de aire, suelo y agua provenientes de la refinería.<sup>[86]</sup>

Mientras un número importante de campesinos terminaron siendo absorbidos por la actividad minero-metalúrgica, esta actividad a su vez empezó a atraer a un número significativo de inmigrantes en busca de oportunidades laborales. Es así que, desde mediados del siglo pasado, las comunidades de los Andes centrales, hoy La Oroya y Cerro de Pasco, se consolidan como enclaves mineros-metalúrgicos cuya subsistencia se genera en base a una dependencia económica y laboral hacia esta actividad. Se trata, en realidad, de una cadena de dependencias que se traslada desde el nivel macroeconómico, regional hasta la esfera familiar. Esto último, se evidencia en la marcada división de roles de género donde el hombre –trabajador minero-metalúrgico– es por lo general visto como el proveedor económico y la mujer como la encargada de las labores domésticas. Tales micro-esferas de dependencia económica no solo refuerzan las desigualdades de género sino que también cercenan las oportunidades laborales y educativas de las generaciones futuras. Estos contextos de falta de libertad –contrarios al ideal de desarrollo humano– son los que nítidamente ilustran las consecuencias de la “maldición de los recursos” en el Perú y *conforme se discutirá en los siguientes párrafos, representan espacios poco promisorios para la realización del objetivo de equidad en salud.*

En el año 1999, se llevo a cabo el primer estudio oficial de plomo en sangre en la población de La Oroya a fin de determinar los efectos en la salud de la contaminación ambiental por causa de la actividad metalúrgica.<sup>[87]</sup> Los resultados fueron contundentes al confirmar que el 99.1% de los niños evaluados reportaban niveles de plomo en sangre mayores a 10ug/dl, superando el máximo nivel permitido por la OMS. Esta evidencia fue posteriormente reafirmada por estudios similares que no sólo determinaron intoxicación por plomo en los

[86] *Ibid* at 9.

[87] Ministerio de Salud-Dirección General de Salud Ambiental. *Estudio de Plomo en Sangre en una Población seleccionada de la Oroya*. (Lima, 23-30 Noviembre, 1999).

niños de La Oroya,<sup>[88]</sup> sino que además, demostraron que incluso los recién nacidos en esta ciudad ya presentaban plomo en sangre.<sup>[89]</sup> Más aún, en el año 2005, se confirmó adicionalmente la presencia de cadmio y arsénico en la sangre de niños y adultos de La Oroya.<sup>[90]</sup> Pese a lo contundente de esta evidencia, la cual, confirmaba que la refinería –operada por la empresa Doe Run– era la principal fuente de contaminación; y asimismo, pese a los conocidos graves efectos que la contaminación por metales tóxicos desencadena en la salud de las personas tales como daños en el sistema neurológico de los niños, afectaciones al sistema respiratorio, intestinal y en casos más graves, cáncer y muerte prematura,<sup>[91]</sup> la respuesta estatal fue la denegación del problema. Tal política de negación es puesta de manifiesto, entre otros, en la debilidad institucional para supervisar y hacer cumplir las obligaciones ambientales de la empresa Doe Run y en la campaña de salud promovida conjuntamente entre la empresa y el estado enfocada exclusivamente en mejorar hábitos de higiene y buena alimentación para disminuir los niveles de plomo, minimizando acciones para reducir el problema principal, esto es, la contaminación producida por la refinería.<sup>[92]</sup>

Adicionalmente a las campañas del Ministerio de Salud para medir la cantidad de plomo en sangre, no existe en la actualidad iniciativa estatal alguna para *evaluar el desarrollo neurológico de los niños* nacidos en los periodos de mayor contaminación ambiental en La Oroya.<sup>[93]</sup> El mismo problema se observa en el caso de Cerro de Pasco donde además de la intoxicación por plomo, los niños sufren de desnutrición crónica y reportan daños cerebrales.<sup>[94]</sup> Tanto en el

[88] Consorcio UNES. *Evaluación de niveles de plomo y factores de exposición en gestantes y niños menores de 3 años de la ciudad de La Oroya* (Lima: CooperAcción, Cenca and Filomena Tomayra Pacsi, 2000).

[89] Pebe, Godofredo; Villa, Hugo; Escate, Luis & Gonzalo Cervantes. “Niveles de plomo sanguíneo en recién nacidos de La Oroya 2004-2005” (2008) 25:4 Rev. Peru Med. Exp. Salud Pública 355.

[90] School of Public Health, Saint Louis University, Missouri. *Estudio sobre la contaminación ambiental en los hogares de La Oroya y Concepción y sus efectos en la salud de sus residentes* (Lima: Universidad de San Luis y Arzobispado de Huancayo, 2005).

[91] Lidsky, T.I. & J.S. Schneider. “Adverse Effects of Childhood Lead Poisoning: The Clinical Neuropsychological Perspective” (2006) 100:2 *Env. Research* 284; Patlolla, Anita K., Paul B. Tchounwou & Jose A. Centeno. “Carcinogenic and Systemic Health Effects Associated with Arsenic Exposure: A Critical Review” (2003) 31 *Toxicologic Pathology* 575.

[92] Valencia, *supra* note 81.

[93] La medición del nivel de plomo en sangre es insuficiente por sí mismo para determinar el impacto real de la contaminación en la salud poblacional. Es importante, en ese sentido, avanzar un paso más en la investigación epidemiológica para determinar las concretas afectaciones psicológicas y físicas de la intoxicación por metales tóxicos.

[94] Astete, John, *et al.* “Intoxicación por plomo y otros problemas de salud en niños de poblaciones aledañas a relaves mineros” (2009) 25:1 Rev. Peru Med. Exp. Salud Pública 15.

caso de La Oroya y Cerro de Pasco, tampoco existen estudios epidemiológicos o por lo menos una base de datos sobre *índices de mortalidad por cáncer* a pesar de la estrecha asociación entre la contaminación ambiental y ciertos tipos de cáncer.<sup>[95]</sup> La falta de evidencia cuantitativa o *índices de mortalidad y morbilidad en comunidades expuestas a la actividad extractiva en comparación con comunidades no expuestas a la misma* no hace más que encubrir la gravedad del problema y de este modo, ocultar la forma como las mas grotescas inequidades en salud se generan y reproducen en este país bajo el alegato del desarrollo económico.

A pesar de la legislación ambiental existente y los recientemente aprobados mecanismos de consulta previa,<sup>[96]</sup> la dominación y los abusos reportados hace *un siglo atrás* en La Oroya y Cerro de Pasco vienen repitiéndose con la misma intensidad en varios de los actuales proyectos de expansión extractiva. Algunos ejemplos de ello, son las comunidades campesina de San Antonio de Juprog y Chipta en Huari, Ancash –aledañas a las operaciones de la minera Antamina– quienes no solo denuncian la usurpación de tierras comunales, muerte de ganado debido a la contaminación de ríos y suelos, sino que también, evidencian daños a la salud debido a la contaminación por plomo, arsénico y cadmio proveniente de la actividad minera.<sup>[97]</sup> Un similar escenario se observa en el caso de las comunidades amazónicas de la región Cusco y el proyecto de gas natural “Camisea”.<sup>[98]</sup> La contaminación del río a consecuencia de los constantes derrames de la empresa Pluspetrol así como el incremento de desechos tóxicos y

[95] Schwartz, Gary G. & Isildinha M. Reis. “Is Cadmiun a Cause of Human Pancreatic Cancer?” (2000) 9 Cancer Epidemiology, Biomarkers & Prevention 139.

[96] El discurso de protección al medio ambiente empieza a gestarse a nivel global gracias al Reporte Brundtland de las Naciones Unidas titulado “Nuestro Futuro Común” (1987) y la primera conferencia mundial sobre desarrollo sostenible en Río de Janeiro, Brasil (1992). Como consecuencia, la legislación peruana introduce por primera vez los estudios de impacto ambiental (IEA) para los nuevos proyectos de inversión y los programas de adecuación ambiental (PAMA) para las ya existentes inversiones extractivas. En el caso de la consulta previa, cabe mencionar que el Perú ratificó la Convención N. 169 sobre derechos indígenas y tribales desde 1983; sin embargo, no ha sido hasta el 2011 que los mecanismos de consulta previa empiezan a discutirse e implementarse a través de la promulgación de la Ley 29785 y su reglamento.

[97] Ver: “DIGESA investigará contaminación ambiental en Juprog-Huari” *Huaraz Noticias* (20 de Marzo, 2012), online: <<http://www.huaraznoticias.com/locales/digesa-investigara-contaminacion-ambiental-en-juprog-huari>>; “Perú: Truchas y cuyes muertos, polvo brillante en plantas y pastos constata inspección en Juprog” *Servindi* (20 de Agosto, 2011), online: <<http://servindi.org/actualidad/49739>>; “Comunidad de Chipta denuncia abusos de empresa Antamina en Congreso de la Republica” (17 de Mayo, 2012), online: <<http://veronikamendoza.blogspot.ca/2012/05/comunidad-de-chipta-denuncia-abusos-de.html>>

[98] Spelucin, Juan y Victor Hugo Giraldo. *Minería y Salud Ambiental en Camisea* (Lima: CIES y CBC, 2007)

transporte fluvial vienen afectando la principal fuente de acceso al agua para el consumo humano en esta zona, con evidentes daños en la salud poblacional.<sup>[99]</sup>

Los casos antes expuestos son solo una pequeña muestra en un universo de casos similares probablemente aún no reportados o hechos públicos. Y es que, conforme se ha puesto recientemente en evidencia en el conflicto del caso Conga en Cajamarca, el diseño y mecanismos de aprobación de los estudios de impacto ambiental (EIA) en el Perú, no garantiza la objetividad y eficacia de los mismos para una adecuada protección al medio ambiente. Menos aún, si consideramos que los EIA no incluyen la evaluación sobre los potenciales impactos a la salud y bienestar de las comunidades aledañas a los proyectos extractivos, conforme lo recomiendan las investigaciones internacionales en esta área.<sup>[100]</sup> En ese sentido, tal y como se entiende el ideal de desarrollo en el Perú, queda claro que el mismo no ilustra un escenario propicio para la realización del derecho a la salud, particularmente, en el caso de comunidades afectadas por la industria extractiva.

## V. CONCLUSIONES

El objetivo del presente trabajo es revelar las interconexiones entre salud, derechos y desarrollo a la luz del contexto peruano. A este fin, hemos sostenido que la visión contemporánea del derecho a la salud implica entenderlo como un catalizador de la equidad en salud y en ese sentido, evaluar sus posibilidades de realización dentro del contexto del desarrollo. En el caso Peruano, ello implica poner al escrutinio el actual modelo de desarrollo económico extractivo-exportador. A estos efectos, nuestra investigación abrió paso a la siguiente pregunta: si el fin último de la idea de desarrollo es mejorar la calidad de vida y bienestar de las personas, en cuyo caso, la salud constituye un elemento esencial ¿cómo se viene concretando tal objetivo en el caso de las comunidades cuyos territorios son ricos en recursos naturales?

Los argumentos desarrollados en la presente investigación, en conjunto con la evaluación cualitativa de casos de estudio, nos llevan a concluir que el actual modelo de desarrollo económico en el Perú ilustra las consecuencias de la “maldición de los recursos”. En el caso concreto del derecho a la salud, dicha maldición se manifiesta en la institucionalización de la inequidad en salud afectando

---

[99] *Ibid.* at capítulo 3.

[100] Harries Patrick J et al. “Human Health and Wellbeing in Environmental Impact Assessment in New South Wales, Australia: Auditing health impacts within environmental assessment of major projects”. *Environmental Impact Assessment Review*. (2009) 29, 310-318

principalmente a las comunidades expuestas a la expansión extractiva. Revertir tal situación, implica asumir con seriedad que el fin último del progreso social no es el crecimiento económico sino el desarrollo humano. Y esto último, a su vez, implica encaminarnos a re-pensar el ideal del desarrollo en el Perú desde un escenario post-extractivista.<sup>[101]</sup> Esto es, un escenario donde se valore, respete y promueva la diversidad cultural en conexión con la diversidad de actividades económicas como fuentes de sustento local. Un modesto primer paso, sería la promulgación de una ley de reordenamiento territorial a través de la cual se delimiten las zonas exentas a la actividad extractiva debido a su alto valor cultural, ecológico y socio-económico.<sup>[102]</sup> Ello no implica el rechazo completo a la actividad extractiva, sino antes bien, reducir la dependencia económica hacia esta actividad para hacerla viable *únicamente* en circunstancias no contraproducentes al bienestar general, la salud y el desarrollo humano.

\* \* \* \* \*

---

[101] De Echave, José *supra* note 68 at 91.

[102] *Ibid.* Para una mayor discusión sobre el desarrollo de una política de justicia ambiental en un escenario post-extractivista, ver: Valencia, Areli. “Justicia Ambiental y Subalternidad en el Perú: Construyendo oportunidades para repensar nuestra historia”. *Justicia y Democracia. Revista de la Academia de la Magistratura* No. 11/2012 (en prensa).



# EL DESARROLLO DEL DERECHO INDÍGENA EN EL PERÚ

JOSÉ FRANCISCO GÁLVEZ\*

*A Pastor Castillo Meléndez, in memoriam*

**SUMARIO:** I. *Cultura, raza y modelo jurídico.* II. *La tutela de derechos en el Estado Peruano del siglo XIX.* III. *La reincorporación de la propiedad colectiva y las tendencias de protección del derecho en el siglo XX.* IV. *La participación como derecho.* V *La vigencia del Convenio OIT 169: Jurisdicción, administración de recursos y el derecho de consulta.* VI. *Conclusiones.*

## I. CULTURA, RAZA Y MODELO JURÍDICO

El tema referido a la tutela de derechos nos exige abordar al Derecho como sistema, tradición y facultad o *potestas* en función del tipo de sociedad. En los países andinos como el Perú, el inicio del Derecho como sistema de normas, proveniente de una cultura y tradición jurídica generó dos posturas marcadas entre los juristas: Aquella que ha considerado la existencia del Derecho Prehispánico (anterior a la llegada de los españoles) constituido por un conjunto de reglas o pautas sociales, económicas y jurídicas, de carácter consuetudinario, y que podríamos asociar con el proverbio latino: *ubi societas, ubi ius* (donde hay sociedad hay derecho)<sup>[1]</sup>. Era un sistema adscrito a una economía rural, con un carácter difuso el cual alcanzaba sólo a los miembros de la comunidad, y que tenía vigencia mientras el grupo humano tuviese control sobre la tierra, el agua

---

\* Abogado y licenciado en Historia por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Doctor en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid. Diploma de Estudios Post Doctorales en Historia del Derecho y Filosofía Política de la Universidad Privada Antenor Orrego. Profesor de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, entre otras.

[1] Sobre el tema J. BASADRE GROHMAN, *Historia del derecho peruano*. Lima, Editorial Antena, 1984.

así como de la explotación de los recursos adyacentes. Sistema que a su vez se hallaba relacionado con el ejercicio de la libertad en una sociedad diferenciada y organizada por segmentos. La alteración del orden estaba contemplada, donde la comunidad podrían infringir castigos<sup>[2]</sup> a las personas, lo cual observamos de testimonios recogidos a través de la cerámica de la cultura Moche (costa norte del Perú) coleccionada por el investigador Rafael Larco Hoyle. De ello podríamos inferir que la condición de libertad y los castigos se ubicaban de acuerdo a la conveniencia de la sociedad, siendo relativa su existencia como lo era la transferencia de derechos a la generación venidera. Característica que equivaldría a la locución inter partes a diferencia de aquella *Erga omnes* o frente a todos, propia de un sistema que plantea un tratamiento homogéneo. Como veremos más adelante, países como Bolivia y Ecuador han recurrido al argumento de la existencia de derechos ancestrales en sus recientes Constituciones, cuya validez resulta cuestionable dentro del ordenamiento jurídico actual, cuya naturaleza rigurosa y científica los asimilaría más como una pretensión.

El segunda argumento de los juristas plantea el inicio del derecho a partir del Derecho Indiano porque además de consuetudinario era sobre todo escrito, postura en la cual se adscriben la mayoría de autores peruanos: “El problema es: ¿cómo explicar un Derecho que no es Derecho en el sentido [occidental] en que usamos nosotros el término?”<sup>[3]</sup> Por otro lado: “Resulta, pues, si no imposible, por lo menos muy aventurado ocuparse en detalle de las instituciones en general y especialmente de las de carácter jurídico, anteriores a los Incas”. Este sistema vinculado con la llegada de Cristóbal Colón y los castellanos en 1492 generó la creación de un sistema de normas para estas tierras conocidas como Las Indias, cuyo nombre fue conservado en el ámbito legal aunque políticamente se denominará más adelante América, en honor a Américo Vespusio. Éste se caracterizó por ser casuístico (de acuerdo al Derecho de Castilla), tuitivo (por la política de la Corona a favor de los indios) y recopilatorio (acorde con el modelo casuístico que regía en la Edad Media).

Proclamada la independencia en el Perú el 28 de julio de 1821 se produjo el cambio político, sin embargo el Derecho Indiano siguió vigente hasta la expedición del primer código civil peruano en 1852. Podemos indicar que el Derecho

[2] R. LARCO HOYLE: Los Mochicas. Lima. Fundación Telefónica. 2004. [http://losmochicas.perucultural.org.pe/pdf/tl\\_191\\_197.pdf](http://losmochicas.perucultural.org.pe/pdf/tl_191_197.pdf) (Último acceso 3 de marzo de 2010)

[3] Cfr. J. BASADRE GROHMAN, *Historia del Derecho Peruano*. Lima, Editorial Antena, 1984; p. 73. Con el punto de vista de F. DE TRAZEGNIES GRANDA: El derecho prehispánico; una aproximación al estudio de la Historia del Derecho en las culturas sin Derecho. *Revista de Historia del Derecho* (Buenos Aires). N° 30. Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho. 2002; p.331; el segundo indica la complejidad del problema que debe tener un requisito preliminar, vale decir literalmente “¿Cómo explicar un derecho que no es derecho en el sentido occidental en que nosotros usamos el término?”

Indiano por su naturaleza tuitiva fueron consideradas entre sus elementos formadores las costumbres de los aborígenes o naturales, siempre que se cumplieran dos requisitos: Que no vayan “*contra Dios e contra razón*”, es decir que no sean contrarias a los parámetros dictados por la Iglesia y que no atenten contra las normas expedidas por la Corona de Castilla (aspecto muy similar al producido en este reino con el Ordenamiento de Alcalá en 1348 dentro del proceso de unificación jurídico territorial).

De esta manera las costumbres se incorporaban al ordenamiento jurídico de entonces, reconociéndose en primer lugar los curacazgos, cacicazgos (denominación para América central) o comunidades de indígenas gobernada por el curaca o cacique, proceso que estuvo acompañado por el carácter tuitivo que incluyó la protección a la raza indígena donde sus miembros eran libres en el ámbito legal (de acuerdo a lo establecido por la Escuela de Salamanca<sup>[4]</sup> como señala Luciano Pereña) aunque económica y socialmente fuesen compelidos al trabajo o explotados (como por ejemplo se ve en la *Recopilación de las Leyes de las Indias*<sup>[5]</sup> o el testimonio del oidor de la Real Audiencia de Lima Juan de Matienzo en 1567). Protección que también se puede observar en el desempeño del cargo de Protector de Naturales, quien verificaba que los procesos seguidos por indios -entre los cuales se encontraban además los considerados como pobres- estén de acuerdo a la parte procesal (conocimiento del mismo y sobre todo en los testimonios y probanza), caso contrario demandaba la nulidad de lo actuado ante los magistrados.

## II. LA TUTELA DEL DERECHO EN EL ESTADO PERUANO DEL SIGLO XIX

Con el arribo del liberalismo al Perú desde finales del siglo XVIII la mentalidad de algunas autoridades, no sólo se inclinó por el cambio legal sino cortar de raíz todo lo consuetudinario. El artículo 3° de la Constitución de 1791 estableció que “no hay en Francia autoridad superior a la de la ley”, con lo cual se creaba el Estado de Derecho. Legalidad que estaba acompañada de la carga ideológica que planteaba la eliminación de las corporaciones por los privilegios

[4] Vid. L. PEREÑA, *La Escuela de Salamanca: Conciencia crítica de América en el Centenario de la Reconciliación*. Salamanca, EUROPA. Artes Gráficas, S.A. Universidad Pontificia de Salamanca. Comisión Nacional del Quinto Centenario. 1992; p. 21.

[5] Congreso de la República: *Archivo Digital de la Legislación en el Perú. Recopilación de las Leyes de las Indias*, VI, I, xxi; in <http://www.congreso.gob.pe/ntley/LeyIndiaP.htm> Visita online 8 Noviembre 2010. Cf. J. DE MATIENZO, *Gobierno del Perú [1567]*. París-Lima. Ouvrage publié avec le concours du Ministère des Affaires Étrangères. Institut Français D'Études Andines. 1967; p. 19.

con que contaban (sea la nobleza o la iglesia) en tanto resultaban contradictorias ante el imperio de la igualdad ante la ley y contra la costumbre, a la cual los franceses le negaron el carácter de fuente del derecho ya que en el mejor de los casos querían desterrarla, sobre todo en el ámbito civil<sup>[6]</sup>. En la mentalidad de Voltaire debía sustituirse al particularismo jurídico sustentado en el Derecho feudal por la ley que era igual para todos, fundamentada en la razón liberal.

Cambios que se sustentaban en consenso y legitimidad que buscaba colocar al derecho como mecanismo de control social para lo cual la seguridad jurídica anularía todo posible exceso en el manejo de poder. De esta manera la norma era redefinida como abstracta, impersonal y general –en palabras de Rousseau e infalible –según Montesquieu-, a fin de facilitar un tratamiento igual a todo individuo por parte del Estado. Proceso que derivó también en el sometimiento de los jueces al ente político en Europa continental limitando su ejercicio a la mera aplicación jurídica considerándolos la boca de la ley<sup>[7]</sup> (la bouche de la loi). Pese a que la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789) postulaba la igualdad entre los hombres libres, en América la raza mantenía aún distingos en una sociedad corporativa donde cada cual mantenía el perfil del corpus al cual pertenecía. Más adelante las Cortes generales y extraordinarias reunidas en Cádiz en relación a los reclamos de los Diputados Americanos dieron dos medidas:

Una primera medida consistía en integrar al indígena considerándolo como español: “*Son españoles: .....Todos los hombres libres nacidos y avecinados en los dominios de las Españas y los hijos de éstos*<sup>[8]</sup> (art. 5 de la Constitución de 1812), disposición que debía favorecer la concesión de ciudadanía a los indígenas.

Sin embargo, “Entre los debates de peninsulares y criollos se manejaron alternativas como descalificar a los indígenas por su cortaedad (sic) de ingenio y propensión al ocio o por constituir un pueblo sin luces, cuyos representantes no ilustrarán acerca de las máximas de gobierno...no se aceptó la propuesta que los indígenas fuesen representados por ellos mismos, con lo cual todo se contemplaba desde afuera, propiciando medidas para este colectivo pero sin su consentimiento<sup>[9]</sup>”

[6] Cfr. Dictionnaire Philosophique, V, París, 1833, p. 248.

[7] F.NEUMANN: *El cambio del rol del Derecho en la sociedad moderna*. En: F. DE TRAZEGNIES GRANDA: *Introducción a la Filosofía del Derecho y a la Teoría General del Derecho*. Lima. Pontificia Universidad Católica del Perú. 1977, p. 307.

[8] Cfr. Constitución de 1812, capítulo II: de los españoles. Sobre el tema ver D. GARCÍA BELAUNDE, *Las Constituciones del Perú*. Tomo I. Lima. Fondo Editorial de la Universidad de San Martín de Porres. 2006; p. 32.

[9] J.F. GÁLVEZ: *Las Comunidades de Indígenas en el Constitucionalismo Iberoamericano*. En: José Manuel Pérez Prendes Muñoz-Arraco (Dir.) *La violencia y los enfrentamientos de las culturas*. Madrid. Iustel. 2004; p. 313.

Como corolario de la primera medida, los legisladores con el ánimo de garantizar la ilustración de los habitantes, en el artículo 335º, inciso 10 de la Constitución de 1812 dispusieron que: “Las diputaciones de las provincias de ultramar velarán sobre la economía, orden y progresos de las misiones para la conversión de los indios infieles, cuyos encargados les darán razón de sus operaciones en este ramo, para que se eviten los abusos: todo lo que las diputaciones pondrán en noticia al Gobierno”.

Obligación que se insertaba en la prédica que sin educación no había defensa de derechos de los que gozaba, pero por otro lado dicha educación era impartida en el idioma castellano para uniformizar el uso de un idioma oficial, postura que más adelante adoptaría el Estado peruano. Por otro lado en 1813, las Cortes abolieron la contribución de indígenas (o mita). Medidas que terminaron por ser declarativas al no ser implementadas y no fue de extrañar que posteriormente continuasen con otros nombres y modalidades. El libertador y Protector del Perú José de San Martín dictó dos medidas significativas en relación al colectivo indígena: Declaró que en adelante los naturales o aborígenes se llamaran peruanos (28 de agosto de 1821) y abolió el servicio realizado por los indígenas, conocido como mita o pongo. Medidas de carácter reivindicatorio que tuvieron resultados efímeros. Asignar el nombre de peruanos sólo a los indios generó una discordia entre los criollos y mestizos, en los libros de registro que manejaban las parroquias se sustituyó el nombre de indio por peruano, persistiendo la clasificación por cuerpos.

En cuanto al proceso de codificación que hemos indicado, el cambio entre el modelo casuístico por el legalista se fue dando en forma gradual. A ello contribuyeron las normas oficiales expedidas por el naciente Estado peruano, donde los legisladores peruanos aplicaron la filosofía de la Ilustración y del liberalismo, de manera tal que el Derecho Indiano iba cediendo paso al Derecho Peruano, de una fuerte injerencia francesa el cual incorporaba el carácter sistemático o legalista, no faltando la visión dogmática de algunos juristas que quisieron desterrar todo lo hispano por considerarlo vetusto. Sin embargo, debemos señalar que en la codificación se produjo una superposición y mixtura de ambos sistemas ya que el establecimiento de los derechos naturales e individuales (incluyendo los de los indígenas) recogió en su aplicación la tradición Indiana con la nueva tendencia jurídica. De tal manera que el Código Civil peruano de 1852 nos presentaba a través de sus tres libros dicha mixtura: Personas (Derecho Canónico), Reales (Derecho francés) y Contratos (Derecho francés); además del título preliminar que también tiene influencia gala<sup>[10]</sup>.

[10] Cfr. J. F. GÁLVEZ: Historia del Derecho Peruano. Lima. Universidad Inca Garcilaso de La Vega. 2008; p. 209.

En cuanto al servicio de los indios, la crítica situación económica del Estado peruano obligó a la restitución de la contribución de los indígenas a las mismas cantidades del año 1820 por considerarse productivo; lo cual se mantendría hasta la abolición legal el 5 de julio de 1854, sustituyendo el monto que representaba el veinte por ciento de los ingresos impositivos del Presupuesto de la República por las ganancias generadas por la venta del guano o estiércol de las aves guaneras usado como fertilizante para la agricultura.

Respecto a la tierra, cuya propiedad era considerada como derecho sagrado e inviolable del individuo de acuerdo a la influencia francesa, tuvo en el Perú un resultado distinto y adverso. Bajo el gobierno del libertador Simón Bolívar, éste observó en el mantenimiento de una institución corporativa como el curacazgo o la comunidad de indígenas constituía un atentado contra el liberalismo, y por ello decretó su abolición el 7 de julio de 1825<sup>[11]</sup>, desconociendo así a una institución originaria. Ello evidenciaba un contrasentido en la aplicación del discurso liberal importado ya que su elaboración había concebido el contexto del país originario con el establecimiento de los derechos naturales e instituciones sociales y jurídicas. Bolívar pretendía individualizar la propiedad otorgando a cada indígena una parcela de tierra, para lo cual asumió que ésta era de un solo uso, desconociendo la rotación de cultivos. De ahí que fuese discutible repartir las tierras de comunidad sin analizar antes el aprovechamiento de recursos de manera colectiva y en diferentes altitudes, lo que más adelante se conocería como la teoría de los pisos ecológicos. Dos años después, el gobierno suspendió la venta de tierras de comunidad, mientras se resolviera lo conveniente de la materia. Circunstancia que demostraba el divorcio entre el país legal y el país real ya que las comunidades en el ámbito social subsistieron y sus tierras también. El Código de Santa Cruz de 1836 estableció en el artículo 297° que los bienes de dominio público eran aquellos vacantes y sin dueño; comprendiendo también en esta categoría a los que tuviesen un derecho adquirido sobre la propiedad o producto en favor de los habitantes de una o varias comunidades. Dicho código quedó sin efecto con el derrocamiento del gobierno de Andrés Santa Cruz y la disolución de la Confederación Perú Boliviana (1839). Más adelante el gobierno peruano protegió a los pobladores que aprovecharan la tierra, al modo indiano, es decir, utilizando el método de asignación y composición de tierras el cual reconocía a la ocupación como forma de adquisición; lo que fue ratificado en la Ley del 24 de mayo de 1845 con el añadido de hacerlo extensivo a los extranjeros y bajo una autoridad designada por el régimen que gobierne de un modo paternal los nuevos pueblos<sup>[12]</sup>, lo que nos indica

---

[11] *Decreto del 4 de julio de 1825*. Véase Juan de Oviedo: *Colección de Leyes, Decretos y Órdenes*. Lima. Felipe Bailly. 1861-1870. Tomo II, p. 129.

[12] H. OMAR NOEJOVICH: "Las relaciones del Estado peruano con la población indígena en el siglo XIX a través de su legislación". En: *HISTÓRICA* (Lima). Vol. XV, N°1, Julio 1991; p. 51.

que el proceso otorgar el derecho sobre la tierra dependía de la administración y por ende del gobierno de turno.

En el libro de reales del Código Civil de 1852 la noción de bienes comunes fue limitada al otorgarse dichos bienes en forma colectiva sólo a una corporación legalmente reconocida (artículo 459°), con lo cual las comunidades de indígenas quedaban excluidas más no del todo desamparadas por la actitud gubernativa paternalista que continuaba.

### III. LA REINCORPORACIÓN DE LA PROPIEDAD COLECTIVA Y LAS TENDENCIAS DE PROTECCIÓN DEL DERECHO EN EL SIGLO XX

En 1919 el gobierno de Augusto B. Leguía en su proyecto político La Patria Nueva reivindicó al indio con dos actos significativos: Incorporó en la Constitución de 1920 las tierras de las comunidades de indígenas otorgándoles personería jurídica y protección a sus tierras. Para ello éstas fueron equiparadas como si fueran bienes del Estado, al considerarlas imprescriptibles e inalienables frente a terceros o erga omnes. En segundo lugar, creó la Oficina de Asuntos Indígenas para supervisar el trabajo con las comunidades y como correlato estableció el Día del Indio. La autoridad se reservaba el reconocimiento de la personería jurídica, el sistema de elección de las autoridades comunales, el régimen de propiedad, entre otros aspectos, lo cual fue considerado en el Registro de Comunidades de Indígenas que empezó a funcionar desde 1926<sup>[13]</sup>. Pese a esta voluntad política, mayormente mediática, el Estado, en los hechos, carecía de presencia al interior del país lo que propició que las haciendas cercanas a las comunidades usurparan tierras comunales, burlando la seguridad jurídica que el propio Estado regulaba.

Durante este régimen, el legislador optó por establecer las tipificaciones en función del poblador ante las diferentes culturas que tenía el país: Semi civilizado relacionado con la sierra y el salvaje o bárbaro vinculado con el habitante de la selva o Amazonía en el Código Penal peruano de 1924, o también conocido

[13] Se trata del registro hecho hasta el año 2004, según el Programa Especial de Titulación de Tierras (PETT) representan cerca de 5 mil 756 comunidades repartidas de la siguiente manera: **Comunidades Campesinas** 5 mil 576; **Comunidades nativas** 1 mil 345 y **Rondas Campesinas** 8 mil. De éstas últimas, el libro Rondando por nuestra de la Ley indica que dicha cifra involucra entre 200 mil y 250 mil ronderos, entre los cuales se considera además a los miembros de los Comités de Autodefensa (establecidos por el gobierno de Alberto Fujimori para luchar contra el terrorismo) así como las Rondas que forman parte de las Comunidades Campesinas. Agradezco al ex alumno y colega Dr. Anibal Gálvez Rivas, por esta información.

como Código Maúrtua, en alusión a don Víctor M. Maúrtua quien cumplió labores diplomáticas del Perú en Europa y que tuvo como elementos formativos a los códigos suizos de 1915-1916 y 1918 y complementado con el proyecto Ferri de 1921 y el código Zanardelli de 1889 (ambos italianos)<sup>[14]</sup>.

El código mencionado conservaba la previsión fundamental del tema. El art. 44 establecía que: “Tratándose de delitos perpetrados por salvajes, los jueces tendrán en cuenta su condición especial, y podrán sustituir las penas de penitenciaría y prisión por la colocación en una colonia penal agrícola, por tiempo indeterminado que no excederá de veinte años. Cumplidos dos tercios que según la ley correspondería al delito si hubiere sido cometido por un hombre civilizado, podrá el delincuente obtener libertad condicional si su asimilación a la vida civilizada y su moralidad lo hacen apto para conducirse. En caso contrario, continuará en la colonia hasta que se halle en esta situación o hasta el vencimiento de los veinte años. Un reglamento del poder ejecutivo determinará las condiciones de vida de los salvajes colocados en colonia penal, que serán organizados en el propósito de adaptarlos en el menor tiempo posible al medio jurídico del país”. Sobre el tema se precisaba que: “Tratándose de delitos perpetrados por indígenas semi-civilizados o degradados por la servidumbre y el alcoholismo, los jueces tendrán en cuenta su desarrollo mental, su grado de cultura y sus costumbres y procederán a reprimirlos, prudencialmente, conforme a la regla del artículo 90. Podrán asimismo en estos casos, sustituir las penas de penitenciaría y de relegación por la colocación en una colonia penal agrícola por tiempo indeterminado no mayor que el correspondiente al delito, señalando el plazo especial en que el condenado está autorizado a obtener libertad condicional con arreglo al título VII. Podrán también reemplazar la pena de prisión según el procedimiento permitido por el art. 42.” (art. 45).

Tratamiento que fue admitiendo la complejidad del sujeto de derecho en el Perú y donde la aculturación bajo el esquema del Estado Nación generó la incorporación de consideraciones antropológicas incipientes en materia punitiva. Fundamento que desde entonces ha permanecido, siendo superado con nuevos criterios de valoración como se aprecia de un extracto de la siguiente sentencia, acorde con el Código penal de 1991: “Que debe tenerse en cuenta que la comunidad campesina de Pampallacta [**Cuzco**], no obstante estar situada a escasos kilómetros de la ciudad de Calca, capital de la provincia del mismo nombre, está constituido por un grupo étnico que no ha logrado integrarse definitivamente a la civilización, analfabetos con costumbres y estilos de vida propios, que no han tenido variaciones desde tiempos inmemoriales, aborígenes que ignoran los cambios sociales, políticos i económicos de la Nación, sumidos en

---

[14] J. HURTADO POZO, *Manual de Derecho Penal*. Parte General. Lima. Sesator. 1978; p. 44.

la miseria, incapaces de forjar su propio progreso, situación que los ubica en un plano diferente a los otros ciudadanos i los coloca dentro del marco del artículo 15° de Código Penal que prevé la atenuación de la pena<sup>[15]</sup>”

Este procedimiento de valoración luego incorporó nuevos elementos en forma acelerada a los procesos de migración ocurridos desde la década de los cuarenta de diferentes zonas del país en dirección a Lima, Arequipa y Trujillo. Manifestaciones a las cuales el historiador Jorge Basadre Grohmann denominó la “Revolución silenciosa”, la que incidió más adelante en las grandes reformas estructurales, promoviendo una mejora económica y una ampliación social a favor de las grandes mayorías<sup>[16]</sup>.

En 1960, el Estado peruano suscribió el Convenio 107 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) referido a la protección e integración de las poblaciones indígenas, el cual obligaba al Estado a legitimar las formas tradicionales de control social de la comunidad nativa. Para lo cual, el convenio preconizaba la aculturación partiendo que las poblaciones indígenas se encontraban en un atraso, situación que exigía respeto y reconocimiento al derecho consuetudinario hasta que las colectividades o comunidades lograsen superarse para que se incorporen a la vida jurídica del país de manera plena, posteriormente. Como puede apreciarse si bien la iniciativa del cambio era otorgada a las poblaciones civilizadas sobre el resto de la población, pero el proceso consideraba al indígena como sujeto pasivo o necesitado de protección y bajo la lógica del Estado-Nación lo que obligaba a convertir su bagaje cultural a la “nación criolla”.

Fue durante el Gobierno Revolucionario de la Fuerza Armada (GRFA), período comprendido entre 1968 y 1980, que se produjo un nuevo sistema de redistribución de tierras con la Reforma Agraria iniciada desde el 24 de junio de 1969. Ello implicó un proceso de afectación y traspaso de las haciendas de la costa y sierra a cooperativas integradas por los propios campesinos; sin embargo en el caso de los indígenas de la selva el resultado hasta entonces había sido adverso por las políticas de colonización que incluían el despojo de sus terrenos autorizado por los gobiernos anteriores.

Desde 1957 se habían establecido políticas estatales en el tema del régimen de tierras, promulgándose una serie de leyes especiales que comprendieron las

[15] Sentencia del 23 de diciembre de 1998. Corte Superior del Cuzco. Citada en: N. GARAY MONTAÑEZ: *“Vacío de poder en las zonas Urbano Marginales de la Gran Lima: Los Casos de Linchamiento”*. Lima, 1999. Texto inédito, p. 14. Es oportuno precisar lo indicado por el Código Penal peruano 1991, artículo 15° Error culturalmente condicionado: “El que por su cultura o costumbres comete un hecho punible sin poder comprobar el carácter delictuoso de su acto o determinarse de acuerdo a esa comprensión, será eximido de responsabilidad. Cuando por igual razón, esa posibilidad se halla disminuida, se atenuará la pena”.

[16] Cfr. A. BARNECHEA, *La República Embrujada: un caso en la pobreza de las naciones*, Lima, Aguilar, 1995, p.23.

bases para el diseño de los estatutos de las comunidades nativas y amazónicas, limitándose al reconocimiento de la vigencia de las costumbres relacionadas con los modos de posesión y uso de los recursos: las tierras, pastos, agua, sus servidumbres y linderos, así como lo relacionado con la prestación de servicios en las faenas comunales y servicios comunitarios. Durante los años setenta el GRFA reivindicó la costumbre siempre y cuando se ajustara a los planes gubernamentales (Plan Inca y posteriormente el Plan Túpac Amaru). Las organizaciones comunales gozaban así de un espacio más libre para el aprovechamiento de recursos, permitiéndoles “revitalizar las normas y valores tradicionales, compatibles con el desarrollo nacional”; “promover el desarrollo de las diferentes formas de ayuda mutua y de cooperación tradicional tendientes al establecimiento de las organizaciones cooperativas<sup>[17]</sup>”

En cuanto a las etnias amazónicas<sup>[18]</sup> se generó un verdadero cambio al asignarse la facultad jurisdiccional al gobierno comunal que resolvía conflictos y controversias en materia civil por mínima cuantía y las faltas originadas entre los miembros de una Comunidad Nativa en materia penal, con el carácter de cosa juzgada. Podía la comunidad alegar las costumbres, tradiciones, creencias y valores socio-culturales de las Comunidades<sup>[19]</sup> para los juicios civiles y penales en instancias superiores. Gálvez Revollar sostiene que la selva se vio beneficiada por “... las presiones ejercidas por los propios indígenas animados por los vicariatos amazónicos imbuidos algunos por el accionar del Concilio Vaticano II y el entusiasmo de científicos sociales, trabajando para el estado, sensibilizados por la declaración de la “liberación del indígena de la Declaración de Barbados (1971)<sup>[20]</sup>”, y en donde los antropólogos tuvieron mucha decisión.

La transición del etnocentrismo a la pluriculturalidad aunque denotaba un avance no fue continuado en su totalidad por los legisladores de la Asamblea Constituyente de 1978, pese a que este congreso fue convocado para incorporar en la nueva Constitución los cambios estructurales implementados por el régimen. Esto debido a que algunos mantuvieron su visión clásica del Estado-Nación, no faltando además un rechazo a los cambios por provenir de un gobierno de facto. Pese a ello, además de ratificar lo dispuesto en las Cartas anteriores, dicha Asamblea introdujo el reconocimiento a las tradiciones culturales en el artículo 161° de la Constitución de 1979: “Las Comunidades Campesinas y Nativas tienen existencia

[17] *Estatuto de Comunidades Campesinas del Perú. Decreto Supremo N° 37-70-A del 17 de febrero de 1970*; art. 8 incisos d) y e).

[18] *Ley de Comunidades Nativas y de Promoción Agropecuaria de Regiones de Selva y Ceja de Selva, Decreto-Ley N° 20653, del 24 de junio de 1974.*

[19] Decreto Ley N° 20653 de 1974, art. 16°.

[20] C. GÁLVEZ REVOLLAR: “El derecho consuetudinario indígena en la legislación indigenista republicana del siglo XX”. En: BIRA (Boletín del Instituto Riva-Agüero) 28, Lima, 2001, p. 285.

legal y personería jurídica. “Son autónomas en su organización, trabajo comunal y uso de la tierra, así como en lo económico y administrativo dentro del marco que la ley establece”. El Estado respeta y protege las tradiciones de las Comunidades Campesinas y Nativas. Propicia la superación cultural de sus integrantes<sup>[21]</sup>”.

Dicho texto en el Diario de Debates de la Asamblea Constituyente nos indica que la discusión del tema estuvo relacionada con la reforma agraria, la adjudicación de tierras y su uso eficiente, lo que permite observar que debate partiera de la visión monista del Estado<sup>[22]</sup>. Con la llegada del régimen de Alberto Fujimori fue variando gradualmente el carácter tuitivo sobre las tierras y recursos de las comunidades, planteando las condiciones para el retorno del latifundio con la expedición del Decreto Legislativo 653<sup>[23]</sup> o Ley de Promoción de Inversiones en el Sector Agrario de 7 de enero de 1991. Acto que se condice con las medidas económicas conducentes a recuperar al país del estado de postración iniciado en los años ochenta y que tuvo en la hiperinflación del gobierno de Alan García Pérez, el pico más alto. De esta manera, se liberalizaba el uso de recursos naturales, rompiendo con la tradición política y jurídica protectora de las tierras de las comunidades rurales desde 1920, dando lugar a su vez a la reaparición de elementos desterrados por la Reforma Agraria de 1969 como la eliminación de la conducción indirecta de la propiedad y la concentración de la tierra en pocas manos. Para ello, la autoridad era la que calificaba como abandonadas las tierras rústicas, las mismas que pasaban al dominio público, susceptibles de ser privatizadas por el Estado (artículo 22°), desconociendo que las tierras podían hallarse en descanso debido al sistema rotativo de cultivos propios de la zona. Abandono que más tarde fue señalada expresamente la Carta de 1993, artículo 88°: “El Estado apoya preferentemente el desarrollo agrario. Garantiza el derecho de propiedad sobre la tierra, en forma privada o comunal o en cualquiera otra forma asociativa. La ley puede fijar los límites y la extensión de la tierra según las peculiaridades de cada zona. Las tierras abandonadas, según previsión legal, pasan al dominio del Estado para su adjudicación en venta”<sup>[24]</sup>.

Como apreciamos, desde las últimas décadas han ido desapareciendo los elementos de inalienabilidad e imprescriptibilidad que protegían a las tierras comunales, lo cual muestra un doble discurso del Estado, ya que por un lado

[21] D. GARCIA BELAUNDE: *Las Constituciones del Perú*. Lima. Edición Oficial Ministerio de Justicia. 1993, p. 460.

[22] Comisión Principal de Constitución de la Asamblea Constituyente 1978-1979: *Diario de los Debates*. Lima. Publicación Oficial. 1979, Tomo V, p.90

[23] Congreso de la República: *Archivo Digital de la Legislación en el Perú. Legislación Contemporánea en el Perú desde 1904*, <http://www.congreso.gob.pe/ntley/imagenes/DecretosLegislativos/00653.pdf> Último acceso 3 de marzo de 2010.

[24] El artículo 88 proviene del Capítulo VI (*Del Régimen Agrario y de las Comunidades Campesinas y Nativas*) Cfr. Constitución Política del Perú. 1993. <http://www.tc.gob.pe/legconperu/constitucion.html> Último acceso 3 de marzo de 2010.

garantiza la propiedad que termina siendo relativa por su condicionamiento al ser declarada en abandono. Circunstancia que hace posible la concurrencia de la inversión privada sea extranjera o nacional, para fomentar la rentabilidad de los terrenos. Inversión que contaba con seguridad jurídica al otorgársele igualdad legal y económica.

#### IV. LA PARTICIPACIÓN COMO DERECHO

Frente a este hecho de probable desprotección del Estado de las tierras comunales podemos observar la aparición de un derecho fundamental en el escenario constitucional y que podría fortalecer a las instituciones, incluso a las campesinas. La redacción de una nueva Constitución en 1979 fue la oportunidad para que los legisladores introdujeran la participación como derecho en forma incipiente y gradual (artículo 16° la Constitución de 1979) y transcrita en la de 1993 (artículo 17°), la misma que se desarrolló en los siguientes aspectos: A nivel **administrativo**, al plantearse la modificación de la demarcación política regional que requería el pronunciamiento de los afectados (260° Constitución de 1979) y a nivel de control de la actividad pública, con la participación:

- Directa o por intermedio de sus representantes libremente elegidos de la ciudadanía en cuestiones de relevancia pública (artículo 64° Constitución de 1979), bajo la afirmación de la tutela de los intereses difusos.
- El segundo cuestión que proviene del mismo espíritu constitucional se halla en el Decreto Legislativo 611, del 7 de setiembre de 1990, o Código del Medio Ambiente y los Recursos Naturales<sup>[25]</sup> que señaló la siguiente disposición preliminar:
- Título Preliminar, artículo VI: “Toda persona tiene el derecho de participar en la definición de la política y en la adopción de las medidas de carácter nacional, regional y local relativas al medio ambiente y los recursos naturales. De igual modo, a ser informado de las medidas o actividades que puedan afectar directa o indirectamente la salud de las personas o de la integridad del ambiente y los recursos naturales. Todos están obligados a proporcionar a las autoridades las informaciones que estas requieran en el ejercicio de sus atribuciones para el control y vigilancia del medio ambiente”.

---

[25] Congreso de la República: *Archivo Digital de la Legislación en el Perú. Legislación Contemporánea en el Perú desde 1904*. <http://www.congreso.gob.pe/ntley/imagenes/DecretosLegislativos/00611.pdf>. Último acceso 3 de marzo de 2010.

- Capítulo VII: De la acción educativa, los medios de comunicación y la participación ciudadana., artículo 34: “La comunidad participa directa o indirectamente en la definición de la política ambiental y en la ejecución y aplicación de los instrumentos de dicha política.”

Al carácter genérico del texto de la norma de la Constitución de 1979 dedicado a la participación del ciudadano como derecho fundamental, su sucesora la Constitución de 1993<sup>[26]</sup> realizó aportes sustanciales que están en camino de seguir siendo implementados: “Artículo 2 Toda persona tiene derecho: (..) 17. A participar en forma individual o asociada en la vida política económica social y cultural de la Nación. Los ciudadanos tienen conforme a ley los derechos de elección de remoción o revocación de autoridades de iniciativa legislativa y de referéndum.”

Aquí es importante precisar la magnitud del derecho que se le otorga a la ciudadanía en general a efectos que sea una participación real y efectiva donde el referéndum<sup>[27]</sup> puede ser usado para reforma total o parcial de la Constitución, aprobación de normas con rango de ley, las ordenanzas municipales y las materias relativas al proceso de descentralización. (Artículo 32°), no siendo de extrañar esta Carta fuera sometida a referéndum en noviembre de 1993.

De esta lectura de este derecho se pueden contemplar normas dirigidas a resaltar el papel fiscalizador en la Ley 28611 o Ley General del Ambiente<sup>[28]</sup> del 15 de octubre del 2005 derogó el Decreto Legislativo 611, mejorando el acceso a la información como al derecho a la participación en esta materia.

- En el Título Preliminar: Derechos y Principios, Artículo III: Del derecho a la participación en la gestión ambiental. “Toda persona tiene el derecho a participar responsablemente en los procesos de toma de decisiones, así como en la definición y aplicación de políticas y medidas relativas al ambiente y sus componentes, que se adopten en cada uno de los niveles de gobierno. El Estado concerta con la sociedad civil las decisiones y acciones de la gestión ambiental”.

[26] Constitución Política del Perú. 1993. <http://www.tc.gob.pe/legconperu/constitucion.html> (Último acceso 3 de marzo de 2010).

[27] *Constitución de Colombia* (1991): Título IV, De la participación democrática y de los partidos políticos, capítulo 1, de las formas de participación democrática, art. 103: “Son mecanismos de participación del pueblo en ejercicio de su soberanía: el voto, el plebiscito, el referendo, la consulta popular, el cabildo abierto, la iniciativa legislativa y la revocatoria del mandato. La ley los reglamentará. <http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Colombia/colombia91.pdf> Último acceso 3 de marzo de 2010.

[28] Congreso de la República: *Archivo Digital de la Legislación en el Perú. Legislación Contemporánea en el Perú desde 1904.* <http://www.congreso.gob.pe/ntley/Imagenes/Leyes/28611.pdf> Último acceso 3 de marzo de 2010.

- Capítulo 4: Acceso a la información ambiental y participación ciudadana. Artículo 46° “Toda persona natural o jurídica, en forma individual o colectiva, puede presentar opiniones, posiciones, puntos de vista, observaciones u aportes en los procesos de toma de decisiones de la gestión ambiental y en las políticas y acciones que incidan sobre ella, así como en su posterior ejecución, seguimiento y control.”
- Artículo 50° De los deberes del Estado en materia de participación ciudadana. “Las entidades públicas tienen las siguientes obligaciones en materia de participación ciudadana: a) Promover el acceso oportuno a la información relacionada con las materias objeto de la participación ciudadana. b) Capacitar, facilitar asesoramiento y promover la activa participación de las entidades dedicadas a la defensa y protección del ambiente y la población organizada en la gestión ambiental. c) Establecer mecanismos de participación ciudadana para cada proceso de involucramiento de las personas naturales y jurídicas en la gestión ambiental. d) Eliminar las exigencias y requisitos de forma que obstaculicen, limiten o impidan la eficaz participación de las personas naturales o jurídicas en la gestión ambiental. e) Velar por que cualquier persona natural o jurídica, sin discriminación de ninguna índole, pueda acceder a los mecanismos de participación ciudadana. f) Rendir cuenta acerca de los mecanismos, procesos y solicitudes de participación ciudadana, en las materias a su cargo”.

En este ámbito político y bajo el espíritu constitucional se promulgó la Ley 26300<sup>[29]</sup> o Ley de Participación Ciudadana del 18 de abril de 1994 que añadió a lo estipulado por el artículo 32° de la Carta, la iniciativa en la formación de las normas municipales y regionales así como mecanismos de participación y de control. Se precisaron que sólo entre el tercer año del mandato se podía llevar a cabo el proceso de revocatoria de autoridades ediles y regionales, lo cual debía ser corroborado con el voto de la mitad más uno de los electores. Para la disolución del Concejo Municipal o al Consejo de Coordinación Regional era necesario haber revocado a un tercio de sus miembros, procediendo luego a su renovación política. Un tema sensible ha sido el relacionado con la rendición de cuentas, para lo cual los ciudadanos, a través de la solicitud que reúna un máximo de cincuenta mil firmas, gozan del derecho de interpelar a la autoridad en referencia a la ejecución presupuestal y al uso de fondos propios. Lo cual

---

[29] Congreso de la República: *Archivo Digital de la Legislación en el Perú*. Legislación Contemporánea en el Perú desde 1904. <http://www.congreso.gob.pe/ntley/lmagenes/Leyes/26300.pdf> Último acceso 3 de marzo de 2010.

va acompañado de un pliego interrogatorio donde en forma clara se formulan preguntas; sin embargo no existe sanción si la autoridad se rehusara a rendir las cuentas:

- Artículo 39o.- Procede el Referéndum en los siguientes casos: a) La reforma total o parcial de la Constitución, de acuerdo al Artículo 206o. de la misma. b) Para la aprobación de leyes, normas regionales de carácter general y ordenanzas municipales. c) Para la desaprobarción de leyes, decretos legislativos y decretos de urgencia, así como de las normas a que se refiere el inciso anterior. d) En las materias a que se refiere el artículo 190o. de la Constitución, según ley especial.
- Artículo 40o.- No pueden someterse a referéndum las materias y normas a que se refiere el segundo párrafo del artículo 32o. de la Constitución.

Más adelante la ley 26670<sup>[30]</sup>, del 11 de octubre de 1996, derogó el inciso c) del referido artículo 39º, con lo cual más allá del cuestionamiento a la inseguridad jurídica, pudo haber contribuido al sistema democrático mismo. Para Walter Albán Peralta,<sup>[31]</sup> el derecho de participación ciudadana ha sido considerado como un derecho fundamental al reunir un conjunto de valores y operar erga omnes. Supone una manifestación directa de la dignidad humana ya que es una garantía indispensable para la realización de otros derechos fundamentales y condición básica para el control de la actuación del Estado. El carácter del derecho fundamental encuentra en el planteamiento de Gregorio Peces-Barba su sustento: “tanto los presupuestos éticos como los componentes jurídicos, significando la relevancia moral de una idea que compromete la dignidad humana y sus objetivos de autonomía moral, y también la relevancia jurídica que convierte a los derechos en norma básica material del Ordenamiento, y es instrumento necesario para que el individuo desarrolle en la sociedad todas sus potencialidades. Los derechos fundamentales expresan tanto una moralidad básica como una juridicidad básica.”<sup>[32]</sup>

Para que el derecho fundamental se equipare a un derecho subjetivo deben cumplir tres características o ser de naturaleza triádica (en palabras de Carlos

[30] Congreso de la República: Archivo Digital de la Legislación en el Perú. *Legislación Contemporánea en el Perú desde 1904*.

[31] W. ALBÁN PERALTA: *Participación en la vida política, económica, social y cultural de la Nación*. En: *La Constitución Comentada. Análisis Artículo por Artículo*. Director: W. GUTIERREZ. Primera Ed., diciembre 2005, Gaceta Jurídica S.A. Tomo I, pp. 181-182.

[32] G. PECES BARBA, *Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General*. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid. Boletín Oficial del Estado, 1999, pág. 37

Bernal Pulido)<sup>[33]</sup>: El titular del derecho, que recaiga en la persona como sujeto de derecho y que con su desarrollo haya ido incorporando a las instituciones del Estado y personas jurídicas privadas, otorgando el carácter de universalidad a este concepto. El contenido u objeto del derecho, originalmente referido a la propiedad, seguridad y las libertades en el discurso liberal. Más adelante, con las crisis del constitucionalismo a lo largo del siglo XIX y XX, se fueron agregando los derechos sociales y económicos y más adelante los derechos culturales. Finalmente, el destinatario o sujeto pasivo que recaía en el Estado llamado a garantizar la vigencia de la seguridad jurídica, imponiendo la norma y velando por su cumplimiento. En la actualidad, los sujetos privados también se convierten en destinatarios debido a la fuerza del Derecho que bajo el discurso de la filosofía de los derechos humanos involucra a todos.

#### V. LA VIGENCIA DEL CONVENIO OIT 169: JURISDICCIÓN, ADMINISTRACIÓN DE RECURSOS Y EL DERECHO DE CONSULTA

Como hemos señalado anteriormente, la tutela de derechos ha sufrido vaivenes en la conceptualización y aplicación del aspecto garantista recogido en la tradición constitucional peruana desde 1979, produciéndose un cambio de enfoque sobre el tratamiento de los pueblos. A ello ha contribuido la suscripción y ratificación del Convenio 169<sup>[34]</sup> de la OIT o Convenio sobre los pueblos indígenas y tribales en países independientes<sup>[35]</sup> cuyo contenido modificó el modelo etnocéntrico recogido en las anteriores Cartas peruanas sustituyéndolo con uno de carácter pluralista, que partía del reconocimiento del indígena como sujeto diferente pero articulado con un Estado que lo debía proteger.

El artículo 8, 2 de la convención señala que: “Dichos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Siempre que sea necesario, deberán establecerse procedimientos para solucionar los conflictos que puedan surgir en la aplicación de este principio”. Circunstancia que en su aplicación nos propone un acceso más fluido al Estado en los diferentes niveles de representación política, en el gobierno y en la administración de justicia.

[33] C. BERNAL PULIDO, Los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Poder judicial de la Federación. México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2009, p. 16.

[34] Texto del Convenio OIT 169: <http://www.prodiversitas.bioetica.org/doc8.htm> (Último acceso 3 de marzo del 2010).

[35] Ratificado por el Perú mediante Decreto Legislativo N° 26253 del 2 de diciembre de 1993.

El reconocimiento al derecho de autonomía nos muestra la existencia de la jurisdicción indígena que resuelve el conflicto con el respeto de la siguiente limitación: “En la medida que ello sea compatible con el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, deberán respetarse los métodos a los que los pueblos interesados recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros.” (art.9,1).

Ello demandaba la reformulación de la política estatal planteando la compatibilidad de las maneras de regulación comunales con las de derecho interno a través de la vigencia de los derechos humanos así como la creación de sus mecanismos protectores en la mira que más adelante los comuneros tengan dominio en sus propias decisiones haciéndolos activos y responsables. La Constitución de 1993 ha reconocido (art. 2º, n.19) que toda persona tiene derecho “A su identidad étnica y cultural. El Estado reconoce y protege la pluralidad étnica y cultural de la Nación. Todo peruano tiene derecho a usar su propio idioma ante cualquier autoridad mediante un intérprete. Los extranjeros tienen ese mismo derecho cuando son citados por cualquier autoridad.”

De su lectura se desprenden junto a los derechos concebidos para todo nacional, el uso del idioma nativo como vehículo de integración en el territorio nacional y cuyo acervo depende no sólo del gobierno nacional sino de los de carácter regional como Cuzco, Puno y Loreto, en referencia a los idiomas quechua, aymara y de los dialectos de la selva, respectivamente. Lo cual se complementa con el otorgamiento de facultad jurisdiccional a las Comunidades Campesinas y Nativas, la cual gradualmente ha ido buscando compatibilidad y relación con las autoridades oficiales (el Estado). Jurisdicción que implicaba tener conocimiento de los asuntos de faltas, en materia penal y de comparendo en materia civil, recabar las pruebas aportadas por las partes, resolver acorde con el derecho consuetudinario y aplicar las medidas necesarias para la ejecución del fallo. Con ello, la vigencia del pluralismo jurídico buscaba el acercamiento de la autoridad estatal con la sociedad mediante una concertación, que terminaría por ser obligatoria. A ello se agregaría la coordinación con los niveles administrativos acorde con las instancias judiciales, la que fue admitida en la Constitución de Perú de 1993: “Las autoridades de las Comunidades Campesinas y Nativas con el apoyo de las Rondas Campesinas, pueden ejercer las funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial de conformidad con el derecho consuetudinario siempre que no violen los derechos fundamentales de la persona. La ley establece las formas de coordinación de dicha jurisdicción especial con los Juzgados de Paz y con las demás instancias del Poder Judicial.” (art. 149)

Tal cuadro nos obliga a contemplar un tema actual relacionado con la facultad tradicional que posee el Estado al administrar, entregar en concesión y explotar por sí o a través de terceros los recursos en beneficio del país y que encuentra en el Convenio 169 una nueva manera de hacerlo al someter a consulta

popular previamente dichas alternativas. Según el espíritu de este tratado los indígenas, nativos o comuneros del territorio que ocupan, deben gozar de una mayor participación en la toma de decisiones que los involucra además en ser los destinatarios de los ingresos económicos que impliquen para la comunidad o región.

En modo particular el art. 6 de la Convención 169 precisa “1. Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán: a) consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente; b) establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente, por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población, y a todos los niveles en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan; c) establecer los medios para el pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas de esos pueblos, y en los casos apropiados proporcionar los recursos necesarios para este fin. 2. Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas<sup>[36]</sup>”.

La propia noción de desarrollo dieciochesca ha cedido paso al aprovechamiento de recursos en forma sostenible por parte del Estado o de particulares. En los últimos años el auge en la explotación de recursos en el Perú creó la necesidad de solicitar un informe de impacto ambiental, para determinar la posibilidad de deterioro del habitat durante la explotación. La organización política implementó el derecho del canon, originalmente adscrito al ámbito minero y que en la actualidad se extiende a petróleo y gas. Práctica que no ha sido bien dirigida, demandado que el gobierno central en el año 2004 limite los egresos por dicho concepto a infraestructura, previa aprobación de proyecto de inversión pública por parte del Ministerio de Economía. Caso contrario el dinero no es entregado a las municipalidades ni gobiernos regionales. El derecho de canon es formulado por el gobierno central para beneficio directo de las comunidades, aunque según Rosemary Thorpe<sup>[37]</sup> sea empleado para comprar la paz. Encontrándose en la actualidad la paradoja que pese a la pobreza existente en el Perú, municipios respectivos no lo hayan gastado, probablemente por el celo del gobierno nacional en su uso. Pese a la suscripción de este Convenio, han pasado

[36] Texto del Convenio OIT 169. <http://www.prodiversitas.bioetica.org/doc8.htm> Último acceso 3 de marzo del 2010.

[37] R. THORPE, *El canon minero no sirve para atender problemas estructurales*, en: *El Comercio* (Lima). Sábado 20 de marzo del 2010. Sección B, página 8.

17 años en que el Estado peruano no lo ha implementado dentro del ordenamiento nacional, dando lugar al incremento de conflictos sociales en la región, debido a la débil tutela estatal para verificar que la explotación de recursos sea la adecuada. El derecho a la consulta no resulta sencillo no sólo por la falta del diseño estatal para su ejecución de manera planificada sino porque se requiere de la presencia de comunidades ilustradas en el tema a debatir, que alejen a los agitadores e infiltrados que azuzan a la gente para obtener beneficio propio. La riqueza sobre todo en el Amazonas a vista de las comunidades también requiere de protección sino estatal o comunal, más adelante con el fin evitar que investigadores u organizaciones no gubernamentales (ONG) que trabajan en las zonas de la selva como en las rurales del país registren la tecnología, el conocimiento y hasta las especies rurales como suyas para gozar del derecho de patente.

Un caso reciente ilustra el desencuentro entre la noción de Estado conservada con parámetros del esquema del siglo XIX y donde las instituciones sociales ponen en tela de juicio el papel de estatal como garante de la paz social donde se dirimen los conflictos de interés. La entrada en vigor del Tratado de Libre Comercio (TLC) del Perú con los Estados Unidos de Norteamérica, motivó que el gobierno solicitase al Congreso facultades delegadas para expedir una serie de normas mediante Decretos Legislativos acorde con dicho tratado, lo cual fue concedido por el Congreso mediante la Ley 29157 del 19 de diciembre del 2007. De un conjunto de casi 100 normas expedidas, merece nuestra atención los Decretos Legislativos 1015 y 1073, del 19 de mayo del año 2008, afectando la regulación de los recursos naturales como “tierras”, “agua” y derechos sobre recursos mineros en zonas declaradas a favor de comunidades nativas. Dos meses después surgieron los cuestionamientos al no estar acorde con las facultades solicitadas, debatiéndose la legalidad y legitimidad de los mismos por parte de las comunidades de la selva. La llegada de Yehude Simons Munaro<sup>[38]</sup> como nuevo Presidente del Consejo de Ministros propició un aparente clima de cordialidad para la derogatoria de dichos decretos legislativos, lo que finalmente no prosperó y que culminó con los lamentables hechos en la localidad de Bagua en la Amazonía, (6 de junio de 2009) y la posterior crisis ministerial. Esta ambivalencia en el plano teórico y legal demuestra el entorpecimiento del Estado y sobre todo del gobierno en mantener un clima ciudadano en la aplicación del derecho a la consulta que contribuya a la desaparición de las brechas existentes entre los diferentes grupos de la sociedad. La violencia y el resentimiento de las colectividades afectadas en Bagua, la presión de la Defensoría del Pueblo así como de los medios de comunicación nacionales y extranjeros motivaron la derogación de los decretos legislativos antes mencionados, restituyendo la

[38] “SIMONS dice que matará leyes que afecten a los nativos” El Comercio (Lima), miércoles 27 de mayo de 2009. Sección A, pag. 1.

Ley N° 26505 del 17 de julio de 1995. Esta experiencia muestra la necesidad de recuperar el liderazgo político ante la sociedad y la Organización Internacional del Trabajo, cuya oficina en Lima ha iniciado una campaña denominada Pro 169 con el fin de promover la aplicación del Convenio 169 en 14 países de Latinoamérica y contrarrestar su incumplimiento por parte de países signatarios como Argentina, Brasil, Colombia, Guatemala, Paraguay y Perú en el 2009<sup>[39]</sup>.

Según Jürgen Schuldt, mientras los efectos de Bagua aún persisten, el gobierno no ha cesado en proseguir con su política de concesiones: "...al 31 de diciembre del año pasado, ha logrado conseguir concesiones hidrocarburíferas que abarcan nada menos que 322.000 kilómetros cuadrados de la Amazonía peruana, que equivalen al 41,2% del área total, cuando en 2003 apenas cubrían el 7,1%. Se trata de 52 concesiones de gas y petróleo activas, siete de las cuales están en fase de explotación y el resto en la de exploración.<sup>[40]</sup>"

Hecho que demuestra la necesidad de un plan estructural diseñado por el Estado y sometido a la consulta del poblador ilustrado, a quien le asiste no sólo el interés mediático de los ingresos captados por la explotación sino en la preservación de su medio ambiente para las generaciones venideras.

## VI. CONCLUSIONES

La existencia de grupos distintos en la sociedad ha sido y sigue siendo un tema relevante en el reconocimiento y protección de los derechos humanos. En este breve ensayo hemos recorrido las variaciones que acontecieron en el sistema jurídico peruano, observando una constante entre la postura tuitiva y otra de carácter liberal frente al aprovechamiento de las libertades. La presencia de diferentes colectividades o comunidades ha mostrado la heterogeneidad desde el punto de vista cultural, social, económico y jurídico. Si bien hemos puesto el énfasis en este último, no es posible obtener un estudio integral del sistema legal sin considerar que sus elementos formativos provengan de los otros ámbitos sociales. La constitucionalidad del Derecho implementada desde 1979 en el Perú exige un análisis de cómo las normas decantaron en otros tiempos la aplicación y ejecución de facultades del régimen bajo la lógica de la presunción de la buena fe en los actos de la administración estatal. En la actualidad la comple-

---

[39] OIT promoverá el Convenio 169 en Latinoamérica. [http://noticias.aol.com/articulos/\\_a/oit-promovera-convenio-169-en/n20100219174409990008](http://noticias.aol.com/articulos/_a/oit-promovera-convenio-169-en/n20100219174409990008) (Último acceso 3 de marzo de 2010).

[40] J. SCHULDT: El Perro del Abuelo. Martes 09 de marzo de 2010. En: Memorias de Gregorio Samsa. <http://www.jurgenschuldt.com/> (último acceso 3 de marzo de 2010)

mentación requiere de implementar una serie de medidas destinadas a renovar el pacto social que como sociedad nos debemos, las que otorgan legitimidad a dichos actos. En este nuevo discurso, la representación se verá fortalecida con la participación y consulta del ciudadano que logre el Estado, integrándolo al complejo mundo de la marcha estatal desde la sociedad. En ese sentido, la ratificación del Convenio N° 169 de la OIT a la legislación nacional plantea el reto de hacer compatible la tradición jurídica y gubernativa peruana con el nuevo escenario que reivindica a los pobladores ilustrados y capacitados de las comunidades para asumir su compromiso con la nación.

\* \* \* \* \*



# ¿CUÁL ES LA FINALIDAD CONSTITUCIONAL QUE PERSIGUE EL ARTÍCULO 149° DE LA CONSTITUCIÓN?

VANESSA TASSARA ZEVALLOS\*

**SUMARIO:** I. *Introducción.* II. *Nuestra historia constitucional y la diversidad cultural (un breve repaso).* III. *La Constitución multicultural de 1993.* IV. *La finalidad constitucional que persigue el artículo 149° de la Constitución.* V. *Conclusiones.*

## I. INTRODUCCIÓN

En el Perú, el derecho a la “identidad étnica y cultural”<sup>[1]</sup> ha sido recogido primigeniamente en la Constitución de 1993 (artículo 2°, inciso 19). Este hecho constitucional supone el reconocimiento de nuestro país como una sociedad pluriétnica y pluricultural<sup>[2]</sup>; lo que se traduce en la obligación estatal de respe-

---

\* Asesora Jurisdiccional del Tribunal Constitucional. Actualmente es responsable de los Programas Académicos que desarrolla el Centro de Estudios Constitucionales del Tribunal Constitucional.

[1] A juicio del Tribunal Constitucional el derecho a la identidad étnica es una especie del derecho a la identidad cultural (Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 0006-2008-PI, caso Presidente de la República, F.J. 19). Y, en ese sentido, ha señalado que el derecho a la identidad étnica “consiste en la facultad que tiene la persona que pertenece a un grupo étnico determinado de ser respetada en las costumbres y tradiciones propias de la etnia a la cual pertenece, evitándose con ello que desaparezca la singularidad de tal grupo. Esto es, el *derecho de la etnia a existir*; de conformidad con la herencia de los valores de sus ancestros y bajo símbolos e instituciones que diferencian a tal comunidad de las demás”, Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 3343-2007-PA, caso Jaime Hans Bustamante Johnson, F.J. 29.

[2] En la misma línea de razonamiento afirma el Tribunal Constitucional que “cuando nuestra Ley Fundamental consagra, en primer lugar, el derecho fundamental de las personas a su identidad étnica y cultural, y, en segundo lugar, cuando impone al Estado la obligación de

tar, reafirmar, promover y defender el pluralismo cultural<sup>[3]</sup>.

A su vez, dicha voluntad constitucional está reforzada por el artículo 89° cuando en su parte *in fine* establece que “el Estado respeta la identidad cultural de la Comunidades Campesinas y Nativas”. Es decir, existe una clara voluntad estatal de institucionalizar el derecho a la diversidad en nuestro país, tanto en su plano individual como en el social.

No obstante, el bloque normativo a nivel constitucional se completa con el artículo 17° cuando señala que el Estado “... fomenta la educación bilingüe e intercultural, según las características de cada zona”; y con lo establecido por el artículo 48°, que a la letra dice “son idiomas oficiales el castellano y, en las zonas donde predominen, también lo son el quechua, el aimara y las demás lenguas aborígenes según la ley”.

Cabe señalar, entonces, que la Constitución de 1993, al ser consciente de que el Perú, como lo describe Matos Mar, es una sociedad todavía débilmente organizada, heterogénea, precaria, donde confluyen desde pobladores indígenas serranos y selváticos, afrodescendientes y otras minorías, hasta sectores medios venidos a menos o en trance de emergencia, profesores, universitarios, empleados públicos, intelectuales, artistas, religiosos y numerosas agrupaciones, asociaciones gremiales y de trabajadores, confederaciones, sindicatos y otros de todos los rincones del país, todos reclamando ciudadanía plena, participación, institucionalidad, integración, justicia, desarrollo e identidad<sup>[4]</sup>; decidió abrir con sus distintas normas un camino jurídico que reconoce al pluralismo fundado en valores de tolerancia, igualdad y diferencia, como el vehículo a través del cual se debe movilizar a toda la sociedad peruana en su conjunto<sup>[5]</sup>.

---

reconocer y proteger dicha identidad y pluralismo, está reconociendo que el Estado peruano se caracteriza, precisamente, tanto por su pluralidad étnica, así como por su diversidad cultural”, Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 0042-2004-AI, caso Luis Alejandro Lobatón Donayre en representación de más de cinco mil ciudadanos, F.J. 1.

- [3] De igual forma el Tribunal refiere que el reconocimiento del derecho a la identidad étnica y cultural “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”, Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 0022-2009-PI, caso Gonzalo Tuanama Tuanama en representación de más de cinco mil ciudadanos, F.J. 5.
- [4] Cfr. Matos Mar, José (2004) *Desborde popular y crisis del Estado. Veinte años después*. 1ra. Reimp. de la 1ra. Ed. Lima, Fondo Editorial del Congreso del Perú, pp. 128, 129.
- [5] Para el Tribunal Constitucional “del artículo 2, inciso 2, de la Constitución, se infiere un reconocimiento de la *tolerancia a la diversidad* como valor inherente al texto constitucional, lo que debe comprenderse, a su vez, como una aspiración de la sociedad peruana. En tal sentido, los individuos no pueden ser arbitrariamente diferenciados perjudicándoseles por motivos basados, entre otros, por su opinión, religión o idioma. Así, toda fuerza homogeneizadora que no respete o que amenace las singularidades de las personas identificables bajo

Es en esta lógica, entonces, que se ha reconocido también la diversidad cultural en el ámbito jurisdiccional. Así, pues, el artículo 149° de nuestra Constitución confiere a las comunidades campesinas y nativas el ejercicio de la función jurisdiccional de acuerdo al derecho consuetudinario, pero sin que dicho ejercicio suponga una violación de los derechos fundamentales de las personas.

Ahora bien, esta permisión de la aplicación del derecho consuetudinario limitada por los derechos fundamentales refleja algunos problemas con los que debe enfrentarse el significado del artículo 149°<sup>[6]</sup>. A nuestro juicio, básicamente, son dos los problemas a dilucidar: Uno primero, de naturaleza *semántica*, toda vez que no existe correspondencia entre la justicia comunal y los derechos fundamentales, es decir, hay una contradicción entre el significado de ambos conceptos al momento de su aplicación. Y un segundo problema, de orden *material*, en la medida que el texto del artículo 149° puede expresar una doble fundamentación filosófico-política. Tal como está redactado puede presumirse que en su fundamentación hay rasgos comunitaristas, pero también de impronta liberal.

No obstante, el artículo 149° también enfrenta un problema de *praxis legislativa* que se origina en su parte *in fine* cuando ordena la aprobación de una ley de desarrollo constitucional a fin de regular las formas de coordinación entre la jurisdicción comunal y la jurisdicción ordinaria. Han pasado casi veinte años desde la promulgación de nuestra Constitución y todavía no existe dicha ley. Esta omisión legislativa se traduce, por tanto, en una tarea pendiente, pero sobre todo, en una tarea urgente por completar<sup>[7]</sup>.

---

algún criterio de relevancia constitucional debe ser erradicada. Esto es, reconocer a la unidad dentro de la diversidad y a la igualdad como un derecho a la diferencia”, Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 3343-2007-PA, caso Jaime Hans Bustamante Johnson, F.J. 27.

- [6] En opinión de Antonio Peña, del artículo 149° de la Constitución “brotan varios puntos a analizar. Uno de ellos es el referido al concepto de Comunidad Campesina y Comunidad Nativa. ¿Qué son y por quiénes se integran estas organizaciones comunitarias? Otro es el referido al ámbito de las Rondas Campesinas. Uno tercero es definir ‘función jurisdiccional’. Un cuarto punto está relacionado con la definición del ámbito territorial de este ‘tipo de justicia’. Uno quinto es definir lo que entendemos por ‘derecho consuetudinario’. Uno sexto está referido a entender las posibilidades de coordinación con los órganos del Poder Judicial. Un punto séptimo se orientaría a definir la expresión ‘siempre que no se violen Derechos Fundamentales”, en: Peña Jumpa, Antonio (2009) “Derechos fundamentales y justicia comunal. La aplicación del artículo 149 y el artículo 2, inciso 19 de la Constitución Política del Perú”. En: *Ius La Revista*, Lima, diciembre 2009, N° 39, p. 278.
- [7] Refiriéndose a las omisiones legislativas ha dicho el Tribunal Constitucional que “el carácter normativo que la Constitución ostenta no sólo significa que las disposiciones en ella contenidas no sean infringidas o desconocidas por las autoridades, funcionarios o personas (que no se atente contra lo *constitucionalmente prohibido*), sino que aquellas *obligaciones* que ella señala, entre las que puede encontrarse la de desarrollar normativamente determinado

Sin embargo, estos tres problemas mencionados exigen un análisis casuístico de enfoque interdisciplinario que escapa a los propósitos del presente artículo y que por su relevancia constitucional merecen ser tratados de manera detenida.

Así, pues, el objeto principal del trabajo que hoy nos convoca solo estará orientado a señalar cuál es la finalidad constitucional que persigue el artículo 149° de nuestra Constitución, y, con ello, intentar entregar al lector algunas notas básicas para una idónea aplicación del mencionado precepto constitucional.

## II. NUESTRA HISTORIA CONSTITUCIONAL Y LA DIVERSIDAD CULTURAL (UN BREVE REPASO)

Antes de la promulgación de la Constitución de 1993, refiere Gorki Gonzales, “no existe antecedente constitucional en el Perú que nos remita al tratamiento del derecho a la identidad cultural y étnica. La tradición constitucional se ha mantenido de espaldas al reconocimiento de esta realidad. (...) [Y ello se debe en buena parte a que] todas las constituciones de las que da cuenta nuestra historia republicana han coincidido pertinazmente en la idea de equiparar la unidad política, es decir la noción de Estado, a la unidad cultural, entendida ésta como nación. (...) [P]ara la utopía republicana –afirma Gonzales–, el Estado peruano se funda en la nación. Ambos conceptos se entrelazan e identifican a partir de una visión, en la cual la comunidad humana que realiza la gesta liberadora y que crea el Estado y la república en el siglo XIX, es una comunidad nacional. (...) Desde la Constitución de 1823, en la cual se afirma que, ‘todas las provincias del Perú, reunidas en un sólo cuerpo forman la Nación peruana’ (artículo 1°), hasta la Constitución de 1920, la identificación explícita entre Nación y Estado ha sido una constante, llegando en algunos casos a tener matices aún más radicales, como en las Constituciones de 1828, 1839, 1860 y 1920, en las cuales se llegó a sostener que ‘la nación peruana es la asociación política de todos los peruanos’<sup>[8]</sup>. Es decir, desde los orígenes de la república, por volun-

---

precepto constitucional, sean cumplidas de modo efectivo y adecuado (que se cumpla con lo *constitucionalmente ordenado*), (...) [ya que s]ólo de esta manera puede garantizarse la plena y completa realización del proyecto constitucional que una comunidad política ha abrigado a través de su Norma Fundamental”, Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 5427-2009-PC, caso Asociación Interétnica de Desarrollo de la selva (AIDSESEP), F.J. 12.

[8] Gonzales Mantilla, Gorki (1996) “Identidad cultural y paradigma constitucional”. En: *Derecho y Sociedad*, Lima, Año VII, enero – junio 1996, N° 11, p. 246.

tad de sus propios legisladores, el Estado peruano ha sido concebido como una única comunidad cultural<sup>[9]</sup>.

No obstante, a partir de la Constitución de 1920 se empezará a internalizar la idea de que el Perú es una sociedad caracterizada por lo diverso, vale decir, una sociedad donde coexiste más de una etnia y más de una cultura. De ahí que este texto constitucional establezca la obligación estatal de proteger a la raza indígena y reconozca la necesidad de expedir leyes especiales para su desarrollo y cultura en armonía con sus necesidades.

Así, pues, el artículo 58° de la Constitución de 1920<sup>[10]</sup> establecerá que:

“El Estado protegerá a la raza indígena y dictará leyes especiales para su desarrollo y cultura en armonía con sus necesidades.

La nación reconoce la existencia legal de las comunidades de indígenas y la ley declarará los derechos que les correspondan”.

La Constitución de 1933, por su parte, ratificará esa voluntad de reconocimiento de lo plural expresada por el constituyente de 1920. Así se tiene que en el Título XI, denominado “Comunidades de Indígenas”, el texto de 1933 reconocerá la existencia legal y personería jurídica de las comunidades (art. 207°); garantizará la integridad de la propiedad comunal (art. 208°); así como la imprescriptibilidad, inajenabilidad e inembargabilidad de dicha propiedad, no obstante admitirá la expropiación por causa de utilidad pública (art. 209°); otorgará facultad a las comunidades para la recaudación y administración de sus rentas y bienes (art. 210°); y, reconocerá la posibilidad de dictar legislación civil, penal, económica, educacional y administrativa que las condiciones peculiares de los indígenas exijan (art. 212°).

Sin embargo, a pesar de lo expuesto, la idea de que el Perú es una sociedad caracterizada por lo diverso será interpretada por los legisladores y gobernantes con un enfoque diferente al que razonablemente se podría desprender de los textos constitucionales reseñados.

No estaba en la mente de los gobernantes concebir el reconocimiento de la cultura indígena como un elemento constitutivo de la identidad de la nación. Un significativo ejemplo de esta afirmación fueron las palabras del ex Presidente Augusto B. Leguía pronunciadas en su discurso del 3 de julio de 1924: “Las dos terceras partes de nuestra población están constituidas por los indios. Y el indio

[9] Según afirma el Tribunal Constitucional “el proceso de conquista y de creación y expansión del Estado peruano (...) decidió obviar toda diferenciación cultural a fin de iniciar la construcción de una sola identidad nacional”, Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 1126-2011-HC, caso Juana Griselda Payaba Cachique, F.J. 19.

[10] Para consultar el texto completo de todas las Constituciones que ha tenido el Perú puede revisarse García Belaunde, Domingo (2006) *Las Constituciones del Perú*. Lima, Fondo Editorial de la Universidad de San Martín de Porres, Tomos I y II.

es apenas una gran víctima a la que abaten las servidumbres acumuladas del pasado y los abusos incalificables del presente. (...) El indio es (...) agricultor que cultiva las tierras con rara maestría; productor de casi todas nuestras riquezas; trabajador infatigable en las mortíferas labores mineras y, por último, es casi el único soldado del ejército nacional. (...) Urge, pues, reintegrar al indio a la vida nacional, protegiendo eficazmente su vida, su salud; instruyéndole y amparando sus derechos, entre los cuales el principal es el de la propiedad. Yo prometo solemnemente rehabilitar al indio a la vida del derecho y la cultura porque ya es tiempo de acabar con su esclavitud que es una afrenta para la República y un crimen intolerable para la Justicia<sup>7[11]</sup> (subrayado nuestro).

Y es que en efecto, como sostiene Gorki Gonzales, el reconocimiento de la condición de deterioro en la que se encontraba inmersa la población indígena no significaba aceptar la vigencia de su cultura en el Perú. Las palabras del ex Presidente Leguía, en forma implícita, daban cuenta de su visión etnocéntrica y homogeneizadora: la vida nacional es una sola y el indio se encuentra al margen de ella. El Derecho y la cultura (occidentales) serán el único instrumento para la integración del indio a la vida nacional y al progreso, el cual se percibe entonces como una promesa que alberga al interior de sí un propósito contradictorio: en él se combinan la promesa de liberación y la exigencia del sometimiento<sup>[12]</sup>.

Cabe recordar también que antes de la Constitución de 1979 no existe antecedente de reconocimiento a las comunidades indígenas de recibir instrucción en su lengua de origen<sup>[13]</sup>. Si bien es cierto en el marco de lo establecido por el

[11] Basadre, Jorge (1968) *Historia de la República del Perú 1822-1933*. 6ta. Ed. aumentada y corregida. Lima, Editorial Universitaria, Tomo XIII, pp. 308, 309.

[12] Gonzales Mantilla, Gorki (1996) "Identidad cultural y paradigma constitucional...", ob. cit., p. 247.

[13] En el Informe sobre Desarrollo Humano 2004, el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) advierte de la importancia para los pueblos de preservar su lengua originaria a fin de conservar su identidad. En esa línea refiere que "el uso de la lengua nativa suele ser el tema más impugnado en los estados multiculturales. Algunos países han tratado de eliminar las lenguas de los pueblos, calificando su uso de subversivo. (...) La elección de la lengua oficial –aquella utilizada en la escolarización, en los debates legislativos y la participación cívica, y en el comercio– establece los obstáculos y ventajas que enfrentarán los individuos en la vida política, social, económica y cultural. (...) Reconocer una lengua implica más que su mera utilización. Simboliza el respeto por las personas que la hablan, su cultura y su inclusión total en la sociedad. El Estado puede mostrarse ciego ante la religión, pero no puede quedarse mudo ante la lengua. Para experimentar una sensación de pertenencia, los ciudadanos necesitan comunicarse y la elección de una lengua oficial simboliza la identidad nacional", Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (2004) *Informe sobre Desarrollo Humano 2004. La libertad cultural en el mundo diverso de hoy*. Madrid, Ediciones Mundi-Prensa, pp. 8, 9. El texto completo del Informe también puede consultarse en línea: <http://hdr.undp.org/es/informes/mundial/idh2004/>.

artículo 212<sup>[14]</sup> de la Constitución de 1933, el 1 de abril de 1941 se promulgó la Ley N° 9359, Ley Orgánica de Educación Pública<sup>[15]</sup>, la misma que señala como uno de los fines capitales para las escuelas rurales de los lugares en que predomina el uso de las lenguas indígenas “el aprendizaje del castellano” (art. 122°); y, asimismo establece que “las lenguas indígenas podrán usarse como medio de iniciación en la cultura” (art. 123°) y que “en las escuelas elementales en que la mayoría del alumnado sólo posea el idioma nativo, la enseñanza será dada en éste, procediéndose por medios pedagógicos a la más pronta castellanización del aborígen” (art. 124°); el espíritu de dicha ley, como puede apreciarse, es homogeneizador, habida cuenta que expresa una tendencia clara a la castellanización de los indígenas, por tanto, supone una negación de la realidad cultural nativa.

Finalmente, a fin de cerrar este breve repaso por nuestra historia constitucional y la diversidad cultural, debemos referir que la Constitución de 1979, a pesar de que representa un paradigma normativo por su compromiso con la protección de los derechos fundamentales y la introducción de la justicia constitucional en nuestro sistema jurídico, si bien es verdad no fue insensible a la realidad cultural de nuestro país, al igual que todas las otras constituciones tampoco consideró a la identidad cultural en su catálogo de derechos fundamentales, asumiendo con esta decisión un compromiso débil con el pluralismo cultural.

No obstante ello, en su artículo 34° establece que “el Estado preserva y estimula las manifestaciones de las culturas nativas”, sin embargo, en el artículo 161° precisa que el Estado “propicia la superación cultural de los integrantes” de las comunidades campesinas y nativas; será, pues, esta contradicción la que deja entrever que el objetivo estatal, según la Constitución de 1979, es la asimilación de las culturas nativas por parte de la cultura mayoritaria, y no una verdadera promoción y respeto por la diversidad cultural<sup>[16]</sup>.

[14] Artículo 212°.- “El Estado dictará la legislación civil, penal, económica, educacional y administrativa, que las peculiares condiciones de los indígenas exigen”.

[15] El archivo oficial de la Ley N° 9359 puede ser consultado en línea: [http://www.congreso.gob.pe/ntley/LeyNum\\_1p.asp](http://www.congreso.gob.pe/ntley/LeyNum_1p.asp).

[16] Recientemente el Tribunal Constitucional ha advertido que “el reconocimiento de otras culturas o identidades no debe ser confundido con políticas de asimilación. [Y ello porque] el concepto de asimilación está construido sobre percepciones que observan que otras culturas minoritarias son ‘menos avanzadas’, y como consecuencia de ello estarían irremediablemente destinadas a perder su identidad en un proceso de ‘superación cultural’, al ser absorbidas por la sociedad dominante. Por el contrario, una visión que pretenda la integración considerando las diferencias culturales o que plantee estrategias de tolerancia por ciudadanías diferenciadas, es más respetuosa de las realidades e identidad cultural y étnica de los pueblos indígenas. [En tal sentido,] la premisa de la que se [debe] part[ir] es que deben dejarse atrás perspectivas que situaban a los pueblos indígenas como culturas de menor desarrollo y valía y pasar a reconocerlas como iguales, con el mismo valor y legitimidad que la llamada cultura dominante”, Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 1126-2011-HC, caso Juana Griselda Payaba Cachique, F.J. 15.

## III. LA CONSTITUCIÓN MULTICULTURAL DE 1993

Como ya se refirió, en el Perú el derecho a la “identidad étnica y cultural” ha sido recogido primigeniamente en la Constitución de 1993 (artículo 2º, inciso 19). Este hecho constitucional supone el reconocimiento de nuestro país como una sociedad pluriétnica y pluricultural<sup>[17]</sup>; lo que se traduce en la obligación estatal de respetar, reafirmar, promover y defender el pluralismo cultural. De ahí que la voluntad constitucional expresada en el referido artículo 2º inciso 19 sea reforzada por el artículo 89º cuando en su parte *in fine* establece que “el Estado respeta la identidad cultural de la Comunidades Campesinas y Nativas”.

No obstante ese reconocimiento de nuestra realidad pluricultural expresado en los preceptos que acabamos de mencionar, existe un bloque normativo con el cual la propia Constitución pretende garantizar el derecho a la diferencia, de autonomía y de participación de los grupos culturales minoritarios (comunidades campesinas y nativas en particular)<sup>[18]</sup>.

Así se tiene que la Constitución ofrece una especial protección al patrimonio cultural de la Nación (artículo 21º<sup>[19]</sup>); reconoce la oficialidad del idioma

---

[17] El Tribunal Constitucional ha afirmado que con el reconocimiento del artículo 2º inciso 19, “el Constituyente ha proyectado en la Constitución formal un elemento esencial de la Constitución material de la Nación peruana: su multiculturalismo y pluriétnicidad”, Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 0020-0021-2005-PI (acumulados), caso Presidente de la República, F.J. 99.

[18] Sin embargo, debe precisarse que la Constitución multicultural de 1993 no se agota con las disposiciones que sobre la promoción y respeto a la diversidad cultural pueda albergar. En efecto, conforme señala la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución, las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú, en consecuencia, todos los tratados internacionales ratificados por el Perú que promuevan el reconocimiento y la defensa de la diversidad cultural serán normas directamente aplicables en nuestro ordenamiento jurídico. Así se tiene, por ejemplo, que el artículo 2º inciso 19) se robustece en su contenido (definición y alcances) con lo establecido por el artículo 27º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que establece que “en los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas y lingüísticas, no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que le 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”; así como con las normas que recoge el Convenio N° 169 de la OIT.

[19] Artículo 21º.- “Los yacimientos y restos arqueológicos, construcciones, monumentos, lugares, documentos bibliográficos y de archivo, objetos artísticos y testimonios de valor histórico, expresamente declarados bienes culturales, y provisionalmente los que se presumen como tales, son patrimonio cultural de la Nación, independientemente de su condición de propiedad privada o pública. Están protegidos por el Estado”.

quechua, aimara y demás lenguas aborígenes en los territorios donde predominen (artículo 48°<sup>[20]</sup>); fomenta la educación bilingüe e intercultural (artículo 17°<sup>[21]</sup>); y, en general, preserva las diversas manifestaciones culturales y lingüísticas del país (artículo 17°).

Asimismo, la Constitución reconoce existencia legal y considera personas jurídicas a las Comunidades Campesinas y Nativas (artículo 89°<sup>[22]</sup>). Les confiere facultad jurisdiccional para resolver sus controversias de acuerdo al derecho consuetudinario (artículo 149°<sup>[23]</sup>). Reconoce su autonomía en el ámbito económico y administrativo, así como en lo que a su organización y disposición de las tierras se refiere (artículo 89°); y, garantiza el derecho de propiedad sobre la tierra en forma privada o comunal, así como su imprescriptibilidad (artículo 88°<sup>[24]</sup> y 89°).

Finalmente, la Constitución también promueve la participación política de las comunidades campesinas y nativas (artículo 191°<sup>[25]</sup> *in fine*).

Estas disposiciones constitucionales, como advierte el Tribunal Constitucional, aunadas a “la dignidad humana –como premisa antropológica–, constituye la dimensión principal del contenido [multi]cultural de nuestra Constitución, es decir, el conjunto de rasgos distintivos espirituales y materiales, intelectuales y afectivos que caracterizan a una sociedad o a un grupo social; el cual abarca, además de las artes y las letras, los modos de vida, las maneras de vivir juntos, los sistemas de valores, las tradiciones y creencias”<sup>[26]</sup>.

[20] Artículo 48°.- “Son idiomas oficiales el castellano y, en las zonas donde predominen, también lo son el quechua, el aimara y las demás lenguas aborígenes según la ley”.

[21] Artículo 17°.- “El Estado (...) fomenta la educación bilingüe e intercultural, según las características de cada zona. Preserva las diversas manifestaciones culturales y lingüísticas del país”.

[22] Artículo 89°.- “Las Comunidades Campesinas y las Nativas tienen existencia legal y son personas jurídicas. Son autónomas en su organización, en el trabajo comunal y en el uso y la libre disposición de sus tierras, así como en lo económico y administrativo, dentro del marco que la ley establece. La propiedad de sus tierras es imprescriptible, salvo en el caso de abandono previsto en el artículo anterior”.

[23] Artículo 149°.- “Las autoridades de las Comunidades Campesinas y Nativas, con el apoyo de las Rondas Campesinas, pueden ejercer las funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial de conformidad con el derecho consuetudinario, siempre que no violen los derechos fundamentales de la persona”.

[24] Artículo 88°.- “El Estado apoya preferentemente el desarrollo agrario. Garantiza el derecho de propiedad sobre la tierra, en forma privada o comunal o en cualquiera otra forma asociativa. La ley puede fijar los límites y la extensión de la tierra según las peculiaridades de cada zona. Las tierras abandonadas, según previsión legal, pasan al dominio del Estado para su adjudicación en venta”.

[25] Artículo 191°.- “(...) La ley establece porcentajes mínimos para hacer accesible la representación de género, comunidades campesinas y nativas, y pueblos originarios en los Consejos Regionales. Igual tratamiento se aplica para los Consejos Municipales”.

[26] Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 0042-2004-AI, caso Luis Alejandro Lobatón Donayre en representación de más de cinco mil ciudadanos, F.J. 1.

En esa línea, entonces, los supuestos contemplados en los artículos 2° inciso 19 (derecho fundamental a la identidad étnica y cultural), 17° (educación bilingüe e intercultural), 48° (oficialidad del quechua y aimara), 89° (identidad cultural de las comunidades campesinas y nativas), 149° (facultad jurisdiccional para aplicar el derecho consuetudinario) y 191° (representación política de las comunidades campesinas y nativas) aluden al patrimonio cultural *inmaterial*<sup>[27]</sup>, en tanto que el supuesto recogido por los artículos 21° y 88° de la Constitución configuran el patrimonio cultural *material* de la nación peruana.

Será pues ese patrimonio cultural *inmaterial* el que permita afirmar que la Constitución multicultural de 1993 no sólo es *ratio*, sino también *emotio*. Es decir, si bien es cierto las constituciones se fundamentan en la racionalidad de las personas como capacidad para hacer conjugar sus intereses individuales con los de los demás, no pueden negar esa dimensión emocional inherente a todo ser humano. De ahí que sea justamente en atención a esa dimensión emocional que nuestra Constitución reconozca lo que hemos venido a denominar nuestro patrimonio cultural *inmaterial*<sup>[28]</sup>.

No obstante todo lo dicho en las líneas que preceden, sí es necesario precisar que el hecho de que la Constitución haya reconocido al Estado peruano como una sociedad pluriétnica y pluricultural, y, en ese sentido, se haya asumido que existe una obligación estatal de respetar, reafirmar, promover y defender el pluralismo cultural; ello no supone que las distintas costumbres y manifestaciones culturales como expresión del pluralismo cultural se realicen en contravención del marco de respeto a los derechos fundamentales, los principios

[27] De acuerdo a la Convención para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial (París, 17 de octubre de 2003), se entiende por patrimonio cultural inmaterial a “los usos, representaciones, expresiones, conocimientos y técnicas –junto con los instrumentos, objetos, artefactos y espacios culturales que les son inherentes– que las comunidades, los grupos y en algunos casos los individuos reconozcan como parte integrante de su patrimonio cultural. Este patrimonio cultural inmaterial, que se transmite de generación en generación, es recreado constantemente por las comunidades y grupos en función de su entorno, su interacción con la naturaleza y su historia, infundiéndoles un sentimiento de identidad y continuidad y contribuyendo así a promover el respeto de la diversidad cultural y la creatividad humana” (artículo 2°). Asimismo, señala dicha Convención que el patrimonio cultural inmaterial se manifiesta en particular en los ámbitos siguientes: “a) tradiciones y expresiones orales, incluido el idioma como vehículo del patrimonio cultural inmaterial; b) artes del espectáculo; c) usos sociales, rituales y actos festivos; d) conocimientos y usos relacionados con la naturaleza y el universo; y, e) técnicas artesanales tradicionales” (artículo 2°).

[28] Para Häberle 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, Peter (2000) *Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura*. Traducción e introducción de Emilio Mikunda. Madrid, Editorial Tecnos S.A., p. 34.

constitucionales y los valores superiores que la Constitución recoge, tales como la dignidad de la persona humana (artículo 1°), la autonomía de la voluntad como concretización de la libertad (artículo 2° inciso 1), la igualdad (artículo 2° inciso 2) y la forma democrática de gobierno (artículo 43°).

Más aún, si como dice el Tribunal Constitucional, “en una sociedad tan heterogénea y plural como la nuestra –integrada por una cultura autóctona y originaria, y por una cultura mestiza o criolla–, es necesario que se reconozcan determinados valores democráticos y culturales que deben ser compartidos por todos, sin que ello implique un desconocimiento de la idiosincrasia de cada comunidad. Se requiere, pues, establecer la unidad dentro de la diversidad y el pluralismo”<sup>[29]</sup>.

#### IV. LA FINALIDAD CONSTITUCIONAL QUE PERSIGUE EL ARTÍCULO 149° DE LA CONSTITUCIÓN

No hay duda de que cuando nuestra Constitución confiere, a través de su artículo 149°, a las comunidades campesinas y nativas el ejercicio de la función jurisdiccional de acuerdo al derecho consuetudinario, se ratifica en su compromiso de respetar, reafirmar, promover y defender el pluralismo cultural.

Con la regulación del fuero especial de las Comunidades Campesinas y Nativas se reconocerá, pues, su autonomía jurisdiccional y se hará del respeto de ella la finalidad que persigue el artículo 149° de la Constitución. Como consecuencia de ello, las comunidades, en el marco de su competencia jurisdiccional autonómica, tendrán facultad para designar a sus propias autoridades judiciales, establecer los procedimientos de juzgamiento, así como la facultad para determinar los tipos de sanciones que se pueden aplicar a los diferentes casos.

De ahí que formará parte del contenido esencial del derecho a la identidad cultural de las Comunidades Campesinas y Nativas el derecho que tienen para resolver sus conflictos intersubjetivos de acuerdo a las normas que conforman su Derecho y a las tradiciones que los identifican; siempre y cuando la aplicación de dicho Derecho y de dicha tradición no supongan una violación a los derechos fundamentales de las personas.

De lo expuesto brevemente se desprenden, entonces, algunos puntos importantes a tratar: i) autonomía jurisdiccional; ii) tipos de procedimientos a emplear; y, iii) tipo de sanciones a aplicar. Veamos, pues, cada uno de ellos.

---

[29] Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 0042-2004-AI, caso Luis Alejandro Lobatón Donayre en representación de más de cinco mil ciudadanos, F.J. 3.

#### 4.1. *Autonomía jurisdiccional de las Comunidades Campesinas y Nativas.*

Atendiendo la importancia que tiene el valor de la diversidad cultural, así como el principio de pluralismo para nuestra Constitución, no resultará válido que cualquier norma, incluso constitucional, pretenda limitar la autonomía jurisdiccional de las Comunidades Campesinas y Nativas.

La única manera de que se produzca una interpretación coherente entre la limitación impuesta por el artículo 149° (ejercicio de la función jurisdiccional de conformidad con el derecho consuetudinario, siempre que no se violen los derechos fundamentales de la persona) y la garantía de la diversidad cultural y el principio de pluralismo, será aceptando que solo aquellas normas fundadas en valores superiores al de diversidad cultural están legitimadas para imponerse a la autonomía jurisdiccional de las Comunidades Campesinas y Nativas. Si se acepta cualquier limitación normativa a dicha autonomía jurisdiccional “el reconocimiento a la diversidad cultural no tendría más que un significado retórico”<sup>[30]</sup>.

---

[30] Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia N° T-349/96, punto 2.3. A este respecto, resulta pertinente revisar en su totalidad el razonamiento de la Corte Constitucional de Colombia expuesto en el fundamento jurídico 48 de su Sentencia N° SU-510/98: “La Corte ha entendido que la consagración del principio de diversidad étnica y cultural, (...), se encuentra en una relación de tensión con el sistema de derechos fundamentales consagrado en la Constitución, toda vez que, mientras el primero persigue la protección y aceptación de cosmovisiones y parámetros valorativos diversos e, incluso, contrarios a los postulados de una ética universal de mínimos, el segundo se funda en normas transculturales y universales que permitirían la convivencia pacífica entre las naciones. Sin embargo, esta tensión valorativa no exime al Estado de su deber de preservar la convivencia pacífica (C.P., artículo 2°), motivo por el cual está obligado, a un mismo tiempo, a garantizar los derechos de todas las personas en su calidad de ciudadanas y a reconocer las diferencias y necesidades particulares que surgen de la pertenencia de esas personas a grupos culturales específicos. En esta labor de equilibrio, el Estado debe cuidarse de imponer alguna particular concepción del mundo pues, de lo contrario, atentaría contra el principio pluralista (C.P., artículos 1° y 2°) y contra la igualdad que debe existir entre todas las culturas (C.P., artículos 13 y 70). (...) En consecuencia, la Corporación ha considerado que, frente a la disyuntiva antes anotada, la Carta Política colombiana ha preferido una posición intermedia, toda vez que no opta por un universalismo extremo, pero tampoco se inclina por un relativismo cultural incondicional. Según la Corte, ‘sólo con un alto grado de autonomía es posible la supervivencia cultural’, afirmación que traduce el hecho de que la diversidad étnica y cultural (C.P., artículo 7°), como principio general, sólo podrá ser limitada cuando su ejercicio desconozca normas constitucionales o legales de mayor entidad que el principio que se pretende restringir (C.P., artículos 246 y 330). En efecto, el respeto por el carácter normativo de la Constitución (C.P., artículo 4°) y la naturaleza principal de la diversidad étnica y cultural, implican que no cualquier norma constitucional o legal puede prevalecer sobre esta última, como quiera que sólo aquellas disposiciones que se funden en un principio de valor superior al de la diversidad étnica y cultural pueden imponerse a éste. En este sentido, la jurisprudencia ha precisado

Ahora bien, esta autonomía jurisdiccional puede propiciar algunas controversias. Así, pues, básicamente se pueden suscitar problemas en la articulación producida entre la jurisdicción comunal y el sistema jurisdiccional nacional; así como en relación a la competencia que tiene dicha jurisdicción comunal para establecer procedimientos y definir sanciones. Sobre estas competencias nos referiremos de manera independiente.

En lo que a la articulación de la jurisdicción comunal con el sistema jurisdiccional nacional se refiere, las controversias que fundamentalmente se pueden presentar están vinculadas al “fuero comunal”, es decir, a la delimitación de la competencia.

La declaración constitucional de la jurisdicción especial de las Comunidades Campesinas y Nativas supone el reconocimiento del derecho que tienen los miembros de dichas comunidades a ser juzgados por sus propias autoridades y de acuerdo a las normas y procedimientos de la comunidad a la que pertenecen, “en aras de garantizar el respeto por la particular cosmovisión del individuo”<sup>[31]</sup>.

En ese sentido, la Corte Constitucional de Colombia ha referido que “en la noción de fuero indígena se conjugan dos elementos: uno de carácter personal, con el que se pretende señalar que el individuo debe ser juzgado de acuerdo con las normas y las autoridades de su propia comunidad, y uno de carácter geográfico, que permite que cada comunidad pueda juzgar las conductas que tengan ocurrencia dentro de su territorio, de acuerdo con sus propias normas”<sup>[32]</sup>. En consecuencia, el fuero comunal tiene que ser protegido en aquellos casos donde confluyen de manera simultánea el elemento personal y el geográfico.

No obstante, pueden producirse algunos supuestos excepcionales en los cuales no es tan fácil determinar la competencia. Aquí resulta muy útil considerar el razonamiento empleado por la Corte Constitucional de Colombia:

“(…) la solución puede variar si la acción típica es cometida por miembros de pueblos indígenas dentro de su territorio, o si un indígena, de manera individual, incurre en ella afectando a quien no es miembro de su comunidad por fuera del ámbito geográfico del resguardo. En el primero caso, en virtud de consideraciones territoriales y personales, las autoridades indígenas son las llamadas a ejercer la función jurisdiccional; pero en el segundo, el juez pue-

---

que, aunque el texto superior se refiere en términos genéricos a la Constitución y a la ley como límites a la jurisdicción indígena, ‘resulta claro que no puede tratarse de todas las normas constitucionales y legales; de lo contrario, el reconocimiento a la diversidad cultural no tendría más que un significado retórico. La determinación del texto constitucional tendrá que consultar entonces el principio de maximización de la autonomía’.

[31] Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia N° T-496/96, punto 2.2.

[32] Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia N° T-496/96, punto 2.2.

de enfrentar múltiples situaciones no solucionables razonablemente mediante una regla general de territorialidad. Por ejemplo:

a. Cuando la conducta del indígena sólo es sancionada por el ordenamiento nacional, en principio, los jueces de la República son los competentes para conocer del caso; pero como se encuentran ante un individuo de otra comunidad cultural, tienen el deber de determinar si el sujeto agresor entendía, al momento de cometer el ilícito, que su conducta era realmente negativa, para efectos de reconocerle, o no, el derecho al fuero. En este orden de ideas, las autoridades nacionales pueden encontrarse ante un indígena que de manera accidental entró en relación con una persona de otra comunidad, y que por su particular cosmovisión, no le era dable entender que su conducta en otro ordenamiento era considerada reprochable; o, por el contrario, enfrentar un sujeto que por su especial relación con la comunidad mayoritaria conocía el carácter perjudicial del hecho, sancionado por el ordenamiento jurídico nacional. En el primer caso, el intérprete deberá considerar devolver al individuo a su entorno cultural, en aras de preservar su especial conciencia étnica; en el segundo, la sanción, en principio, estará determinada por el sistema jurídico nacional.

b. En el caso de que la conducta sea sancionada en ambos ordenamientos, es claro que la diferencia de racionalidades no influye en la comprensión de tal actuar como perjudicial. Sin embargo, el intérprete deberá tomar en cuenta la conciencia étnica del sujeto y el grado de aislamiento de la cultura a la que pertenece, para determinar si es conveniente que el indígena sea juzgado y sancionado de acuerdo con el sistema jurídico nacional, o si debe ser devuelto a su comunidad para que sea juzgado por sus propias autoridades, de acuerdo a sus normas y procedimientos<sup>[33]</sup>.

#### 4.2. *Tipos de procedimientos que pueden emplear las Comunidades Campesinas y Nativas.*

Si bien es cierto del contenido del artículo 149° se desprende que su finalidad es conceder a las autoridades de las Comunidades Campesinas y Nativas autonomía jurisdiccional para establecer los procedimientos de juzgamiento a los que deberán ser sometidos sus miembros cuando incurran en una conducta prohibitiva, esta autonomía no las legitima para obviar el cumplimiento de una regla básica en todo sistema jurídico: la institución del “debido proceso”.

Ello supondrá, por tanto, que los procedimientos, a fin de que sean constitucionalmente válidos, al momento de su aplicación deben estar previamente regulados o establecidos, deben ser conocidos por todos los miembros de la comunidad y deben dejar en claro cuál es la sanción a imponerse después de su prosecución.

---

[33] Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia N° T-496/96, punto 2.2.

No obstante, cabe señalar que si bien es cierto la Constitución busca que se cumplan las garantías mínimas del debido proceso aludidas, no desatiende la exigencia de que la verificación del cumplimiento de dichas garantías se haga en clave cultural, vale decir, tomando en consideración los usos y costumbres de las comunidades.

#### 4.3. *Tipos de sanciones que pueden aplicar las Comunidades Campesinas y Nativas.*

La autonomía jurisdiccional de las Comunidades Campesinas y Nativas también se encuentra limitada por el tipo de sanciones que se pueden imponer. Tal como prescribe el artículo 149° de la Constitución, el gran límite a la aplicación del derecho consuetudinario lo constituye el respeto por los derechos fundamentales.

Planteada así esta premisa pareciera ser que se quiere imponer la perspectiva liberal (o mejor dicho la universalidad de los tan proclamados derechos fundamentales). Sin embargo, no hay duda de que existen algunos derechos y valores que constituyen un mínimo moral en todo contexto y sobre los cuales no hay parámetro de negociación alguno, toda vez que su afectación supone un atentado contra los bienes más preciados del hombre.

De ahí que como sostiene Kymlicka la intervención de la cultura mayoritaria en las decisiones jurisdiccionales (sancionadoras) de las culturas minoritarias “estará justificada si se trata de una violación flagrante y sistemática de los derechos humanos, como la esclavitud, el genocidio, la tortura y las expulsiones masivas, que también justifican la intervención en [culturas liberales]”<sup>[34]</sup>. Es decir, no estarán permitidas aquellas sanciones que supongan una afectación a la vida, a la integridad y a la dignidad de las personas<sup>[35]</sup>.

En esa línea, entonces, la tortura y la esclavitud, concebidas como sanciones, no podrán ser impuestas en ningún escenario social. Ello por cuanto suponen una afectación a ese mínimo moral que se exige en toda comunidad de personas.

---

[34] Kymlicka, Will (1996) *Ciudadanía multicultural. Una teoría liberal de los derechos de las minorías*. Traducción de Carme Castells Auleda. Barcelona, Ediciones Paidós Ibérica S.A., p. 233.

[35] A juicio de la Corte Constitucional colombiana existe un núcleo de derechos cuya afectación resulta intolerable toda vez que supone un atentado contra los bienes más preciados del hombre. En esa línea, la Corte ha señalado que dicho núcleo intangible incluiría “el derecho a la vida, la prohibición de la esclavitud y la prohibición de la tortura”, Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia N° T-349/96, punto 2.3.

#### IV. CONCLUSIONES

Con la regulación del fuero especial de las Comunidades Campesinas y Nativas se reconocerá, pues, su autonomía jurisdiccional y se hará del respeto de ella la finalidad que persigue el artículo 149° de la Constitución. Como consecuencia de ello, las comunidades, en el marco de su competencia jurisdiccional autonómica, tendrán facultad para designar a sus propias autoridades judiciales, establecer los procedimientos de juzgamiento, así como la facultad para determinar los tipos de sanciones que se pueden aplicar a los diferentes casos.

De ahí que formará parte del contenido esencial del derecho a la identidad cultural de las Comunidades Campesinas y Nativas el derecho que tienen para resolver sus conflictos intersubjetivos de acuerdo a las normas que conforman su Derecho y a las tradiciones que los identifican; siempre y cuando la aplicación de dicho Derecho y de dicha tradición no supongan una violación a los derechos fundamentales de las personas.

\* \* \* \* \*

# DERECHOS COLECTIVOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS

NADIA IRIARTE PAMO\*

**SUMARIO:** I. *Las reivindicaciones de los pueblos indígenas: Derechos colectivos.* II. *Derechos colectivos. Argumentos en contra.* III. *Derechos colectivos. Argumentos a favor.* IV. *Derechos colectivos y derechos individuales: El problema de su relación.* V. *Derechos colectivos: El ejemplo de la propiedad comunal.*

## I. LAS REIVINDICACIONES DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS: DERECHOS COLECTIVOS

El estudio e investigación en materia de derechos, supone un continuo replanteamiento de ideas. No resulta un tema cerrado, una labor ya terminada; por el contrario, se nos presenta como algo vivo, dinámico, en desarrollo permanente, que nos invita a una reflexión constante sobre los acontecimientos que suceden en la realidad.

La teoría tradicional sobre los derechos, según Carl Wellman, ha estado centrada principalmente en los derechos de los individuos frente a la sociedad y el Estado. A su entender, esto es un dato histórico que revela más las preocupaciones morales y políticas de una época, que la existencia de una definitiva construcción de una teoría de los derechos. Bajo esta orientación, sostiene que en la actualidad tiene sentido hablar de derechos que no son individuales<sup>[1]</sup>.

La historia de los derechos nos muestra cómo, en su catálogo, se van paulatinamente incorporando derechos que satisfacen necesidades que surgen

---

\* Abogada por la Universidad Católica de Santa María de Arequipa. Master en Estudios Avanzados en Derechos Humanos por la Universidad Carlos III de Madrid. Asesora Jurisdiccional del Tribunal Constitucional.

[1] WELLMAN, Carl, *A Theory of Rights. Persons under Laws, Institutions, and Morals*, Rowman & Allanheld, New Jersey, 1985, p. 193.

y se considera imprescindible proteger a través de dicha figura. Cabe acudir a ella con el objeto de constatar que existen necesidades originadas en un determinado momento y que sólo pueden ser resueltas a través de la figura de los derechos de titularidad colectiva, por la especial protección que les caracteriza. Es decir, que para satisfacer determinadas pretensiones o demandas no basta con el ejercicio de derechos individuales, sino que se precisa de derechos colectivos<sup>[2]</sup>.

Mediante el reconocimiento y la garantía de los derechos individuales no se puede defender de manera efectiva intereses de naturaleza colectiva; es necesario un reconocimiento de los entes colectivos como auténticos titulares de derechos<sup>[3]</sup>. En efecto, existen determinadas necesidades -como las de los pueblos indígenas- que trascienden los intereses estrictamente individuales y que, para su defensa idónea, requieren de derechos colectivos.

Los pueblos indígenas vienen reclamando la satisfacción de necesidades de carácter cultural, territorial, social, etc. Tales reivindicaciones se vienen canalizando a través de distintos derechos. Es del caso destacar que estos pueblos reclaman no sólo derechos individuales, sino -y en mayor medida- derechos colectivos. Esta situación ha sido resaltada, entre otros, por James Anaya, quien señala: “superando la dicotomía de derechos y deberes de estados e individuos, los pueblos indígenas han demandado y articulado sus derechos humanos en términos de derechos colectivos”<sup>[4]</sup>.

Para los pueblos indígenas, cuya cultura se caracteriza por una acentuada dimensión comunitaria, no es suficiente el reconocimiento de derechos individuales para satisfacer sus necesidades y gestionar eficientemente sus demandas básicas, sino que se requiere de derechos colectivos.

Ponemos de relieve que el reconocimiento de los derechos colectivos de los pueblos indígenas ha suscitado posturas en contra y a favor. En los párrafos siguientes esbozaremos esta cuestión.

---

[2] ESCUDERO ALDAY, Rafael, “Los derechos colectivos, frente al disparate y la barbarie”, en Francisco Javier Ansuátegui (Ed.), *Una Discusión sobre Derechos Colectivos*, Dykinson, Madrid, 2001, pp. 173-174.

[3] ÁLVAREZ, Nathalia, “Reconocimiento internacional de los derechos indígenas”, en *Papeles de Cuestiones Internacionales*, Núm. 77, 2002, pp. 73-78.

[4] ANAYA, James, “Pueblos indígenas, comunidad internacional y derechos humanos en la era de la globalización”, en Fernando Mariño y Daniel Oliva (Eds.), *Avances en la protección de los derechos de los pueblos indígenas*, Universidad Carlos III de Madrid, Dykinson, Madrid, 2004, p. 93.

## II. DERECHOS COLECTIVOS. ARGUMENTOS EN CONTRA

Diversos autores plantean una serie de argumentos en contra de los derechos colectivos de los pueblos indígenas. Así, se cuestiona a los titulares de los derechos; se considera que tales derechos son inútiles y redundantes; que su reconocimiento implicaría la fragmentación del Estado-nación y una amenaza para los derechos individuales; y que las reivindicaciones de los indígenas no deben ser catalogadas como derechos.

Para una mejor comprensión de esta temática, exponemos dichas consideraciones agrupándolas en cuatro categorías: a) sobre el sujeto, b) sobre su utilidad, c) sobre las amenazas, y d) sobre su configuración como derecho.

**a) Sobre el sujeto:** Se sostiene que el titular de los derechos no es un sujeto claramente definido en todos sus aspectos. Se alega que los pueblos indígenas nos sitúan ante un supuesto sujeto de derechos difusos, informal, poco definido, no institucionalizado, asentado en ámbitos inestables de actuación, sin una representatividad y estructuras de participación bien delimitadas ni democráticas, o unos portavoces verdaderamente legitimados. En ese sentido, se concluye que todo ello les impide situarse en una posición que les capacite para recibir derechos y defenderlos en caso de violación.

Asimismo, se señala que las culturas indígenas, de por sí, no pueden vislumbrarse como entidades capaces de adquirir derechos, no tienen conciencia, ni voluntad, no puede atribuírseles subjetividad, no son un fin en sí mismas. Se considera que las culturas y los entramados de realización de las mismas; es decir, los pueblos, las comunidades o los grupos indígenas, no tienen derecho a nada, puesto que en todo caso no son sino meras entidades colectivas referenciales, construidas, artificiales, simbólicas, y en definitiva entes ficticios que ayudan a organizar la vida social e individual de los indígenas. Bajo esa orientación, son los individuos indígenas quienes tienen una existencia real y no los grupos a los que pertenecen, y por ello mismo serán los miembros de los grupos indígenas quienes detentan los derechos<sup>[5]</sup>.

---

[5] OLIVA MARTÍNEZ, Daniel, “Un intento de fundamentación de los derechos de los pueblos indígenas reconocidos en el ordenamiento internacional”, en Marco Aparicio Wilhelmi (Coord.), *Caminos hacia el reconocimiento*, Universitat de Girona, Girona, 2005, pp. 53-55; PÉREZ DE LA FUENTE, Oscar, *Pluralismo cultural y derechos de las minorías. Una aproximación iusfilosófica*, Dykinson, Madrid, 2005, pp. 436-444; LÓPEZ CALERA, Nicolás, ¿Hay derechos colectivos?. Individualidad y socialidad en la teoría de los derechos, Ariel, Barcelona, 2000, pp. 116-154; GÓMEZ ISA, Felipe, “Los pueblos indígenas como sujetos del derecho al desarrollo”, en Mikel Berraondo (Coord.), *Pueblos indígenas y derechos humanos*, Instituto de Derechos Humanos, Universidad de Deusto, Bilbao, 2006, p. 457.

**b) Sobre su utilidad:** Se argumenta que los derechos de los pueblos indígenas, como derechos colectivos, son innecesarios, dado que las demandas asociadas a intereses de carácter colectivo pueden ser satisfechas mediante el reconocimiento y la garantía de los derechos individuales. Así, mediante la profundización en los derechos individuales se puede dar respuesta a la dimensión social de los individuos, sin tener que proceder para ello a la creación de derechos colectivos. Además, se precisa que el reconocimiento de tales derechos requiere del establecimiento de una serie de órganos y procedimientos especiales para su protección, que, ni los Estados ni la Comunidad Internacional en su conjunto, dado el contexto interno y el contexto internacional, están capacitados para asegurar<sup>[6]</sup>.

Estos argumentos constituyen la denominada tesis de la futilidad, postura según la cual la crítica al reconocimiento de los derechos colectivos radica en su inutilidad; se considera que estos no sirven para nada, no son útiles para los fines que persiguen, habida cuenta de la dificultad de determinar los mecanismos o procedimientos para su garantía. Asimismo, esta tesis plantea que los derechos colectivos resultan redundantes respecto a lo desarrollado y protegido por los derechos individuales, por ello, se estima que no son necesarios<sup>[7]</sup>.

**c) Sobre las amenazas:** Se afirma que el reconocimiento de los derechos colectivos de los pueblos indígenas puede suponer una restricción a los derechos individuales de sus integrantes e implicar una redefinición del Estado-nación, de la democracia representativa y de las estructuras de participación en la Comunidad Internacional<sup>[8]</sup>.

En estos argumentos se evidencia la llamada tesis del riesgo, que propugna el rechazo de los derechos colectivos por las peligrosas consecuencias que se derivan de su reconocimiento. Esta postura considera que existen más inconvenientes que ventajas en su reconocimiento y los asocia a formas organicistas y totalitarias de imposición sobre los individuos<sup>[9]</sup>.

**d) Sobre su configuración como derecho:** Se rechaza la utilización de la estrategia o el lenguaje de los derechos para las reivindicaciones colectivas de los pueblos indígenas, por los efectos perjudiciales que se considera traería consigo; este argumento constituye la denominada tesis de la perversidad<sup>[10]</sup>.

[6] OLIVA MARTÍNEZ, Daniel, “Un intento de fundamentación...”, op. cit., pp. 57-58; GÓMEZ ISA, Felipe, “Los pueblos indígenas...”, op. cit., pp. 458-459.

[7] GARCÍA INDA, Andrés, *Materiales para una reflexión sobre los derechos colectivos*, Universidad Carlos III de Madrid, Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas”, Dykinson, Madrid, 2001, p. 124; PÉREZ DE LA FUENTE, Oscar, *Pluralismo cultural...*, op. cit., pp. 447-452.

[8] OLIVA MARTÍNEZ, Daniel, “Un intento de fundamentación...”, op. cit., pp. 55-57; GÓMEZ ISA, Felipe, “Los pueblos indígenas...”, op. cit., p. 459.

[9] GARCÍA INDA, Andrés, *Materiales para una reflexión...*, op. cit., pp. 127-128; PÉREZ DE LA FUENTE, Oscar, *Pluralismo cultural...*, op. cit., pp. 452-455.

[10] GARCÍA INDA, Andrés, *Materiales para una reflexión...*, op. cit., p. 132.

Al respecto, Albert Calsamiglia manifiesta que los juristas distinguen entre un derecho -un interés jurídicamente declarado y protegido especialmente- y una aspiración. A su parecer, si se aumenta considerablemente los derechos el peligro de conflicto aumenta. En esa línea, considera que al final lo que se tendrá es muchos derechos en el mismo plano que no cumplen su función de ser un arma fuerte, sino que será débil y estará a la merced de terceros<sup>[11]</sup>.

Además, se indica que los derechos humanos son los derechos que pertenecen exclusivamente a los seres humanos, dotar a entes colectivos -pueblos indígenas- de derechos humanos sería una especie de perversión de la teoría de los derechos humanos<sup>[12]</sup>.

### III. DERECHOS COLECTIVOS. ARGUMENTOS A FAVOR

En este acápite desarrollaremos las consideraciones -planteadas por diversos autores- a favor de los derechos colectivos de los pueblos indígenas<sup>[13]</sup>. Al igual que en el supuesto anterior, las agrupamos en cuatro rubros.

**a) Sobre el sujeto:** Se asevera que si bien la determinación del titular es una tarea jurídica y políticamente difícil, no es razón suficiente para negar los derechos colectivos de los pueblos indígenas, ni la idea de pueblo como grupo social diferenciado<sup>[14]</sup>.

**b) Sobre su utilidad:** Se esgrime que los derechos colectivos de los pueblos indígenas, afianzados en el valor de la diversidad cultural, vendrían a refor-

[11] CALSAMIGLIA BLANCAFORT, Albert, “Los derechos culturales ¿Son derechos constitucionales?”, en *Revista Derechos y Libertades*, Instituto Bartolomé de las Casas, Año N.º 5, Núm. 8, 2000, pp. 82 y 94.

[12] GÓMEZ ISA, Felipe, “Los pueblos indígenas...”, op. cit., p. 458.

[13] Para más información véase: OLIVA MARTÍNEZ, Daniel y BLÁZQUEZ MARTÍN, Diego, *Los derechos humanos ante los desafíos internacionales de la diversidad cultural*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pp. 219-220; OLIVA MARTÍNEZ, Daniel, “Un intento de fundamentación...”, op. cit., p. 99. Para Daniel Oliva los derechos colectivos de los pueblos indígenas, encuentran elementos de fundamentación en las constataciones empíricas que nos ponen de manifiesto que el ser humano es un animal cultural; que la diversidad cultural es la característica intrínsecamente asociada a la realidad de lo humano; que las culturas indígenas son un todo integrado; que no existen culturas superiores e inferiores, aunque no todas las prácticas culturales deben ser valoradas por igual; que tradicionalmente los pueblos indígenas han sufrido las consecuencias de sistemas sociopolíticos excluyentes o asimilacionistas; y que las culturas indígenas contienen elementos muy valiosos que pueden contribuir al enriquecimiento en el plano ético y el desarrollo humano global.

[14] GÓMEZ ISA, Felipe, “Los pueblos indígenas...”, op. cit., pp. 457-458; LÓPEZ CALERA, Nicolás: ¿Hay derechos colectivos?..., op. cit., pp. 116-154; GARCÍA INDA, Andrés, *Materiales para una reflexión...*, op. cit., p. 76.

zar y enriquecer los derechos aferrados a los valores de la igualdad, la libertad y la seguridad. Además, tales derechos responden a la compleja realidad del ser humano, una realidad que tiene una inherente dimensión individual, pero también una necesaria dimensión social; es a la protección de esa faceta comunitaria del ser humano a la que se dirigen los derechos colectivos<sup>[15]</sup>.

El principal error de la tesis de la futilidad, como bien señala Michael McDonald, radica en la identificación que se establece entre los intereses individuales y colectivos. Anota el referido autor que es preciso evitar el deslizamiento que conlleva la protección de intereses colectivos a través de derechos individuales, una especie de patrimonialización individual del grupo que acaba por desprotegerlo realmente<sup>[16]</sup>.

A nuestro parecer, las dificultades existentes para garantizar los derechos colectivos de los pueblos indígenas no debe llevar a considerarlos como inútiles; por el contrario, surge la necesidad de afirmarlos y buscar los mecanismos adecuados para garantizarlos, más aún cuando la estrategia de los derechos individuales se ha mostrado insuficiente para canalizar determinadas aspiraciones y necesidades de los sujetos colectivos -pueblos indígenas-.

**c) Sobre las amenazas:** El argumento referido a que los derechos colectivos de los pueblos indígenas suponen amenazas para los derechos individuales, no ofrece una base suficiente para una postura negativa respecto a tales derechos. Esto según García Inda -opinión con la que estamos de acuerdo-, porque reconocer los derechos colectivos no implica necesariamente que estos sean superiores a determinados derechos individuales; tal reconocimiento tampoco implica su carácter ilimitado; el posible ejercicio abusivo de un derecho no es razón suficiente para negar el reconocimiento a ese derecho en su uso legítimo -bajo ese razonamiento habría también que negar el reconocimiento de los derechos individuales-. Recuerda el autor que, en diversas ocasiones, la bandera de los derechos individuales ha sido pretexto para el ejercicio de un poder totalitario y negador de los derechos y libertades individuales más básicas<sup>[17]</sup>.

Es cierto que los valores protegidos por los derechos individuales en algún momento entrarán en conflicto con los valores de los derechos colectivos de los pueblos indígenas; sin embargo, suelen darse también situaciones de conflicto entre derechos individuales.

[15] GÓMEZ ISA, Felipe, “Los pueblos indígenas...”, op. cit., p. 455; STAVENHAGEN, Rodolfo, “Los derechos de los indígenas: algunos problemas conceptuales”, en *Revista Nueva Antropología*, Vol. XIII, N.º 43, México, 1992, p. 91; OLIVA MARTÍNEZ, Daniel, “Un intento de fundamentación...”, op. cit., p. 78.

[16] McDONALD, Michael, “Should Communities Have Rights? Reflections on Liberal Individualism”, in A.A. An-Na'im (Ed.), *Human rights in cross-cultural perspectives: a quest for consensus*, University of Pennsylvania Press, Philadelphia, 1992, pp. 133-161.

[17] GARCÍA INDA, Andrés, *Materiales para una reflexión...* op. cit., pp. 129-130.

A nuestro juicio, en vez de intentar negar el reconocimiento de los derechos colectivos apelando a cuestionables amenazas, lo apropiado sería analizar en el caso concreto qué derechos, qué intereses y qué necesidades (individuales y colectivas) entran en juego, para ponderar cuál debe ser la solución de ese conflicto.

De otro lado, se especifica que los derechos colectivos de los pueblos indígenas no se oponen a los derechos individuales; por el contrario, mediante su reconocimiento y ejercicio se crean las condiciones necesarias para un adecuado disfrute de los derechos individuales. Los derechos de estos pueblos están llamados a proteger las exigencias de dignidad, libertad y emancipación de los indígenas, y por ello son complementarios de los derechos individuales<sup>[18]</sup>.

La tesis del riesgo no esgrime argumentos que se refieren a los derechos colectivos en sí mismos, sino que apela a supuestos peligros como consecuencias categóricas de su reconocimiento. La crítica a esta tesis sostiene que tal postura recurre en un evidente reduccionismo, por cuanto identifica y reduce los derechos colectivos al derecho de secesión<sup>[19]</sup>. En este extremo, son pertinentes las palabras de Marco Aparicio, quien precisa que los pueblos indígenas, en la exigencia de su libre determinación, están, en general, lejos de discursos secesionistas<sup>[20]</sup>.

En nuestra opinión, más que la preocupación por la posible redefinición del Estado-nación, la atención debería centrarse en los cambios a realizarse para que el Estado pueda hacer frente a las reivindicaciones que plantean los pueblos indígenas.

**d) Sobre su configuración como derecho:** Se sostiene que el concepto de derechos humanos es un concepto dinámico que, a medida que va evolucionando, va incorporando nuevas realidades e, incluso, nuevos sujetos que se unen a los individuos. El sentido nuclear de ese concepto hace referencia a las condiciones indispensables para una existencia digna de un ser humano. Tales condiciones pueden incluir intereses pertenecientes a colectividades de seres humanos.

Además, se argumenta que la tradición occidental de los derechos humanos se ha basado en la filosofía liberal individualista, en el ser humano como el

[18] GÓMEZ ISA, Felipe, “Los pueblos indígenas...”, op. cit., p. 455; GARCÍA INDA, Andrés, *Materiales para una reflexión...*, op. cit., p. 78; VILLORO, Luis, *Estado plural, pluralidad de culturas*, Universidad Nacional Autónoma de México, Paidós, México, 1998, p. 94; VAN BOVEN, T., “Human Rights and Rights of People”, in *European Journal of International Law*, Vol. 16, Núm. 3, 1995, p. 472; OLIVA MARTÍNEZ, Daniel, “Un intento de fundamentación...”, op. cit., p. 97.

[19] GARCÍA INDA, Andrés, *Materiales para una reflexión...*, op. cit., p. 128.

[20] APARICIO WILHELMI, Marco, “El derecho de los pueblos indígenas a la libre determinación”, en Mikel Berraondo (Coord.), *Pueblos indígenas y derechos humanos*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2006, p. 417.

único y exclusivo titular de derechos. A esa tradición le resulta ajena la noción de derechos colectivos. En cambio, existen otras tradiciones, como la africana o la de los pueblos indígenas, que subrayan el carácter comunitario de la persona. Si se quiere construir un concepto verdaderamente universal de los derechos humanos que recoja las diferentes aproximaciones existentes, se tiene que estar abierto al reconocimiento de una de las dimensiones de esas diferentes formas de entenderlos: la dimensión colectiva. Por lo tanto, los derechos colectivos pueden considerarse como una forma de avanzar por la senda de una efectiva universalidad de los derechos humanos, sin exclusiones<sup>[21]</sup>.

Resulta así, que los derechos colectivos de los pueblos indígenas han planteado una interesante polémica que concita posturas a favor y en contra. La cuestión de los derechos colectivos es una de las más complejas que plantea hoy la teoría de los derechos. Consideramos que más allá de los cuestionamientos que se realizan a estos derechos, lo cierto es que han sido reconocidos tanto en el Derecho internacional como en el ordenamiento interno.

#### IV. DERECHOS COLECTIVOS Y DERECHOS INDIVIDUALES: EL PROBLEMA DE SU RELACIÓN

El tipo de relación ha establecerse entre los derechos colectivos e individuales, constituye un tema problemático de su coexistencia. Diferentes autores han abordado esta temática, pero básicamente diferenciamos dos posturas: por un lado, los que hacen referencia a una tensión; y, por otro, los que propugnan la complementariedad.

En relación a la primera postura, algunos sectores doctrinales consideran que la pretensión última que se esconde tras el reconocimiento y utilización de los derechos colectivos no radica tanto en ampliar los derechos individuales, sino en desactivarlos de la manera más discreta posible. Desde esa perspectiva, sostienen que los derechos colectivos constituyen una amenaza sobre los derechos individuales. Ello les lleva a concluir, a nuestro juicio de manera equivocada, que los derechos colectivos resultan *per se* antagónicos con los derechos individuales.

Bajo esta orientación mencionamos a Yael Tamir, quien sostiene que los derechos colectivos abren la puerta a un peligroso paternalismo y a la violación de derechos humanos básicos<sup>[22]</sup>. Para Jack Donnelly, no es difícil imaginar que

---

[21] GÓMEZ ISA, Felipe, “Los pueblos indígenas...”, op. cit., pp. 455-458; GARCÍA INDA, Andrés, *Materiales para una reflexión...*, op. cit., p. 118.

[22] TAMIR, Yael, “Against Collective Rights”, in Steven Lukes and Christian Joppke (Eds.), *Multicultural Questions*, University Press, Oxford, 1999, pp. 159-160.

bajo el pretexto de los derechos colectivos se niegue los derechos individuales. El peligro de los derechos de los pueblos, según este autor, es que a menudo son usados para justificar las agresiones a las personas cuyos derechos se pretende proteger<sup>[23]</sup>.

Por su parte, Rainer Baubök, enfatiza que lo que preocupa es que los derechos colectivos atribuyen a colectividades una condición moral igual o superior a la de las personas individuales y que eso puede proporcionar una justificación para subordinar los derechos individuales a los colectivos<sup>[24]</sup>.

La segunda postura plantea las relaciones entre los derechos colectivos y los derechos individuales de una forma armónica, bien concatenada y articulada. Para Gurutz Jáuregui -opinión con la que estamos de acuerdo-, la relación entre ambos tipos de derecho no debe basarse en criterios de contraposición y antagonismo, sino en criterios de complementariedad. No se trata de negar ni de privilegiar unos u otros derechos, sino que se trata de reconocer su interdependencia absoluta, hasta el punto de que los unos no pueden existir ni consolidarse sin los otros. Así como los intereses colectivos tienen como fin último la satisfacción de los intereses individuales, también la satisfacción de muchos derechos individuales no es posible sin la cobertura, el apoyo y el complemento de los derechos colectivos<sup>[25]</sup>.

La relación entre los derechos individuales y los colectivos no ha de entenderse en términos excluyentes, ni tampoco como si se estuviera en presencia de una especie de ordenación jerárquica. Nada más lejos de la intención que preside la categoría de los derechos colectivos, al servicio, en última instancia, del eficaz respeto y cumplimiento de los propios derechos individuales<sup>[26]</sup>.

López Calera opina que el concepto de derechos colectivos plantea una cuestión ontológica: la relación entre la dimensión individual y social del ser humano. A su juicio, una teoría razonable de los derechos colectivos depende de la comprensión y de la resolución, en lo posible, de la dialéctica individualidad-socialidad. En esa línea, afirma que individualidad y socialidad son formas constitutivas o dimensiones reales del ser humano, porque son permanentes y constatables en la experiencia humana.

---

[23] DONNELLY, Jack, "Human Rights, Individual Rights and Collective Rights", in AA.VV., *Human Rights in a Pluralist World: Individuals and Collectivities*, UNESCO and the Roosevelt Study Center, Westport, 1990, pp. 39-43.

[24] BAUBÖK, Rainer, "Justificaciones liberales para los derechos de los grupos étnicos", en García, G. y Lukes, L. (Comps.), *Ciudadanía: justicia social, identidad y participación*, Siglo XXI, Madrid, 1999, p. 165.

[25] JÁUREGUI, Gurutz, "Derechos individuales versus derechos colectivos: una realidad inescindible", en Francisco Javier Ansuátegui (Ed.), *Una Discusión sobre Derechos Colectivos*, Dykinson, Madrid, 2001, p. 61.

[26] ESCUDERO ALDAY, Rafael, "Los derechos colectivos...", op.cit., p. 175.

Este autor admite que lo primario y primero realmente existente es lo individual concreto, pero advierte que lo individual no es lo único humano existente. La realidad humana no termina en los límites de lo “individual-concreto”. El ser humano no existe sólo en su individualidad para sí, no se expresa sólo en primera persona; el ser humano habla en la forma del plural “nosotros”, “vosotros” o “ellos”, porque existe no sólo como individuo sino como parte de un sujeto plural que necesita también hablar, comunicarse.

Bajo esa orientación, agrega que hay realidades humanas que no son susceptibles de identificarse absolutamente con lo individual. Las diversas relaciones y encuentros entre individuos generan formas de vida, instituciones, reglas, fines e intereses compartidos, etc., realidades complejas que constituyen la trama de los entes colectivos. La protección y desarrollo de esas formas de vida, instituciones, y en definitiva de entes colectivos pueden servir a la realización de los individuos que co-existen y con-viven y sin cuyo respeto los mismos individuos no pueden comprenderse ni realizarse. Precisa que las colectividades no han de entenderse como superiores en términos absolutos a los individuos que las componen. En suma, este autor comparte la tesis de que los derechos colectivos se justifican por los derechos individuales. No hay derechos colectivos sin sujetos individuales<sup>[27]</sup>.

Entonces, la coexistencia entre los derechos colectivos e individuales nos plantea un debate constante, en el que el tipo de relación que ha establecer entre ambos derechos se discute en términos de antagonismo y complementariedad. Si bien nos decantamos por una relación de complementariedad no podemos dejar de advertir que en algún momento se pueden producir situaciones de tensión.

Finalmente, puntualizamos que la conexión que se propugna entre estos derechos no debe ser entendida como homogeneización, pues no se debe olvidar que quizás el problema más conflictivo de los derechos colectivos, tanto a nivel teórico como práctico, es armonizarlos con los derechos individuales.

## V. DERECHOS COLECTIVOS: EL EJEMPLO DE LA PROPIEDAD COMUNAL

En las últimas décadas se vienen produciendo avances normativos e institucionales, en relación a los derechos de los pueblos indígenas. Efectivamente,

---

[27] LÓPEZ CALERA, Nicolás, “Sobre los derechos colectivos”, en Francisco Javier Ansuátegui (Ed.), *Una Discusión sobre Derechos Colectivos*, Dykinson, Madrid, 2001, pp. 39-42; LÓPEZ CALERA, Nicolás, “El concepto de derechos colectivos”, en Manuel Calvo (Coord.), *Identidades culturales y derechos humanos*, Instituto Internacional de Sociología Jurídica de Oñati, Dykinson, Madrid, 2002, pp. 71-73.

diversos instrumentos internacionales y nacionales, además de consagrar derechos predicables de los individuos indígenas -derechos individuales- recogen, también, derechos que pertenecen a los pueblos indígenas en cuanto tales; es decir, derechos colectivos. Uno de estos derechos es la propiedad comunal.

La figura jurídica de la “propiedad” no es propia de una cosmovisión indígena; sin embargo, está siendo utilizada para integrar las demandas de los pueblos indígenas sobre sus tierras, territorios y recursos naturales a los ordenamientos jurídicos. Tales reivindicaciones se vienen canalizando a través del derecho a la propiedad comunal, que constituye uno de los principales derechos colectivos de los pueblos indígenas.

Dentro de la cosmovisión de los pueblos indígenas, la tierra es algo más que una fuente de recursos y la relación que establecen con ella es uno de los elementos que mejor caracterizan la identidad indígena<sup>[28]</sup>. Para estos pueblos la recuperación y la protección de sus tierras son la condición *sine qua non* de su supervivencia como colectividades identificables<sup>[29]</sup>.

Sobre el particular, ponemos de relieve que diferentes normas de carácter internacional consagran el referido derecho. Así, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, en su artículo 26 señala: “1. Los pueblos indígenas tienen derecho a las tierras, territorios y recursos que tradicionalmente han poseído, ocupado o utilizado o adquirido. 2. Los pueblos indígenas tienen derecho a poseer, utilizar, desarrollar y controlar las tierras, territorios y recursos que poseen en razón de la propiedad tradicional u otro tipo tradicional de ocupación o utilización, así como aquellos que hayan adquirido de otra forma. 3. Los Estados asegurarán el reconocimiento y protección jurídicos de esas tierras, territorios y recursos”. Por su parte, el Convenio N.º 169 de la OIT en su artículo 14 prescribe: “Deberá reconocerse a los pueblos interesados el derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan”.

El derecho a la propiedad comunal ha sido incorporado en los ordenamientos jurídicos de la gran mayoría de los Estados que cuentan con pueblos indígenas dentro de sus fronteras. Es el caso de las Constituciones boliviana, ecuatoriana y venezolana. En el caso de la Constitución del Perú, el artículo 88 enuncia: “El Estado (...) Garantiza el derecho de propiedad sobre la tierra, en forma privada o comunal o en cualquiera otra forma asociativa”.

A su vez, en la actividad de distintos órganos internacionales de derechos humanos se ha tratado el tema del derecho a la propiedad comunal. En

[28] APARICIO WILHELMI, Marco, “El derecho de los pueblos indígenas...”, op. cit., p. 406.

[29] STAVENHAGEN, Rodolfo, “Los derechos de los pueblos indígenas: esperanzas, logros y reclamos”, en Mikel Berraondo (Coord.), *Pueblos indígenas y derechos humanos*, Instituto de Derechos Humanos, Universidad de Deusto, Bilbao, 2006, p. 26.

el ámbito de las Naciones Unidas, sobresalen el Grupo de Trabajo de la ONU sobre Poblaciones Indígenas, que ha elaborado importantes estudios, tales como: “Estudio del problema de la discriminación contra las poblaciones indígenas” (1983 - Relator: José Martínez Cobo)<sup>[30]</sup>; “Las poblaciones indígenas y su relación con la tierra” (2001 - Relatora: Erica-Irene A. Daes)<sup>[31]</sup>; “La soberanía permanente de los pueblos indígenas sobre sus recursos naturales (2004 - Relatora: Erica-Irene A. Daes)<sup>[32]</sup>; y la Relatoría Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, con el Informe “Cuestiones indígenas” (2002 - Relator: Rodolfo Stavenhagen)<sup>[33]</sup>.

En el ámbito de la OEA, destacan el Grupo de Trabajo encargado de elaborar el Proyecto de Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, con el Informe “Formas tradicionales de propiedad y supervivencia cultural. Derecho a tierras y territorios” (2003 - Relator: Osvaldo Kreimer)<sup>[34]</sup>, la Comisión y la Corte Interamericanas

La Corte Interamericana (en adelante Corte o CorteIDH), ejerciendo su competencia contenciosa, se ha pronunciado en diversos casos respecto del derecho a la propiedad comunal de los pueblos indígenas. De este modo, se ha erigido una profusa jurisprudencia.

La sentencia expedida en el caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awastingni Vs. Nicaragua<sup>[35]</sup>, de fecha 31 de agosto de 2001, es el primer pronunciamiento de la CorteIDH relativo al derecho a la propiedad comunal, y se erige como el *leading case* de la jurisprudencia de la Corte en esa materia.

[30] MARTÍNEZ COBO, José, *Estudio del problema de la discriminación contra las poblaciones indígenas*, Naciones Unidas, Consejo Económico y Social, Comisión de Derechos Humanos, E/CN.4/Sub.2/1983/21/Add.8, 30 de septiembre de 1983.

[31] DAES, Erica-Irene, *Prevención de discriminaciones y protección a los pueblos indígenas y a las minorías. Las poblaciones indígenas y su relación con la tierra*, Naciones Unidas, Consejo Económico y Social, Comisión de Derechos Humanos, E/CN.4/Sub.2/2001/21, 11 de junio de 2001.

[32] DAES, Erica-Irene, *Prevención de discriminación. Prevención de discriminación y protección de los pueblos indígenas y a las minorías. La soberanía permanente de los pueblos indígenas sobre sus recursos naturales*, Naciones Unidas, Consejo Económico y Social, Comisión de Derechos Humanos, E/CN.4/Sub.2/2004/30, 13 de julio de 2004.

[33] STAVENHAGEN, Rodolfo, *Cuestiones indígenas*, Naciones Unidas, Consejo Económico y Social, Comisión de Derechos Humanos, E/CN.4/2002/97, 4 de febrero de 2002.

[34] KREIMER, Osvaldo, *Formas tradicionales de propiedad y supervivencia cultural. Derecho a tierras y territorios*, Consejo Permanente de la Organización de los Estados Americanos, Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos, OEA/Ser.K/XVI. GT/DADIN/doc.113/03 rev.1, 20 de febrero de 2003.

[35] Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awastingni Vs. Nicaragua. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Fondo, reparaciones y costas. Serie C No. 79.

Finalmente, precisamos que desde el caso *Awas Tingni*, se ha generado una jurisprudencia cada vez más elaborada sobre el citado derecho. Así, a partir de 2005, la Corte Interamericana ha emitido sentencias de gran trascendencia en otros casos, tales como: *Comunidad Moiwana Vs. Surinam*, *Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*, *Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay*, *Pueblo Saramaka Vs. Surinam*, *Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay*, y *Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador*.

\* \* \* \* \*



# APUNTES SOBRE EL DERECHO A LA LIBRE DETERMINACIÓN DE NUESTROS PUEBLOS INDÍGENAS

JUAN RIVERO MEJÍA\*

**SUMARIO:** I. *Introducción.* II. *Antecedentes.* III. *Desarrollo constitucional de este derecho.* IV. *Conclusiones.*

## I. INTRODUCCIÓN

Los procesos de promoción de inversiones en el país implican, de manera ineludible, la intervención o afectación sobre derechos de nuestros pueblos indígenas. En los últimos años, y con mucha mayor fuerza a partir de los lamentables sucesos de Bagua en junio de 2009, los pueblos indígenas del Perú, mediante la diversidad de sus organizaciones representativas, han comenzado a exigir al Estado peruano el respeto la garantía para el real ejercicio de sus derechos colectivos, entre ellos la consulta previa, la integridad de sus territorios y el de libre determinación de los pueblos.

Dichos derechos tienen un carácter relacional tal que resulta imposible hablar de uno sin el otro, más aun si se trata de responder a la pregunta de ¿quién

---

\* Egresado de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Se ha desempeñado como asesor legal en la Asociación Civil Labor (2007-2008). Ha sido Coordinador Regional de la Sociedad Peruana de Derecho Ambiental-SPDA en Madre de Dios (2008-2010); asimismo formó parte del Programa de Ciudadanía y Asuntos Socioambientales de la SPDA en Lima (2010-2011). En la actualidad (desde 2011) se desempeña como Responsable del Área de Asesoría e Incidencia Legal del Instituto del Bien Común-IBC, en donde trabaja asuntos relacionados a megaproyectos de infraestructura en la Amazonía, gestión ambiental y conservación regional, así como sobre la promoción y protección de derechos indígenas (en aislamiento, territorios, consulta, participación, etc.). Es autor de diversos artículos en temas de derechos ambientales e indígenas.

tiene la última palabra en caso el Estado pretenda disponer medidas que afecten directamente la posibilidad de que los pueblos indígenas decidan sobre sus prioridades y su desarrollo colectivo en términos económicos, culturales, sociales y políticos?

Para quienes hemos podido desarrollar trabajo de campo en tierras de nuestros pueblos indígenas, podemos afirmar que la ausencia del Estado en la vida cotidiana de sujetos colectivos como las comunidades nativas, en muchos casos les significa la posibilidad de mantener sus modos de vida, aun con las carencias económicas que ello puede implicar. De otro lado, la presencia del Estado mediante la disposición de medidas, en especial las que justifican la superposición geográfica de derechos de terceros con los relativos a sus tierras, dada una deuda histórica basada en la invisibilización y la discriminación, en no pocos casos ha sido asumido como una amenaza a la integridad de sus comunidades, pues queda en juego el acceso, aprovechamiento y conservación de sus recursos naturales. Resulta imposible negar el hecho de que también puede representarles una oportunidad, considerando los beneficios sociales (educación, salud, etc.) o económicos (al fortalecer los lazos con el mercado).

Tal derecho de libre determinación se encuentra vigente y, con sus particularidades a nivel internacional y nacional, resulta necesario comenzar a conocerlo más en la sociedad peruana. El presente documento presenta apuntes al respecto y pretende colaborar con la discusión en torno a su concepción e implementación frente a proyectos de desarrollo que generan conflictividad, generalmente socio-ambientales.

Debo agradecer la oportunidad de compartir estas ideas a la Dra. Carolina Canales, quien me extendió la invitación confiando en mi trabajo e interés en el tema. Los argumentos expuestos hacen referencia a disposiciones y argumentos jurídicos que no pueden desligarse del devenir histórico y socio-político que los ha acompañado, a fin de facilitar el acercamiento al derecho de libre determinación de nuestros pueblos indígenas.

## II. ANTECEDENTES

La afirmación del Derecho a la Libre Determinación<sup>[1]</sup> de los pueblos indígenas supone una respuesta al devenir de la relación desarrollada entre ellos y las tendencias ideológicas que han regido históricamente sobre Estados como el peruano. Así, resulta más que relevante revisar y recordar algunos pasajes de

---

[1] A lo largo del documento haremos mención al derecho a la libre determinación, de autodeterminación o de libre autodeterminación de manera indistinta para referirnos a lo mismo.

dicha relación, por lo que a continuación aprovecharemos el esquema y describiremos las principales ideas desarrolladas por Andrew Gray<sup>[2]</sup> en su obra<sup>[3]</sup> sobre el reconocimiento y negación de los derechos de los pueblos indígenas.

Los puntos de referencia de dicho esquema se explican primero por la invasión española, posteriormente en la ilustración, luego en el positivismo y finalmente sobre el devenir del Siglo XX: del indigenismo a los indigenistas a los indígenas; en función de estos se precisa las nociones de “lo justo” que respecto al Derecho a la Libre Determinación de los pueblos, y en específico de los indígenas, se han venido desarrollando.

### 2.1. La invasión española

A meses de que Colón llegara a América, el Papa Alejandro I fue convocado por España y Portugal a fin de resolver la disputa por el control de las tierras recién halladas, lo resolvió mediante la llamada “Bula de la Donación”, del 3 de mayo de 1493. Así, dirigiéndose a los Reyes de España dispuso:

*“... por la autoridad de Dios Omnipotente concedida a Nos en San Pedro y del Vicariato de Jesucristo que representamos en la tierra, a vosotros y a vuestros herederos y sucesores los Reyes de Castilla y León, para siempre por autoridad apostólica, según el tenor de los presentes, donamos, concedemos y asignamos todas y cada una de las tierras e islas supradichas, así las desconocidas como las hasta aquí descubiertas por vuestros enviados y las que se han de descubrir en lo futuro que no se hallen sujetas al dominio actual de algunos Señores cristianos, con todos los dominios de las mismas, con ciudades, fortalezas, lugares y villas, derechos, jurisdicciones y todas sus pertenencias”.*

Fue este tenor el que buscó posteriormente justificar la guerra del Requerimiento o “Llamada a la conversión”, que suponía el obligatorio reconocimiento indígena del Papa y la Corona Española como sus señores, caso contrario eran atacados por los españoles a manera de una versión cristiana del jihad islámico o

---

[2] 1955-1999. Antropólogo y activista por los derechos de los pueblos indígenas. Graduado por la Universidad de Edimburgo (1973) y Doctorado por la Universidad de Oxford (1983) por su trabajo con el pueblo Haramkbut de la Amazonía peruana. Ha sido director y Vicepresidente del Grupo de Trabajo sobre Asuntos Indígenas (IWGIA, por sus siglas en inglés), así como consultor de organizaciones como el Movimiento Mundial por los Bosques, la Alianza Internacional de los Pueblos Indígenas de los Bosques y tribales, la Fundación Gaia y Anti-Slavery International

[3] GRAY, Andrew: Derechos indígenas y desarrollo: autodeterminación en una comunidad amazónica. Traducido por Alberto Chirif Tirado. Lima: IWGIA; El Programa de los Pueblos de los Bosques, 2002. PP. 73-85.

Guerra Santa. Es en este contexto que se llevó a cabo la fundación de colonizaciones y el genocidio en América, reafirmando los derechos de descubrimiento y la conversión de no creyentes en súbditos de aquellos.

En ese marco, Gray nos recuerda que diversos juristas consideraban a los pueblos indígenas americanos como seres en estado de servidumbre, bárbaros cuyas razones estaban comandadas por sus pasiones. Por ello, no era difícil advertir que especialistas como Juan de Solórzano de Pereira sostuvieran que las tierras y recursos de las Américas debían ser tratadas como regalías o bienes pertenecientes al Rey; dando fe de la nula valoración de las capacidades de gestión y el dominio de los pueblos indígenas sobre tales recursos.

También, hubo opositores a esta doctrina. El sacerdote dominico Antonio de Montesinos ya en 1511 exponía los abusos a los que eran sometidos los indígenas por parte de los colonizadores, y luego, desde 1520 el dominico Francisco de Vitoria enfocó el tema desde la perspectiva de “ius nature”, sosteniendo que los indios americanos eran completamente humanos con dominio real de cuestiones públicas y privadas; refutando el poder del Papa para autorizar la colonización y declarando que estos últimos eran dueños de sus territorios, por lo que los españoles no tenían derecho a ocuparlos. No obstante, Vitoria tampoco consideraba a los pueblos indígenas iguales a los españoles, pues estos necesitaban protección y educación por parte de “naciones de inteligencia más madura”. Aun así, este contexto ayudó a que el Papa Paulo III emitiera una Bula (*Sublimis Deus*) en 1537, declarando que los indios no debían ser privados de su libertad o propiedad, aboliéndose las encomiendas, pero ello fue letra muerta debido a las protestas de los colonizadores.

En este contexto, los reyes de España mantuvieron foros a manera de consultas en los que se debatían leyes teológicas, civiles y canónicas sobre los derechos de los pueblos indígenas, desarrollándose debates entre los “colonizadores” e “indigenistas”. En 1550 tuvo lugar una discusión entre Juan Ginés de Sepúlveda y Bartolomé de las Casas, ante el rey Carlos V de España; el primero sostuvo que los indígenas eran esclavos naturales, por lo que no podían poseer tierras ni formar gobiernos; por su parte, el segundo argumentó que todos los pueblos indígenas eran humanos, contando con los requisitos de la sociedad civil de Aristoteles y capaces de crear formas complicadas de autogobierno, usando como ejemplo a los Aztecas e Incas.

Asimismo, el español José de Acosta, quien vivió en el Perú y desarrolló una experiencia directa con nuestros pueblos indígenas, en su “*Historia Natural y moral de las Indias*”, afirmó que los seres humanos compartían una identidad fundamental y que existen diferencias culturales debidas a los cambios históricos; asimismo, propuso el reconocimiento de una diversidad de pueblos y sistemas sociales en las Américas, los que pueden ser explicados como una mistura de migración y desarrollo.

Con ello, contamos con una diversidad de argumentos a favor de los derechos indígenas, sin embargo, escritores como Vitoria, las Casas y de Acosta, si bien opositores al maltrato de los pueblos indígenas, no cuestionaban el derecho de los españoles a quedarse en las Américas. Concluyeron que los españoles podrían instruir a los pueblos indígenas en el cristianismo y educarlos en caminos civilizados, a la vez que respetasen sus derechos naturales. Finalmente, la Corona Española optó por un enfoque pragmático para colonizar.

En síntesis, la justificación de la colonización con base a la religión engrana muy bien con la visión total de “el Otro” durante el Renacimiento, un llamado a la destrucción física o mediante el proceso de “civilizar”. Se trata entonces de “la negación del otro”, del indio, su cultura y su humanidad; “la primera y más fundamental violación de derechos humanos”.

## *2.2. La Ilustración*

Se desarrolló en torno a un debate entre los que veían nobleza en los pueblos indígenas, y los que veían salvajismo.

El jurista y diplomático holandés Hugo Grotius destacó postulando a la llamada “ley natural”: la razón es la base para reconocer a una naturaleza humana; todos los seres humanos somos racionales. En ese sentido, en cualquier país habitado por personas relacionadas a alguna organización política, aunque sea primitiva y cruda, ello no implica que tal país sea considerado inválido y a disposición de ser adquirido mediante una intrusión. Esto suponía desconocer los “derechos de descubrimiento” y reconocer las reivindicaciones indígenas a la tierra.

Asimismo, señala Gray, hubo escritores como el francés Buffon y el prusiano De Pauw, que sostenían la inferioridad de dichos pueblos frente a los europeos, o los llamaban “salvajes innobles”.

Es en ese contexto que Hobbes escribe su “Leviathan”, afirmando que “El Derecho de la Naturaleza” es la Libertad que tiene cada hombre para usar su propio poder, como desee y con el fin de preservar su propia naturaleza; para lo cual, a fin de evitar conflictos inacabables entre individualidades en competencia, se crean los gobiernos que desaparecen o reducen derechos de carácter natural para los hombres (vida, libertad y propiedad).

Frente a ello, Locke afirmó que los seres humanos, a fin de conservar y proteger tales derechos naturales, forman sociedades civiles; no obstante, el acceso a tales asociaciones (ciudadanía) no se daba con carácter universal, lo que supone la negación del individualismo (ejercicio de derechos) a un sector de la sociedad.

Estas ideas de Locke fueron aplicadas en el Perú por Bolívar durante la época de la independencia: se le dio la ciudadanía a los hombres alfabetos de

nacionalidad peruana, cumplidos 25 años, y que tuvieran una profesión; obviamente esto excluyó a los pueblos indígenas del país. Cabe señalar el concepto de indios despilfarradores que tenía Locke fue aprovechado por Bolívar pues, bajo el argumento de brindarle tierras con carácter individual a miembros de nuestros pueblos indígenas para que puedan venderlas si así lo desean, se provocó el acceso de los “mejores postores” a estas tierras y el establecimiento de las bases del sistema semifeudal de hacienda durante el siglo XIX.

De igual modo, Bolívar, influido por el trabajo de Rousseau sobre el “buen salvaje”, promovió la educación de la población a fin de que queden aptos para la democracia, no obstante ello no tuvo impacto alguno en la población indígena.

Así, los factores que distinguían entre indígenas y los que no lo son no eran ya los referidos al cristianismo o paganismo, sino la diferenciación entre conocedores e ignorantes.

### *2.3. Siglo XIX – Positivismo*

Sostiene Grey que en este contexto se pasa de la principal preocupación por el orden, clasificación y representación, a tomar más atención por el cambio, desarrollo y el análisis de la Estructura; es decir, la demanda de derechos se volvió cada vez más un reclamo sobre el Estado a fin de que garantice los medios para lograr la felicidad individual y el bienestar.

Cobró fuerza la idea hegeliana de que quienes viven fuera del Estado no tendrían derechos. Con ello, los indios o el factor indígena no tenían lugar en las nuevas culturas nacionales en construcción. De esta manera, se dio énfasis al derecho escrito, interpretado y controlado por el Estado y, argumentando que para civilizar a la gente era necesario legislar sobre ella, la nacionalidad se forjó con base a la noción de mestizaje.

Por ello, se afirmó la preeminencia de los nuevos Estados sobre los derechos indígenas, señalándose que las costumbres y toda noción de lo justo con base consuetudinaria, sólo pueden transformarse en ley cuando los jueces le den esa fuerza. Ello alcanzó a la normativa internacional pues se reforzó con supuestos discriminadores, ya que negaba la soberanía de los pueblos indígenas sobre los territorios que habitan.

Así, no obstante la doctrina Monroe de 1823 sostenía que no habría más adquisición europea de tierras americanas sin el consentimiento de los pueblos indígenas, ello no fue aplicado; estos no tenían derechos pues técnicamente no existen como entidades separadas de los Estados.

De igual modo, si bien se afirmaba la unión de todos los seres humanos como miembros de una misma especie, los nativos eran considerados como de una categoría mucho más baja que los ciudadanos estatales. Cabe recordar que en la era del auge del caucho, el Estado peruano estuvo más preocupado

en disponer medidas para asegurar sus fronteras internacionales, que por el bienestar de los pueblos amazónicos que sufrían matanzas, enfermedades y esclavitud.

Gonzales Prada, en “Horas de Lucha”, cuestionaba esta lógica positivista, señalando que no existían razas inferiores, sino sólo buenas o malas personas, oponiéndose a quienes querían “modificar” la raza; tal lógica que, en conclusión, argumenta la sujeción de los derechos indígenas al control del Estado y a los y vaivenes de su legislación y Constitución y que, de alguna u otra manera, aun ahora se encuentra vigente en nuestro país.

#### *2.4. El siglo XX: del indigenismo a los indigenistas a los indígenas*

Diversos enfoques comenzaban a incluir el factor indígena en sus argumentos. Así por ejemplo, mientras Mayer incluía el ingrediente indígena en el positivismo evolucionista del Siglo XIX con un enfoque humanista, José Carlos Mariátegui entendió al indigenismo a partir de una visión marxista de posición de clase.

Así, el apoyo de indigenistas a las causas de estos pueblos influyó para que en el gobierno de Leguía se aprobara una Constitución que reconoció los derechos colectivos indígenas a la comunidad. Asimismo, en Brasil se creó el Servicio de Protección al Indio en 1910, con un cariz dominante de integración, asimilación o civilización de los indígenas. En el Perú sin embargo, no fue sino hasta 1946 que se creó el Instituto Indigenista peruano.

Con la Carta de las Naciones Unidas<sup>[4]</sup> de 1945, se precisa que uno de sus propósitos es fomentar entre las naciones, relaciones de amistad basadas en el respeto al principio de la igualdad de derechos y al de la libre determinación de los pueblos. La base de todo ello radica en mantener la paz y seguridad internacionales, debiendo utilizarse medios pacíficos para situaciones que pretendan quebrantar la paz internacional. En este sentido, los miembros de las Naciones Unidas, en sus relaciones internacionales, deberán abstenerse de hacer uso de amenazas o la fuerza contra la integridad territorial o independencia política de cualquier Estado o en cualquier otra forma incompatible con propósitos de esta organización internacional.

Ya en este punto conviene preguntarnos si los pueblos indígenas califican como sujetos del derecho internacional, y si, más allá del uso fáctico de la fuerza (que en muchos casos se da), puede calificar como amenaza o como forma incompatible con los fines que persiguen la ONU, las decisiones estatales que tiendan a restringir derechos colectivos de nuestros pueblos indígenas. Como

---

[4] Carta de las Naciones Unidas, numeral 2 del artículo 1° y numeral 4 del artículo 2°.

podremos advertir a continuación, existen instrumentos internacionales que comienzan a forjarse en el siglo XX y que los estarían configurando, cuanto menos, como actores del derecho internacional distintos del Estado, tanto para el respeto a su autonomía, como para la integración con éste.

En 1957, la Organización Internacional del Trabajo-OIT, adoptó el Convenio N° 107, “Concerniente a la Protección e Integración de Indígenas y Otras Poblaciones tribales y Semi-Tribales en Países Independientes”. En él, señala Gray citando a Falkowski, se advierten disposiciones tendentes a la asimilación de los pueblos indígenas bajo el rótulo de la integración pues, no obstante buscar excluir cualquier medida que procure su “asimilación artificial” mediante el uso de la fuerza o la coerción, aquella supone su inclusión progresiva en la vida del país reafirmando la supremacía del Estado respecto a sus derechos. Tal valoración implica que la integración a que se hace referencia, finalmente, termina siendo una asimilación.

Es entonces bajo esta lógica de asimilación que el indigenismo se consolidó en el Estado como una manera de fortalecer su control.

Por ello, de la Declaración Sobre la Concesión de la Independencia a los Países y Pueblos Coloniales, aprobada por la Resolución 1514 de la XV Asamblea General de las Naciones Unidas de 1960, a pesar de su reconocimiento:

- a) Al derecho de libre determinación de los pueblos.
- b) A que la subyugación, dominación y explotación extranjeras sobre los pueblos constituye una denegación de los derechos humanos fundamentales, por lo que es contraria a la Carta de las Naciones Unidas.
- c) A que todos los pueblos dependientes puedan ejercer pacífica y libremente su derecho a la independencia completa, deberá cesar toda acción armada o toda medida represiva de cualquier índole dirigida contra ellos, y deberá respetarse la integridad de su territorio nacional.

Establece también las siguientes disposiciones:

- d) Todo intento encaminado a quebrantar total o parcialmente la unidad nacional y la integridad territorial de un país es incompatible con los propósitos y principios de la Carta de las Naciones Unidas.
- e) Todos los Estados deberán observar fiel y estrictamente las disposiciones de la Carta de las Naciones Unidas, de la Declaración Universal de Derechos Humanos y de la presente Declaración sobre la base de la igualdad, de la no intervención en los asuntos internos de los demás Estados y del respeto de los derechos soberanos de todos los pueblos y de su integridad territorial.

Así, lo que podría apreciarse como una contradicción de dicha Resolución, se explica por el hecho de que hasta estos momentos el Derecho Internacional, y las relaciones sobre las que pretendía regir, en la práctica estuvieron referidas a los Estados (antiguos y los nuevos independientes o en proceso de independencia). No obstante el derecho a la libre determinación (o de autodeterminación) corresponde con carácter subjetivo a los pueblos. Por ello: ¿y en dónde quedaron los pueblos indígenas y su ejercicio integral del derecho a la libre determinación?

Al respecto, debemos mencionar que la descripción indigenista expuesta por Gray coincide con Simpson<sup>[5]</sup> cuando sostiene que *“el efecto de estas previsiones es exigir a los pueblos distintos dentro de Estados territoriales ejercitar su derecho a la autodeterminación sólo cuando al hacerlo, no plantee ninguna amenaza a la integridad o unidad del Estado dominante.”*. De igual modo cuando éste último cita a Falk: *“esto trata obviamente con la situación de los pueblos de una manera muy artificial y contradictoria (...) Una de las más severas fuentes de injusticia y negación de los derechos humanos hoy en día es que el aparato del poder Estatal ha sido frecuentemente capturado por uno de esos fragmentos de la población, definido como la totalidad de personas dentro de un Estado dado, mientras que otros elementos está sometidos en diferente grado. (...) Esto subraya la vulnerabilidad de los ‘pueblos’, aunque su situación parezca ser reconocida en base a los instrumentos de las Naciones Unidas”*.

Posteriormente, en el Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos de 1966, se dispone también que todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación en virtud del cual establecen libremente su condición política y proveen asimismo a su desarrollo económico, social y cultural. Asimismo, se precisa que todos los pueblos pueden disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales, sin perjuicio de las obligaciones que derivan de la cooperación y el derecho internacional. Se precisa además, que los Estados parte del Pacto deben promover el cumplimiento del derecho a la libre determinación y respetarlo conforme a la Carta de las Naciones Unidas; lo que incluye a Estados recientemente independientes.

Es así que en la Declaración de Barbados<sup>[6]</sup> de 1971 se criticó el enfoque “integracionista” de los indigenistas, lo cual supuso impactos relevantes a nivel internacional. Este acto fue tan relevante, que Grey resalta la inclusión de sus aportes en el Instituto Indigenista Americano en la década de los setentas y que, desde el año siguiente de su emisión, los propios pueblos indígenas comenzaron a participar en las conferencias internacionales; siendo evidentes y crecientes

[5] SIMPSON, Tony: “Patrimonio indígena y autodeterminación. Copenhague: Grupo Internacional de Trabajo Sobre Asuntos Indígenas, IWGIA 1997. P26.

[6] Primera Declaración de Barbados: Por la Liberación del Indígena. 1971.

el respeto y apoyo a sus organizaciones. Ello marcó el inicio de un cambio del enfoque indigenista por uno indígena que afirma la toma de su futuro en sus manos, hablando por ellos mismos y sin ser dirigidos por intermediarios.

Así, cabe mencionar que como producto de la incidencia pública provocada por las incipientes organizaciones indígenas de la época, se promovió un proceso de debates dentro de la ONU que derivó en el “Estudio del Problema de la Discriminación contra las Poblaciones Indígenas”<sup>[7]</sup>, también conocido como el “Informe Cobo”, que investigó las causas profundas de la discriminación que sufren los pueblos indígenas y sus miembros, promoviendo un cambio en el debate jurídico internacional. A decir de Vladimir Pinto<sup>[8]</sup>, uno de sus aportes fue la definición de indígenas, siendo:

“(…) comunidades, pueblos y naciones indígenas los que, teniendo una continuidad histórica con las sociedades anteriores a la invasión y pre-coloniales que se desarrollaron en sus territorios, se consideran distintos de otros sectores de las sociedades que ahora prevalecen en esos territorios o en partes de ellos. Constituyen ahora sectores no dominantes de la sociedad y tienen la determinación de preservar, desarrollar y transmitir a futuras generaciones sus territorios ancestrales y su identidad étnica como base de su existencia continuada como pueblos, de acuerdo con sus propios patrones culturales, sus instituciones sociales y sistemas legales”.

Igualmente, en 1977 se llevó a cabo una Conferencia de Organizaciones No Gubernamentales sobre la Discriminación en contra de las Poblaciones Indígenas, en la que se elaboró un proyecto de “Declaración de Principios para la Defensa de las Naciones Indígenas y los Pueblos del Hemisferio Occidental”. En 1981, la ONU creó un Grupo de Trabajo sobre Poblaciones Indígenas en el marco de la Subcomisión para la Prevención de Discriminación y Protección de las Minorías. En él se llevaron a cabo conferencias en las que también participaron líderes indígenas, se profundizaron las discusiones en torno al “Informe Cobo” y se establecieron nuevos parámetros para el derecho internacional<sup>[9]</sup>.

---

[7] Fue encargado por la Subcomisión de Prevención de la Discriminación y Protección de las Minorías en 1971 a un grupo de especialistas dirigidos por el ecuatoriano José Martínez Cobo y presentado entre 1981 y 1983.

[8] PINTO, Vladimir: “El Derecho a la Consulta Previa, Libre e Informada a los Pueblos Indígenas en el Perú”. Informe elaborado para la Confederación Nacional del Perú de Comunidades Afectadas por la Minería - CONACAMI y la Coordinadora Andina de Organizaciones Indígenas - CAOI. Programa de Defensa de Derechos Indígenas. Noviembre de 2009. P2.

[9] Vladimir Pinto, en el texto citado, señala que tales aportes después alimentaron a la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

Ya en este contexto, en 1986 la OIT inicia un proceso de revisión de su Convenio N° 107, lo que provoca la adopción del N° 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes. Sobre el particular, Pinto sostiene que dado que se trata de una “revisión” y que por tanto mantiene la estructura de su predecesor, el Convenio 169-OIT consagra una nueva orientación normativa sobre lo indígena que puede resumirse en torno a cuatro ideas centrales<sup>[10]</sup>:

- *Los pueblos indígenas son sujetos colectivos con derecho a existir y perdurar. Se definen por su preexistencia a los estados en que habitan, la mantención de sus instituciones y su auto identificación como indígenas.*
- *Los Pueblos Indígenas tienen derechos colectivos sobre los territorios que habitan o utilizan. Este derecho rebasa el concepto jurídico tradicional de propiedad como relación de dominio y disposición sobre los bienes. Cuando se habla de “territorios o tierras” sobre la que ejercen “propiedad colectiva”, estamos refiriéndonos a una relación transgeneracional e integral de estos pueblos con sus hábitats, sus espacios territoriales.*
- *El Convenio hace obligatoria la perspectiva intercultural en todas las políticas públicas. Asimismo, establece la concertación entre Estado e Indígenas como la única vía democrática para solucionar la situación de postergación social, económica y jurídica en que se encuentran estos pueblos.*
- *Dispone, al igual que su Convenio antecesor, una serie de medidas destinadas a enfrentar o solucionar la situación de exclusión o discriminación en que se encuentran estos pueblos en cuanto al goce efectivo de todos sus derechos (civiles, sociales, económicos, culturales).*

Sin embargo, en este marco cabe recordar lo dispuesto por el numeral 1 del artículo 7° de este Convenio:

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

[10] PINTO, Vladimir: “El Derecho a la Consulta Previa, Libre e Informada a los Pueblos Indígenas en el Perú”. Informe elaborado para la Confederación Nacional del Perú de Comunidades Afectadas por la Minería - CONACAMI y la Coordinadora Andina de Organizaciones Indígenas - CAOÍ. Programa de Defensa de Derechos Indígenas. Noviembre de 2009. P3.

En este sentido, se advierte un desarrollo específico de lo que implica una gestión indígena sobre los asuntos que les interesa; siempre en el marco de lo posible, es decir, según se prevea en el marco jurídico nacional e internacional. A ello habrá que sumar lo previsto por el numeral 3 del artículo 1° del Convenio N° 169 de la OIT:

*“La utilización del término pueblos en este Convenio no deberá interpretarse en el sentido de que tenga implicación alguna en lo que atañe a los derechos que pueda conferirse a dicho término en el derecho internacional.”*

Con ello, dicho Convenio pretende desvincularse de procesos de independización de algunos pueblos, pues esto supondría la promoción de una reducción de la soberanía de los propios Estados que se han constituido como parte en él. Para algunos, esto supuso un avance pero también un retroceso en el marco de la libre determinación de los pueblos indígenas. Sin embargo para otros, el Convenio aun en este marco, supone una oportunidad para una mayor y concreta autonomía para nuestros pueblos indígenas; claro está, sin fines secesionistas.

Asimismo, el 2007 la ONU aprueba la “Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas”, la misma que por su aun carácter de soft law ostenta un contenido de naturaleza orientadora, programática. En este instrumento jurídico se busca consolidar, en el sistema internacional de protección de los derechos humanos, el reconocimiento específico del derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas<sup>[11]</sup>. No obstante, tal libre determinación no implica la plena separación política ni territorial de los Estados que han suscrito esta Declaración, dado que así señala expresamente<sup>[12]</sup> como contrario a la Carta de las Naciones Unidas.

Finalmente, concluye Gray, el factor que definía a los pueblos indígenas fue su aislamiento y marginación, lo que justificaba la respuesta estatal (positivismo) indigenista de la integración, respondiendo ahora a cuestiones socioeconómicas y culturales, antes que raciales. Esta diligencia paternalista se traduce en el respeto de derechos, rechazando la capacidad de autodeterminación de los pueblos indígenas, conforme al enfoque del movimiento indigenista desde los años 40, actualmente vigente.

---

[11] Artículos 3° y 4°.

[12] Numeral 1 del artículo 46°.

### III. DESARROLLO CONSTITUCIONAL DE ESTE DERECHO

Considerando lo expuesto hasta ahora, podemos señalar que nuestros pueblos indígenas, reconocidos como sujetos colectivos con derechos ancestrales y anteriores a la existencia de los actuales Estado y sus fronteras, han venido experimentando un proceso de negación en la vida pública que favorecería su invisibilización, lo cual se ha buscado superar en los últimos cuarenta años mediante una diversidad de instrumentos jurídicos internacionales. Según se ha podido apreciar, estos se encuentran vigentes en países como el Perú y los reconoce como sujetos de derecho, a nivel nacional e internacional.

Así, debemos señalar que históricamente el derecho a la libre determinación o de autodeterminación de los pueblos indígenas, frente a corrientes aún efectivas como la indigenista y el positivismo, también ha sido argumentado por parte de los indígenas de manera pública, continua y pacífica, como la no asimilación de los pueblos indígenas en la vida de la sociedad nacional o país.

Ello, entendemos desde una argumentación de los pueblos indígenas, implica considerar al Estado como un ente con el cual se puede y debe entrar en procesos de diálogo para cuestiones del bienestar y la cosa pública que los involucra, pero negando la supremacía del mismo sobre los derechos indígenas; vale decir, sin que necesariamente la última palabra la tenga una entidad estatal. Ello, como hemos podido apreciar, históricamente no ha sido acogido en su integridad por el marco jurídico.

Al respecto y más allá de una visión positivista e indigenista, ¿este postulado tendría cabida en nuestro marco constitucional? ¿Qué ha venido desarrollando nuestro Tribunal Constitucional sobre el derecho a la libre determinación o de autodeterminación? Pasaremos a describir algunas consideraciones que creemos relevantes en el marco de este derecho y su inclusión en los fines que perseguimos como sociedad y Estado.

#### *3.1. Desarrollo desde nuestro Tribunal Constitucional*

Según lo hemos descrito líneas arriba, el derecho a la libre determinación ha sido previsto en el marco jurídico, como aquel que permite a nuestros pueblos indígenas establecer sus propias prioridades en el proceso de desarrollo que experimente un país, en virtud de sus intereses respecto a su existencia, sus creencias, instituciones, bienestar espiritual y las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, buscando controlar su propio desarrollo económico, social y cultural en la medida de lo posible.

Al respecto, el Tribunal Constitucional ha comenzado a desarrollar el contenido del derecho a la libre determinación en el marco de las sentencias vinculadas a los procesos de consulta indígena. Recordemos que este derecho tiene por objetivo llegar a un acuerdo o, en su caso, lograr el consentimiento de un pueblo indígena cuando el Estado pretende adoptar alguna medida administrativa o legislativa susceptible de afectarlos directamente. Tal fin se explica en el siguiente cuadro:

<b>Fines de la Consulta</b>	<b>Afectación a la que responde</b>
<i>Llegar a un acuerdo</i>	Cualquier afectación directa a derechos colectivos indígenas por parte de una medida administrativa o legislativa.
<i>Lograr el consentimiento</i>	Igual, salvo porque es exigido, de manera especial y predeterminada, cuando se trata de impactos muy significativos sobre los derechos afectados directamente. Se da en casos especificados en el marco jurídico internacional y nacional, los cuales se han establecido mediante el propio Convenio 169-OIT <sup>[13]</sup> y la jurisprudencia internacional.

Elaboración propia. Fuentes: Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo/ Sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, casos Saramaka vs. Surinam y Sarayacu vs. Ecuador.

En ese sentido, la consulta no supone un mero acto informativo y de recepción de propuestas que alimenten el criterio del Estado para que finalmente decida, sino la implementación de procesos que tengan a bien garantizar el que se busque llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento; cualquiera de ambos, una vez logrados entre pueblos indígenas y el Estado, deben ser respetados y asumidos por este último.

Es por ello que el Tribunal Constitucional<sup>[14]</sup> (en adelante TC) ha reconocido:

[13] Así por ejemplo, frente a un traslado poblacional, el Estado debe contar con el consentimiento previo, libre e informado del pueblo en cuestión; supuesto previsto en el artículo. 16°.2 del Convenio 169-OIT.

[14] Sentencia del Tribunal Constitucional N° 03343-2007-PA, fundamentos 21, 32 y 33. Sentencia del Tribunal Constitucional N° 06316-2008-PA, fundamento 20. Sentencia del Tribunal Constitucional N° 00022-2009-PI, fundamentos 24 y 25.

- A la consulta como un derecho que permite a los pueblos indígenas decidir sobre cuáles son las prioridades en su proceso de desarrollo y preservación de su cultura, permitiendo también que sus opiniones se traduzcan, real y efectivamente, en las decisiones que se pudieran tomar con relación a ellas mismas. De esta manera, la consulta facilita la toma en cuenta de la realidad y concepciones que los pueblos indígenas guardan sobre el mundo que los rodea, a fin de que a partir de ello se disponga una tutela estatal adecuada a su contexto y necesidades.
- Sin embargo, tales opiniones o búsqueda de acuerdos, en ningún caso las habilita a excluir la presencia del Estado y del Derecho en sus territorios.
- Así, la consulta es una expresión del derecho a la libre autodeterminación de los pueblos indígenas, el mismo que no puede ser confundida con pretensiones autárquicas, separatistas o anti sistémicas, debiéndose respetar el principio de unidad de gobierno y unidad territorial. El derecho a la libre autodeterminación no debe comprenderse como uno que autoriza la creación de zonas exentas a la regulación legal por parte del Estado, o como un territorio de control judicial.
- Por lo mismo, de la consulta no se desprende el que los indígenas gocen de un derecho a veto o de impedir que se lleven a cabo las medidas administrativas o legislativas que los puedan afectar directamente, en caso no se encuentren de acuerdo con ellas. Esto pues, si bien es legítimamente exigible la tutela de los pueblos indígenas, también es cierto que esta realización debe concretarse dentro de los márgenes del Bien Común, concepto nítidamente establecido en la Constitución<sup>[15]</sup> como destino fundamental de la actividad del Estado, sólo sometido al principio de protección de la dignidad de la persona.

Se advierte entonces que el Derecho a la Libre Determinación busca responder la pregunta: ¿ante un hecho o acto que afecte derechos indígenas, quién tiene la última palabra?

En una última sentencia<sup>[16]</sup> que denominaremos caso Tres Islas, el TC argumenta que el ejercicio del derecho a la propiedad territorial de nuestros pueblos indígenas es también una manifestación del derecho a la libre determinación:

- Se dispone que para el caso de pueblos indígenas, si bien el concepto de tierras encierra una dimensión civil o patrimonial, al incluir al de territorios<sup>[17]</sup> ello supone una vocación política de autogobierno y au-

[15] Constitución Política del Perú, artículos 44° y 45°

[16] Sentencia del Tribunal Constitucional N° 01126-2011-HC, fundamentos 21 al 25.

[17] Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo, artículo 13°.

tonomía. Entendemos que el TC se refiere a la libertad que ostenta un pueblo indígena, no sólo de disponer, usar, usufructuar y reivindicar sus territorios, sino de planificar su vida en él, fuera del alcance o intrusión no autorizada de personas ajenas a dicha colectividad, conforme al artículo 18° del Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo.

- Tal dimensión política implica trascender su consideración como asociación civil, y basarse en el derecho a la autodeterminación de los pueblos indígenas previstos en instrumentos internacionales como la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (artículos 3° y 4°), según lo hemos conceptualizado líneas arriba. Declaración que, como recordaremos, en su artículo 46° busca excluir toda acción que busque menoscabar, siquiera parcialmente, la integridad territorial o la unidad política de Estados soberanos e independientes.
- Precisa el TC que ha sido una tendencia estable en el derecho y la doctrina internacional conceptualizar el derecho a la autodeterminación de los pueblos indígenas sin el elemento separatista o secesionista. El objetivo de este derecho, sostiene, es el respeto de su autonomía para definir sus propios destinos, así como su idea y proyecto de vida.

Ello, para ir de la mano con las conclusiones del TC sobre el bien común como límite para el ejercicio del derecho a la consulta y el de libre determinación, nos obliga a concluir que dicha integridad territorial y unidad política estatal forman parte del “bien común” que delimita el ámbito de ejercicio de tales derechos. Sin embargo, también en estos casos debemos recordar lo dispuesto por el TC sobre la función que cumple la dignidad de la persona (sea de un sujeto individual o colectivo indígena) como excluyente de la primacía de dicho bien común.

De otro lado, y recordando que la afectación a los territorios del caso Tres Islas se debieron a una intrusión no autorizada por el Estado, resulta mucho más simple hablar del ejercicio de libre determinación de un pueblo indígena, pues justamente estamos ante la ausencia de la formalidad necesaria para ello (lo que incluye procesos interculturales como el de la consulta indígena). Sin embargo, ¿qué ocurre cuando la intrusión es pasible de ser autorizada? Es decir, ¿qué ocurre cuando estamos ante una concesión minera o de hidrocarburos que pretende ingresar y hacer uso de las tierras comunales indígenas? ¿Podemos seguir hablando del derecho a la libre determinación?

Queda claro que el derecho a la consulta, como manifestación del derecho a la libre determinación, debe llevarse a cabo con anterioridad a la adopción estatal de la medida que dispone el ingreso a territorio indígena; pero, dado que

la decisión estatal puede ser contraria a la voluntad política del pueblo indígena involucrado, ¿estaremos ante la negación del derecho a la libre determinación? ¿Podemos afirmar que tal afectación aun permitirá a un pueblo indígena decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo y controlar su propio desarrollo económico, social y cultural como pueblo indígena, con sus condiciones ancestrales?

Ello implica evaluar la posibilidad contar con las condiciones mínimas necesarias para hablar del ejercicio aún vigente del derecho a la libre determinación; aun después de la autorización estatal para que un tercero efectúe su ingreso a tierras comunales conforme al marco legal y para desarrollar actividades que pueden afectar derechos colectivos del pueblo indígena involucrado.

### 3.2. *Requisitos Mínimos para Ejercer la Libre Determinación*

Lo argumentado por nuestro TC<sup>[18]</sup> es concordante con lo dispuesto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso del pueblo Saramaka vs Surinam<sup>[19]</sup> cuando, en función de derechos fundamentales como el de propiedad, prevé que:

- Su protección, como el de todo derecho fundamental, no es absoluta, pues se encuentran sujetos a límites y restricciones, pudiéndose subordinar su goce y uso, a los intereses de la sociedad.
- Por ello, el Estado puede restringir el goce y uso de derechos como el de la propiedad, siempre que estas restricciones: hayan sido establecidas previamente por ley, sean necesarias, proporcionales y tengan por fin un objetivo legítimo en una sociedad democrática.
- Un requisito adicional para estas restricciones, es que las mismas no supongan la denegación de subsistencia de tal sujeto colectivo, como pueblo indígena, vale decir su modo de vida ancestral de dicho pueblo. Caso contrario no se podrán iniciar procesos de consulta en estos casos, pues los efectos de la medida resultan incompatibles con el núcleo duro o mínimo necesario para de vida digna de un pueblo indígena y la realización de sus particulares derechos colectivos.

[18] Debemos recordar lo previsto en el artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional: "(...) el contenido y los alcances de los derechos constitucionales protegidos por los procesos regulados por el presente Código deben interpretarse de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos, los tratados de derechos humanos, así como de las decisiones adoptadas por tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según tratados de los que el Perú es parte."

[19] Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam, fundamentos 126 al 130.

Ello supone valorar a dicho modo de vida ancestral como un parámetro mínimo de la dignidad como excluyente de la primacía del bien común que pretende justificar una afectación a los derechos colectivos indígenas.

Tal subsistencia del modo de vida ancestral (o como se le desee llamar: tribal, indígena, originario, etc.), supone la razón de ser de un sujeto colectivo indígena: no se trata únicamente de la sola existencia de los miembros de un determinado pueblo, sino también de condiciones tales que les permitan subsistir con sus propias características indígenas. Ello implica un parámetro de mínimos que ayudan a definir una efectiva protección de la dignidad de una persona o sujeto colectivo indígena u originario.

En ese sentido, creemos que los criterios de identificación de un pueblo indígena previstos en instrumentos internacionales<sup>[20]</sup> pueden ayudarnos a orientar, caso por caso, las consideraciones a tomar en cuenta a fin de que un pueblo siga siendo considerado indígena y evitar la negación de su subsistencia.

Se trata de valorar, respecto de estos pueblos y sus miembros, además de la descendencia de poblaciones que habitaban el país antes de la creación de nuestro actual Estado:

- La distinción de otros sectores de la colectividad nacional debido a sus condiciones sociales, culturales, económicas y políticas; etc. Esto implica procurar la conservación de sus relaciones, desde las familiares, pasando por las de poder en el marco de su colectividad, hasta las que desarrollan con su entorno o ecosistema para conservarlo y procurarse bienestar colectivo a partir de él.
- El que estén regidos, cuanto menos parcialmente por sus propias costumbres, tradiciones o por una legislación especial. Ello implica, darle margen para la aplicación de su derecho consuetudinario, los mecanismos o prácticas tradicionales y formales usados para la resolución de conflictos, así como de los insumos que culturalmente resulten necesarios para ello; vinculación espiritual con sus tierras o territorios, etc..
- Cualquiera sea su situación jurídica, conserven al menos parte de sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas. Su forma de organización, festividades, etc.

Claro está que la valoración de estas condiciones mínimas se debe dar bajo una óptica que las rescate trascendiendo lo folklórico o el imaginario meramente paisajístico que significa para no pocos el mundo indígena. Se trata de apreciarlas con vocación para el real ejercicio de una ciudadanía intercultural y en

---

[20] Ver: Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo, artículo 1°.

beneficio de nuestros pueblos indígenas; una ciudadanía que se auto-reconoce como indígena y que va desde el propio pueblo indígena, hacia el resto del mundo procurando su respeto, protección y defensa mediante la definición de sus prioridades y el control de su desarrollo.

No obstante, ¿seguimos aquí con un enfoque positivista e indigenista? Entendiendo al positivismo explicado por Gray como la construcción y mantenimiento de un sistema jurídico que le otorga primacía al Estado y lo que implica su concepto del bien común, por sobre los derechos indígenas (incluido el de libre determinación) pues sí.

Sin embargo, creemos que el cambio a nivel nacional o local del enfoque indigenista por el indígena tiene mucho que ver en la tarea y en los procesos políticos-sociales destinados a consolidar un derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas mucho más integral en la vida nacional. Tal integridad exige su valoración expresa como de interés nacional, desde los dispositivos de rango constitucional hasta aquellos que lo desarrollan, como en el discurso práctico estatal y de la sociedad, que ayudan a definir la voluntad política nacional.

Creemos que es esta la manera de aprovechar lo dispuesto por el TC cuando señala la cada vez más creciente tendencia internacional por ejercer el Derecho a la Libre Determinación sin fines secesionistas políticos o territoriales. En definitiva, esto exigirá mucho más del aparato judicial que defienda la subsistencia de un pueblo indígena, como de los mecanismos interculturales (y los de la ciudadanía en general, interesada en estos procesos) que refuercen nuestra democracia participativa.

Cabe mencionar que la autonomía indígena que logre excluir en al menos, algunas decisiones finales al Estado, como repuesta histórica a la exclusión que han sufrido los pueblos originarios de estas tierras, pasan por una manifestación soberana del Estado que, del mismo modo de actuar con sus contrapartes a nivel internacional, exigen la creación y mantener canales de diálogo cada vez más fortalecidos y con vocación de permanencia.

#### IV. CONCLUSIONES

Los pueblos indígenas del Perú han sufrido históricamente su negación como sujetos de derecho, desde la disposición de sus bienes materiales (tierras, recursos, etc.) hasta los inmateriales (credo religioso, la valoración espiritual de sus recursos, etc.), pasando por su discriminación basada en su supuesta incapacidad para gestionar el bien común y/o hacerse cargo de sus propias vidas como colectivo.

Ello ha generado a su favor una deuda social e histórica muy grande con cargo al Estado peruano. Los intentos por reconocerles ciudadanía no pueden quedar sólo en eso, dado que se trata de facilitar su injerencia en la gestión del bien común para que puedan procurarse el propio, a su manera y estableciendo límites razonables a las medidas que pueda plantearles el Estado.

En ese marco, el Derecho a la libre determinación, entendido en un primer momento como la posibilidad de independizarse de los Estados que regían sobre ellos, histórica y prácticamente sólo ha favorecido a la creación de otros Estados (como el peruano), sin que ello signifique el reconocimiento y respeto por el dominio que vienen ejerciendo sobre sus territorios desde tiempos inmemoriales y sus propias formas de gestionar y entender el desarrollo como colectividad ancestral.

Diferentes instrumentos jurídicos internacionales (incluyendo la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas), proscriben cualquier intento por reducir la integridad política y territorial de sus Estados suscriptores. Dado que en el Perú, nuestro TC ha determinado al bien común como el límite para el ejercicio del derecho a la libre autodeterminación, se entiende, con carácter constitucional, que parte de dicho bien común se encuentra compuesto por la preservación de dicha integridad territorial y política del Estado peruano.

De otro lado, un mecanismo de exclusión del llamado bien común para cada caso concreto es la dignidad de la persona, lo que incluye a las que se manifiestan con carácter colectivo y que, conforme a lo resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, para el caso de los pueblos indígenas cuanto menos, dicha dignidad cuenta, como parámetro para su respeto, la no negación de su subsistencia como pueblo indígena. Si la medida estatal tiende a dicha negación, el Estado deberá inhibirse de aplicarla pues estaría desnaturalizando la posibilidad de que algún pueblo indígena ejerza su autonomía en la decisión de sus prioridades a fin de procurarse bienestar social, económico, cultural y político.

La subsistencia a la que hacemos referencia, supone conservar no sólo la existencia de los miembros de un pueblo indígena, sino las condiciones que les permitan desenvolverse como pueblo indígena, vale decir: cuanto menos aquellas instituciones culturales, políticas, económicas, etc. que les permitan mantener su condición de pueblo originario que decide de manera autónoma sobre su desarrollo como tal.

Finalmente, creemos que el camino a una libre autodeterminación integral, que suponga la posibilidad de excluir al Estado en la toma de decisión final, cuanto menos para algunos supuestos, dependerá de un proceso peruano, soberano y de largo plazo que se apoye en una institucionalidad indígena estatal. Esta se encuentra en la obligación de facilitar el diálogo

sostenido y con vocación de permanencia, a fin de identificar supuestos u oportunidades de acción por parte de los pueblos indígenas; ello no se encuentra prohibido en ningún cuerpo normativo, todo lo contrario, es deber del Estado promover el ejercicio (y con ello, la redefinición) del derecho a la libre determinación.

\* \* \* \* \*



# 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.º 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.

# LA PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL DE LAS COMUNIDADES INDÍGENAS EN RIESGO DE EXTINCIÓN Y LA CONSULTA PREVIA COMO DERECHO FUNDAMENTAL. EL CASO COLOMBIANO

MARTHA CECILIA PAZ\*

**SUMARIO:** **I.** *Introducción.* **II.** *El estado de las comunidades indígenas en Colombia.* **III.** *Auto 004 de 2009: el iter de una protección constitucional aún en ciernes.* **IV.** *Diagnóstico y análisis de la grave afectación de los pueblos indígenas por el conflicto armado.* **V.** *Respuesta del estado a la situación de los pueblos indígenas de Colombia frente al desplazamiento forzado.* **VI.** *Protección constitucional para las comunidades y pueblos indígenas mediante el auto 04 de 2009.* **VII.** *Problemas para la implementación de las órdenes contenidas en el auto y el nivel de cumplimiento por parte del gobierno.* **VIII.** *Conclusiones.* **IX.** *El derecho a la consulta previa de medidas legislativas a las comunidades étnicas.*

## I. INTRODUCCIÓN

El estatus de protección constitucional especial de las comunidades y pueblos indígenas en Colombia, produjo un cambio de paradigma en relación con los pueblos y comunidades nativas en el país, al mutarse de un modelo cuya finalidad era la asimilación e integración de tales comunidades a la cultura mayoritaria de la sociedad nacional, a un sistema pluralista y participativo que acepta y respeta la multiplicidad de formas de vida y sistemas de comprensión del mundo diferentes de la cultura occidental, y que propugna por el recono-

---

\* Magistrada Auxiliar de la Corte Constitucional Colombiana. Master en Derechos Fundamentales de la Universidad Carlos III de Madrid; Egresada del Programa P.I.L. de la Universidad de Harvard en derecho constitucional y jurisprudencia; Master en Filosofía de la Universidad Javeriana y Docente en la Universidad del Rosario en Bogotá en el área de interpretación constitucional, líneas jurisprudenciales y acción de tutela.

cimiento de los valores étnicos, culturales, ancestrales, lingüísticos, artísticos, religiosos, sociales y políticos.

A partir de la Constitución de 1991 y del desarrollo de la jurisprudencia de la Corte Constitucional en Colombia, se ha reivindicado tanto el tema étnico como la cultura indígena, ambas facetas positivas de reconocimiento frente a la historia de explotación, abusos, prejuicios y tratos discriminatorios de que han sido víctimas los pueblos autóctonos o aborígenes durante mucho tiempo, y ante el hecho de verse avocados a enfrentar un real y permanente riesgo de desaparición.

El presente artículo esbozará el panorama de dos de los temas que han permeado a la doctrina constitucional colombiana en los últimos diez años: (i) el estado de las comunidades indígenas en Colombia a la luz del desarrollo de la jurisprudencia de la Corte Constitucional y (ii) la garantía de la consulta previa como derecho fundamental de las comunidades indígenas.

## II. EL ESTADO DE LAS COMUNIDADES INDÍGENAS EN COLOMBIA

Tanto la Constitución Política Colombiana de 1991 como el derecho internacional, reconocen expresa y claramente los derechos de las personas, comunidades y pueblos indígenas en su dimensión individual y colectiva, siendo cobijados no sólo por los derechos humanos y fundamentales que son aplicables a todos, sino también por aquellos derechos que corresponden a su especificidad como pueblos y comunidades étnicas y culturales.<sup>[1]</sup>

En este sentido; a las comunidades indígenas colombianas no sólo les es aplicable la totalidad de los principios y derechos consagrados en la Constitución, iniciando con el derecho a la vida, que para el caso de la dimensión colectiva de las comunidades y pueblos indígenas, hace referencia a su existencia y supervivencia en el tiempo, sino que la Constitución también reconoce derechos específicos para ellas en su perspectiva colectiva, como (a) la protección de la riqueza cultural de la nación (C.P. art 8°); el derecho a la identidad cultural (art. 7 y 70 C.P.); (b) el derecho a la autodeterminación de los pueblos indígenas (C. P. arts. 9° y 330); (c) el derecho a la oficialidad de lenguas y dialectos de las comunidades nativas y a la enseñanza bilingüe (C.P. art. 10°); (d) el derecho de las comunidades indígenas a ser consultadas en las decisiones que las afectan, a través de procedimientos adecuados y con la participación de sus instituciones representativas (C.P. arts. 40-2, 329 y 330); (e) el respeto a la identidad cultural

---

[1] 254 de 1994.

en materia educativa (C.P. art. 68); (f) el reconocimiento de la igualdad y dignidad de todas las formas de cultura (C.P. art 70); (g) la protección del patrimonio arqueológico de la Nación (C.P. art. 72); (h) el derecho a una circunscripción especial para la elección de Senadores y Representantes (C.P. arts. 171 y 176); (i) el derecho a administrar justicia en su propio territorio y a regirse por sus propias normas y procedimientos (C.P. art. 246); (j) el derecho a la propiedad colectiva de las comunidades indígenas y su naturaleza inajenable, inalienable, imprescriptible e inembargable (art. 329); y (k) el derecho a gobernarse por consejos indígenas según sus usos y costumbres (C.P. art. 330).

Efectivamente, en el derecho internacional se encuentran plenamente reconocidos los derechos de los pueblos y comunidades indígenas, especialmente en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo -O.I.T.- sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, aprobado por Colombia mediante la Ley 21 de 1991. Dicho instrumento, que de acuerdo con la jurisprudencia colombiana hace parte del bloque de constitucionalidad, se ocupa de los derechos de los pueblos indígenas a la tierra, a la participación, a la educación, a la cultura y al desarrollo, en el contexto global de la protección a su identidad y en el propósito de que puedan gozar de los derechos fundamentales en el mismo grado que el resto de la población de los Estados miembros, y en consideración a la especial contribución de éstos pueblos a la diversidad cultural, a la armonía social y ecológica de la humanidad y a la cooperación y comprensión internacionales<sup>[2]</sup>.

En esa orientación, el Convenio impone a los gobiernos el deber de asumir la responsabilidad de desarrollar, con la participación de los pueblos indígenas y tribales interesados, una acción coordinada y sistemática para proteger los derechos de dichos pueblos y garantizar el respeto de su integridad (art. 2°). En palabras del mismo Convenio, dicha acción debe incluir medidas que cumplan los siguientes tres presupuestos básicos: (i) que aseguren a los miembros de las comunidades tradicionales gozar en pie de igualdad de los derechos y oportunidades que la legislación nacional reconoce a los demás miembros de la población; (ii) que promuevan la plena efectividad de los derechos sociales, económicos y culturales de esos pueblos, respetando su identidad social y cultural, sus costumbres y tradiciones, y sus instituciones; y (iii) que ayuden a los pueblos interesados a eliminar las diferencias socioeconómicas que puedan existir entre los miembros indígenas y los demás miembros de la comunidad nacional, de una manera compatible con sus aspiraciones y formas de vida.

La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha abordado los derechos que les atañen a las comunidades indígenas del país, empezando por el derecho a la vida individual de sus miembros y a la supervivencia colectiva como comunida-

[2] “*La jurisdicción especial indígena*”, Sanchez Botero, Isabel cristina Jaramillo. Procuraduría General de la Nación 2001.

des y pueblos ante el riesgo real y permanente de su extinción y desplazamiento, dado el contexto de conflicto armado en Colombia, mediante el Auto 04 de 2009, objeto de la primera parte de este artículo.

Así mismo, se ha pronunciado en múltiples oportunidades en relación con los derechos de las comunidades indígenas, tanto en sentencias de control abstracto de constitucionalidad de la ley<sup>[3]</sup> como de amparo de derechos fundamentales, en relación con (i) el reconocimiento del estatus especial en la Constitución y en la convención 169 de la OIT –sentencias C-208 de 2007 y T-1105 de 2008-; la administración de justicia en comunidades indígenas, sentencias C-713 de 2008 y C-T-1294 de 2005-; (iii) derecho a la educación especial de las comunidades indígenas –Sentencia C-208 de 2007; (iv) cupos especiales de acceso a la universidad de miembros de comunidades indígenas –T-1340 de 2001 y T-215 de 2005-; (v) derecho a la participación de las comunidades indígenas y tribales del país en las decisiones que los afectan –C-461 de 2008-; (vi) derecho de los pueblos indígenas a la consulta previa en las decisiones que los afectan –sentencias SU 383 de 2003, C-030 de 2008, C-461 de 2008 y C-175 de 2009 entre otras; (vii) participación política de las minorías étnicas -C-089 de 1994- y organización internacional del trabajo sobre pueblos indígenas -C-418 de 2002-, para hacer referencia a las más importantes.

Bajo tales lineamientos y en atención a los mandatos de la Constitución Política de 1991 y del Convenio 169 de la OIT, el Estado Colombiano tiene hoy la obligación de adoptar un papel activo en el propósito de lograr que las comunidades indígenas y tribales que habitan en el territorio nacional puedan sobrevivir ante el riesgo de su extinción física y cultural, puedan conservar sus instituciones y autoridades propias, sus formas de vida y su cultura, dotándolas de los instrumentos que permitan el fortalecimiento de su identidad, educación, lengua y religión, para así asegurar su supervivencia y los bienes y territorios que ocupan.

---

[3] Las decisiones de la Corte Constitucional Colombiana son básicamente de dos tipos: las sentencias de constitucionalidad, o de control abstracto de las leyes, cuya numeración se inicia con una “C”, y las decisiones de tutela, el nombre que se ha asignado en Colombia al recurso de amparo o de protección, que son aquéllas que se inician con una “T”. Las sentencias de constitucionalidad son pronunciadas por la Sala Plena de la Corporación, integrada por 9 magistrados, mientras que, por lo regular, las sentencias de tutela son expedidas por las distintas Salas de Revisión existentes, integradas cada una de ellas por 3 magistrados, salvo cuando se decide unificar la doctrina constitucional en tutela, caso en el cual conoce también la Sala Plena. En esos eventos, las sentencias se denominan “SU”. Las sentencias de esta Corte Constitucional se identifican entonces por tres elementos: el encabezado, (“C”, “T” o “SU”) que indica el tipo de proceso y decisión; un primer número, que corresponde al orden secuencial en un año determinado; y un segundo número, que especifica el año. Así, la sentencia T-002/92 es la segunda sentencia emitida por la Corte en 1992, y corresponde a una tutela, decidida en una Sala de Revisión de tres magistrados.

En contraste con este esquema constitucional y de derecho internacional y pese al alto y harto contenido constitucional proteccionista, es menester reconocer que en la realidad colombiana actual, las comunidades indígenas se encuentran en una grave situación de violación de sus derechos y de una sensible afectación de todo su ethos por el impacto del conflicto armado. Sobre la situación de las comunidades indígenas en Colombia el relator especial de Naciones Unidas para los derechos y libertades fundamentales de los indígenas expresó que “la situación de los derechos humanos de los indígenas de Colombia es grave, crítica y profundamente preocupante. Un gran número de comunidades sufre condiciones de violencia persistente en el marco de un conflicto armado que tiene impactos considerables en sus condiciones de vida cotidiana. Esta incluso amenazada la supervivencia física y cultural de algunas comunidades indígenas muy vulnerables, especialmente en la Amazonía”<sup>[4]</sup>.

En este contexto y desde el estado de *cosas inconstitucionales* declarado por la sentencia T-025 de 2004 a raíz del fenómeno del desplazamiento forzado y de la afectación de los derechos de las comunidades indígenas, la Corte Constitucional adoptó la decisión 004 de 2009, en donde toma medidas de protección constitucional de los derechos fundamentales de las personas y pueblos indígenas desplazados o en riesgo de extinción, según se expone a continuación.

### III. AUTO 004 DE 2009: EL ÍTER DE UNA PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL AÚN EN CIERNES

El *estado de cosas inconstitucionales* al que se ha hecho mención, declarado para el caso del desplazamiento forzado y la crítica situación de las comunidades indígenas mediante la sentencia T- 025 de 2004 es, de manera general, una medida de emergencia que adopta la Corte Constitucional Colombiana para impulsar la materialización de los derechos de grupos y colectivos específicos que han padecido graves y penosas violaciones a sus derechos.<sup>[5]</sup> En varias ocasiones, tratándose por ejemplo de la situación carcelaria o de la situación de los ancianos pensionados por entes del Estado, se ha declarado un estado de cosas inconstitucionales cuando se han advertido de manera masiva y sistemática, (i) violación de derechos fundamentales; (ii) omisión de las autoridades responsables para adoptar medidas que garanticen tales derechos y (iii) prácticas inconstitucionales de utilización masiva del mecanismo de la tutela como medio

[4] Informe del Relator especial sobre la situación de los derechos humanos y libertades fundamentales de los indígenas, Sr. Rodolfo Stavenhagen. 10 de noviembre de 2004, p. 5.

[5] T-300 de 2010, T-068 de 2010, SU 913 de 2009. entre otras.

de defensa de los derechos conculcados. Frente a estas situaciones, la Corte ha considerado menester la intervención colectiva de los poderes públicos para coadyuvar en su superación.

Para el caso de la población indígena, la sentencia T- 025 de 2004 alertó precisamente sobre su difícil situación frente a los peligros que la acechan. Estimó la Corte, que una de las fallas prominentes que se observan en la política pública de atención integral a la población desplazada, es la tendencia a plantear un tratamiento general y uniforme para toda la población en situación de desplazamiento al percibir a esta población como un grupo homogéneo de personas, desconociendo la atención diferencial que merecen ciertos grupos de individuos, que por su especial condición de vulnerabilidad son considerados desde el marco constitucional como sujetos de especial protección, resultando desproporcional su afectación respecto del resto de población en igual situación de desplazamiento. Esta ausencia en la atención diferencial en el marco de la política pública agrava más la situación de violación de derechos humanos. Por ello se concluyó, que el diseño de un enfoque diferencial requiere identificar las diferencias de los grupos de especial atención en razón de su mayor vulnerabilidad, como son los indígenas, para determinar cuáles diferencias son relevantes y encaminar cambios en la política pública.

Pese a tales directrices, en el año 2006 la Corte constató nuevamente que el gobierno colombiano no había avanzado en la implementación de un enfoque diferencial para la protección y garantía de derechos de los grupos étnicos ordenado por la sentencia T- 025 de 2004. En esa segunda oportunidad el Tribunal Constitucional dimensionó la gravedad de la violación de los derechos constitucionales específicos para estas comunidades, refiriéndose particularmente a los derechos colectivos a la integridad cultural y al territorio. Con base en el resultado de este análisis, en 2006 ( Auto 218 ) señaló la necesidad de diseñar un enfoque diferencial específico, que reconociera que el desplazamiento surte efectos distintos dependiendo de la edad, el género, el origen étnico y la capacidad física o mental.

Al constatar que la respuesta del Estado Colombiano a la situación de los pueblos indígenas había sido meramente formal, evidenciada en la expedición de documentos de política pública sin consecuencias prácticas, la Corte Constitucional Colombiana, tres años después, en el Auto 004 de 2009, concluyó que el Estado había incumplido sus deberes constitucionales en forma grave y, en consecuencia, ordenó al Gobierno Nacional el diseño e implementación de: (i) *un programa de garantía de los derechos de los pueblos indígenas* afectados por el desplazamiento y (ii) *de planes de salvaguarda étnica* ante el conflicto y el desplazamiento. Así mismo, solicitó a la Fiscalía General de la Nación (iii) *adoptar las determinaciones encaminadas a evitar la impunidad* de las conductas delictivas de las cuales habían sido víctimas

los miembros de los pueblos indígenas. De igual manera, (iv) solicitó a la Procuraduría General de la Nación, a la Defensoría del Pueblo y a la Contraloría General de la República en Colombia, que dentro de la órbita de sus competencias *adoptaran las medidas necesarias*. También, (v) se comunicó la providencia a las Oficinas de los Altos Comisionados de las Naciones Unidas para los Refugiados y los Derechos Humanos, al Comité Internacional de la Cruz Roja y al Consejo Noruego para Refugiados, para que *adopten las medidas que estimen pertinentes*.

Estos planes cubrieron a los siguientes pueblos indígenas asentados en Colombia: Wiwa, Kankuamo, Arhuaco, Kogui, Wayúu, Embera-Katío, Embera-Dobidá, Embera-Chamí, Wounaan, Awá, Nasa, Pijao, Koreguaje, Kofán, Siona, Betoy, Sicuani, Nukak-Makú, Guayabero, U'wa, Chimila, Yukpa, Kuna, Eperara-Siapidaara, Guambiano, Zenú, Yanacona, Kokonuko, Totoró, Huitoto, Inga, Kamenzá, Kichwa, y Kuiva.

Respecto de los elementos mínimos que deben contemplar los **Planes de Salvaguarda étnica** la Corte resaltó: (i) ser consultados previamente con las autoridades de las etnias beneficiadas; (ii) contener elementos de prevención del impacto desproporcionado del conflicto armado y del desplazamiento sobre el pueblo indígena respectivo; (iii) atender los derechos fundamentales de las víctimas de los crímenes cometidos en territorios indígenas; (iv) incluir un componente básico de protección de los líderes, autoridades tradicionales y personas en riesgo; (v) debe prever herramientas para el fortalecimiento de la integridad cultural y social; (vi) debe contener un ingrediente de protección de los territorios tradicionales, garantizar el retorno de las comunidades desplazadas en condiciones de voluntariedad, seguridad y dignidad; (vii) debe garantizar el retorno de la población desplazada, en condiciones de voluntariedad, seguridad y dignidad, atendiendo el caso de familias o personas que no pueden volver al territorio por razones de seguridad.

Ahora bien, el sustrato de esta pieza procesal (Auto 004 de 2009) estaba soportado claramente en la complejidad del proceso de superación del estado de cosas inconstitucional en materia de desplazamiento declarado mediante sentencia T-025 de 2004. Esa circunstancia específica, vale decir, la dilación del Gobierno en la implementación de las políticas públicas para superar la situación, condujo al Pleno de la Corte Constitucional a asumir por su cuenta el seguimiento del cumplimiento de las órdenes impartidas en esa sentencia y por razones operativas, tuvo que crear una Sala Especial al interior de la Corte Constitucional para verificar que las autoridades gubernamentales adoptarán las medidas necesarias que aseguran el goce efectivo de los derechos fundamentales de las personas pertenecientes a las comunidades indígenas desplazadas en el país, hasta la superación del estado de cosas inconstitucional. Se abre así

para el máximo juez constitucional colombiano una vía para la incursión en el diseño de políticas públicas, circunstancia no poco criticada por sectores de la doctrina académica y política.

En suma, tanto en la sentencia T-025 de 2004 como en el Auto 004 de 2009, la Corte Constitucional Colombiana ordenó medidas de protección a los derechos fundamentales de las personas y pueblos indígenas víctimas del desplazamiento forzado, en el marco del estado de cosas inconstitucional. En esos fallos judiciales, la Corte resaltó (i) el carácter de sujetos de especial protección constitucional de las personas y los pueblos indígenas y (ii) en virtud de la cláusula de igualdad del artículo 13 constitucional, reiteró que los indígenas constituyen uno de los grupos poblacionales más frágiles y excluidos dentro de los grupos vulnerables, por lo cual son merecedores de *protección constitucional reforzada*.

#### IV. DIAGNÓSTICO Y ANÁLISIS DE LA GRAVE AFECTACIÓN DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS POR EL CONFLICTO ARMADO

En el Auto 04 de 2009 la Corte realizó un serio diagnóstico en el que en primer lugar encontró, que algunos pueblos indígenas de Colombia están en peligro de ser exterminados, cultural y físicamente, por el conflicto armado interno, y han sido víctimas de gravísimas violaciones de sus derechos fundamentales individuales y colectivos y del Derecho Internacional Humanitario. Así, constató que el conflicto armado colombiano amenaza con el exterminio cultural o físico a numerosos pueblos indígenas del país. Encontró así mismo que existe un entramado de factores propios del conflicto armado o conexos con él, que operan como causas de la eliminación, el desplazamiento y la desintegración de los pueblos indígenas. Los factores comunes que constituyen los troncos principales de la confrontación que se cierne sobre los pueblos indígenas de Colombia y que dependiendo del contexto geográfico, socioeconómico y cultural del cual se trate, se entrelazan de manera distinta sobre cada comunidad en particular, son los siguientes:

1. Las confrontaciones que se desenvuelven en territorios indígenas entre los actores armados, sin involucrar activamente a las comunidades indígenas y sus miembros, pero afectándolos en forma directa y manifiesta.
2. Los procesos bélicos que involucran activamente a los pueblos y comunidades indígenas y a sus miembros individuales, en el conflicto armado, como los señalamientos, asesinatos selectivos de líderes y autoridades tradicionales, amenazas y hostigamientos, confinamientos,

controles sobre la movilidad de personas, alimentos, medicamentos, etc, irrespeto a las autoridades tradicionales, reclutamiento de menores; apropiación y hurto de bienes de subsistencia de las comunidades, prostitución forzada, violencia sexual hacia las mujeres, homicidio, amenaza y hostigamiento de maestros y promotores de salud, ocupación temporal de escuelas, viviendas y edificios comunitarios, utilización de las comunidades como escudos humanos.

3. Los procesos territoriales y socioeconómicos conexos al conflicto armado interno que afectan sus territorios tradicionales y sus culturas, como el despojo de su territorio, el desarrollo de actividades económicas lícitas o ilícitas en territorios indígenas, fumigaciones de cultivos ilícitos sin el lleno de los requisitos de consulta previa ordenados por la Corte Constitucional.<sup>[6]</sup>
4. Los procesos socioeconómicos que, sin tener relación directa con el conflicto armado, resultan exacerbados o intensificados por causa de la guerra, como la pobreza, la inseguridad alimentaria, las condiciones de salud, la invisibilidad preexistente por censos y estadísticas divergentes, el debilitamiento étnico y social y la aculturación prevalecientes.
5. Consideró el Auto 004 que la tierra constituye un factor común subyacente a la afectación de los pueblos indígenas por el conflicto, en cuanto los pueblos indígenas se encuentran especialmente expuestos, en indefensión, al conflicto armado y al desplazamiento.  
Se evidenciaron problemas (i) en la titulación formal de tierras y la constitución de resguardos que en la práctica no garantizan la posesión material por las comunidades; (ii) el interés de los actores no indígenas sobre la tierra que se deriva de varios factores como los recursos naturales, el valor militarmente estratégico, el valor económico, y por la distancia de centros urbanos; (iii) simultáneamente, para los pueblos indígenas la importancia de sus territorios para sus culturas y su subsistencia e integridad étnicas, hace más lesivos tanto los factores causales del desplazamiento como el desplazamiento en sí mismo; (iv) el problema de la tierra como generador de conflictos interétnicos que afectan los derechos fundamentales individuales y colectivos de los pueblos indígenas, e incide en el impacto del desplazamiento sobre las respectivas étnias.
6. La Corte afirmó la existencia de un impacto diferencial del conflicto armado sobre los grupos indígenas, lo cual se manifiesta en los alarmantes patrones de desplazamiento forzado, que se han incrementado

[6] Sentencia SU-383 de 2003.

a lo largo de la última década y hoy en día se ciernen como una de las más serias amenazas para la supervivencia a corto plazo de las etnias de Colombia. Por sus secuelas destructivas sobre el tejido étnico y cultural de estos grupos, el desplazamiento forzado genera un claro riesgo de extinción, cultural o física, de los pueblos indígenas. Los que ya estaban en riesgo con anterioridad al impacto del conflicto armado, se acercan al fin; los que no, entran en la categoría de alto riesgo de extinción cultural y física.

En punto a la naturaleza diferencial del impacto del desplazamiento forzado sobre los pueblos indígenas, el auto 004 de 2009 indicó que la médula del problema radica en que entremezcla facetas individuales y colectivas de afectación, es decir, tiene consecuencias destructivas tanto sobre los derechos individuales de las personas pertenecientes a las etnias afectadas, como mujeres y niños, como sobre los derechos colectivos de cada etnia al territorio, la cultura, la autonomía, la identidad, pérdida de la autoridad tradicional. Lo individual y lo colectivo del desplazamiento indígena se retroalimentan e interactúan, llevando a las personas y comunidades a un **estado de desterritorialización, aculturización, marginamiento y mendicidad**. Se advirtió también la gravedad de los desplazamientos hacia territorios de otras comunidades y resguardos indígenas, lo cual causa conflictos interétnicos, que generan efectos de desestructuración cultural. Así mismo, la Corte encontró que existe una alta frecuencia de éxodo transfronterizo de los grupos indígenas cercanos a las fronteras.

De otra parte, encontró serios problemas en la atención a las personas o comunidades indígenas desplazadas, así como la falta de una política pública diferencial para la atención a esta población. Estos problemas están asociados al subregistro y el rechazo al registro, así como a la falta de una respuesta estructurada y diferencial por parte del Estado.

#### V. RESPUESTA DEL ESTADO A LA SITUACIÓN DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS DE COLOMBIA FRENTE AL DESPLAZAMIENTO FORZADO

En respuesta a la situación de grave peligro de extinción y desplazamiento de las comunidades y pueblos indígenas, la Corte consideró que la respuesta de las autoridades estatales a la crítica situación, se ha dado principalmente a través de la expedición de normas, políticas y documentos formales, los cuales, a pesar de su valor, han tenido repercusiones prácticas precarias. Estos documentos, son principalmente dos:

- i) Un documento llamado “Directriz para la Prevención y Atención Integral de la Población Indígena en Situación de Desplazamiento y Riesgo, con enfoque diferencial”, desarrollada por la Dirección de Etnias, a través de un proceso participativo de formulación con las organizaciones indígenas, y talleres de implementación regionales con las autoridades, organizaciones y comunidades, que viene desde el año 2006.
- ii) En cuanto a las comunidades indígenas vulnerables, existe desde 2006 el “Plan Integral de Apoyo a Comunidades Indígenas en Alto Grado de Vulnerabilidad y Riesgo de Desaparición”, aprobado el 13 de junio de 2006 por el CNAIPD (Consejo Nacional para la atención integral de la población desplazada). Se trata de un documento que debe ser implementado en coordinación con varios programas de la Presidencia de la República en el área de derechos Humanos. En desarrollo de éste, se han formulado Planes de Acción para beneficiar a las comunidades; la Dirección de Etnias tiene para cada Plan una Matriz de Seguimiento.

#### VI. PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL PARA LAS COMUNIDADES Y PUEBLOS INDÍGENAS MEDIANTE EL AUTO 04 DE 2009

- i) La Corte declaró que los pueblos indígenas de Colombia están en peligro de ser exterminados cultural o físicamente por el conflicto armado interno, y han sido víctimas de gravísimas violaciones de sus derechos fundamentales individuales y colectivos y del Derecho Internacional Humanitario, todo lo cual ha repercutido en el desplazamiento forzado individual o colectivo de indígenas.
- ii) Señaló que el Estado colombiano está en la obligación doble de prevenir las causas del desplazamiento forzado de los pueblos indígenas, y atender a la población indígena desplazada con el consiguiente enfoque diferencial, es decir, impulsar acciones que fortalezcan el reconocimiento, la representación, la inclusión y la visibilización de los grupos étnicos y culturales que integran la Nación.

#### VII. PROBLEMAS PARA LA IMPLEMENTACIÓN DE LAS ÓRDENES CONTENIDAS EN EL AUTO Y EL NIVEL DE CUMPLIMIENTO POR PARTE DEL GOBIERNO

En cuanto a los problemas evidenciados por la Corte para la implementación de las órdenes contenidas en el Auto 04 de 2009 se encuentran los si-

guientes: (i) plazos fijados por la Corte que no se cumplen; (ii) exclusión de comunidades indígenas en peligro de desplazamiento o extinción; (iii) concepto de autoridades indígenas; (iv) consulta previa; (v) concepto de territorios indígenas tradicionales; (vi) coordinación interinstitucional para el proceso de implementación del Auto 004 de 2009; (vii) casos de emergencia, que ameriten una medida cautelar urgente por parte de la Corte; (viii) trabajo de la Defensoría del Pueblo de Colombia para alimentar la formulación de la política pública de atención a la población desplazada en todo el país.

### VIII. CONCLUSIONES

La población indígena en Colombia se encuentra desde el punto de vista constitucional bajo la declaratoria de una situación grave y de compromiso de sensibles derechos fundamentales señalado en la sentencia T-025 de 2004. Esta sentencia abogó por un enfoque diferencial en la política estatal que beneficiara a la población indígena en todas las áreas de afectación.

Al no verificarse avances en la implementación de un enfoque diferencial para la protección y garantía de derechos de los grupos étnicos, y en razón del impacto que tiene el conflicto armado sobre los pueblos indígenas, frente al nivel del desplazamiento de la población en general, la Corte Constitucional, en el Auto 004 de 2009 señaló la necesidad de diseñar e implementar una perspectiva diferencial concreta, que reconozca que el desplazamiento forzado afecta de forma distinta a niños, niñas y adolescentes, adultos mayores, mujeres, grupos étnicos y personas con discapacidad.

La Corte se encuentra permanentemente, mediante audiencias públicas citadas con ese propósito, evaluando el nivel de cumplimiento por parte del Gobierno a las órdenes dictadas en los temas referidos.

### IX. EL DERECHO A LA CONSULTA PREVIA DE MEDIDAS LEGISLATIVAS A LAS COMUNIDADES ÉTNICAS

El tema del derecho a la consulta previa es precisamente uno de los grandes tópicos atados a la protección debida a las comunidades indígenas y que merece destacarse por su amplio desarrollo en la jurisprudencia colombiana.<sup>[7]</sup>

---

[7] Ver al respecto la sentencia C-175 de 2009.

- i) La figura<sup>[8]</sup> se fundamenta en el principio democrático, el derecho a la participación y el reconocimiento de la diversidad étnica y cultural de la Nación, de conformidad con el artículo 40 Superior,<sup>[9]</sup> que en el caso de las comunidades indígenas y afrodescendientes cobra un significado distinto y reforzado, en virtud del reconocimiento de la diversidad étnica y cultural, el pluralismo jurídico, el reconocimiento de estas étnias como comunidades diferenciadas y autónomas.<sup>[10]</sup>
- ii) La garantía y reconocimiento de la diversidad de las comunidades tradicionales tiene sustento constitucional en razón de los expresos mandatos previstos por la Constitución Colombiana tales como el artículo 7 Superior, que incorpora el reconocimiento y protección de la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana, el artículo 330 de la Constitución Política, que dispone que los territorios indígenas estarán gobernados por sus autoridades tradicionales, conformadas y reglamentadas según sus usos y costumbres.<sup>[11]</sup> Estas disposiciones se encuentran complementadas con normas imperativas del derecho internacional de los derechos humanos.
- iii) El derecho de consulta previa que le asiste a las comunidades nativas se fundamenta en el derecho de decidir las prioridades en su proceso de desarrollo y preservación de su cultura y que, cuando procede ese deber de consulta, surge para las comunidades un derecho fundamental susceptible de protección por la vía de la acción de tutela, en razón a la importancia política del mismo, a su significación para la defensa de la identidad e integridad cultural y a su condición de mecanismo de participación.<sup>[12]</sup>  
Así, la jurisprudencia constitucional en Colombia ha sostenido que las comunidades indígenas y afrodescendientes deben contar con los espacios suficientes y adecuados de participación en las decisiones que incidan en sus intereses, con el fin de evitar la implementación de políticas públicas que erosionen su identidad.<sup>[13]</sup>
- iv) La participación de las comunidades diferenciadas en las decisiones que las afectan, tiene igualmente fundamento en el derecho internacional de los derechos humanos, especialmente en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo “sobre pueblos indíge-

[8] C-331 de 2012.

[9] Sentencia C-175 de 2009.

[10] Sentencia C-063 de 2010.

[11] Ver la sentencia C-175 de 2009.

[12] Ver sentencia C-030 de 2008.

[13] Consultar la sentencia C-715 de 2009.

nas y tribales en países independientes”, incorporado al ordenamiento jurídico interno por la Ley 21 de 1991, que hace parte del bloque de constitucionalidad y tiene carácter vinculante.

Con fundamento en este Convenio la doctrina constitucional ha identificado la existencia de un derecho a la consulta previa de las comunidades étnicas. Ha sostenido que este Convenio se encuentra dirigido a “(i) *lograr las aspiraciones de los pueblos indígenas y tribales 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; y (ii) superar esquemas predominantes en muchas partes del mundo, en que dichos pueblos no pueden gozar de los derechos humanos fundamentales en el mismo grado que el resto de la población de los Estados en que viven y que sus leyes, valores, costumbres y perspectivas han sufrido a menudo una erosión*”.<sup>[14]</sup>

La Corte ha reconocido también que la consulta previa es el instrumento que “*mayor impacto ha tenido en la jurisprudencia constitucional sobre participación de las minorías étnicas ..., al punto de ser reconocido por la jurisprudencia examinada en este apartado como un verdadero derecho constitucional de las comunidades tradicionales*”.

El derecho a la consulta previa encuentra sustento en el artículo 6° del Convenio 169 de la OIT, precepto que consagra la obligación de los gobiernos de garantizar la participación de las minorías étnicas en los asuntos que los afectan.

- v) A partir del reconocimiento del derecho a la consulta previa, la jurisprudencia constitucional ha desarrollado los siguientes ejes temáticos: (a) diferenciación entre la participación general de los representantes de las comunidades étnicas y la participación específica a través de la consulta previa; (b) identificación de las medidas legislativas que deben ser objeto de consulta previa a las comunidades diferenciadas; (c) previsión de los requisitos y etapas que debe cumplir el procedimiento de consulta, a fin que resulte compatible con los parámetros constitucionales; e (d) identificación de las consecuencias del desconocimiento del derecho de consulta previa.<sup>[15]</sup>
- vi) En cuanto a la diferenciación entre la participación general de los representantes de las comunidades étnicas y la participación específica a través de la consulta previa, la Corte ha precisado que la primera de ellas se puede llevar a cabo de manera general, sin perjuicio del reco-

[14] Sentencia C-366 de 2011.

[15] Ver sentencia C-030 de 2008 y C-366 de 2011.

nocimiento de la identidad diferenciada de dichas comunidades, lo que exige que esta participación se realice a través de mecanismos concretos y adecuados, que resulten compatibles con las particularidades de esa identidad, a través de medidas tales como la asignación de curules especiales en las corporaciones públicas.<sup>[16]</sup> La segunda modalidad de participación específica de las comunidades étnicas, hace relación a su participación en la toma de decisiones que afecten directamente a las comunidades indígenas y afrodescendientes, a través de un procedimiento particular de consulta previa a dichas comunidades, como requisito necesario para garantizar la preservación de su identidad diferenciada.

- vii) Especial atención le ha merecido a la jurisprudencia constitucional el tema relativo a la identificación de las medidas legislativas y administrativas que deben someterse al procedimiento de consulta previa. A este respecto, la Corte ha explicado que existen varios elementos a tener en cuenta: (a) en primer lugar, la afectación directa de las medidas a adoptarse para las comunidades étnicas. En este sentido, ha explicado que en armonía con lo consagrado por el Convenio 169 de la OIT, “la consulta previa es imperativa respecto de aquellas medidas legislativas y administrativas que afecten directamente a las comunidades indígenas y afrodescendientes”.

En forma contraria, las políticas generales que afecten a toda la población y que no incidan directamente en las comunidades diferenciadas, no están sujetas a consulta; (b) en segundo lugar, ha sostenido que una manera de determinar si afecta de manera directa a las comunidades, es establecer si se trata de temas definidos previamente por el convenio, o de temas que tengan una relación intrínseca con su identidad como comunidad étnica o un “*vínculo necesario con la definición del ethos de las comunidades indígenas y afrodescendientes*”<sup>[17]</sup>; (c) en tercer lugar, ha identificado prima facie, algunos temas que por su propia naturaleza se encuentran en conexión intrínseca con la supervivencia, la identidad y la cultura de las comunidades étnicas, tales como el tema del territorio o de tierras, la explotación de recursos naturales en las zonas donde se ubican o residen estas comunidades, la protección del grado de autonomía que la Constitución les reconoce a las comunidades indígenas y afrodescendientes, la conformación y delimitación del gobierno de estas comunidades y de su relación con los gobiernos

[16] Consultar las sentencias C-030 de 2008 y SU-383 de 2003.

[17] Consultar la sentencia C-175 de 2009, reiterado en Sentencias C-030 de 2008 y C-366 de 2011.

locales y regionales, de conformidad con las normas constitucionales pertinentes, artículos 329 y 330 de la Constitución Política. Estos temas, por constituir asuntos neurálgicos y ser de vital importancia para estas comunidades, deben someterse a consulta previa.<sup>[18]</sup>

- viii) De otra parte, la Corte Constitucional en Colombia ha precisado que el método para la determinación de temas que afecten a las comunidades étnicas, es casuístico, esto es, se debe esclarecer y determinar *en cada caso en concreto* cuáles son las medidas que afectan directamente a las comunidades indígenas y afrodescendientes, de manera que en concreto se evalúe qué tanto incide la medida en la conformación de la identidad diferenciada del pueblo étnico.
- ix) La jurisprudencia ha señalado entonces tres escenarios en los que procede la consulta previa por afectación directa de las comunidades étnicas: *“(i) cuando la medida tiene por objeto regular un tópico que, por expresa disposición constitucional, debe ser sometido a procesos de decisión que cuenten con la participación de las comunidades étnicas, como sucede con la explotación de recursos naturales; (ii) cuando a pesar que no se trate de esas materias, el asunto regulado por la medida está vinculado con elementos que conforman la identidad particular de las comunidades diferenciadas; y (iii) cuando a pesar de tratarse de una medida de carácter general, regula sistemáticamente materias que conforman la identidad de las comunidades tradicionales, por lo que puede generarse bien una posible afectación, un déficit de protección de los derechos de las comunidades o una omisión legislativa relativa que las discrimine.”*<sup>[19]</sup>
- (x) En cuanto a las condiciones y etapas de la consulta previa, la Corte ha resaltado que de conformidad con las pautas generales fijadas por el Convenio 169 de la OIT, este proceso (a) debe adelantarse de buena fe; (b) a través de formas y medios de comunicación efectivos con las comunidades étnicas; (c) de una manera idónea, apropiada y adecuada a las circunstancias con el fin de alcanzar un acuerdo respecto de las medidas ha adoptar; (d) debe respetar los parámetros constitucionales relativos a la participación de las comunidades étnicas; (e) no puede consistir en simples trámites administrativos por parte de las autoridades o en meros requisitos formales, sino que debe ser *“un proceso sustantivo de raigambre constitucional”*<sup>[20]</sup>; (f) debe garantizarse a las comunidades afectadas la información completa, precisa y significati-

[18] Ver Sentencia C-366 de 2011.

[19] Sentencia C-366 de 2011.

[20] Sentencia C-175 de 2009.

va sobre los proyectos que se pretenden desarrollar en sus territorios o de las medidas legislativas o administrativas del caso; (g) no puede ser extemporáneo a las medidas adoptadas, de manera que por ejemplo, respecto de medidas legislativas, debe llevarse a cabo este procedimiento, antes de radicar el proyecto de ley con el fin de que se garantice una participación efectiva de las comunidades étnicas; (h) no debe entenderse como un escenario de confrontación entre las autoridades gubernamentales y las tradicionales, ni como un proceso adversarial,<sup>[21]</sup> sino como uno de participación activa de éstas últimas en decisiones que las afectan de manera directa, de forma que tampoco implica un poder de veto de las medidas legislativas y administrativas por parte de las comunidades étnicas.

Es posible también que las comunidades étnicas estén acompañadas por la Defensoría del Pueblo Colombiana o la Procuraduría General de la Nación, si así lo estiman pertinente.

- xi) Finalmente, en relación con las consecuencias del incumplimiento del procedimiento de consulta previa, la jurisprudencia constitucional en Colombia ha señalado que ello implicaría : (a) la vulneración de un derecho constitucional y (b) la producción de efectos sustanciales para las medidas de que se trate, tales como “(i) la declaratoria de inconstitucionalidad, total o parcial, de la normatividad correspondiente, al oponerse al derecho de consulta previa; o, cuando ello resulte posible (ii) la exequibilidad condicionada del precepto, que privilegie una interpretación que salvaguarde las materias que inciden en la definición de identidad de las comunidades diferenciadas.”<sup>[22]</sup>

\* \* \* \* \*

[21] Ver sentencia C-461 de 2008.

[22] Consultar la Sentencia C-366 de 2011, ver también las sentencias C-461 de 2008 y C-063 de 2010, reiteradas en la C- 767 de 2012 y C-943 de 2012.



# EL TEST DE DISTINTIVIDAD CULTURAL EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE CANADÁ\*

AVIGAIL EISENBERG\*\*

**SUMARIO:** I. *Introducción.* II. *La cultura en la definición de derechos.* III. *Desafíos del Test de Distintividad Cultural.*

## I. INTRODUCCIÓN

En el caso de *R. v. Van der Peet* ([1996] 2 S.C.R. 507), la Corte Suprema de Canadá diseñó un test y un conjunto de criterios para determinar cuándo una práctica cultural aborígen debería ser exceptuada de las normas estatales. Dorothy Van der Peet, miembro de la Primera Nación Stó:lō, demandó ser exonerada de las normas estatales que no permitían a los pescadores individuales vender salmón sin contar con una licencia. Van der Peet argumentó que su derecho a vender salmón tenía como origen su condición de miembro de una nación nativa aborígen cuya identidad cultural estaba íntimamente ligada a la pesca del salmón, y por ende gozaba de protección según el artículo 35 de la Constitución de Canadá<sup>[1]</sup>. La Corte Suprema de Canadá, en mayoría,

---

\* La traducción que presentamos ha sido realizada por Isaac Rodríguez y Alvaro Córdova (miembro del Consejo Editor). El título original del artículo es *The Culture Distinctive Test*. Se han preferido los términos “Test de Distintividad Cultural” en lugar de la traducción literal de “La Prueba de la Cultura Distintiva”.

\*\* Profesora en el Departamento de Ciencia Política y Miembro del Programa de Gobierno Indígena de la Universidad de Victoria (Canadá).

[1] El artículo 35 de la Constitución del Canadá, 1982 estipula:

(1) Los derechos existentes -ancestrales o emanados de los tratados- de los pueblos aborígenes del Canadá son reconocidos y afirmados.

se pronunció en contra de Van der Peet bajo el argumento de que el comercio del salmón (no la pesca y el consumo del mismo) no calificaba como derecho aborigen protegido.

Según la Corte, para que una práctica cultural aborigen reciba protección constitucional debe pasar las dos etapas del “test de distintividad cultural” (*the culture distinctive test*). En la primera etapa, el demandante deberá demostrar que la práctica en conflicto forma parte integral de la cultura indígena de la comunidad antes del contacto (*pre-contact*)<sup>[2]</sup>. En otras palabras, para ser protegidas, las prácticas deberán ser centrales y no incidentales a la cultura, y tan sólo aquellas prácticas que existían antes del contacto Aborigen-Europeo son elegibles para la protección constitucional. En la segunda etapa, la práctica deberá ser contrabalanceada con el sistema legal con el que entra en conflicto — en este caso el *common law* canadiense. El trabajo de la Corte es presentar perspectivas aborígenes “reconocibles para un sistema legal no-aborigen” a través de un proceso de reconciliación que ponga igual peso a cada perspectiva. En el caso de *Van der Peet* la Corte estaba convencida de que, pese a que el salmón era componente central de la cultura Stó:lō, los Stó:lō no se dedicaron al comercio del salmón antes de que tuvieran contacto con los Europeos. El comercio del salmón era “incidental y ocasional” en el mejor de los casos y no existió un sistema de mercado establecido para el salmón hasta bien entrado el siglo diecinueve. Dado que la práctica no superó la primera etapa del test, la necesidad de determinar si pasaría la segunda etapa no se llegó a presentar.

El caso de *Van der Peet* brinda un buen ejemplo de los desafíos que las cortes enfrentan cuando tratan de diseñar y aplicar criterios para evaluar qué es distintivo de una cultura aborigen. Hasta cierto punto, cualquier intento por parte de una Corte de un ex-Estado colonizador para identificar las características distintivas de una cultura aborigen será muy probablemente recibido con sospecha por los

(2) En la presente ley, “pueblos aborígenes del Canadá” incluye a los pueblos Indios, Inuit y Métis del Canadá.

(3) Para una mayor certeza, en el numeral (1) derechos “emanados de los tratados” incluye derechos existentes en virtud de acuerdos de reivindicaciones territoriales o que pudieran haber sido adquiridos así.

(4) Independientemente de cualquier otra estipulación en esta ley, los derechos —ancestrales o emanados de tratados— aludidos en la subsección (1) son garantizados por igual a hombres y mujeres.

(NT: Cuando en este artículo se hace referencia a los “tratados” no se está refiriendo a tratados internacionales suscritos entre diferentes estados modernos, sino tratados pactados entre, en un inicio, la corona británica y las naciones indígenas, y posteriormente, a aquellos realizados entre el Estado canadiense y las naciones indígenas que habitan en el territorio de tal Estado.)

[2] NT: Como se observará más adelante la autora se refiere al contacto entre los europeos y las naciones indígenas que habitaban en América del Norte.

pueblos aborígenes. Muchos pueblos aborígenes ven a las cortes canadienses como instituciones del estado colonizador y por lo tanto especialmente carentes de legitimidad política para definir la naturaleza y el significado de las culturas aborígenes.

## II. LA CULTURA EN LA DEFINICIÓN DE DERECHOS

Más allá de este fundamental problema de legitimidad, el test de distintividad cultural genera varias preocupaciones respecto al uso de la cultura para definir derechos. Primero, el test de distintividad cultural esencializa la cultura porque promueve entendimientos especialmente limitados y nostálgicos de lo que constituye una cultura aborígena. En parte, esto se debe a que el test requiere que las comunidades aborígenes definan sus formas de vida ante la corte en términos que puedan ser reducidos a prácticas distintas a las cuales ellos se hubiesen adherido desde antes de la llegada de los europeos. El test así, puede proporcionar a las comunidades un incentivo para auto-esencializarse como un medio de persuadir a la corte del rol integral que una práctica particular ha tenido en su forma de vida. Una segunda preocupación es que el enfoque de derechos aborígenes como derechos culturales es un medio por el cual el Estado coopta a los pueblos aborígenes ofreciendo acomodamiento a un estrecho y limitado conjunto de prácticas culturales distintivas en lugar de las más amplias protecciones de los procesos de asimilación y desposesión en curso que amenazan sus formas de vida. Mientras que muchos pueblos aborígenes buscan maneras de mejorar su autonomía, en algunos casos comprometiéndose en luchas por su autodeterminación, el test de distintividad cultural ofrece, en el mejor de los casos, acomodación y protección legal para algunas prácticas distintivas y tradicionales.

Tercero, el test es etnocéntrico. Aunque la decisión en el caso de *Van der Peet* apunta supuestamente a la “reconciliación” —una palabra que se utiliza varias veces durante la sentencia— la corte se centra solamente en lo que la reconciliación requiere de los pueblos aborígenes, no de ambos pueblos. Por ejemplo, el test permite que solo las prácticas aborígenes desarrolladas antes del contacto sean exceptuadas de la legislación canadiense, pero no impone un requerimiento similar respecto a las prácticas culturales de Europa, esto es que sólo las prácticas culturales Europeas desarrolladas antes del contacto sean elegibles para ser exceptuadas de la legislación canadiense. Por supuesto, una exención para las prácticas culturales Europeas es innecesaria en primer lugar, dado que la ley desde la cual las exenciones se harían fue establecida por los colonizadores europeos y ha evolucionado para acomodar las cambiantes

prácticas culturales de los europeos. La ironía aquí es que la ‘reconciliación’ se requiere sólo de parte de los pueblos aborígenes.

Pese a estas preocupaciones, sería un error concluir que las demandas que hacen los grupos para el reconocimiento y protección de su identidad cultural no son útiles en el contexto de establecer derechos constitucionales. Determinar dentro del contexto de las disputas constitucionales si una práctica cultural particular es central a la identidad de una comunidad, tal como lo es la supuesta intención de la distintividad cultural, y reconciliar lo que es central para una cultura con aquello que es central para otra, puede ser de ayuda como un medio para revertir la exclusión social y para corregir los prejuicios institucionales. Las personas poseen un marcado sentido de identificación con sus lenguas, culturas, territorios y religiones y, en los últimos 30 años, muchas instituciones nacionales e internacionales han llegado a reconocer que estas identificaciones podrían generar legítimas demandas que muy a menudo han sido ignoradas o suprimidas en los Estados-Naciones contemporáneos. Las instituciones públicas, tales como las cortes y las legislaturas, deberían desarrollar pautas justas para evaluar estas demandas y deberían ser obligadas a confrontar las complejas cuestiones sobre legitimidad política y etnocentricidad en el proceso de evaluar las demandas que las minorías vulnerables presentan para la protección de algún aspecto de su identidad cultural.

### III. DESAFÍOS DEL TEST DE DISTINTIVIDAD CULTURAL

La pregunta importante en relación al test de distintividad cultural es si este tipo de test puede ayudar a rastrear la injusticia histórica y la exclusión social de los pueblos aborígenes, y si las cortes canadienses pueden desarrollar la capacidad de atenuar los desafíos que a veces afectan a la toma de decisiones públicas en esta área, tales como el esencialismo, la cooptación estatal y el sesgo (o prejuicio) etnocéntrico. Algo como el test de distintividad cultural podría resultar útil si es que pone de manifiesto los sesgos implícitos de modo que puedan ser confrontados y cambiados. Pero hasta ahora, los activistas (legales) en Canadá siguen sin estar convencidos de que el test canadiense resulte útil para promover la justicia y la emancipación de los pueblos aborígenes. La Corte Suprema de Canadá no fue unánime en el caso de *Van der Peet*, y los jueces disidentes manifestaron su oposición por el uso del “momento mágico del contacto Europeo” en lugar de las “tradiciones y estándares de los pueblos aborígenes en cuestión” como referencia del test. Dicho esto, los pueblos aborígenes en Canadá también tienen serias reservas respecto al test de distintividad cultural pero aun así deben continuar enmarcando sus argumentos respecto el

artículo 35 de la Constitución utilizando el test. A nivel internacional, el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas ha desarrollado un conjunto más amplio de criterios para evaluar las demandas de las minorías culturales, incluyendo los pueblos indígenas, para la protección de sus identidades distintivas según el artículo 27 del Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos. Pero hasta ahora, existe poca evidencia de que las cortes canadienses vayan a modificar su test de forma que reflejen los criterios más generosos que se usan a nivel internacional.

Ciertamente, no hay un conjuro mágico que forje relaciones justas dentro de una sociedad pluralista. Pero parece razonable suponer que estas relaciones mejoran al encontrarse maneras en las que las instituciones públicas, tales como las cortes, puedan abocarse a, en lugar de evitar, discusiones sobre las demandas que los grupos aborígenes presentan para el reconocimiento y protección de su identidad cultural. Estas discusiones deben prestar atención a los desafíos del esencialismo, la cooptación, la etnocentricidad y los problemas de legitimidad. Un test de distintividad cultural es una de dichas maneras, y es probable que sean usadas y desarrolladas con más frecuencia por las instituciones nacionales e internacionales.

\* \* \* \* \*



***JURISPRUDENCIA***  

---

***CONSTITUCIONAL***



***10 SENTENCIAS FUNDAMENTALES COMENTADAS  
DERECHOS DE LOS PUEBLO INDÍGENAS  
(2005-2012)***



COMENTARIO A LAS STC 0020-2005-PI Y 0021-2005-PI,  
DE 27 DE SEPTIEMBRE DE 2005

*SOBRE LA COMPETENCIA DE UN GOBIERNO  
REGIONAL PARA LEGALIZAR EL CULTIVO  
DE LA HOJA DE COCA*

Por EVELYN CHILO GUTIÉRREZ  
Asistente del Tribunal Constitucional

*I. Materias constitucionalmente relevantes*

Las sentencias materia de análisis pueden ser presentadas a través del siguiente cuadro:

<b>Expediente</b>	0020-2005-PI/TC y 0021-2005-PI/TC (acumulados)
<b>Proceso</b>	Inconstitucionalidad
<b>Emisión</b>	27 de septiembre de 2005
<b>Emisor</b>	Pleno jurisdiccional (magistrados Alva Orlandini, Bardelli Lartirigoyen, Gonzales Ojeda, García Toma, Vergara Gotelli y Landa Arroyo)
<b>Demandante</b>	Presidente de la República
<b>Demandados</b>	Gobiernos Regionales de Cusco y Huánuco
<b>Normas impugnadas</b>	Ordenanza Regional N° 031-2005-GRC/CRC y Ordenanzas Regionales N° 015-2004-CR-GRH y 027-2005-E-CR-GRH
<b>Normas vulneradas</b>	Artículos 43 y 192.10 de la Constitución

Bajo este marco, los principales temas revisados por las sentencias y que corresponden ser analizados en este comentario son los siguientes:

*1.1 En general, sobre el cultivo de la hoja de coca:*

- (a) ¿En qué consiste el derecho fundamental a la identidad étnica y cultural?
- (b) ¿Cuál es la política pública del Estado en materia de tráfico ilícito de drogas?

*1.2 Sobre el órgano competente para regular la legalización del cultivo de la hoja de coca:*

- (a) ¿Cuáles son las implicancias de los principios de unidad, cooperación y lealtad regional, taxatividad y cláusula de residualidad, y control y tutela?
- (b) ¿En qué consiste el principio de competencia en sentido estricto, acompañado del efecto útil y poderes implícitos, progresividad en la asignación de competencias y transferencia de recursos?

*2. Contexto histórico-político de la Sentencia*

Corría el año 2005 cuando los gobiernos regionales de Huánuco y Cuzco decidieron emitir las ordenanzas regionales impugnadas -normas con rango de ley- en virtud de las cuales se procedía a la legalización del cultivo de la hoja de coca en sus respectivas jurisdicciones, sin tener en cuenta que en el Decreto Ley N° 22095 de 1978 (Ley de Represión del Tráfico Ilícito de Drogas), el criterio principal para determinar la licitud del cultivo de la hoja de coca radicaba en la inscripción del propietario o productor y su respectivo predio en el Padrón de la Empresa Nacional de la Coca (ENACO), es decir, primaba un criterio personal antes que territorial. En tal sentido, estas ordenanzas regionales fueron objeto de diversas críticas por parte de la opinión pública y de los líderes políticos nacionales en tanto y en cuanto se consideraba que por medio de éstas se pretendía burlar la política nacional de represión de lucha contra el narcotráfico.

Ahora bien, ¿cuál era el contenido de tales ordenanzas?. El 29 de junio de 2005 se publicó la Ordenanza Regional N° 031-2005-GRC/CRC, mediante la cual el Gobierno Regional del Cusco declaraba a la planta de hoja de coca como patrimonio regional, natural, biológico, cultural e histórico de dicha región y como recurso botánico integrado a la cultura y cosmovisión del mundo andino, además de reconocer como zonas de producción tradicional y de carácter legal de dicha planta a los valles cuzqueños de La Convención, Yanatile (Calca) y Qosñipata (Paucartambo), donde su producción está destinada al uso medicinal, ceremonial, religioso, cultural, *chaqcheo*, entre otros; declarándose

a la hoja de coca como bien económico y transmisible y sucesorio del campesinado. La ordenanza fue reglamentada por Decreto Ejecutivo Regional N° 016-2005-GR-CUSCO/PR, el 1 de agosto de 2005. Asimismo, el 27 de julio del mismo año, luego que a través de la Ordenanza N° 015-2004-CR-GRH se declaraba a la hoja de coca como patrimonio cultural y de seguridad alimentaria en la región, el Gobierno Regional de Huánuco aprobó la Ordenanza Regional N° 027-2005-E-CR-GRH con el fin de declarar la legalidad de su cultivo dentro de su jurisdicción, para el consumo directo en la modalidad de “chacqueo” con fines medicinales, ceremoniales y de industrialización lícita.

En una reacción inmediata por parte del Ejecutivo, recogiendo el sentir de un sector de la opinión pública, el 25 de julio de 2005, la Presidencia del Consejo de Ministros presentó una demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 1°, 2° y 3° de la Ordenanza Regional N° 031-2005-GRC/CRC; y posteriormente, el 27 de julio de 2005 hizo lo propio contra las Ordenanzas Regionales N° 027-2005-E-CR-GRH y 015-2004-CR-GRH.

El Tribunal, tras acumular ambas demandas, emitió una sentencia en un tiempo menor al promedio dada la necesidad de pacificar la cuestión. Tiempo después volvió a pronunciarse sobre una materia similar en la STC 0006-2008-PI/TC, esta vez en contra de una Ordenanza Regional emitida por el gobierno regional de Puno, reafirmando la posición establecida en las STC 0020-2005-PI/TC y 0021-2005-PI/TC.

### 3. *Análisis*

La fundamentación de la sentencia se inicia con un re-examen de admisibilidad que –a mi juicio– el TC no sustenta adecuadamente; y es que cuando la presidenta regional de Huánuco contesta la demanda, deduce la excepción de falta de legitimidad para obrar de la demandante por considerar que la Resolución Ministerial N° 260-2005-PCM, del 27 de julio de 2005, sólo autorizaba al Procurador Público a cargo de los asuntos judiciales de la Presidencia del Consejo de Ministros, a interponer la demanda de inconstitucionalidad contra la Ordenanza Regional N° 027-2005-E-CR-GRH; no así, contra la Ordenanza Regional N° 015-2004-CR-GRH.

Para desestimar tal excepción, el TC arguye: a) que la Ordenanza N° 027-2005-E-CR-GRH, sólo incorpora un artículo a la Ordenanza N° 015-2004-CR-GRH, por lo que deviene en un mismo corpus normativo; b) que si bien de la resolución ministerial autoritativa se advierte que ésta sólo incluía la impugnación de la Ordenanza Regional N° 027-2005-E-CR-GR; sin embargo, tal cuestionamiento resulta injustificado, dada la conexidad entre ambos dispositivos, y lo dispuesto en el artículo 78° del Código Procesal Constitucional, que permite extender la sanción de inconstitucionalidad de una norma a

aquellas a las que el vicio deba alcanzar “por conexión o consecuencia”; c) que, finalmente, en aras de garantizar la supremacía normativa de la Constitución (artículo II del Título Preliminar del CPConst.), el Tribunal Constitucional tiene el deber de realizar una apreciación extensiva de las fuentes del ordenamiento conexas que resulten incompatibles con ella, aún en los supuestos en los que sólo alguna de dichas normas haya sido objeto de impugnación, pues lejos de aplicar el artículo 451º, inciso 5, del Código Procesal Civil, resulta aplicable el Artículo III del Título Preliminar del CPConst (principio *pro actione*).

En efecto ninguna de las premisas utilizadas por el TC es falsa; empero sí equívoca su interpretación en el caso concreto. Según el artículo 99 del Código Procesal Constitucional, “*Para interponer una demanda de inconstitucionalidad el Presidente de la República requiere del voto aprobatorio del Consejo de Ministros. Concedida la aprobación, designa a uno de sus Ministros para que presente la demanda de inconstitucionalidad y lo represente en el proceso. El Ministro designado puede delegar su representación en un Procurador Público*”; por lo que la delegación de la representación debe ser expresa y no puede argüirse, como lo hace el TC, que la conexidad de las normas permite una ampliación tácita de la autorización. La resolución ministerial requiere ser respetada por el delegado y debió ser analizada por el TC cuando admitió la demanda, y no al momento de sentenciar. Por ello hizo bien el TC al negar la aplicación supletoria de la norma procesal civil; sin embargo, no debió habilitar al procurador a demandar excediendo las facultades expresamente consignadas en la resolución ministerial autoritativa, pues quien pretende la inconstitucionalidad de una norma con rango de ley debe establecer con claridad qué norma está impugnando y no presentar un requerimiento genérico de justicia constitucional (artículo 101º2 del CPConst.). Finalmente, y sin perjuicio de lo expuesto, resulta razonable que encontrándose el proceso para ser sentenciado, se invoque la atribución concedida por el artículo 78º del Código Procesal Constitucional para emitir un pronunciamiento sobre el fondo, no obstante lo cual, no puede soslayarse que lo establecido en el artículo 101º2 del CPConst. debió ser materia de control en el auto de admisibilidad de la demanda.

En cuanto al tema de fondo, la cuestión central en el presente caso radicó en determinar si los gobiernos regionales mencionados resultaban competentes para declarar a la hoja de coca como patrimonio cultural de la nación y la legalidad de su cultivo dentro de su respectiva jurisdicción, a través de las Ordenanzas Regionales impugnadas. Para ello la STC en análisis realiza una interesante elucidación acerca del reparto de competencias de los diferentes niveles de gobierno (gobiernos regionales y gobierno nacional), implícitamente desarrollado por la Constitución y con mayor precisión en la Ley N° 27783, Ley de Bases de Descentralización (LBD) y la Ley N° 27867, Ley Orgánica de Gobiernos Regionales (LOGR). Definida esta cuestión preliminar en “clave teórica”, fue

sencillo posteriormente definir qué competencias les ha reconocido el constituyente a los gobiernos regionales en el tema del cultivo de la hoja de coca y si eran o no constitucionales las ordenanzas regionales impugnadas.

En esta perspectiva, aún cuando el TC advierte, desde un punto de vista material, la existencia de un conflicto de competencias positivo en el caso de autos, considera al proceso de inconstitucionalidad como la vía adecuada para su tramitación de conformidad con lo dispuesto en el artículo 110° del Código Procesal Constitucional. A su entender, el conflicto versa sobre Ordenanzas Regionales, normas con rango de ley, por lo que el enfoque debía darse a partir de los principios de jerarquía y competencia, expresados en los artículos 75° y 79° del Código Procesal Constitucional, ya que el parámetro de control de constitucionalidad estaba integrado por la Constitución y aquellas normas que delimitan el ámbito competencial o de atribuciones de los gobiernos regionales (LOGR y LBD), entendidas como *bloque de constitucionalidad* para el presente caso. En este contexto, el TC considera oportuno por un lado, aplicar la técnica del test de competencia, y por otro, emitir un pronunciamiento respecto del derecho a la identidad étnica y cultural invocado en la legalización del cultivo de la hoja de coca.

Vale recordar que, antes de emitir las sentencias materia de análisis, el Tribunal había establecido, bajo el concepto de Constitución Cultural (STC 0048-2004-AI/TC), que sobre la base del artículo 44 de la Constitución, el deber que asume el Estado, se manifestaba en tres aspectos: a) respetar todas aquellas manifestaciones culturales de los individuos o de grupos de ellos que constituyan la expresión de su derecho a la libertad de creación intelectual, artística, técnica y científica (artículo 2.8) y la propiedad de las comunidades campesinas y nativas sobre sus conocimientos colectivos, de medicina tradicional y salud, de valores genéticos y de su biodiversidad (artículos 88, 89 y 149); b) promover todos aquellos actos que atiendan al interés general, a desarrollar un conjunto de conocimientos que permitan el desarrollo del juicio crítico y de las artes, que contribuyen a la identidad cultural de la nación; y, c) no promover aquellos actos o actividades que pudiendo ser manifestaciones culturales o encubiertos por lo ‘cultural’, *“inciten al consumo de drogas, fomenten la violencia, realicen actos antinaturales o crueles contra los animales, causen un grave daño al medio ambiente, lleven a cabo la caza furtiva de especies en peligro de extinción”* (fundamento 4 de la STC 0048-2004-AI/TC).

Con relación a las ordenanzas cuestionadas, en primer lugar, el TC establece que la promoción de los bienes que constituyen patrimonio cultural de la nación, es una competencia compartida entre gobierno nacional y gobierno regional en cuya jurisdicción se encuentran. Éste realiza la propuesta de declaración del bien como patrimonio cultural (artículos 189 y 192 de la Constitución) y el gobierno nacional lo define normativamente para que tenga validez y eficacia

(artículo 10.2.f de la LOGR y artículo VII de la Ley 28296, General del Patrimonio Cultural de la Nación). De la interpretación sistemática efectuada, se colige que a los gobiernos regionales no les ha sido reconocida exclusivamente la competencia para declarar a determinados bienes como patrimonio cultural, por lo que el artículo 1 de la Ordenanza Regional N° 031-2005-GRC/CRC y de la Ordenanza Regional N° 015-2004-CR-GRH, devienen en inconstitucionales. Parece adecuado, entonces, que si bien cada gobierno regional tiene mucho que decir sobre los patrimonios culturales de su jurisdicción, su actuar debe estar en estricta coherencia con los planes nacionales sobre el tema.

Por otro lado, en cuanto a la declaración de la planta de la hoja de coca como bien transmisible y sucesorio por el artículo 3 de la Ordenanza Regional N° 031-2005-GRC/CRC, el Tribunal establece asimismo su inconstitucionalidad, al entender que de acuerdo al Código Civil, el régimen real y sucesorio de determinados bienes muebles, como la planta de la hoja de coca y otros constituyen materias exclusivas del gobierno nacional, tanto más que sólo al Gobierno Nacional le corresponde la elaboración de políticas nacionales destinadas a combatir y sancionar el tráfico ilícito de drogas.

Ahora bien, el tema central radicaba sin duda alguna en la legalización del cultivo de la hoja de coca, respecto de la cual los gobiernos regionales demandados invocaban como criterio legitimador, el derecho a la identidad étnica y cultural (artículo 2.19 de la Constitución). El análisis en este acápite abarcó dos momentos.

En primer lugar, el TC meritúa el valor de la hoja de coca como patrimonio cultural inmaterial de la Nación. Es innegable que su cultivo y consumo en el Perú ha formado parte de la tradición histórica y cultural de un importante sector de la población andina, desde la época del Tawantinsuyu, al poseer un valor especial en varias dimensiones (religiosa, medicinal, económica y social), siendo impropio asociar hoja de coca y cocaína. El mencionado artículo 2°19 de la Constitución se proyecta como una concretización de la Constitución material de la nación peruana (multiculturalismo y pluriétnicidad); siendo que los conocimientos tradicionales asociados a la planta de la hoja de coca poseen el carácter de patrimonio cultural inmaterial de carácter biológico (Convención para la Salvaguarda del Patrimonio Cultural Inmaterial, de 1993, de carácter *soft-law* en nuestro ordenamiento jurídico).

En tal sentido, la planta de la hoja de coca debe ser promovida como parte de la cultura del país, deber primordial del Estado social y democrático de derecho (artículo 44° de la Constitución). Tales potencialidades del patrimonio cultural inmaterial obligan al legislador a hacer una lectura integral de esta institución atendiendo a sus consecuencias socioeconómicas, y fundamentalmente a los derechos de las comunidades campesinas y nativas (artículo 89° de la Constitución). Esto motiva al TC a exhortar al Congreso de la República a incluir a

la planta de la hoja de coca en la lista de cultivos reconocidos como Patrimonio Natural de la Nación (Ley 28477), y al INC a iniciar los trámites administrativos para evaluar la conveniencia técnica de la declaración del uso tradicional de la planta de hoja de coca como patrimonio cultural inmaterial.

Pero el análisis no concluye aquí. Con relación a la política contra el tráfico ilícito de drogas, el TC establece que la regulación de las zonas de cultivo de determinadas plantas y, entre ellas, la de la hoja de coca, se inserta en el ámbito de competencias compartidas entre los gobiernos nacional y regional (artículo 11°2 de la LOGR), por lo que el eventual ejercicio de éstas no puede exceder el ámbito territorialmente delimitado y no puede ser contrario a las políticas y planes nacionales que regulan la actividad concreta (artículo 192 de la Constitución).

Por ello, comienza examinando la vinculación existente entre el cultivo de la hoja de coca, como manifestación del derecho fundamental a la identidad étnica y cultural, y el tráfico ilícito de drogas. Con el mismo énfasis con que reconoce que la hoja de coca no es sinónimo de cocaína y que es contrario a la Constitución pretender la erradicación absoluta de las plantaciones de hoja de coca, el TC reconoce también que la ausencia de control efectivo por parte del gobierno nacional sobre la expansión de su cultivo, cosecha y comercialización tiene relación directa con el tráfico ilícito de la cocaína, actividad que el Estado tiene la obligación constitucional de combatir en todos sus orígenes, directos e indirectos (artículo 8° de la Constitución, desarrollado por el Decreto Ley 22095, Ley de represión del tráfico ilícito de drogas, y el Decreto Legislativo 824, Ley de Lucha contra el tráfico ilícito de drogas, entre otros), por lo que resulta de especial importancia la necesidad de adoptar políticas económicas y sociales agresivas de información, dirigidas a la colectividad.

Así, para analizar cuáles eran las competencias de los gobiernos regionales de Huánuco y Cuzco a la hora de legislar utiliza el *test* de competencia, el cual implica el análisis de los subprincipios de unidad y competencia en sentido estricto. El primero de ellos postula que de conformidad con el artículo 43° de la Constitución, el Estado peruano es unitario y descentralizado, lo cual implica que a los gobiernos descentralizados (regiones y municipios) se les reconoce no sólo una autonomía administrativa, sino también económica y política (artículos 191°, 192°6 y 200°4 de la Constitución). Este principio fue desarrollado por el Tribunal en anteriores pronunciamientos como la STC 0002-2005-PI/TC.

La aplicación del referido subprincipio debe ser armonizada junto a otros, también previstos en la Constitución, como el de cooperación y lealtad regional (artículos 189°, 191° y 192°); de taxatividad y cláusula de residualidad (segundo párrafo e inciso 10 del artículo 192°); de control y tutela (artículo 199°, en concordancia con los artículos 21° de la LBD y 75° de la LOGR). Según la cooperación y lealtad regional, la descentralización y el Estado unita-

rio no constituyen categorías incompatibles, y los gobiernos regionales tienen el deber de colaborar en la consecución de los fines estatales, estando impedidos de dictar normas en contradicción con los intereses nacionales. Según la taxatividad y residualidad, los gobiernos regionales no pueden exceder las competencias establecidas en la Constitución y leyes orgánicas, de modo tal que aquellas no conferidas expresamente, corresponden al gobierno nacional (subsidiariedad a favor del gobierno más general). Según el control y tutela, los gobiernos regionales y locales son fiscalizados por sus propios órganos internos y se encuentran sometidos a supervisión directa y permanente por órganos del gobierno nacional, como la Contraloría General de la República, además de rendir cuentas a la ciudadanía sobre los avances, logros, dificultades y perspectivas de su gestión.

Por su parte, el subprincipio de competencia señala que la potestad normativa está distribuida entre órganos nacionales, regionales y locales, cuenta con un ámbito de vigencia y aplicación delimitado territorialmente, y está sometida a la Constitución y a las leyes de desarrollo constitucional (LBD y LOGR). Entonces, como las normas regionales no se encuentran jerárquicamente subordinadas a las del gobierno nacional, su articulación con éstas no puede sustentarse en el principio de jerarquía, sino en el de competencia que permite la delimitación de los ámbitos competenciales a través del test de competencia (artículos 11°1 y 13° de la LBD y artículo 5° de la LOGR).

Paralelamente, antes de finalizar con el análisis del test, el TC rescata otros principios constitucionales del reparto competencial, como el de efecto útil y poderes implícitos y de progresividad en la asignación de competencias y transferencia de recursos (artículos 188° y 192°10 de la Constitución). El primero flexibiliza la rigidez del principio de la taxatividad, al indicar que éste no resulta incompatible con el reconocimiento de que los gobiernos regionales también realicen aquellas competencias reglamentarias no previstas legal ni constitucionalmente, consustanciales al ejercicio de las previstas expresamente (poderes implícitos), o ser una directa manifestación y exteriorización de los principios que rigen a los gobiernos regionales dentro de un Estado unitario y descentralizado. La progresividad competencial, por su parte, radica en que el proceso de descentralización, mediante el establecimiento de las regiones y sus gobiernos regionales, no es un acto acabado o definitivo, pues se realiza por etapas, por lo que la asignación de competencias y recursos a estos gobiernos es un proceso abierto asegurado por la Constitución, al establecer sólo de manera enunciativa sus competencias y dejar que esta tarea se complemente.

En esta perspectiva, bajo los parámetros de la aplicación del *test* de competencia, el TC concluye que el tratamiento y la regulación del cultivo y la erradicación de la hoja de coca es una competencia exclusiva del gobierno nacional (artículo 8° de la Constitución), incluyendo el reconocimiento legal de las zo-

nas de producción de la hoja de coca. Sin embargo, ello no significa que toda normativa sobre la materia expedida por los gobiernos regionales, carezca *per se* de validez, pues aunque se trata de una competencia exclusiva del gobierno nacional no es, sin embargo, excluyente. Los gobiernos regionales, en esta materia tienen la atribución de solicitar al gobierno nacional la declaración de las áreas de producción tradicional de la hoja de coca; y dictar normas ejecutivas de alcance regional de la política general diseñada por el gobierno nacional, las cuales en ningún caso, podrán ser incompatibles con la legislación, política o plan nacional antidrogas. De lo enunciado, tomando en cuenta que las ordenanzas cuestionadas desarrollan la definición de las zonas de producción sin respeto alguno por las atribuciones del gobierno nacional, es correcto que se declare la inconstitucionalidad del artículo 2 de la Ordenanza Regional N° 031-2005-GRC/CRC, la Ordenanza Regional N° 027-2005-E-CR-GRH, y el artículo 1-A de la Ordenanza Regional N° 015-2004-CR-GRH.

A modo de *obiter dicta*, el Tribunal establece el deber constitucional del Estado de diseñar una política eficiente contra este flagelo social. El análisis que realiza el TC de una política pública si bien puede parecer interesante y buscar un grado de pacificación tras la emisión de la sentencia, no cuenta con un mínimo nivel de lo que se conoce como evaluación de las políticas públicas, basándose únicamente en apreciaciones jurídicas genéricas y percepciones.

Llega a aseverar que las políticas sectoriales hasta ese momento implementadas por el gobierno nacional no alcanzaron los resultados esperados, y no eran afines con la realidad nacional y regional sobre la materia. Hace suyo el estudio del Grupo de Análisis para el Desarrollo (GRADE), según el cual la débil capacidad de gestión de ENACO que incluye su débil presencia en ciertas áreas geográficas, altos costos operativos y administrativos, ausencia de una política de precios, entre otros, sería la principal razón del comportamiento inercial de las compras de hoja de coca, además de la ausencia de políticas de producción agrícola, pecuaria, agroindustrial o forestal alternativas con resultados eficientes (artículos 88° y 8° de la Constitución). En atención a ello, se resalta que el Congreso de la República y el Poder Ejecutivo deben, de conformidad con sus atribuciones, rediseñar la política del Estado contra el tráfico ilícito de drogas, enfocando el esfuerzo en todos los estadios de la producción, particularmente en aquellos descuidados y que se encuentran relacionados, fundamentalmente, con la demanda y no sólo con la oferta, y con pleno respeto de los derechos fundamentales, en especial, aquellos de contenido cultural. Asimismo, exhortó al Poder Ejecutivo, específicamente a DEVIDA, a adoptar todas las medidas necesarias para concretar, en el más breve plazo posible, el Programa de Desarrollo Alternativo previsto en el punto IV.C de la Primera Actualización de la Estrategia Nacional de Lucha contra las Drogas 2002-2007, aprobada por Decreto Supremo 006-2005-PCM.

En conclusión, se puede observar una sentencia que logra desarrollar de forma detallada el *test* de competencia, que ha servido de base para las posteriores sentencias emitidas por el TC y deja sentado convenientemente cuáles son las atribuciones de los gobiernos regionales en materia del cultivo de la planta de hoja de coca, impidiendo que gobiernos regionales como los de Cuzco y Huánuco puedan atribuirse competencias que no son propias de su función, al constituir una intromisión en las competencias del gobierno central, fortaleciéndose así la lucha contra el narcotráfico. Sin embargo, no compartimos la forma en que habilitó la legitimidad del procurador demandante ni las recomendaciones en materia de política pública al no contar con la base política ni económica para hacerlo.

COMENTARIO A LAS STC 3343-2007-PA,  
DE 22 DE FEBRERO DE 2009

*EL CASO CORDILLERA ESCALERA  
Y LA PRIMERA PIEDRA SOBRE LA  
CONSULTA PREVIA*

POR CYNTHIA VILA ORMEÑO  
Asesora de la Alta Dirección del Ministerio de Justicia

*1. Materias constitucionalmente relevantes*

La sentencia materia de análisis puede ser presentada esquemáticamente a través del siguiente cuadro:

<b>Expediente</b>	3343-2007-PA/TC
<b>Proceso</b>	Amparo
<b>Emisión</b>	22 de febrero de 2009
<b>Emisor</b>	Pleno jurisdiccional (magistrados Vergara Gote-lli, Mesía Ramírez, Landa Arroyo, Beaumont Ca-llirgos, Eto Cruz y Álvarez Miranda)
<b>Demandante</b>	Jaime Hans Bustamante Johnson
<b>Demandados</b>	Occidental Petrolera del Perú; LLC, Sucursal del Perú (hoy Talismán Petrolera del Perú, LLC Su-cursal del Perú), Repsol Exploración Perú, Sucur-sal del Perú y Petrobras Energía Perú S.A.

<b>Acto lesivo</b>	Explotación petrolera realiza en Cordillera Escalera implica la extracción de millones de litros de agua de producción petrolera con alta salinidad desde del subsuelo y que afloraban a la superficie contaminando y devastando el medio ambiente, pues dichas aguas saladas suelen ser vertidas a los cauces de los ríos.
<b>Derechos vulnerados</b>	Derechos a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida; a la vida, el libre desarrollo y el bienestar; a la protección de la salud, la del medio familiar y la de la comunidad, así como el deber de contribuir a su promoción y defensa; a exigir del Estado la promoción de la conservación de la diversidad biológica y las áreas naturales protegidas; alimentación; y al agua

Bajo este marco, los temas principales que son revisados por la sentencia y que en cierta forma van a ser examinados en este comentario son los siguientes:

*1.1. Con relación al derecho a un medio ambiente equilibrado y adecuado:*

- (a) ¿Qué implica este derecho?
- (b) ¿Qué significan los principios de sostenibilidad, de prevención y precautorio?
- (c) ¿Define la responsabilidad social de la empresa en materia ambiental?

*1.2. Con relación del derecho al medio ambiente y su titularidad por parte de las comunidades nativas:*

- (a) ¿Qué relación tiene con el derecho a la identidad étnica y cultural?
- (b) ¿Existe el derecho a la consulta previa?

*2. Contexto histórico-político de la sentencia*

El Área de Conservación Regional Cordillera Escalera, creada por el Ejecutivo el 25 de diciembre de 2005 mediante Decreto Supremo 045-2005-AG, a propuesta del gobierno regional de San Martín, tiene una superficie de 149,870 hectáreas y abarca cinco distritos de la provincia San Martín y cuatro de la provincia de Lamas, en la selva alta. En dicha área, existe una muestra repre-

sentativa de bosques nubosos montanos tropicales, cuya conservación garantiza el agua, carne de monte, semillas, palmeras y biodiversidad.

El inicio de la explotación y exploración hidrocarburífera en esta área por parte de una empresa privada fue el origen de complicadas relaciones entre el sector privado y las comunidades nativas. El lugar materia del conflicto fue el Lote 103, que era explotado por las empresas Occidental Petrolera del Perú; LLC Perú; Repsol Perú y Petrobras. La razón que señalaron las comunidades nativas era que la actividad empresarial afectaba el ecosistema.

Un particular planteó una demanda de amparo en contra dichas empresas a fin de que se suspenda la exploración actual y futura de hidrocarburos en el área natural protegida denominada Cordillera Escalera. El objeto de la demanda fue proteger la zona por su riqueza de biodiversidad y fuente captadora y almacenadora de agua ya que ahí nacen tres cuencas hidrográficas (Cumbaza, Caynarachi y Shanusi), única fuente proveedora de agua de las zonas aledañas.

### 3. *Análisis*

El principal objeto de análisis de este caso fue determinar si la exploración y posible explotación hidrocarburífera desarrollada por las empresas demandadas constituía una afectación o amenaza al ecosistema del área de conservación regional de Cordillera Escalera y asimismo si existía o no una afectación al derecho fundamental a un medio ambiente equilibrado y adecuado, sobre todo si se consideran como espacios que deben contribuir a las estrategias de desarrollo a nivel regional.

El derecho al medio ambiente está establecido en los artículos 2.22, 66, 67, 68 y 69 de la Constitución, y a nivel legal, en el artículo 9 de la Ley 28611, General del Ambiente. Se reconoce, en primer lugar, a los recursos naturales *in totum*, como patrimonio de la nación, cuya explotación no puede ser separada del interés nacional; y, en segundo término, que los beneficios derivados de su utilización deben alcanzar a todos en su conjunto, proscribiendo en ese sentido su goce exclusivo y particular.

Fundamentado en el valor solidaridad, el derecho al medio ambiente “*comporta la facultad de las personas de poder disfrutar de un medio ambiente en el que sus elementos se desarrollan e interrelacionan de manera natural y armónica; y, en el caso en que el hombre intervenga, no debe suponer una alteración sustantiva de la interrelación que existe entre los elementos del medio ambiente. Esto supone, por tanto, el disfrute no de cualquier entorno, sino únicamente del adecuado para el desarrollo de la persona y de su dignidad (artículo 1° de la Constitución). De lo contrario, su goce se vería frustrado y el derecho quedaría, así, carente de contenido*” (STC 0048-2004-AI/TC). Sobre la base de este derecho, se configura lo que se ha venido a denominar la Constitución

Ecológica, conjunto de disposiciones constitucionales referidas a las relaciones entre el individuo, la sociedad y el medio ambiente. (STC 3610-2008-PA/TC), derivándose un conjunto de acciones que el Estado se compromete a desarrollar y promover, con el fin de preservar y conservar el ambiente frente a las actividades humanas que pudieran afectarlo.

Bajo tal conceptualización, el TC consideró que el derecho analizado está configurado por dos elementos. El primero es la facultad de poder disfrutar de un medio ambiente en el que sus elementos se interrelacionan de manera natural y armónica, de modo que la intervención del ser humano no debe suponer una alteración sustantiva de la indicada interrelación (libertad negativa: no dañar el medio ambiente). El segundo elemento es el derecho a la preservación de un ambiente sano y equilibrado, exigible tanto a los poderes públicos como a los particulares cuya actividad económica incide, directa o indirectamente, en el ambiente (libertad positiva: evitar, proteger y /o reparar los daños inevitables que se produzcan). En este sentido, cabe resaltar la trascendencia de la prevención y las acciones destinadas a este fin, en tanto es preferible evitar el daño (principio de prevención y precaución) a tener que indemnizar perjuicios que pueden ser sumamente costosos para la sociedad.

Avanzando más en el desarrollo del derecho, el TC establece el carácter del desarrollo sostenible y generaciones futuras. A su entender, este concepto comporta un proceso en el que la utilización de los componentes de la diversidad biológica se desarrolla de un modo y a un ritmo que no ocasione la disminución a largo plazo de dicha diversidad, manteniendo así las posibilidades de ésta de satisfacer las necesidades y aspiraciones de las generaciones actuales y futuras (STC 0048-2004-AI/TC).

Contribuyen en este proceso el principio de sostenibilidad y el de prevención. El primero de estos, establecido en el artículo V del Título Preliminar de la Ley General del Ambiente, pretende modular la actividad económica a la preservación del ambiente, el mismo que tendrá que servir de soporte vital también para las generaciones venideras; tanto más que no se trata de preservar exclusivamente el legado ambiental, sino también aspectos del ámbito cultural. El principio de prevención, previsto en el artículo IV del Título Preliminar y artículo 11 de la Ley General del Ambiente, el cual se desprende de la faz prescricional del derecho al ambiente equilibrado y adecuado es potencial y radica en la acción que el Estado debe adoptar para prevenir un daño futuro al medio ambiente en la actualidad. Se diferencia del principio precautorio, del artículo 3.3 del Convenio Marco de Naciones Unidas sobre Cambio Climático, porque en la formulación más radical de este último, la posibilidad de anticipación es limitada por el estado actual de conocimientos científicos, es decir que, el riesgo de daño ambiental no puede ser conocido anticipadamente, no a mediano ni a largo plazo.

Asimismo, del desarrollo sostenible y generaciones futuras fluye la responsabilidad social de la empresa. En una economía social de mercado (artículo 58 de la Constitución), tanto los particulares como el Estado asumen deberes específicos: de ejercitar las libertades económicas con responsabilidad social, y de ejercer un rol vigilante, garantista y corrector, ante las deficiencias y fallos del mercado, respectivamente (STC 0008-2003-AI/TC). El concepto de responsabilidad social de la empresa tiene diversos ámbitos de aplicación. El ámbito interno en el respeto de los derechos laborales de los trabajadores y al clima laboral interno, así como el buen gobierno corporativo; y en el externo se enfatizan las relaciones entre la empresa, la comunidad y su entorno. La empresa privada, como parte importante de la sociedad, tiene especial responsabilidad frente al Estado, debiendo realizar su actividad en armonía con el bien común y el interés general (STC 0048-2004-AI/TC). Cabe precisar sin embargo que este concepto, en modo alguno supone la posibilidad del Estado de interferir de manera arbitraria en el ámbito de libertad reservado a los agentes económicos.

En cuanto al tema de comunidades nativas y medio ambiente, éste es abordado por el TC aunque sea tangencialmente, dada la presencia de algunas comunidades nativas de grupos étnicos perteneciente a las familias Cocama Cocamilla y Chayahuita que podrían verse afectadas en el desarrollo del proyecto hidrocarburífero. El derecho a la identidad étnica y cultural (artículos 2.19, 48, 89, 149 y 191 de la Constitución), que es una expresión del derecho a la identidad cultural (STC 0006-2008-PI/TC), consiste en la facultad que tiene la persona que pertenece a un grupo étnico determinado de ser respetada en las costumbres y tradiciones propias de la etnia a la cual pertenece, evitándose con ello que desaparezca la singularidad de tal grupo; tanto más que del artículo 2.2 de la Constitución, se infiere un reconocimiento de la tolerancia a la diversidad como valor inherente al texto constitucional. De otro lado, la titularidad de derechos fundamentales por parte de comunidades nativas fue reconocida, entre otras, en la STC 4611-2007-PA/TC.

A su vez, a juicio del TC, el Convenio 169 de la OIT es un elemento básico para resolver el conflicto constitucional planteado. Precisa, en primer lugar, que en nuestro sistema de fuentes normativas los tratados de derechos humanos constituyen parámetro de constitucionalidad en materia de derechos y libertades, que incluso reconoció rango constitucional (STC 0025-2005-PI/TC). Este razonamiento es incorrecto pues el artículo 200.4 de la Constitución consagra el rango de ley de los tratados. Incluso en anterior jurisprudencia, el TC ha confirmado esta posición (*Vid.*, STC 0047-2004-AI/TC).

El Convenio 169 reconoce las situaciones jurídicas de ventaja y de desventaja de los grupos étnicos, tomando en cuenta la realidad y sus concepciones sobre el mundo, reconociendo a partir de ello la importancia de una tutela adecuada a su contexto y necesidades. Así, en el artículo 13 se establece que

el término ‘tierras’, para el caso de los pueblos indígenas, incluye el concepto de ‘territorio’ ya que la unidad de la comunidad a su territorio excede la noción de propiedad patrimonial. De igual modo, reconoce el derecho a la libre autodeterminación de los pueblos indígenas, como la capacidad de organizarse de manera autónoma, sin intervenciones políticas o económicas, y la facultad de aplicar su derecho consuetudinario.

Ambos aspectos sirven de sustento para la configuración del derecho a la consulta previa, sobre la base de lo establecido en el artículo 2.17 de la Constitución y artículos 6 y 7 del Convenio 169 de la OIT. Hasta ese momento, sólo el Decreto Supremo 012-2008-EM hacía mención a la participación ciudadana en la realización de actividades de hidrocarburos, y la Resolución Ministerial 535-2004-MEM-DM, a la realización de talleres y consultas a comunidades que podían verse afectadas. Sin embargo, estos dispositivos no desarrollaban a cabalidad los alcances, detalles, condiciones y vinculatoriedad del derecho a la consulta establecidos en el Convenio 169 de la OIT. Por tanto, lejos de lo que dejó entrever el TC con relación a la aplicación directa de la consulta previa, retrocede en su argumentación y precisa que la tarea de creación de dotarle de eficacia, *“se encuentra, desde luego, en manos del Legislativo, quien tendrá que elaborar la regulación del caso a fin de hacer realmente viable y efectiva la obligación internacional asumida, en todos los ámbitos en donde intervengan los pueblos indígenas”*.

El reconocimiento de consulta previa hace que ésta sea exigible antes de emprender cualquier proyecto relevante que pudiera afectar la salud de la comunidad nativa o su hábitat natural. Para ello debe brindarse información relativa al tipo de recurso a explotar, las áreas de explotación, informes sobre impacto ambiental, además de las posibles empresas que podrían efectuar la explotación del recurso, siguiendo los criterios recogidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Pueblo de Saramaka vs. Surinam, Sentencia del 28 de noviembre de 2007 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). Esta participación y consulta de los pueblos indígenas legitima la acción gubernamental y particular, facilitando la actuación de los sujetos involucrados en la explotación de recursos naturales.

Esta amplia base teórica permitió al Tribunal analizar el caso concreto, pronunciándose sobre tres aspectos: la superposición de las áreas de protección de recursos naturales y la concesión minera; la legalidad y constitucionalidad de la explotación de recursos no renovables ubicados dentro del área protegida; y si la exploración y la explotación cumplían los requisitos previstos para efectuar dichas actividades dentro del área protegida. Sobre la superposición de las referida áreas, el TC advierte que, de acuerdo al mapa remitido por el Instituto Nacional de Recursos Naturales (INRENA) y el Decreto Supremo 026-2004-EM, que aprobó el contrato de licencia para la exploración y explotación de hi-

drocarburos en el Lote 103, se evidencia que tal superposición sí existía en gran parte de las 149.870 hectáreas del Área de Conservación Regional denominada Cordillera Escalera y el Lote 103. Asimismo, sobre si resultaba pertinente la explotación de recursos, expresa que tratándose de un área de uso directo, ésta no resulta *per se* excluyente a toda actividad extractiva de recursos, tal como puede observarse del artículo 20 de la Ley 26834, de Áreas Protegidas.

Por último, y he aquí donde se exploya la sentencia, el TC analizó si la exploración y la explotación cumplen los requisitos previstos para efectuar dichas actividades dentro del área protegida, de conformidad con el artículo 27 de la Ley 26834 y el artículo 5 del Decreto Supremo 045-2005-AG. El examen realizado en el proceso de amparo parte del artículo 68 de la Constitución según el cual el Estado está obligado a promover la conservación de la diversidad biológica y de las áreas naturales protegidas (STC 0021-2003-AI/TC). En ese sentido, si bien las empresas demandadas contaban con una Resolución Directoral que aprobó el Estudio de Impacto Ambiental del Proyecto de Exploración Sísmica en el Lote 103 (artículo 9 del Decreto Supremo 015-2006-EM, Reglamento para la Protección Ambiental en las Actividades de Hidrocarburos).

Sin embargo, al carecer el área protegida del Plan Maestro exigido por el artículo 27 de la Ley de Áreas Naturales Protegidas y el Decreto Supremo 045-2005-AG, el TC consideró imprescindible que, en aplicación del principio de prevención y teniendo en cuenta que se trata de un área relevante no sólo para el país, sino en especial para la región San Martín (es fuente de agua, facilita la captura del carbono, presencia de gran biodiversidad, entre otros), se cuente con un Plan Maestro elaborado por las autoridades competentes, a fin de que pueda llevarse a cabo tanto la última fase de la etapa de exploración como la respectiva y posterior etapa de explotación, por lo que debía estar prohibida la realización de estas actividades mientras no se cuente con el respectivo Plan Maestro. Interesante la salida del TC en este punto.

Asimismo, el Tribunal exhorta a las emplazadas a que continúen realizando diversas acciones que impliquen la materialización de su responsabilidad social con la población asentada en el Lote 103. Si bien ha sido una práctica más o menos reiterada por parte del TC que exhorte a diversas entidades a través de sentencias constitucionales, creo que en este caso su utilización puede resultar exagerada.

Un último punto de análisis. En sus argumentos de defensa, el consorcio demandado había señalado que el contrato de licencia del Lote 103 había sido suscrito dieciséis meses con anterioridad a la existencia de la Cordillera Escalera como área protegida y que, por consiguiente y de acuerdo al Decreto Legislativo 757, los derechos adquiridos de manera previa y el ejercicio de los mismos no deberían estar supeditados a la nueva condición del área. Sin embargo, como acabo de explicar, el TC suspendió la exploración y explotación hasta que haya

sido elaborado y establecida la compatibilidad entre la actividad hidrocarburíca y los objetivos del área. Por tanto, en forma indirecta, el TC habilitó legalmente la posibilidad de proseguir con las actividades petroleras una vez que se cumplan con las condiciones exigidas. Sin hacer referencia expresa al Decreto Legislativo 757, estableció que en el presente caso no puede primar un criterio temporal o cronológico sino uno más amplio y comprensivo de los elementos que implicaron la creación del área natural protegida y en la incidencia sobre la sociedad de una posible afectación grave en el entorno; caso contrario, la normativa estaría consintiendo incoherencias.

Tras haber sido emitida la sentencia, se presentaron diversas solicitudes de aclaración, todas las cuales fueron declaradas improcedentes. Pero es llamativo que en las resoluciones el TC se decidiera por realizar una crítica al Poder Ejecutivo por ser el ente encargado de promover y ejecutar la política ambiental, rol que había desempeñado en forma equivocada y sin integración de las políticas ambientales regionales y nacionales. Indicó que los derechos para la explotación de hidrocarburos fueron otorgados por el Ministerio de Energía y Minas y como el Ejecutivo aprobó el decreto supremo por el cual se creó el Área de Conservación Regional Cordillera Escalera, era evidente que el mismo Ejecutivo otorgó y creó derechos que estaban superpuestos. A entender del colegiado constitucional, no existe una coherente política ambiental nacional, y ha sido el propio Estado quien generó los conflictos.

Tres precisiones finales. En primer lugar, la respuesta jurisdiccional por parte del TC ante un problema concreto, para un sector de la opinión pública, desveló la falta de seguridad jurídica que el otorgamiento de derechos sigue generando en el Perú, donde no sólo las empresas como las de hidrocarburos sino también donde concesionarios madereros, de conservación o de ecoturismo. En segundo término, más allá del aporte del TC en materia de conceptos como el de la consulta previa, la resolución del conflicto constitucional suscitado se realiza en virtud de cuestiones más formales que de fondo, toda vez que la exigibilidad del requisito de consulta previa la considera aún débil y requiere al Congreso la legislación correspondiente, antes que aplicarla directamente. Por último, la sentencia en comentario no resolvió el problema de fondo, pues una ley emitida por el Congreso debería llevarnos a identificar los mecanismos de coordinación entre los sectores y niveles de gobierno para definir las prioridades de uso del territorio, y con respeto a la inversión de los privados. Un rediseño de las políticas públicas en este ámbito resulta una necesidad para el país, a la luz de la sentencia.

COMENTARIO A LA 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<sup>[\*]</sup>*

POR FABIANA ORIHUELA SILVA

Tutora de la Maestría en Derecho con mención en Política Jurisdiccional  
de la Pontificia Universidad Católica del Perú

*1. Materias constitucionalmente relevantes examinadas por el Tribunal  
Constitucional*

En la sentencia bajo comentario se identificaron como materias constitucionalmente relevantes, principalmente, las siguientes: (i) la existencia de vías igualmente satisfactorias para la tutela del derecho al honor; (ii) la legitimidad activa de la Comunidad Nativa, su representante y sus miembros, en los procesos constitucionales; (iii) la titularidad del derecho al honor por parte de Comunidades Nativas; (iv) la relación entre el derecho al honor con las libertades comunicativas y (v) los efectos de una sentencia estimatoria, específicamente, los alcances de la *reposición al estado anterior a la vulneración* en el caso del derecho al honor.

*2. Contexto histórico-político de la Sentencia*

Esta sentencia constituye uno de los primeros pasos en el desarrollo de la jurisprudencia constitucional en lo que respecta a la tutela de los derechos de los pueblos indígenas<sup>[1]</sup>. La precedieron pronunciamientos que versaron sobre

---

[\*] Para P.I.J.

[1] Utilizaré indistintamente el término pueblos indígenas, comunidades campesinas, nativas, entre otros, siempre que no sea necesario realizar distinciones. Es decir, siempre que me refiera a elementos comunes a todas las nomenclaturas.

el patrimonio cultural<sup>[2]</sup>, la Constitución cultural<sup>[3]</sup> y, el conocido caso Cordillera Escalera<sup>[4]</sup>, el cual, hasta antes de publicada la sentencia bajo comentario, era el único pronunciamiento sobre los derechos de los pueblos indígenas.

Dicha sentencia fue la antesala al presente proceso, el cual se inició a inicios del año 2007 y recién fue resuelto en abril de 2010, es decir, luego de haber transcurrido aproximadamente un año desde la publicación de la citada sentencia.

No obstante la importancia del contexto jurisprudencial, debemos resaltar el contexto histórico-político de aquella época. Es el caso que el Tribunal Constitucional conoció esta controversia mientras se llevaba a cabo el conflicto en Bagua, y es casi un año después de la cúspide de estos lamentables acontecimientos que se pronuncia la sentencia bajo comentario.

Es preciso recordar que las protestas sociales en Bagua tuvieron como detonante la promulgación de sendos decretos legislativos por parte del Poder Ejecutivo, mediante los cuales se afectarían los derechos de los pueblos indígenas de la amazonia, principalmente al territorio y a la consulta previa, consagrados en el Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo (en adelante, Convenio 169 OIT), vigente en nuestro ordenamiento desde el año 1995.

Finalmente, el contexto normativo de aquella época se caracterizó por la ausencia de un desarrollo legislativo y reglamentario sobre los derechos de los pueblos indígenas. Así, es recién casi dos años después de publicada la presente sentencia que se publica la Ley de Consulta Previa N° 29785, el 7 de setiembre de 2011.

### 3. *Análisis*

El 15 de febrero de 2007, Juan García Campos, en representación de la Comunidad Nativa Sawawo Hito 40, interpuso una demanda de amparo contra Roy Maynas Villacrez, en su calidad del director del semanario *El Patriota*, alegando la vulneración a los derechos de la referida Comunidad al nombre, al honor, a la imagen, al trabajo y a contratar.

---

[2] Sentencia recaída en el expediente N° 00020-2005-PI/TC, de fecha 27 de setiembre de 2005 (Caso Hoja de Coca).

[3] Sentencia recaída en el expediente N° 0042-2004-PI/TC, de fecha 12 de agosto de 2005. Cabe precisar que dicha sentencia no versó sobre los derechos de los pueblos indígenas, sino sobre la determinación de lo que podía considerarse como manifestaciones *culturales* para fines tributarios. Así, la noción de Constitución cultural fue recogida solo como *obiter dicta* y no se equipara a la de Constitución *multicultural* reconocida en el fundamento de voto de la sentencia bajo comentario.

[4] Sentencia recaída en el expediente N° 03343-2007-PA/TC, de fecha 20 de febrero de 2009 (Caso Cordillera Escalera).

En la sentencia se concluyó que el derecho cuya vulneración debía analizarse era el derecho al honor. Así, basándose en el principio *iura novit curia*, el Tribunal Constitucional determinó que cuando la parte demandante hace referencia a los derechos al nombre y a la imagen, lo que en realidad busca es la tutela de su honor.

Asimismo, retomando el citado principio, el Tribunal ensaya la posibilidad de analizar en el presente caso una afectación al derecho de rectificación, por encontrarse vinculado con la protección al honor, a pesar de no haber sido alegado por la demandante. Se reconoce que la rectificación de la publicación agravante sería una forma idónea de tutelar el derecho al honor. Sin embargo, desiste de aquel intento al notar que, “*de los hechos expuestos en la demanda es claro que la accionante lo que desea es la tutela efectiva de su honor, no una rectificación.*”; y además, porque se la estaría dejando desprotegida al no contar con el requisito de procedibilidad para la rectificación.

Finalmente, el Tribunal Constitucional resolvió declarar fundada la demanda en el extremo relativo a la violación al derecho al honor de la Comunidad demandante y de cada uno de sus miembros. Asimismo, adoptó una serie de medidas de satisfacción que el demandado debía cumplir, a las cuales me referiré más adelante.

En la sentencia bajo comentario se identificaron una serie de materias *constitucionalmente relevantes*, de las cuales las principales cinco fueron expuestas en el numeral 1 precedente y serán tratadas en el mismo orden.

En lo que respecta a **(i)** la existencia de vías igualmente satisfactorias para la tutela del derecho al honor, el Tribunal Constitucional determinó que el amparo es la vía idónea para la garantizar dicho derecho, toda vez que aún cuando en la vía civil es posible solicitar una indemnización; y en la vía penal, la represión del agente; solo en el amparo se logra la reposición al estado anterior a la vulneración del citado derecho.

Por otro lado, uno de los aportes más significativos, si no el más, de la presente sentencia es el desarrollo sobre **(ii)** la legitimidad activa de la Comunidad Nativa, su representante y sus miembros, en los procesos constitucionales.

Este tema surge en razón de que el juez de primera instancia declaró inadmisibles la demanda porque la demandante no había adjuntado la copia certificada de la Escritura Pública de su constitución como Comunidad Nativa. Si bien la demandante subsanó dicha observación, de igual modo el Tribunal analizó si dicho requisito sería esencial para la admisibilidad de la demanda. De esta forma, se coligió que la Constitución ha otorgado a las Comunidades Campesinas y Nativas personería jurídica *erga omnes* de manera directa, por lo que su inscripción –a diferencia de lo que ocurre con las personas jurídicas de derecho privado- es declarativa y no constitutiva. En caso que una Comunidad

no esté inscrita, bastaría con mostrar “*medios probatorios que fehacientemente prueben su existencia fáctica.*”

Al respecto, considero que una dificultad para probar la existencia de una Comunidad Nativa o Campesina no inscrita es que los medios probatorios deberán circunscribirse a lo dispuesto en el artículo 9° del Código Procesal Constitucional<sup>[5]</sup>. Es decir, a una limitada etapa probatoria, que casi en todos los supuestos se restringe a la prueba documental.

En lo referido a la denominada “*titularidad del representante de la comunidad nativa*” se determinó que el señor Juan García Campos ha acreditado ser Jefe de la Comunidad Nativa, por ello, ostenta la representación de la Comunidad.

Ahora bien, en lo que se refiere a la legitimación colectiva, el Tribunal indicó que la publicación considerada agravante podría afectar a la Comunidad demandante y a sus miembros –al ser parte de la Comunidad–, por lo que “*corresponde reconocer, en el presente caso, la legitimidad activa a cualquiera de sus miembros en tanto se vean afectados.*” En ese orden de ideas, se contempla también la posibilidad de reconocimiento de una “*titularidad colectiva*”, indicándose que si bien no fue planteado por la demandante, “*también hubiera sido válido que cualquiera de los integrantes de la accionante hubiere interpuesto la presente demanda.*”

Sobre el particular, concuerdo con el enfoque de la titularidad colectiva del derecho invocado en el presente caso, toda vez que al estar frente a pueblos indígenas, se deben reinterpretar los derechos constitucionales sobre la base de un enfoque pluralista. En este punto considero importante y práctica la noción de Constitución Multicultural, así como la redefinición del rol del juez en el marco de un Estado multicultural y multiétnico, desarrollados en el fundamento de voto de los magistrados Landa y Eto.

En ese sentido, señalan que hay que reconocer que la Constitución asume una visión occidental de los derechos fundamentales, según la cual las titularidades serían individuales; no obstante ello, los pueblos indígenas –en este caso la Comunidad Nativa–, tienen una visión comunitaria sobre la vida en sociedad, por lo que “*nociones tales como propiedad (...), honor (...) estén siempre cifradas en relación con la comunidad en su conjunto, en vez de referirse a sus miembros individualmente considerados.*” De este modo, esa concepción de la titularidad colectiva de derechos traería como correlato la

---

[5] **Artículo 9°:** En los procesos constitucionales no existe etapa probatoria. Sólo son procedentes los medios probatorios que no requieren actuación, lo que no impide la realización de las actuaciones probatorias que el Juez considere indispensables, sin afectar la duración del proceso. En este último caso no se requerirá notificación previa.

existencia de intereses (o derechos) colectivos<sup>[6]</sup> de los miembros de la Comunidad Nativa.

Sin perjuicio de lo señalado, la sentencia bajo comentario genera ciertas interrogantes en lo que respecta a la legitimidad activa en la tutela de derechos colectivos, como el alegado en este caso. Quizá a primera vista pase desapercibida la diferencia que habría si un individuo de la colectividad –un miembro de la Comunidad- interpusiera la demanda, o si lo hiciera el representante de la Comunidad. En buena cuenta, parecería que de igual modo se tutelan los derechos de la Comunidad, que es lo que ambos pretenderían. Sin embargo, ¿cuál sería el alcance de la sentencia?

En el fundamento de voto se señala sobre los intereses colectivos que *“la sentencia surtirá efectos respecto de todos los demás integrantes de la colectividad que se encuentren en posición idéntica a la del que ejercitó la acción correspondiente.”* ¿Ello implicaría que un pronunciamiento de fondo en un proceso iniciado por un solo miembro de ese colectivo –a modo de ejemplo- ha generado cosa juzgada? ¿Aún si fuera desestimatorio? Es decir, ¿ya no procedería otra demanda iniciada con la misma pretensión a pesar de que sean otros miembros del colectivo los accionantes? ¿Qué sucedería si en un caso hay un desistimiento de la pretensión colectiva, ello generaría también cosa juzgada e imposibilitaría a los otros miembros de la Comunidad iniciar otro proceso?

Tal vez sería más sencilla la respuesta si, como en el presente caso, el representante de la Comunidad es quien inicia el proceso y más aún, si ésta se encuentra inscrita, podría colegirse que dicha representación alcanza a toda la colectividad. Tal como sucedería con una persona jurídica de derecho privado. En este caso, lo que sí podría cuestionarse –si el pronunciamiento fuese desestimatorio o podría perjudicarse a miembros de la colectividad- es si la representación fue adecuada, o cabría alegar vicios en la representación. Como se puede advertir, hay una diferencia entre ambos escenarios propuestos.

En otros ordenamientos jurídicos se ha tratado la problemática de los efectos de la cosa juzgada cuando se tutelan intereses difusos, colectivos e individuales homogéneos. A modo de ejemplo, señala Hitters, sobre la Ley del año 1995 sobre la protección del medio ambiente en Buenos Aires, que *“con muy buen tino el artículo 38 dispone que las sentencias ‘no harán cosa juzgada en los casos en que la decisión desfavorable al accionante, lo sea por falta o insuficiencia de prueba’.”*<sup>[7]</sup>

[6] Es importante destacar que en el fundamento de voto se distinguen entre intereses difusos, intereses colectivos e intereses individuales homogéneos.

[7] HITTERS, Juan Carlos. Alcance de la cosa juzgada en los procesos colectivos. En: Revista La Ley, Buenos Aires, octubre de 2005, p. 26.

La citada es una de las tantas opciones. En el caso peruano, en la sentencia recaída en el expediente N° 05270-2005-AA/TC, de fecha 19 de junio de 2007, se han esbozado algunos lineamientos que responden de manera incipiente a esta problemática, pero en el marco de los intereses difusos; no de los colectivos ni individuales homogéneos. Por tanto, aún se mantienen pendientes dichas cuestiones, ante lo cual cabría preguntarse si sería oportuno resolver dicha problemática jurisprudencial o legislativamente. Por ahora, quedan abiertas a la deliberación de todos nosotros.

La tercera materia constitucionalmente relevante sería la **(iii)** la titularidad del derecho al honor por parte de Comunidades Nativas. Como he adelantado, el Tribunal Constitucional ha reconocido que las Comunidades tienen derecho al honor y que, en el presente caso, su titularidad sería colectiva. Sin embargo, la sentencia en mayoría no reconoce la titularidad de este derecho desde un enfoque pluralista, sino reconoce que “*el honor, como concepto único, también es aplicable a las personas jurídicas*” (subrayado y resaltado agregados). Sobre el particular, reitero mi conformidad con los lineamientos desarrollados en el fundamento de voto.

Luego de haber determinado que la demandante cuenta con la titularidad del derecho en abstracto, trataremos la cuarta materia constitucionalmente relevante, es decir, **(iv)** la relación entre el derecho al honor con las libertades comunicativas, a fin de determinar si efectivamente hubo una vulneración. De este modo, la publicación considerada violatoria de dichos derechos afirmaba lo siguiente:

*“En esta oportunidad hemos seguido de cerca de la empresa Forestal Venao que opera y arrasa con la madera de la especie caoba por la frontera de Perú con Brasil en contubernio con las comunidades nativas que caen a su merced (...)”.*

De lo señalado se ha comprobado que Forestal Venao es responsable de “(...) *la destrucción de nuestros bosques ahora con mayor voracidad en complicidad con las comunidades nativas y con el respaldo del silencio de funcionarios de este gobierno y demás autoridades (...)*” (...)” [Fundamento jurídico N° 2 de la sentencia bajo comentario, subrayado y resaltado agregados].

En la sentencia bajo comentario se ha considerado que esta publicación considerada agravante se realizó en el ejercicio del derecho a la libertad de expresión del demandado. Sin embargo, en el fundamento de voto, por el contrario, se afirmó que se trataría del derecho a la libertad de información del demandado. Considero indispensable establecer cuál es el derecho que entraría en conflicto con el derecho al honor de la demandante, toda vez que hay diferencias según se trate de un derecho u otro.

A mayor abundamiento, en cuanto a la relación entre el derecho al honor y la libertad de expresión, cabe indicar que esta última “*encuentra su límite en la ausencia de excesos verbales injustificados y que no constituyen parte necesaria de cualquier exposición de ideas*”<sup>[8]</sup>. En cambio, en lo que respecta a la libertad de información, cabe señalar que “*la legitimidad de los enunciados verdaderos en los casos en que se discute la vulneración del derecho al honor, obedece a la necesidad de hacer corresponder la actuación del sujeto con su valoración social. (...) la divulgación de hechos verdaderos pero íntimos puede responder a un interés general, lo cual puede legitimar una intromisión en el derecho al honor (...)*”<sup>[9]</sup> Sin perjuicio de lo antes mencionado, también se ha contemplado la posibilidad de que –en el marco del derecho a la libertad de información- se vulnere el derecho al honor con la verdad.<sup>[10]</sup>

En el caso materia de comentario, considero que el derecho del demandante en virtud del cual realizó la publicación considerada como agravante era el de la libertad de información, ya que lo que pretendía era la transmisión de información y no la manifestación de opiniones. No creo que esta sea siquiera uno de los casos en los que ambos derechos limitarían, como es el caso de las *mixed opinions*, que –como su nombre lo evidencia- mezclan información con opiniones.

De este modo, considero que sí era esencial determinar la veracidad de la información publicada, toda vez que, como sería de interés general, podría justificarse su publicación. Sin embargo, en el presente caso, en tanto el demandado no contestó la demanda y, en consecuencia, no logró demostrar la veracidad, concuerdo con que se produjo una vulneración al derecho de la Comunidad. Ello en tanto dichas afirmaciones generarían una disminución del reconocimiento de la Comunidad desde una perspectiva social y podría llegar incluso a impedir su desarrollo.

Finalmente, la última materia constitucionalmente relevante a tratar versa sobre (v) los efectos de una sentencia estimatoria, específicamente, los alcances de la *reposición al estado anterior a la vulneración* en el caso del derecho al honor. La fórmula empleada en este caso es la de “*satisfacciones*”<sup>[11]</sup>, consistentes en (1) el envío de una carta notarial de desagravio a la Comunidad, (2)

[8] MARCIANI BURGOS, Betzabé. El derecho a la libertad de expresión y la tesis de los derechos preferentes. Lima: Palestra, 2004, p. 233

[9] Ídem, p. 233 - 235

[10] Este es el caso denominado el *prepucio del Marqués*, resuelto por el Tribunal Constitucional Español. Ver STC 232/1993, de 12 de julio de 1993, citada en MARCIANI, Ídem, 235.

[11] Concepto recogido de las sentencias expedidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Por ejemplo, el caso Aloboetoe y otros Vs. Surinam. Sentencia de fecha 10 de setiembre de 1993.

la publicación de la mencionada carta en el diario de mayor circulación de la región y (3) la publicación de un suplemento especial que reproduzca la presente sentencia.

Esta fórmula no ha tenido eco en la jurisprudencia constitucional, únicamente se ha aludido una vez más en un voto singular del magistrado Landa<sup>[12]</sup>. Entonces, al hacer un balance tres años después de la publicación de la presente sentencia, es factible concluir que cuando se pretende garantizar el derecho al honor frente a *excesos* del ejercicio de la libertad de información, se prefiere alegar el derecho a la rectificación. Si el Tribunal considerase más ventajosa la tutela del honor por medio de satisfacciones, quizá habríamos visto algún intento de aplicar el tan celebrado principio denominado *iura novit curia* para reconducir el derecho invocado.

---

[12] Sentencia recaída en el expediente N° 05659-2007-PA/TC, de fecha 9 de setiembre de 2009.

COMENTARIO A LA STC 0022-2009-PI,  
DE 9 DE JUNIO DE 2010

*DERECHO DE CONSULTA: CONTENIDO,  
CARACTERÍSTICAS Y ELEMENTOS*

POR JAIME DE LA PUENTE PARODI  
Asesor Jurisdiccional del Tribunal Constitucional

1. *Materias constitucionalmente relevantes examinadas  
por el Tribunal Constitucional*

- 1.1. El contenido constitucionalmente protegido del derecho de consulta.
- 1.2. Los elementos y las características del derecho de consulta.

2. *Contexto histórico-político de la sentencia*

Resulta paradójico que la relevancia de un pronunciamiento del Tribunal Constitucional sea evaluada a partir de un hecho nefasto. Sin embargo el 5 de junio de 2009, cuando el Poder Ejecutivo ordenó la incursión policial en la Curva del Diablo, provincia de Bagua, región de Amazonas se escribió un episodio de la historia que no podrá ser olvidado. El origen fue un conflicto social fuera de control que dejó un saldo de víctimas mortales que según cifras oficiales asciende a 23 policías, 5 civiles indígenas, 5 civiles no indígenas, y 200 heridos y 1 desaparecido<sup>[1]</sup>. Dicha situación, repudiable desde cualquier punto de vista, provocó una sensibilización de la ciudadanía respecto de los conflictos sociales lo que obligó al Estado, en todos sus estamentos, a revisar el tratamiento que hasta ese momento se le brindaba a los actores principales, vale decir a las Comunidades Campesinas y Nativas, tal como se define en el artículo 89 de la Constitución. Esto incluyó, como era de esperarse, el análisis

---

[1] <http://www.defensoria.gob.pe/informes-publicaciones.php>

de la protección de los derechos fundamentales de la población que compone ese conglomerado social.

Es en dicho escenario que diversas cuestiones como la promulgación de la Ley de Consulta, la reorganización de la Instituto Nacional de Desarrollo de los Pueblos Andinos, Amazónicos y Afro peruanos (INDEPA) y los alcances del Convenio OIT 169, se colocan [una vez más] en la agenda política y son materia de estudio, exposición y debate, que naturalmente se traslada a los medios de comunicación convirtiéndose en tópicos no únicamente de foros especializados, sino en conversaciones cotidianas. Asimismo, la temática referida al Convenio OIT 169 es materia de controversias constitucionales adquiriendo mayor relevancia debido a la imperiosa necesidad de que los conflictos jurídicos puedan ser resueltos satisfactoriamente y con ello se imponga un clima de armonía en las relaciones sociales, especialmente en las de carácter externo, del especial grupo social que compone las Comunidades Campesinas y Nativas.

Es menester mencionar, para ubicar la sentencia constitucional en el marco histórico-político adecuado, que si bien con anterioridad al año 2009 se intentó articular el Convenio OIT 169 a través de una Ley de Consulta<sup>[2]</sup>, es en el contexto descrito líneas arriba que se presenta el Proyecto de Ley 00089/2011-CR<sup>[3]</sup> (que agrupa las iniciativas 00006, 00029, 00047 y 00049), y que finalmente se aprueba en la primera legislatura ordinaria del 2011 y da lugar a la Ley 29785, Ley del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios, reconocido en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT)<sup>[4]</sup>. Posteriormente, por Decreto Supremo 001-2012-MC se publica el reglamento<sup>[5]</sup> de la ley mencionada con el objeto de regular el acceso a la consulta, las características esenciales del proceso de consulta y la formalización de los acuerdos arribados como resultado de dicho proceso; cerrando así el tratamiento legislativo que para todos los efectos emana de las obligaciones establecidas en el Convenio OIT 169.

Aproximadamente un año antes de publicada la Ley 29785 el Tribunal Constitucional expidió la STC 0022-2009-PI/TC (Caso Tuanama I),<sup>[6]</sup> mediante la cual resolvió la demanda de inconstitucionalidad interpuesta por Gonzalo Tuanama Tuanama y más de 5000 ciudadanos contra el Decreto Legislativo 1089, que reguló el Régimen Temporal Extraordinario de Formalización y Ti-

---

[2] [http://www.justiciaviva.org.pe/derecho\\_consulta/04\\_dic\\_congreso.pdf](http://www.justiciaviva.org.pe/derecho_consulta/04_dic_congreso.pdf). Dictamen de la Comisión de Pueblos Andinos, Amazónicos, y Afroperuanos, Ambiente y Ecología recaído en los Proyectos de Ley N.º 413/2006-CR, 427/2006-CR y 2016/2007-CR

[3] Fue presentado el 22 de agosto de 2011.

[4] Publicada el 7 de setiembre de 2011.

[5] Publicado el 3 de abril de 2012.

[6] Publicada el 17 de junio de 2010.

tulación de Predios Rurales. En dicha decisión si bien se declaró infundada la demanda y se interpretó el Decreto Legislativo 1089 precisándose que la norma no es aplicable para el caso de los pueblos indígenas, el Alto Tribunal consideró oportuno llenar la suerte vacío normativo sobre la consulta previa desarrollando a nivel jurisprudencial, entre otros puntos, los alcances del derecho de consulta, y estableciendo las líneas base con el fin de coadyuvar a que el mecanismo para su ejecución pueda ser materializado, vale decir tenga plena eficacia, delineando para ello el procedimiento de consulta y sus principios rectores.

Para entender la decisión del Pleno Jurisdiccional de expedir la sentencia en los términos mencionados, debe tenerse en cuenta que recién con el Decreto Supremo 023-2011-EM<sup>[7]</sup> se aprobó el Reglamento del Procedimiento para la aplicación del Derecho de Consulta a los Pueblos Indígenas para las Actividades Minero Energéticas, dispositivo legal que según sus considerandos fue emitido en cumplimiento de la STC 05427-2009-PC/TC (Caso AIDSESEP II)<sup>[8]</sup>, circunstancia de la cual se advierte que el pronunciamiento judicial materia de este análisis se convirtió en una herramienta que, al reiterar la plena vigencia del Convenio OIT 169 en nuestro ordenamiento jurídico (antes se efectuó en la STC 03343-2007-PA/TC), hizo posible que el indicado tratado internacional sea complementado por las consideraciones vertidas por el Tribunal Constitucional, allanando el camino para que el derecho de consulta adquiera contornos más concretos, y que si bien el proceso no ha concluido pues se siguen implementando medidas para lograrlo<sup>[9]</sup> aún queda mucho por hacer, sobre todo cuando se siguen dilucidando controversias en las que el derecho de consulta constituye materia constitucionalmente relevante como en la STC 0005-2012-PI/TC, publicada el 14 de enero de 2013.<sup>[10]</sup>

### 3. *Análisis*

Merece ser aclarado previamente lo señalado en el acápite anterior, en el sentido que si bien el artículo 89 de la Carta Fundamental adopta el término de Comunidades Campesinas y Nativas, el Tribunal Constitucional en consonancia a la terminología adoptada por el Convenio OIT 169 y la Declaración de las Na-

[7] Publicado el 12 de mayo de 2011 y derogado por la Tercera Disposición Complementaria Final de la Ley 29785.

[8] Publicada el 23 de agosto de 2010.

[9] Mediante la Resolución Viceministerial 001-2012-VMI-MS se crean los Registros de Interpretes de Lenguas Indígenas u Originarias y de Facilitadores.

[10] Demanda de inconstitucionalidad interpuesta por el Presidente de la República contra la Ordenanza Regional 108-2008-GRJ/CR del Gobierno Regional de Junín. Pueden revisarse sobre el derecho de consulta los fundamentos jurídicos 36 al 42.

ciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas ha considerado adecuado hacer uso de la denominación pueblos indígenas comprendiendo de este modo en el ámbito de aplicación subjetivo del derecho de consulta tanto a las comunidades campesinas como a las nativas, siguiendo la línea de lo expuesto en la STC 03343-2007-PA/TC al reconocer el derecho a la identidad étnica.

El Tribunal Constitucional ha señalado en la STC 01417-2005-PA/TC al referirse al contenido constitucionalmente protegido de los derechos fundamentales que “que la determinación del contenido esencial de los derechos fundamentales no puede efectuarse *a priori*, es decir, al margen de los principios, los valores y los demás derechos fundamentales que la Constitución reconoce. En efecto, en tanto el contenido esencial de un derecho fundamental es la concreción de las esenciales manifestaciones de los principios y valores que lo informan, su determinación requiere un análisis sistemático de este conjunto de bienes constitucionales, en el que adquiere participación medular el principio-derecho de dignidad humana, al que se reconducen, en última instancia, todos los derechos fundamentales de la persona”. Teniendo en cuenta tal premisa, en la STC 0022-2009-PI/TC se establece el contenido constitucionalmente protegido del derecho de [a la] consulta señalando que este derecho importa: i) el acceso a la consulta, ii) el respeto a las características esenciales del proceso de consulta; y, iii) la garantía del cumplimiento de los acuerdos arribados.

El acceso debe entenderse en su sentido más primario, vale decir en el hecho de iniciar el mecanismo de consulta cuando se configuren los supuestos establecidos en el Convenio OIT 169, de modo tal que si se establece una medida legislativa o administrativa que sea susceptible de afectar directamente a algún pueblo indígena y la consulta no se realiza por una negativa de los entes responsables, es evidente que se produciría una afectación del derecho de consulta. Sobre dicho componente la Ley 29785 señala que la medida debe afectar los derechos colectivos sobre su existencia física, identidad cultural, calidad de vida o desarrollo. Asimismo precisa que la consulta debe efectuarse respecto a los planes, programas y proyectos de desarrollo nacional y regional. Por su parte el Decreto Supremo 001-2012-MC, norma reglamentaria, precisa en el artículo 4 que la medida legislativa debe tener un contenido acorde a la Constitución, siendo destacable que se haga hincapié en que aquél debe estar orientado a preservar la supervivencia de los pueblos indígenas.

El segundo elemento está relacionado con las características esenciales del proceso de consulta. Así, si la consulta se realiza sin cumplir con los elementos esenciales se estaría vulnerando el derecho de consulta. Siguiendo lo anotado por el Tribunal, se afectaría el derecho fundamental cuando la información relevante no haya sido entregada al pueblo indígena o que no se le haya dado un tiempo razonable para poder ponderar los efectos de la medida materia de la consulta. La Ley 29785 desarrolla los principios rectores del derecho de con-

sulta, los que tal como se desarrollará más adelante se encuadran algunos de los desarrollados en la sentencia en comentario.

La garantía de cumplimiento de los acuerdos es el tercer elemento del contenido constitucionalmente protegido del derecho de consulta. Para el Tribunal este componente implica la protección a las partes intervinientes en el proceso de la consulta, dejando sentado que en tanto la finalidad es llegar a un acuerdo, no puede establecerse un derecho de veto a los pueblos indígenas. Sobre el particular, se ha señalado que si bien el último párrafo del artículo 6 del Convenio OIT 169 se precisa que la consulta debe ser llevada a cabo “con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas”, ello no implica una condición que al no alcanzarse significaría la improcedencia de la medida. Es más en la sentencia constitucional se indica que no fluye de ninguno de los artículos del tratado internacional la existencia de un derecho de veto que recaiga en los pueblos indígenas. Sobre lo anotado la Ley 29785 ratifica la postura esbozada por el Tribunal precisando en el artículo 3 que la finalidad de la consulta es alcanzar un acuerdo o consentimiento entre el Estado y los pueblos indígenas a través del diálogo intercultural que garantice su inclusión en los procesos de toma de decisión del Estado.

Debe agregarse que al tratarse de una garantía que alcanza a las partes, si una vez llegado al acuerdo posteriormente se pretende desvirtuarlo, los afectados podrán utilizar los recursos pertinentes a fin de que se cumpla con lo acordado como producto de la consulta. Si bien la norma sobre la materia ratifica el carácter obligatorio del acuerdo total o parcial siguiendo lo dispuesto en la jurisprudencia, no se ocupa de establecer los mecanismos legales para hacer efectivo el cumplimiento del acuerdo, por lo que en todo caso al tratarse de una afectación al contenido constitucionalmente protegido del derecho de consulta sería viable la utilización de los mecanismos constitucionales para su protección.

La STC 0022-2009-PI/TC también estableció los elementos y características del derecho de consulta, tomando como base el Convenio OIT 169, precisando que son esenciales para el proceso de consulta en tanto de no tomarse en cuenta la consulta podrá ser cuestionada. Estas son la buena fe, la flexibilidad, objetivo de alcanzar un acuerdo, la transparencia; y la implementación previa del proceso de consulta. Se tratan en puridad de principios que sirven como guías para la correcta aplicación del derecho de consulta; y que por lo tanto, tal como se ha explicado, su incumplimiento acarrearía la afectación del derecho fundamental.

La *buena fe* constituye el núcleo esencial del derecho de consulta (acceso) y busca evitar que se incumpla lo acordado, que se interfiera o se omita cooperar en el proceso o la falta de diligencia en el proceso o en el resultado final. Como se advierte son tres las etapas en las que el principio debe operar: en la determinación de la medida legal o administrativa que afecte directamente; la consulta

en estricto; y la implementación de la medida. Es pertinente mencionar que la Ley 29785 dispone que la buena fe obliga a que las entidades estatales analicen la posición de los pueblos indígenas en un clima de confianza, colaboración y respeto mutuo. Por su parte los pueblos indígenas se encuentran prohibidos de efectuar proselitismo partidario y conductas antidemocráticas para demostrar que actúan con buena fe y no quebrar el proceso.

La *flexibilidad* se plantea en función a la diversidad de pueblos y de sus costumbres, y propende a que el trámite de la consulta se ajuste a la identidad de cada pueblo a consultar. Para el Tribunal el principio también se relaciona con la intensidad de la afectación de la medida legislativa o administrativa. Por ello ante una mayor intensidad de la intervención la exigencia de flexibilidad, entendida como participación efectiva del pueblo indígena, también deberá ser mayor, debiéndose agotar todos los mecanismos para ello.

Respecto del *objetivo de alcanzar un acuerdo* debe tenerse en cuenta que la finalidad es que se desarrolle un verdadero diálogo intercultural el cual, tal como lo señala el Tribunal, no se agota en los aspectos formales del acuerdo al cual, además, se debe llegar guardando respecto a los elementos esenciales 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”. Aunque la Ley 29785 no recoge este principio si señala el de interculturalidad, el cual guarda similitudes con lo expresado por el Tribunal Constitucional, pues de acuerdo al texto legal *sub materia* “El proceso de consulta se desarrolla reconociendo, respetando y adaptándose a las diferencias existentes entre las culturas y contribuyendo al reconocimiento y valor de cada una de ellas”. Este reconocimiento y valor al que se alude no es sino el beneficio del pueblo indígena producto de la riqueza de suelo, como lo ha dejado sentado el máximo intérprete constitucional.

El principio de *transparencia* es inherente al proceso de consulta y adquiere su autonomía en tanto las medidas deben ser puestas en conocimiento del pueblo indígena, al igual que sus consecuencias, sean estas positivas o negativas. La transparencia abarca inclusive a la documentación la cual deberá estar traducida a fin de una comprensión total, así como las costumbres de cada pueblo indígena para que la metodología a aplicarse sea la más idónea.

Por último, el Tribunal delimitó como elemento del derecho de consulta la *implementación previa del proceso de consulta*, lo que importa que la consulta se lleve a cabo en forma previa a la toma de decisión u adopción de la medida legislativa o administrativa que los pueda afectar directamente. Este principio permite que la participación del pueblo indígena no se haga sobre un hecho ya consumado, aunque se abre la posibilidad de que existan excepciones dependiendo de los hechos en sí mismos que puedan ser materia de un examen estricto.

to de constitucionalidad. En la Ley 29785 se consigna el principio de oportunidad que supone –en armonía con lo expresado por el Tribunal–, que el proceso de consulta se realice de forma previa a la medida legislativa o administrativa a ser adoptada por las entidades estatales.

Con este breve análisis se rescata la importancia del pronunciamiento emitido por el Alto Tribunal, y si bien actualmente se cuenta con legislación especializada sobre la materia, quedan sentados los lineamientos a los cuales se puede recurrir en caso se presente alguna conflictividad en la aplicación de la Ley 29785 y su reglamento, aprobado por Decreto Supremo 001-2012-MC.



COMENTARIO A LA STC N° 06316-2008-PA,  
DE 30 DE JUNIO DE 2010

*EL DERECHO A LA CONSULTA PREVIA A LOS  
PUEBLOS INDÍGENAS EN SITUACIÓN DE  
AISLAMIENTO VOLUNTARIO. CASO AIDSESEP I*

POR ALDO BLUME ROCHA  
Asesor Jurisdiccional del Tribunal Constitucional

*I. Materias constitucionalmente relevantes examinadas  
por el Tribunal Constitucional*

El 30 de junio de 2010 el Tribunal Constitucional emitió pronunciamiento respecto a la demanda de amparo planteada por la Asociación Interétnica de la Selva Peruana (AIDSESEP) en contra del Ministerio de Energía y Minas, Perupetro S.A., Barrett Resource Perú Corporation y Repsol YPF, en virtud de la cual se solicitaba que se ordene al Ministerio demandado disponer la prohibición y/o suspensión de las operaciones de exploración y explotación de hidrocarburos en los territorios comprendidos dentro de los Contratos de Licencia de Exploración y Explotación de los Lotes 39 y 67, toda vez que a través de tales actividades se estarían vulnerando los derechos constitucionales de los pueblos indígenas en situación de aislamiento voluntario que venían ocupando tales territorios, concretamente los pueblos *waorani (tagaeri-taromenane)*, *pananujuri (arabela)* y *aushiris* o *abijiras*.

En este contexto, como materias constitucionalmente relevantes que estuvieron bajo análisis del Tribunal Constitucional podemos identificar las siguientes:

- La representación procesal de los pueblos indígenas en situación de aislamiento voluntario a efectos de la defensa de sus derechos constitucionales en el marco del proceso constitucional de amparo.
- Los derechos constitucionales de los pueblos indígenas en situación de aislamiento voluntario, concretamente los derechos a la vida, a la

salud, a la integridad cultural, a la identidad étnica y la posesión ancestral de sus territorios, los cuales se verían afectados con la superposición de lotes petroleros concesionados sobre los territorios de tales pueblos.

- El derecho al medio ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la vida, el cual involucra no solamente a los pueblos indígenas en situación de aislamiento voluntario sino que es considerado como un interés difuso cuya protección interesa a todas las personas.
  - El derecho a la consulta previa, reconocido en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), y su relación con los pueblos indígenas en situación de aislamiento voluntario.
2. *Contexto histórico-político de la sentencia: El crecimiento de las industrias extractivas y el impacto de la actividad minera en el medio ambiente y en los derechos de los pueblos indígenas*

Este caso refleja la aparición de una creciente tensión social entre, de un lado, la presencia de empresas e inversionistas interesados en la explotación de los recursos naturales y, de otro lado, el impacto de tales actividades extractivas en el medio ambiente y en la vida de los pueblos indígenas que ocupan dichos territorios. Es una tensión especialmente agravada por el hecho de que el Estado, específicamente el Poder Ejecutivo, desconociendo su deber de respeto y garantía hacia los derechos fundamentales, parece inclinarse unívocamente por la promoción de la inversión privada y el desarrollo de la economía sin tener en cuenta que esta meta no debe lograrse a cualquier costo. Dicha tensión se ha visto especialmente reflejada mediante la aparición de sendos conflictos sociales, dentro de los cuales el más representativo es el acaecido el 05 de junio de 2009 en la localidad de Bagua, en donde tuvo lugar un violento enfrentamiento entre efectivos policiales y miembros de pueblos nativos que se oponían a los decretos legislativos aprobados desde el gobierno pues los consideraban como amenazas a sus territorios. Dicho enfrentamiento tuvo como trágico saldo la pérdida de 34 vidas humanas<sup>[1]</sup>.

Asimismo, la Defensoría del Pueblo ya había venido advirtiendo sobre la difícil situación de los pueblos indígenas en situación de aislamiento voluntario ante la nula o casi inexistencia de presencia del Estado en sus territorios ni mucho menos interés en la defensa y protección de sus derechos. Así, en el Informe Defensorial N.º 101 – Pueblos Indígenas en situación de aislamiento y contacto

[1] Informe Final de la Comisión Especial para Investigar y Analizar los Sucesos de Bagua “*Ajumaish Junikchamu Ati*” (Para que nunca más vuelva a suceder), presentado ante el Congreso de la República con fecha 21 de diciembre de 2009.

inicial, publicado en el año 2006, se advertía sobre la dificultad de implementar proyectos de exploración y explotación minera y/o de hidrocarburos en territorios ocupados por pueblos indígenas de estas características y la necesidad de implementación de políticas públicas en esta materia y de exigir la responsabilidad social empresarial.

Cabe señalar que con anterioridad a esta sentencia el Tribunal ya había venido vislumbrando esta problemática y la necesidad de definir mejor los ámbitos de protección de los derechos de los pueblos indígenas afectados por las industrias extractivas, en especial en lo que concierne al derecho a la consulta. Tal fue el caso de las sentencias recaídas en los Expedientes N.º 3343-2007-PA (Caso Cordillera Escalera), en la cual se desarrolla el concepto de Constitución ecológica y la necesidad de asegurar un aprovechamiento sostenible de los recursos naturales así como la exigencia de responsabilidad social a las empresas, y N.º 022-2009-PI (Caso Gonzalo Tuanama Tuanama), en la cual se desarrolla el contenido y los alcances del derecho a la consulta previa reconocido en el Convenio 169 de la OIT.

### 3. *Análisis*

En primer término, a manera de cuestión previa, el Tribunal Constitucional realiza una importante precisión en torno a la representación procesal ejercida por AIDSESEP en el presente caso, tanto en lo que respecta a los derechos de los pueblos indígenas en situación de aislamiento voluntario como en lo que concierne al derecho al medio ambiente.

En relación este último, el Tribunal considera que dicha representación se encuentra avalada por el artículo 40º del Código Procesal Constitucional, por cuanto esta norma habilita la interposición de una demanda de amparo cuando se trate de la amenaza o violación del derecho al medio ambiente u otros intereses difusos que gocen de reconocimiento constitucional.

En relación a los derechos de los pueblos indígenas en situación de aislamiento voluntario, el Tribunal precisa que, en la medida en que tales pueblos, conforme lo señala el artículo 8º de la Ley N° 28736, se benefician de todos los derechos que la Constitución y la ley establecen a favor de las comunidades nativas, resulta habilitada para presentar acciones de garantía en defensa de sus derechos cualquier persona, natural o jurídica.

Consideramos particularmente que este punto es especialmente importante en la medida en que esta es una interpretación que abona a favor del ejercicio del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva de los pueblos indígenas en situación de aislamiento voluntario, los cuales se encuentran en una especial situación de vulnerabilidad dada su falta de contacto con las instituciones estatales. Asimismo, esta es una interpretación que se encuentra en concordancia

con los principios procesales de *in dubio pro actione* y de elasticidad, recogidos en el artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, conforme a los cuales las formalidades de los procesos constitucionales, como es el caso de la representación procesal, deben ser interpretadas en función al cumplimiento de los fines de este tipo de procesos, la defensa de la supremacía jurídica de la Constitución y la garantía de la vigencia efectiva de los derechos fundamentales.

En segundo término, ya en lo que concierne propiamente al análisis de fondo, el supremo intérprete de la Constitución realiza un análisis tanto de la supuesta amenaza de los derechos de los pueblos indígenas en situación de aislamiento voluntario presentes en los territorios en los que las empresas demandadas pretenden realizar operaciones de exploración y explotación de hidrocarburos (Lotes 39 y 67) como del derecho a la consulta previa al que hace referencia el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT).

En relación al primer punto, el Tribunal estima que no se ha llegado acreditar de manera fehaciente ni la presencia de pueblos indígenas en situación de aislamiento voluntario en los Lotes 39 y 67 ni la amenaza a sus derechos fundamentales, por cuanto existe contradicción respecto a tales puntos en la documentación que obra en el expediente. En efecto, de un lado, existen documentos como el Informe N° 101, presentado por la Defensoría del Pueblo, que dan cuenta de una superposición entre los territorios concesionados por el Estado para la realización de actividades extractivas y los territorios de “desplazamiento” de los Arabela y Auca (*Waroni*) en situación de aislamiento voluntario; pero, de otro lado, las empresas demandadas han acreditado haber cumplido con los trámites exigidos por el Ministerio de Energía y Minas, incluyendo la realización del estudio de impacto ambiental, y han presentado documentos e informes que ponen en duda dicha aseveración. En ese sentido, dado que, conforme lo señala el artículo 9° del Código Procesal Constitucional, el proceso constitucional de amparo carece de una estación probatoria que permita superar tal estado de incertidumbre, estima que la demanda corresponde ser declarada improcedente respecto a este extremo.

Tal decisión se encuentra sustentada también en el hecho que, a efectos de estimar una demanda de amparo con relación a una amenaza de vulneración de un derecho fundamental, esta, conforme a reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional y a lo establecido por el artículo 2° del Código Procesal Constitucional, debe ser cierta e inminente, lo cual, a juicio del Tribunal, no ha sido probado en el presente caso.

En relación al segundo punto, el derecho a la consulta previa, el Tribunal reitera nuevamente, tras los pronunciamientos recaídos en los Expedientes N° 0047-2004-AI/TC (fundamento 22) y N° 3343-2007-PA/TC (fundamentos 31 y 33), que los tratados internacionales en materia de derechos humanos osten-

tan rango constitucional, de acuerdo a una interpretación sistemática tanto del artículo 3° de la Constitución, en virtud del cual se reconocen derechos fundamentales de naturaleza análoga a los recogidos en la Constitución (derechos implícitos), como de la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la propia Carta Magna, según la cual las normas relativas a los derechos y libertades reconocidas por la Constitución deben ser interpretadas a la luz de la Declaración Universal de Derechos Humanos y a los tratados sobre esta materia ratificados por el Estado Peruano. En ese sentido, el Convenio 169 de la OIT, en la medida en que forma parte del sistema constitucional nacional de protección de los derechos de los pueblos indígenas, es un tratado que también ostenta dicha naturaleza y que debe ser tenido en cuenta a efectos de interpretar los alcances del derecho a la consulta previa con relación a los pueblos indígenas en situación de aislamiento voluntario.

El artículo 6° del Convenio 169 de la OIT establece el derecho de participación en las comunidades nativas en las decisiones que los afecten en los siguientes términos:

*“Artículo 6°.-*

1. *Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán:*
  - a) *Consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente.*  
(...)
2. *Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas.*  
(...)”

Siguiendo la línea argumentativa planteada por el Convenio 169 de la OIT, el Tribunal Constitucional considera que la expresión “*pueblos interesados*”, a la que hace referencia el ya citado artículo 6° del referido convenio, comprende no sólo a las comunidades directamente afectadas o establecidas en los territorios objeto de las actividades extractivas, sino que involucra también a las comunidades colindantes y a sus respectivas organizaciones representativas. En ese sentido, realiza una interpretación extensiva del derecho a la consulta previa y concluye que los pueblos indígenas en situación de aislamiento voluntario también deben ser considerados dentro de los alcances de este derecho. Al respecto, en el fundamento 15 de la sentencia bajo comentario, se señala expresamente lo siguiente:

“15. Con relación al derecho de consulta y la relevancia que tiene para el presente caso, resulta pertinente hacer referencia a la consideración de la segunda instancia judicial, la misma que, conforme se aprecia en la resolución de fecha 1 de octubre de 2008, a fojas 2151, sostiene que, “[d]ebido a que en el caso de autos se trata de pueblos indígenas en aislamiento voluntario resulta evidente (sic) que no es posible hacer la consulta que establece la norma acotada”. El Tribunal no comparte esta aseveración, pues como se tendrá ocasión de desarrollar infra, el derecho de consulta se extiende en estos casos a las comunidades, autoridades, asociaciones y demás entidades representativas de las comunidades aledañas o colindantes, a fin de garantizar su derecho a la participación en la toma de decisiones, incluso frente a posibles poblaciones en aislamiento que puedan resultar afectadas. La interpretación que debe hacerse en este sentido debe ser la más amplia posible, en procura de alcanzar la legitimidad social indispensable para que las actividades extractivas se realicen en forma pacífica y con la anuencia de las comunidades y sus organizaciones.

El progreso y desarrollo que se debe alentar con este tipo de actividades no pueden ser el producto de la imposición y menos de las presiones del poder que pueden ejercer las corporaciones económicas en las distintas esferas de la organización estatal o, llegado el caso, comunal. Ningún precio ni utilidad puede compensar la alteración de la armonía y la paz en las comunidades, por lo que el derecho a la consulta es el instrumento sine qua non para preservar el derecho de las comunidades: sólo así el progreso y el desarrollo serán compatibles con los mandatos constitucionales.” (El subrayado es nuestro)

Asimismo, el Tribunal ratifica en este pronunciamiento lo ya desarrollado (STC N° 0022-2009-PI/TC) respecto a las características y principios que configuran el derecho a la consulta (buena fe, flexibilidad, objetivo de alcanzar un acuerdo, transparencia, implementación previa del proceso de consulta) y al contenido mismo del derecho (acceso a la consulta, respeto a las características esenciales del proceso de consulta y la garantía del cumplimiento de los acuerdos arribados en la consulta). Asimismo, se reitera que este derecho no es ilimitado en la medida en que es un derecho que habilite zonas exentas de regulación por parte del Estado ni puede constituirse en ese sentido en un derecho de veto.

En relación ya propiamente al derecho a la consulta en el caso en concreto, el Tribunal Constitucional estima como insuficientes los talleres informativos que se han llevado a cabo ya que ello no responde propiamente al contenido del derecho a la consulta previa, el cual exige que los pueblos indígenas afectados por las actividades de exploración y explotación de recursos naturales no solamente sean informados sobre los alcances de tales actividades sino que se les brinde la oportunidad de manifestar su opinión respecto a las mismas, en aras de sostener un proceso de diálogo para llegar a un acuerdo que permita que el aprovechamiento de tales recursos naturales sea realizado de manera sostenible.

En consecuencia con tal consideración, se entendería entonces que, en principio, se habría producido una afectación del derecho a la consulta previa por parte del Ministerio de Energía y Minas y de las empresas codemandadas. Sin embargo, teniendo en cuenta que es responsabilidad del Tribunal Constitucional modular los efectos de sus sentencias y que las empresas demandadas han obrado de buena fe al amparo del principio de seguridad jurídica, habiendo de por medio contratos ley suscritos entre estas y el Estado de conformidad con el artículo 62° de la Constitución, estima que el derecho a la consulta en este caso debe ser implementado gradualmente, para lo cual invoca al Ministerio de Energía y Minas y a las empresas demandas a implementar el proceso de consulta en el menor plazo posible, en aras de que los pueblos afectados por las actividades de dichas empresas vean tutelados sus derechos.

Finalmente, el Tribunal resuelve declarar improcedente la demanda al no haberse acreditado la existencia de la comunidad en aislamiento voluntario o no contactada, sin perjuicio de reconocer el derecho inalienable de los pueblos indígenas y tribales a ser consultados conforme al Convenio 169 de la OIT.

En la línea con lo resuelto en esta sentencia, el Tribunal Constitucional emitió posteriormente, con fecha 24 de agosto de 2010, una resolución de aclaración en la cual señalaba que la obligatoriedad del derecho a la consulta previa regía a partir de la publicación de la STC N.° 022-2009-PI/TC. Esta declaración, no obstante, fue duramente criticada en su momento por cuanto se trata de una declaración que carece de fundamento en la medida en que el derecho a la consulta previa ha sido reconocido por el Estado peruano a través del Convenio 169 de la OIT, el cual está en vigencia en el país desde el 02 de febrero de 1995, con el consecuente deber por parte del Estado de respetarlo, garantizarlo e implementarlo. Es así que actualmente contamos con la Ley de Consulta Previa, Ley N.° 29875 y su respectivo reglamento, Decreto Supremo N.° 001-2012-MC.

Como principal aporte de esta sentencia está el reconocimiento de los pueblos indígenas en situación de aislamiento voluntario como titulares del derecho a la consulta previa, a partir de una interpretación extensiva del artículo 6° del Convenio 169 de la OIT. A mayor abundamiento, tenemos que este es un reconocimiento que no se ha traducido expresamente en nuestro derecho positivo por cuanto ni la Ley N.° 29875, Ley de Consulta Previa, ni su reglamento, Decreto Supremo N.° 001-2012-MC, al referirse a los titulares del derecho a la consulta previa, hacen alusión directa a los pueblos indígenas en situación de aislamiento voluntario. En ese sentido, tal titularidad quedaría sujeta en la práctica al cumplimiento de los requisitos tanto objetivos como subjetivos establecidos en tales normas por parte de estos pueblos, como lo son el hecho de ser descendientes directos de las poblaciones originarias del territorio nacional, llevar estilos de vida y vínculos espirituales e históricos con tal territorio, mantener instituciones sociales y costumbres propias, tener patrones culturales y

modos de vida distintos a los de otros sectores de la población nacional y tener conciencia de pertenencia a una identidad indígena u originaria

Otro aspecto positivo a destacar de esta sentencia es la consideración de una legitimidad para obrar activa amplia en el caso de la protección de los derechos de los pueblos en situación de aislamiento voluntario, facilitando la interposición de demandas de amparo en defensa de sus derechos sin que sea exigible la acreditación de representación procesal, la cual, por la particular situación de estos pueblos se constituiría en un requisito de procedencia extremadamente difícil de cumplir y devendría en última instancia en una limitación al derecho de tutela jurisdiccional efectiva de tales pueblos.

Sin embargo, a manera de crítica, consideramos que la presente sentencia puede interpretarse como un pronunciamiento meramente retórico en la medida en que, si bien en teoría se reconoce el derecho a la consulta previa y la necesidad de su implementación, en la práctica se valida la conducta de las empresas demandadas en virtud del principio de seguridad jurídica, obviando la responsabilidad del Estado en la determinación de los pueblos afectados por las industrias extractivas y en la implementación del proceso de consulta. No obstante, el Tribunal parece haber reparado en este aspecto y estar considerando un viraje hacia una protección más eficaz de los derechos de los pueblos indígenas. Ello se ha traducido en la expedición de la sentencia recaída en el Exp. N° 01126-2011-HC/TC, publicada el 25 de septiembre de 2012, en virtud de la cual se declaró fundada una demanda de hábeas corpus a favor de la Comunidad Nativa Tres Islas por la afectación de sus derechos constitucionales, concretamente los derechos a la propiedad de la tierra comunal y a la autonomía comunal, declarándose posteriormente la nulidad de sendas resoluciones judiciales que habían desconocido tales derechos y el cese de actos lesivos a los mismos.

COMENTARIO A LAS STC 5427-2009-PC,  
DE 23 DE AGOSTO DE 2010

*SOBRE EL CONTROL DE LA  
INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN EN  
EL CASO DE LA CONSULTA PREVIA*

POR VICTORHUGO MONTOYA CHÁVEZ  
Asesor Jurisdiccional del Tribunal Constitucional

*I. Materias constitucionalmente relevantes*

La sentencia materia de análisis puede ser presentada esquemáticamente a través del siguiente cuadro:

<b>Expediente</b>	5427-2009-PC/TC
<b>Proceso</b>	Cumplimiento
<b>Emisión</b>	23 de agosto de 2010
<b>Emisor</b>	Pleno jurisdiccional (a favor, Mesía Ramírez, Beaumont Callirgos, Landa Arroyo y Eto Cruz; en contra, magistrados Vergara Gotelli, Calle Hayen y Álvarez Miranda)
<b>Demandantes</b>	Asociación Interétnica de Desarrollo de la Selva (AIDSESP)
<b>Demandados</b>	Ministerio de Energía y Minas (MEM)
<b>Normas impugnadas</b>	Incumplimiento al Convenio 169 de la OIT

Bajo este marco, los temas principales que son revisados por la sentencia y que en cierta forma van a ser examinados en este comentario son los siguientes:

*1.1. Sobre la forma de examen de la validez de la norma impugnada:*

- (a) ¿Se puede analizar un tratado por inconstitucionalidad por omisión?
- (b) ¿Puede ser controlado por el juez constitucional?
- (c) ¿El proceso de cumplimiento es el mecanismo adecuado para el control de la inconstitucionalidad por omisión normativa?

*1.2. Sobre el derecho a la consulta previa:*

- (a) ¿Cuál es el contenido constitucionalmente protegido del derecho?
- (b) ¿A qué nos referimos con el principio de buena fe?
- (c) ¿Qué significa que sea flexible?
- (d) ¿Su objetivo es alcanzar un acuerdo?
- (e) ¿Cómo es que se debe expresar la transparencia de la consulta previa?
- (f) ¿Cuál es la forma de implementación previa del proceso de consulta?

*2. Contexto histórico-político de la sentencia*

No hay mucho que decir sobre el contexto de esta sentencia. Sólo podía expresar que la famosa asociación demandante pretendía, a través de la demanda, que el MEM cumpla con adecuar su normativa de conformidad con lo establecido en el Convenio 169 de la OIT, solicitando específicamente que a nivel interno, exista una regulación normativa que desarrolle el referido convenio en lo que respecta a los derechos a la consulta, a la tierra y al territorio y a los recursos naturales.

Los pueblos asháninka, amuesha y aguaruna del Alto Marañón iniciaron el movimiento federativo de las comunidades a fines de los años '60 y comienzos de los '70, deviniendo en el actualidad en AIDSESEP. Esta asociación tiene como objetivos, representar los intereses inmediatos e históricos de todos los pueblos indígenas de la Amazonía; garantizar la conservación y el desarrollo de la identidad cultural, el territorio y los valores de cada uno de los pueblos indígenas de la Amazonía; viabilizar el ejercicio de la libre determinación de los pueblos indígenas, en el marco del derecho nacional peruano y del derecho internacional; y, promover el desarrollo humano y sustentable de los pueblos indígenas.

Bajo esta motivación es lógico que haya planteado la demanda de cumplimiento, sobre todo si el tema de la consulta previa no era tomado en cuenta como una prioridad por el Estado pese a los diversos problemas que involucraban a las comunidades indígenas.

### 3. *Análisis*

En primer lugar, el gran debate producido a nivel de magistrados, conforme se advierte de los votos singulares y fundamentos de votos presentes, no se produjo sobre reconocer rango constitucional al Convenio 169 de la OIT, suscrito y ratificado por el Estado Peruano, mediante Resolución Legislativa 26253 del 02 de diciembre de 1993, tema sobre el cual existe consenso.

A mi entender, existe un error conceptual de los jueces constitucionales. La STC 0047-2004-AI/TC interpreta el sentido del artículo 200.4 de la Constitución que establece con claridad que los tratados, sin excepción alguna, tienen rango de ley. En dicha oportunidad el TC dijo con claridad lo siguiente: *“Si bien el artículo 55 de la Constitución es una regla general para todos los tratados, ella misma establece una regla especial para los tratados de derechos humanos en el sistema de fuentes. En efecto, la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución establece: ‘Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú’. Como puede apreciarse, nuestro sistema de fuentes normativas reconoce que los tratados de derechos humanos sirven para interpretar los derechos y libertades reconocidos por la Constitución. Por tanto, tales tratados constituyen parámetro de constitucionalidad en materia de derechos y libertades. Estos tratados no solo son incorporados a nuestro derecho nacional –conforme al artículo 55 de la Constitución– sino que, además, por mandato de ella misma, son incorporados a través de la integración o recepción interpretativa”*. Es decir, si bien mantiene un rango de ley, cumple una función integradora o interpretativa, tanto así que el propio Tribunal le ha reconocido ser parte del bloque de constitucional internacional (entre varias, STC 1776-2004-AA/TC).

Por tanto, mal hace la sentencia en comento en otorgarle un rango distinto. Se basa en el reconocimiento del Convenio 169 como norma constitucional realizado en la STC 0022-2009-PI/TC, que a la vez se sustenta en una decisión previa (STC 0025-2005-PI/TC y 0026-2005-PI/TC) según la cual los tratados tienen rango constitucional. Para realizar tal afirmación se apoyan justamente en la interpretación realizada en la mencionada STC 0047-2004-AI/TC, que por el contrario otorga un rango legal a los tratados. Que tenga un valor interpreta-

tivo o integrador no hace que el tratado varíe su rango. Me parecía importante comenzar el estudio de la presente sentencia con dicha precisión.

Los votos en mayoría expresan que el hecho de que el mandato cuyo cumplimiento se pretende se encuentre inserto en un tratado de derechos humanos y ostente, por ello, rango constitucional, antes que ser un impedimento para el cumplimiento exigido, representa más bien un argumento de fuerza para requerir judicialmente su efectivización. Y es que si en nuestro ordenamiento se brinda adecuada protección al derecho a la efectividad de las disposiciones legales o los actos administrativos, con mayor razón se puede exigir, a través de este proceso, se tutele el derecho a convertir en realidad jurídico-constitucional aquello que está inscrito en una norma de rango constitucional. Además, en sistemas constitucionales comparados, la exigencia constitucional de controlar las omisiones normativas en que puedan incurrir las autoridades competentes y que vulneran derechos fundamentales, ha sido recogida en diversos textos constitucionales, habilitándose un proceso específico de ‘acción de inconstitucionalidad por omisión’, ya se trate absoluta (cuando el órgano de producción normativa no ha expedido ninguna ley que desarrolle el precepto constitucional alegado), o relativa (cuando la norma que ha regulado determinado precepto constitucional ha excluido arbitrariamente de su ámbito de acción a un grupo de personas determinado, infringiendo el principio de igualdad). Este control, por tanto, se ubicaría en el ámbito de lo ‘constitucionalmente necesario’ y no obstante no ha sido atendido por el legislador, por lo que la acción del TC se legitima, tanto para el control de lo que está constitucionalmente prohibido, así como para exigir aquello que resulta ‘constitucionalmente necesario’ (STC 0006-2008-PI/TC).

La interpretación que realiza el TC es bastante laxa sobre el proceso de cumplimiento. Creo que debió precisar qué significaba lo ‘constitucionalmente necesario’, tal vez interpretando que lo que se requiere sea una especie de normas constitucionales autoaplicativas, de forma similar a lo establecido en el artículo 3 del Código Procesal Constitucional. Desde una perspectiva procesal, una ‘acción de inconstitucionalidad por omisión’ no puede ser vista a través de un proceso de cumplimiento porque lo desnaturalizaría, sino porque justamente para ello está habilitado el ‘proceso de inconstitucionalidad’, tal como ha sido establecido el propio TC en la STC 0014-2007-PI/TC, donde se declaró inconstitucional una norma por omisión legislativa.

Bueno, seguiré con el razonamiento del Tribunal. Luego de haberse determinado la obligación de desarrollar normativamente las disposiciones constitucionales que así lo demandan y la posibilidad de control constitucional de las omisiones normativas inconstitucionales por parte del juez constitucional, se exponen las siguientes razones a favor del proceso de cumplimiento como el mecanismo procesal adecuado. Si bien debería ser tarea del legislador enmen-

dar las omisiones inconstitucionales, también es cierto que es deber de todo juez impartir justicia en el caso concreto, aún en ausencia de ley o con la deficiencia de ésta (artículo 139.8 de la Constitución). El detenerse en la no configuración del proceso de cumplimiento para controlar las omisiones normativas inconstitucionales, cuando no existe a su vez ningún otro mecanismo procesal que dé respuesta a la problemática jurídica planteada, sería tanto como denegar justicia constitucional.

En este caso, el problema constitucional no sólo implica una obligación estatal de desarrollar normativamente un tratado internacional, sino además, la garantía de los derechos fundamentales de un grupo que goza de especial protección constitucional como los pueblos indígenas, por lo que el presente proceso de cumplimiento, a juicio del Tribunal, debe ser adecuado o redimensionado para dar respuesta a la pretensión planteada por la asociación demandante, bajo el supuesto de una omisión normativa inconstitucional indirecta (ausencia de reglamentación).

Sin embargo, si se siguiera lo expresado en el precedente vinculante de la STC 0168-2005-PC/TC, debería esperarse un *mandamus* claro y lejos de cualquier duda. Sin embargo, a esta exigencia no le parece dar mucha importancia el Tribunal pues no es materia de análisis serio. Es clara su propensión en este caso a la aplicación del principio sustantivo del *pro homine* y del principio procesal del *pro actione*, aunque tampoco justifica expresa ni convenientemente su uso. Mayor crítica genera que no siempre la línea jurisprudencia del TC ha sido uniforme en este punto. Incluso, en algunos casos el mismo colegiado ha tenido una postura completamente formalista, como en la cuestionable STC 4664-2007-PA/TC, en que se prefiere dejar de otorgar protección a las personas en vista que hubo un empate en la votación de los magistrados.

Regresando en el caso materia de análisis, se procede a determinar la responsabilidad del MEM en la omisión normativa inconstitucional, a partir de diversos criterios. En primer lugar, considera la existencia de un ambiguo mandato constitucional de regulación normativa, consistente en aquella obligación constitucional de regulación específica con el objeto de lograr su plena eficacia (“*encargos directos de legislar*”, o mandatos que suponen indefectiblemente la necesidad de legislación para poder ser efectivos). En el caso de autos, si bien dicho tratado internacional no contiene una norma explícita que obligue a las entidades del Estado a emitir normas conducentes a efectivizar los derechos reconocidos por aquél, sin embargo, ello es irrelevante ya que al igual que el resto de tratados en el mundo, resulta directamente aplicable y vinculante para un Estado parte. Una interpretación distinta implicaría desconocer que los tratados de derechos humanos deben interpretarse no sólo de buena fe y atendiendo a su objeto y propósito (artículo 31 de la Convención de Viena), sino también en atención al principio *pro homine*. La obligación de regulación interna del proce-

dimiento de consulta, se ubica dentro de lo constitucionalmente necesario y, por ende, debe ser objeto de regulación legal general o, en su defecto, de regulación reglamentaria en el ámbito específico de las competencias del MEM; tanto más que el propio Convenio ha especificado como un ámbito especial donde debe llevarse a cabo el procedimiento de consulta aquel donde los pueblos indígenas puedan verse afectados como consecuencia de proyectos de exploración o explotación de recursos naturales en sus tierras.

El segundo criterio es el del transcurso de un periodo de tiempo razonable, que supone el lapso transcurrido en exceso entre el momento en que se asume la obligación de desarrollar normativamente la disposición constitucional y el momento en que debe cumplirse la obligación de llevar a cabo dicho desarrollo normativo. En este caso, han pasado ya quince años desde la suscripción del Convenio 169 de la OIT (entrando en vigencia a partir del 2 de febrero de 1995), tiempo que evidentemente es suficiente para que se haya desarrollado una normativa específica que reglamente el procedimiento del derecho a la consulta previa.

Como tercer criterio se encuentra el efecto inconstitucional de la omisión o resultado inconstitucional. Es necesario finalmente que esta omisión se concrete en verdaderos actos inconstitucionales, que pueden estar representados por violaciones graves y manifiestas de los derechos fundamentales o por la negación absoluta de su goce y disfrute efectivo, como puede ser, en el caso la falta de implementación de un derecho social prestacional por falta de desarrollo normativo. En tal sentido el TC destaca la existencia de varios conflictos socio-ambientales que tienen entre sus protagonistas a varios pueblos indígenas, según el Reporte de Conflictos Sociales 75 de la Defensoría del Pueblo.

Por último, debe tenerse en cuenta que el deber de reglamentación no se satisface con la mera emisión de la normativa infralegal propiamente dicha, sino que también se requiere que dicha normativa se adecúe al contenido sustancial del derecho a la consulta, tal como se encuentra regulado en el Convenio 169. Aún así, de la revisión de los dispositivos emitidos por la entidad se verifica que ninguno de ellos ha logrado hasta el momento, desarrollar idóneamente el derecho a la consulta previa. En efecto, dichos dispositivos tan sólo se limitan a habilitar talleres informativos con las poblaciones afectadas, con lo cual éstas se convierten en meros receptores de una información otorgada por el Estado.

Es por ello que, en orden a las consideraciones expuestas, el TC concluye que, en el presente caso, la entidad demandada ha incurrido en un supuesto de incumplimiento parcial de su deber de reglamentar el derecho a la consulta, de conformidad con lo establecido en los artículos 6.1, 6.2 y 15.2 del Convenio 169 de la OIT, y decide en consecuencia ordenar al MEM emitir, en el marco de sus competencias, un reglamento especial que regule el derecho a la consulta previa e informada a los pueblos indígenas.

Para tal efecto, y con fines orientadores, el TC estima que las obligaciones que se derivan directamente del Convenio 169 en lo relativo a la regulación normativa del derecho a la consulta, son diversas, según lo desarrollado previamente en la STC 0022-2009-PI/TC: la observancia del principio de buena fe; la flexibilidad; el objetivo de alcanzar un acuerdo; la transparencia; y, la implementación previa del proceso de consulta. A su vez, reitera que el contenido constitucionalmente protegido del derecho a la consulta importa: el acceso a la consulta; el respeto de las características esenciales del proceso de consulta; y la garantía del cumplimiento de los acuerdos arribados en la consulta. En tal sentido, no forma parte del contenido de este derecho el veto a la medida legislativa o administrativa, ni la negativa de los pueblos indígenas a realizar la consulta.

En conclusión, en este caso a través de una amplísima interpretación de los principios *pro homine* y *pro actione*, la mayoría de los magistrados del TC optaron por exigir el cumplimiento de la consulta previa, reconocida en el Convenio 169 OIT. Más allá de algunas posturas fácilmente cuestionables, como la del rango de los tratados, es de rescatarse el llamativo deseo del máximo intérprete de la Constitución, en una actuación bajo la sombra de la autonomía procesal constitucional, de insistir en la exigencia de la consulta previa para los pueblos indígenas pese a la inacción del Legislativo.



COMENTARIO A LA STC 0025-2009-PI,  
DE 17 DE MARZO DE 2011

*DERECHO DE CONSULTA DE PUEBLOS  
INDÍGENAS Y LA LEY DE RECURSOS  
HÍDRICOS NRO. 29338*

POR SUSANA TÁVARA ESPINOZA  
Asesora Jurisdiccional del Tribunal Constitucional

*1. Materias constitucionalmente relevantes examinadas por el Tribunal  
Constitucional*

Los temas constitucionales que fueron abordados en el pronunciamiento son los siguientes:

- La Ley de Recursos Hídricos y la Reserva de Ley Orgánica (artículo 66° de la Constitución).
- El derecho a la consulta previa e informada de los pueblos indígenas, al haberse aprobado la Ley de Recursos Hídricos Nro. 29338.
- El derecho a la igualdad jurídica en el sistema de incentivos en las licencias de uso de agua.

*2. Contexto histórico-político de la Sentencia*

El proceso de inconstitucionalidad materia de análisis se interpone contra la Ley Nro. 29338, de Recursos Hídricos, en un momento en el que en nuestro país se vive un clima de constantes conflictos sociales ante la inversión extranjera en el sector de minería e hidrocarburos.

Es importante resaltar que en el momento del análisis de dicha sentencia, el Tribunal Constitucional ya contaba con una línea jurisprudencial en materia del “derecho a la consulta”.

En esa línea de análisis, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional estableció un concepto de “consulta previa” en el marco y con plena observancia de instrumentos internacionales de derechos humanos como el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (DNUDPI) aprobado por la Asamblea General de la ONU, entre otros.

Otro aspecto a resaltar es que los temas de medio ambiente y protección de las áreas y recursos naturales han merecido en los últimos años no solamente un interés jurídico-constitucional en nuestra jurisprudencia, sino además, político, social y cultural.

### 3. *Análisis*

Para el correcto análisis de la STC 0025-2009-PI/TC, es importante establecer un breve recuento cronológico de las sentencias que ha expedido el Tribunal Constitucional relativas al derecho a la “Consulta previa”. Así tenemos:

- *Exp. 0022-2009-PI/TC (Se declaró infundada la demanda de inconstitucionalidad contra el Decreto Legislativo Nro. 1089, que regula el Régimen Temporal Extraordinario de Formalización y Titulación de Predios Rurales e interpretar dicha norma, de conformidad con el fd. 57 de la sentencia, debiendo comprenderse que la norma no es aplicable para el caso de los pueblos indígenas. Fd. de voto del Magistrado Vergara Gotelli).*
- *Exp. 0023-2009-PI/TC (Se declaró infundada la demanda de inconstitucionalidad interpuesta contra el Decreto Legislativo Nro. 1079, que establece medidas que garantizan el patrimonio de las áreas naturales protegidas).*
- *Exp. 0024-2009-PI/TC (Declarar improcedente la demanda de inconstitucionalidad contra el Decreto Legislativo Nro. 994; así como que los alcances de dicha norma deben determinarse de conformidad con los fundamentos 14 (valor normativo de la Declaración de Derechos de los Pueblos Indígenas), 18 (propiedad comunal) y 19 (relación de los pueblos con sus tierras o territorios) de la sentencia. Fundamento de voto de los magistrados Vergara Gotelli y Calle Hayen).*
- *Exp. 0026-2009-PI/TC (Declara improcedente la demanda inconstitucionalidad interpuesta contra el Decreto Legislativo Nro. 1083 por haberse producido la sustracción de la materia).*
- *Exp. 0027-2009-PI/TC (Declaran infundada la demanda de inconstitucionalidad contra el Decreto Legislativo Nro. 1020).*

- *Exp. 0028-2009-PI/TC (Declaró improcedente la demanda de inconstitucionalidad contra el Decreto Legislativo Nro. 1081 por haberse producido la sustracción de la materia).*

Cabe precisar que con la STC 0022-2009-PI/TC es que se inician los pronunciamientos en dicha materia. Así, en su fd 21, establece en qué casos una comunidad campesina o nativa tiene derecho a consulta: “a) medidas dirigidas a regular aspectos que conciernen en forma exclusiva a los pueblos indígenas; b) normas de alcance general que podrían implicar una afectación indirecta a los pueblos indígenas; y, c) medidas específicas relacionadas con pueblos indígenas dentro de normas de alcance general”. En tal sentencia, se ha establecido que solamente en los casos a) y c) es exigible el derecho a la consulta, pues existe afectación directa a los pueblos indígenas.

El primer punto interesante de la sentencia bajo análisis (0025-2009-PI/TC) es el relativo a que la reserva de Ley Orgánica que contiene el artículo 66° de la Constitución no comprende la regulación de todo lo que atañe a los recursos naturales (renovables y no renovables), sino sólo a las condiciones de su utilización y las condiciones de su otorgamiento a particulares, por lo que, no se ha transgredido la norma constitucional indicada.

Una parte muy importante del análisis que se hace en la sentencia en cuestión es el relativo a la exigencia de la consulta, pues en anterior jurisprudencia se había sostenido que era desde junio de 2010 (Aclaración STC 06316-2008-AA/TC). Así en el fundamento 23 de la presente sentencia se señala: “La exigibilidad del derecho de consulta está vinculado con la entrada en vigencia en nuestro ordenamiento jurídico del Convenio 169 de la OIT. Este Convenio fue aprobado mediante Resolución Legislativa Nro. 26253, ratificado el 17 de enero de 1994 y comunicado a la OIT a través de depósito de ratificación con fecha 2 de febrero de 1994. Y conforme a lo establecido en el artículo 38.3 del referido Convenio, éste entró en vigor doce meses después de la fecha en que nuestro país registró la ratificación. Esto es, desde el 2 de febrero de 1995, el Convenio 169 de la OIT es de cumplimiento obligatorio en nuestro ordenamiento”.

Sobre el derecho a la igualdad, indica que se garantiza frente a tratamientos diferenciados que sean desproporcionados. No se tutela que todos seamos tratados por igual siempre y en todos los casos, sino que las diferencias se encuentren justificadas desde el punto de vista de las exigencias que se derivan de cada uno de los sub- principios que conforman el ya desarrollado “principio de proporcionalidad”.

En el fd 40 de la sentencia se señala: “se observa que la preferencia otorgada a quienes generan excedentes de recursos hídricos sobre la base de un aprovechamiento eficiente constituye un medio idóneo para promover el uso sostenible de tales recursos. Observa igualmente que existiendo otros medios

con los cuales puede alcanzarse el mismo fin (vgr. Negar el acceso a nuevos derechos de uso de agua a quienes no generen excedentes de recursos hídricos o no cuenten con un certificado de eficiencia), el escogido por el legislador (otorgar preferencia) es el menos afflictivo sobre los derechos intervenidos. Y repara, finalmente, que constituyendo la intervención sobre el principio- derecho de igualdad sólo de intensidad leve, en tanto que es de extrema importancia el grado de realización del fin (promoción del uso sostenible de los recursos hídricos), que la diferenciación realizada en el segundo párrafo del artículo 49 de la Ley cuestionada no es excesiva.

El Tribunal Constitucional en esta sentencia establece como conveniente la opción de la procedencia de la consulta previa, cuando se violen o afecten intereses colectivos, pero no cuando se trata de derechos individuales de los miembros de las comunidades o pueblos indígenas.

Considero que durante los años 2010 a 2012, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en materia de “consulta previa” se ha venido consolidando y otorgando un marco de protección a las comunidades campesinas y nativas en el marco de los principios “*pro homine*” y “dignidad humana” maximizando la protección de los derechos fundamentales.

De igual manera, es importante resaltar que el desarrollo equilibrado y consecuente de dicha jurisprudencia ha permitido definir principios como el de “prevención”, “del dominio eminential”, de protección administrativa y gobernanza ambiental”, entre otros, que son muy particulares del reconocimiento positivo de sectores del Estado, muchas veces desprotegidos y olvidados.

No podemos olvidar otro punto interesante, que es la conceptualización de lo que debe entenderse como “propiedad comunal” en el Derecho peruano.

COMENTARIO A LAS STC 0001-2012-PI,  
DE 17 DE ABRIL DE 2012

*CONGA: UN PROBLEMA MINERO  
AÚN SIN SOLUCIONAR*

POR VICTORHUGO MONTOYA CHÁVEZ  
*Asesor Jurisdiccional del Tribunal Constitucional*

*1. Materias constitucionalmente relevantes*

La sentencia materia de análisis puede ser presentada esquemáticamente a través del siguiente cuadro:

<b>Expediente</b>	0001-2012-PI/TC
<b>Proceso</b>	Inconstitucionalidad
<b>Emisión</b>	17 de abril de 2012
<b>Emisor</b>	Pleno jurisdiccional (magistrados Alvarez Miranda, Urviola Hani, Vergara Gotelli, Mesía Ramírez, Beaumont Callirgos y Calle Hayen)
<b>Demandante</b>	Fiscal de la Nación
<b>Demandado</b>	Gobierno Regional de Cajamarca
<b>Normas impugnadas</b>	Ordenanza Regional de Cajamarca 036-2011-GR.CAJ-CR
<b>Normas vulneradas</b>	Artículos 2.18, 58, 59, 61, 77 y 192.7 de la Constitución

Bajo este marco, los temas principales que son revisados por la sentencia y que en cierta forma van a ser examinados en este comentario son los siguientes:

*1.1. Con relación a la minería y protección de los recursos hídricos:*

- (a) ¿Qué implica el derecho a gozar de un medio ambiente equilibrado y adecuado?
- (b) ¿Qué es el derecho fundamental a la identidad étnica y cultural?
- (c) ¿Qué es el derecho a la inversión privada, las libertades de empresa, comercio e industria, la garantía de la iniciativa privada y la libre competencia?
- (d) ¿A qué nos referimos con el principio de coparticipación de la riqueza?

*1.2. Con relación a cómo realizar el test de proporcionalidad:*

- (a) ¿Cómo aplicar los principios de unidad (Estado unitario y descentralizado), cooperación y lealtad regional, taxatividad y cláusula de residualidad y control y tutela?
- (b) ¿Cómo aplicar los principios de competencia en sentido estricto, efecto útil y poderes implícitos, progresividad en la asignación de competencias y transferencia de recursos?

*2. Contexto histórico-político de la sentencia*

Mientras la subida en el precio de los metales a nivel internacional beneficiaba las perspectivas de los proyectos mineros en el país, se producía una fuerte tensión con grupos sociales que se sentían perjudicados por tales actividades. Se crearon posturas a favor de uno u otro bando, donde las distintas cuestiones jurídicas, culturales, económicas y políticas eran objeto de defensa por parte de apasionados panegíricos, sin que se produzca un diálogo institucionalizado.

Uno de los más paradigmáticos casos de enfrentamiento se ha producido a propósito del proyecto minero Conga, inversión de la empresa Newmont-Yanacocha en una de las zonas más pobres del país, la región Cajamarca, donde está instalada desde hace veinte años, con aciagos precedentes ambientales. El conflicto, durante el tiempo que ha durado, presentó como actores principales al Estado, representado en el Ministro de Energía y Minas, el Ministro del Ambiente y el propio presidente de la República; la minera Yanacocha; el gobierno regional de Cajamarca (Gregorio Santos); y, el Frente de Defensa del Ambiente de Cajamarca (Wilfredo Saavedra); y como secundarios, la alcaldía provincial de Cajamarca (Ramiro Bardales), el Movimiento Político Tierra y Libertad

(Marco Arana), así como la misma población y los medios de comunicación social. La tensión se presentó, y hasta hoy se presenta, en varios frentes: entre la población y Yanacocha; entre los dirigentes formales de Cajamarca y el Estado; dentro del propio gobierno; entre la población; y, entre periodistas nacionales y la población. El interés estaba plenamente justificado. Conga es una cabecera de cuenca, fuente de agua que permite la vida vegetal, animal y humana en gran parte de la región, territorio alto andino que provee de agua a las cuencas de la Amazonía y del Pacífico, conteniendo en su estructura interna y externa aguas subterráneas, bofedales, humedales, manantiales y numerosas lagunas que no solamente almacenan agua, sino que, por su función en el ciclo medioambiental, le otorgan a éste la temperatura del ecosistema correspondiente.

La falta de credibilidad de la empresa en cierto sector de la población hizo que ésta sintiese temor de perder sus grandes manantiales y que sus aguas se contaminen debido a la intervención de las minas, bajo el lema de ‘¡Agua sí; oro no!’ Cambiar la estructura de la zona, removerla y reemplazarla por estructuras de cemento, fierro, plástico y estancar las aguas en reservorios, a su entender, significaría atentar contra su propia naturaleza original. De otro lado, pese a que los dirigentes regionales se arrogaban la representación de la zona afectada, las 32 comunidades de la zona de influencia del proyecto Conga expresaron su respaldo a la inversión.

Entonces, así como unos negaban la existencia de un grave daño ambiental; otros lo aseveran tajantemente. La postura de los primeros comenzó a tomar fuerza y a fines de 2011 se produjo una grave huelga, radicalizada con una Marcha Nacional en Defensa del Agua y la Vida, que obligó al gobierno a suspender las actividades de la minera, a la vez que contrató a tres expertos extranjeros, para realizar un peritaje sobre el Análisis de Impacto Ambiental que terminó avalando el proyecto.

Un nuevo capítulo del problema se escribió con la emisión por parte del gobierno regional de Cajamarca de la Ordenanza Regional 036-2011-GR.CAJ-CR. Ante su publicación, el Fiscal de la Nación presentó una demanda de inconstitucionalidad alegando que con dicha normativa el gobierno regional se estaba extralimitando en sus funciones invadiendo competencias propias del Ejecutivo en tres aspectos centrales: la declaración de intangibilidad de las cabeceras de cuenca en toda la jurisdicción de la región Cajamarca; la declaración de la inviabilidad del Proyecto Conga; y el encargo dado al presidente del Gobierno Regional de Cajamarca para que canalice ante el Congreso de la República, los procesos investigatorios sobre el Estudio de Impacto Ambiental (EIA) que aprobó dicho proyecto. Pese a que en la contestación, se cuestionó la capacidad del fiscal para postular la demanda, el Tribunal superó fácilmente el tema de la legitimidad para obrar y resolvió sobre el fondo, aunque sin llegar a atacar los principales cuestionamientos al proyecto minero.

### 3. *Análisis*

En el comentario a las STC 0020-2005-PI/TC y 0021-2005-PI/TC ya han sido explicadas cuáles son las bases del análisis de una norma regional, que versa tanto en la definición de los derechos afectados como en el *test* de competencia, basándose en la STC 0008-2010-PI/TC y en la STC 0009-2010-PI/TC. Éste fue aplicado en el caso Conga y, siguiendo sostenida jurisprudencia, el TC estableció con relación al conflicto de competencias y legitimidad de actos administrativos en la declaración de inviabilidad del proyecto minero Conga, que el proceso de inconstitucionalidad era en esencia un conflicto competencial, siendo tramitado según lo ordena el artículo 110 del Código Procesal Constitucional, debido a que una ordenanza regional tiene rango legal (artículo 200.4 de la Constitución).

Como cuestión de principios, si bien el TC señaló que su deber no radica en manifestar cuál de las dos posiciones en conflicto era ‘la correcta’. Esta primera decisión fue objeto de críticas desde la tribuna de quienes esperaban que el TC, en su calidad de pacificador social y jurídico, pudiese encaminar la discusión entre los actores involucrados, sobre todo si el TC tiene claro qué es un derecho al medio ambiente y por más que la demanda planteada era de inconstitucionalidad, por el carácter subjetivo que ésta puede tener, debió ir más allá de las cuestiones formales sobre las que resolvió.

El Tribunal, sin embargo, optó por una posición menos osada. A su entender, en este caso, le correspondía únicamente supervisar que se garantice el acceso de todas las partes interesadas al dialogo institucionalizado y sancionar que los acuerdos tomados en tales espacios no vulneran o contravienen los valores básicos de la Constitución, sobre todo porque en nuestro país no resulta difícil encontrar ejemplos de tangibles de desastres ambientales a consecuencia de la actividad minera. En tal sentido, concluyó indicando que el encargo otorgado al presidente de la región para que canalice ante el Congreso de la República los procesos de investigación sobre las circunstancias en que fue aprobado el EIA del proyecto Conga no escapa de las competencias del gobierno regional de Cajamarca.

Teniendo en cuenta que los efectos normativos de la ordenanza cuestionada se despliegan dentro del ámbito regulatorio de las actividades mineras, basándose en el impacto ambiental que éstas pueden tener en determinada área, como es la cabecera de cuenca, es relevante determinar cómo la Constitución ha repartido las competencias normativas entre gobiernos regionales y gobierno nacional en el sector minero, considerando como un elemento relevante en tal repartición la protección de los recursos hídricos. En cuanto a la minería y la protección de los recursos hídricos en virtud de las cual se declara la intangibilidad de tales cabeceras, el TC parte su análisis haciendo referencia al dere-

cho a gozar de un medio ambiente equilibrado y adecuado (artículo 2.18 de la Constitución), que comporta la facultad de las personas de poder disfrutar de un medio ambiente en el que sus elementos se desarrollan e interrelacionan de manera natural y armónica; y, en el caso en que el ser humano intervenga, no debe suponer una alteración sustantiva de tal interrelación (STC 0048-2004-AI/TC).

Como los derechos fundamentales no sólo son derechos subjetivos, sino también un orden material de valores en los cuales se sustenta el ordenamiento constitucional (STC 0976-2001-AA/TC), que implica el efecto de irradiación de los derechos todos los sectores del ordenamiento jurídico y la imposición sobre todos los organismos públicos, un deber especial de protección de dichos derechos, es su vinculación a los particulares, bajo la teoría de los *drittwirkung* (STC 3510-2003-AA/TC). Asimismo, el Estado debe proteger a la persona de los ataques al medio ambiente y a su salud, lo cual incluye la prevención de los daños que puedan producirse (STC 4223-2006-AA/TC), por lo que el contenido del derecho a un medio ambiente equilibrado y adecuado está determinado por los derechos a gozar de ese ambiente y a que éste se preserve (STC 2268-2007-PA/TC). Esta interpretación del derecho implica, por parte del Estado, una obligación de respeto, protección, satisfacción, facilitación y promoción (Observación General 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU).

El Tribunal también expresó su preocupación por el agua. Su protección es sumamente importante, tal y como ha sido reconocido por el Estado (artículo 3 de la Ley de Recursos Hídricos) y el TC (STC 6546-2006-PA/TC, y 3343-2007-PA/TC). Además, debe tenerse en cuenta que no sólo la contaminación resulta ser una amenaza sino que ciertos fenómenos naturales, como el cambio climático, también demandan acciones concretas por parte del Estado y la sociedad (Decreto Supremo 086-2003-PCM, Estrategia Nacional sobre Cambio Climático). Vale recordar que el TC había reconocido en virtud del artículo 3 de la Constitución, el derecho fundamental al agua en concordancia con la Resolución 64/292 de la Asamblea General de la ONU, de 2010 y la Observación General 15, del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de 2002, así como la Resolución A/HRC/RES/18/1 del Consejo de Derechos Humanos, de 2011; la Resolución 64/24 de la Organización Mundial de la Salud, de 2011; y el Informe sobre Desarrollo Humano 2006, *Más allá de la escasez: Poder, pobreza y la crisis mundial del agua* del PNUD, de 2006. El Tribunal llegaba a reconocer el derecho al agua *“atendiendo a que no existe norma expresa que contenga dicho reconocimiento a nivel interno y a que a nivel internacional aún se encuentran pendientes de desarrollo muchos de los ámbitos que comprendería dicho atributo, puede acudir primeramente a la opción valorativa o principialista y a la cláusula de los derechos implícitos que le permite servir de referente. Así las cosas, la utilización de la fórmula de individualización*

*permitiría legitimar la existencia de un derecho al agua potable en calidad de atributo fundamental no enumerado. Su reconocimiento se encontraría ligado directamente a valores tan importantes como la dignidad del ser humano y el Estado social y democrático de derecho” (STC 6534-2006-PA/TC).*

Pero el Estado no puede basar su actuación en el respeto de un grupo de derechos, como es el agua y los otros ambientales. También le compete respetar la inversión privada estipulada por la Constitución y el principio de coparticipación de riqueza en un Estado descentralizado como el peruano. Al respecto, señala que la Constitución ha establecido un amplio margen para la inversión privada, reconociendo la libertad de empresa, comercio e industria (artículo 59 de la Constitución) y garantizando la iniciativa privada (artículo 58 de la Constitución) y la libre competencia (artículo 61 de la Constitución), entre otras libertades. Desde luego, el *“ejercicio de estas libertades no debe ser lesivo a la moral, ni a la salud, ni a la seguridad pública”* (artículo 59), limitación explicada en la STC 3330-2004-AA/TC. Con los ingresos que el Estado percibe por el pago de tributos y en algunos casos, por naturaleza de canon, es que el gobierno puede mantener el modelo del Estado social y democrático de derecho que posee (artículo 43 de la Constitución). Empero, la explotación de recursos naturales desde luego no está desregulada y tampoco cuenta con licencias especiales que lo eximan de la compensación o indemnización de daños cuando estos ocurrieran.

El Tribunal avanza en el desarrollo jurisprudencial de la cuestión e indica que deben considerarse cuatro puntos esenciales en este tipo de actividades, quizás uno de los principales aportes de la sentencia:

- La prevención de conflictos y de posibles daños que puedan generar determinada inversión en recursos naturales, en tanto parte de la responsabilidad social de la empresa consiste en respetar los principios de prevención y precaución (STC 3343-2007-PA/TC).
- La fiscalización estatal de la actividad privada a fin de determinar si cumple con los estándares nacionales de protección: a través del diseño de políticas o planes de control de la actividad económica de las empresas dedicadas a la extracción de minerales, proyectos de desarrollo que en forma eficiente y responsable posibiliten la creación de riqueza.
- Las reparaciones integrales en caso de afectación a la población: que no se limita a esperar demandas de indemnización, sino que sea capaz de brindar una orientación legal adecuada a fin de que los ciudadanos puedan ejercer sus derechos.
- La concretización del principio de coparticipación de la riqueza (artículo 77 de la Constitución), entendido como 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, sin implicar un pago por asumir y soportar el proceso extractivo de recursos minerales, pues lo que se pretende es evitar que los beneficios por la explotación de los recursos naturales, sean absorbidos por el gobierno nacional (STC 0042-2004-PI/TC).

En el ámbito del análisis de la competencia asumida por el gobierno regional de Cajamarca, como ya ha sido establecido en la jurisprudencia del Tribunal se realice un *test* de competencia. Si bien el Estado es unitario (artículo 43 de la Constitución), ello no implica la negación de competencias normativas autónomas de los gobiernos regionales (STC 0020-2005-PI/TC y 0021-2005-PI/TC), pues conforme lo expresa el artículo 191 de la Constitución, los gobiernos regionales tienen autonomía política, económica y administrativa, siempre que dicha autonomía sea ejercida en armonía con las políticas y planes nacionales y locales de desarrollo (artículo 192 de la Constitución). Así, la Ley 27783, de Bases de Descentralización (LBR) y la Ley 27867, Orgánica de Gobiernos Regionales (LOGR), en tanto normas constituyentes del bloque de constitucionalidad del artículo 192 de la Constitución, que delimitan formal y materialmente la autonomía de los gobiernos regionales; y que pueden eventualmente ser complementadas por otras como la Ley 28273, del Sistema de Acreditación de los Gobiernos Regionales y Locales (LSAGRL) y, los planes anuales de transferencia de competencias sectoriales (Decreto Supremo 052-2005-PCM o el Decreto Supremo 036-2007-PCM).

Para determinar los límites concretos de las competencias de los gobiernos regionales y el gobierno nacional, se apeló una vez más al *test* de competencia (STC 0006-2010-PI/TC y 008-2010-PI/TC), el cual se encuentra configurado por: (a) El principio de unidad (artículos. 43, 191, 192.6 y 200.4 de la Constitución) compuesto a su vez por los subprincipios de: cooperación y lealtad regional (artículos 189, 191 y 192 de la Constitución), taxatividad y cláusula de residualidad (segundo párrafo e inciso 10 del artículo 192 de la Constitución), control y tutela (artículo 199 de la Constitución, artículo 21 de la LBD y artículo 75 de la LOGR); y, (b) El principio de competencia en sentido estricto (artículo 192.7 y 10 de la Constitución, artículos 11.1 y 13 de la LBD y artículo 5 de la LOGR), conformado por el subprincipio de competencias y el bloque de constitucionalidad, además de otros subprincipios como el efecto útil y poderes implícitos y el principio de progresividad en la asignación de competencias y transferencia de recursos (artículos 188 de la Constitución).

En el ámbito de la minería, la Constitución ha establecido que las regiones sí son competentes para regularla. Estas competencias son compartidas, tal como lo han dejado sentados el artículo 192.5 de la Constitución y el artículo

36.c de la LBD, debidamente precisados por el artículo 59 de la LOGR. Los gobiernos regionales, por su parte, son encargados de regular y fiscalizar la pequeña minería y la minería artesanal (Decreto Supremo 036-2007-PCM, Plan Anual de Transferencias de Competencias Sectoriales a los Gobiernos Regionales y Locales), mientras que el nacional está encargado de la gran y mediana minería (artículo 105 del Decreto Supremo 014-92-EM, TUO de la Ley General de Minería; artículos 5 y 6.h Decreto Ley 25962, Ley Orgánica del Sector Energía, entre otros). De las normas precitadas, el TC es enfático en señalar que el gobierno regional de Cajamarca no podía tener competencias normativas para intervenir en la ejecución del proyecto de gran minería, como es el caso del proyecto Conga.

Las cabeceras de cuenca son zonas en donde se generan los flujos de agua que riegan las áreas menos elevadas, como los valles cosechables. Por esta razón, es que existen referencias específicas sobre la protección de estas zonas (artículo 75 de la Ley de Recursos Hídricos), resultando loable toda intención de protegerlas, pero para que tal protección sea realmente efectiva, no basta con medidas aisladas y desarticuladas del sistema de gestión del recurso hídrico; es decir, no obstante la preocupación del gobierno regional de Cajamarca, es de preguntarse hasta qué punto ello activa competencias normativas para regular la protección de las cabeceras, pues como ya se ha expresado, la determinación y autorización del EIA para proyectos de mediana y gran minería compete al gobierno nacional, en concreto la Autoridad Nacional del Agua (ANA) es el organismo encargado de determinar la intangibilidad de una zona de cabecera de cuenca. Entonces, en atención al principio de taxatividad y subsidiariedad, se determina que el gobierno regional de Cajamarca tampoco era competente para declarar la intangibilidad de las cabeceras de cuenca en su región.

En conclusión, aun cuando en la controversia general sobre el proyecto Conga el TC no fijó postura en vista que consideró que no era materia de la demanda de inconstitucionalidad, en el fondo le da un jalón de orejas al gobierno regional de Cajamarca, que según presenté líneas arriba, es actor principal del conflicto. Eso sí, sobre los ámbitos limitados sobre los que resolvió, el TC sí justificó su posición, toda vez que vuelve a usar el *test* de competencia imprescindible en casos como éste y toma en consideración la necesidad de inversión privada a la vez del derecho al medio ambiente, en la perspectiva del derecho al agua, como componentes centrales del conflicto.

COMENTARIO A LA STC 00316-2011-PA,  
DE 20 DE JULIO DE 2012

*CARÁCTER AUTOAPLICATIVO DE LAS  
NORMAS, PROHIBICIÓN DE DRAGAS Y  
DERECHO DE PROPIEDAD*

POR FABIANA ORIHUELA SILVA

Tutora de la Maestría en Derecho con mención en Política Jurisdiccional  
de la Pontificia Universidad Católica del Perú

*1. Materias constitucionalmente relevantes examinadas por el Tribunal  
Constitucional*

Las siguientes son las principales materias constitucionalmente relevantes que se examinaron en la presente sentencia: (i) el carácter autoaplicativo de la norma cuestionada; (ii) la prohibición de dragas y el derecho de propiedad; y (iii) la aplicación en el tiempo de la norma cuestionada, específicamente del extremo en el que se establecen nuevos requisitos que deberán cumplirse para la aprobación del instrumento de gestión ambiental, a fin de poder realizar actividades de exploración, explotación y/o beneficio.

*2. Contexto histórico-político de la Sentencia*

El Decreto de Urgencia 012-2010, de fecha 12 de febrero de 2010, -norma cuestionada en este proceso–, declaró de interés nacional el ordenamiento minero en el departamento de Madre de Dios y, entre otras cosas, prohibió el uso de dragas en la actividad minera aurífera.

Dicho decreto fue una de las respuestas por parte del Estado a la devastadora situación que se vivía en Madre de Dios a causa de la minería ilegal -o informal<sup>[1]</sup>-, la cual generaba la destrucción de los bosques y la contaminación

---

[1] No trataré las diferencias entre uno y otro tipo de minería, toda vez que no es la finalidad del presente trabajo.

por mercurio en los ríos. Sin embargo, la medida consistente en el decomiso de las dragas no fue suficiente para evitar el impacto ambiental negativo. En ese sentido, el 18 de febrero de 2011, se modificó la norma cuestionada para establecer que adicionalmente procedía la destrucción y demolición de éstas.

A fines de 2011, el Poder Ejecutivo solicitó al Congreso la delegación de facultades para legislar en materia de minería ilegal, las cuales les fueron otorgadas y conllevaron a la promulgación del Decreto Legislativo 1100 de fecha 18 de febrero de 2012, entre otros,. El citado Decreto Legislativo derogó la norma cuestionada, pero recogió lo dispuesto por ella, incluso con mayores alcances, es decir, reguló la interdicción de la minería ilegal en toda la República.

No obstante ello, la situación en Madre de Dios se tornó aún más grave. A causa de los operativos en los cuales se destruyeron dragas en virtud de la citada normativa, en marzo de 2012, los mineros ilegales –o informales- realizaron un paro, el cual, al resultar en una trifulca entre la Policía y los mineros, cobró tres vidas.

El Tribunal Constitucional conoció el presente caso bajo la coyuntura adversa descrita en los párrafos precedentes, y publicó esta sentencia el 20 de julio de 2012.

### 3. *Análisis*

El 15 de marzo de 2010, la empresa Minera de Servicios Generales S.R.L. y otros interpusieron una demanda de amparo contra la presidencia del Consejo de Ministros con la finalidad de que se les inaplique el Decreto de Urgencia 012-2010. Alegaron que dicha norma vulneraba sus derechos a la no retroactividad de la ley, a la igualdad, a la propiedad y a la libertad de empresa.

Los recurrentes afirmaron en su demanda que se dedicaban a la minería aurífera en el Departamento de Madre de Dios, así como que contaban con los títulos de concesión minera respectivos. Asimismo, indicaron que habían iniciado el trámite para conseguir los certificados ambientales con anterioridad a la entrada en vigencia de la norma cuestionada, por lo que exigirles nuevos requisitos para obtener aquellos certificados implicaba la aplicación retroactiva de dicha norma.

Si bien en el transcurso de este proceso de amparo se derogó justamente el Decreto de Urgencia cuestionado, el Tribunal optó por pronunciarse sobre el fondo de la controversia, descartando que haya habido una sustracción de la materia. Ello en tanto se advirtió que el Decreto Legislativo que derogó la norma en cuestión, recogió en esencia lo dispuesto por ella, incluso con mayores alcances. Este Decreto Legislativo reguló la interdicción de la minería ilegal en toda la república. Esta decisión se sustentó en el principio *iura novit curia* y en la función pacificadora del Tribunal.

Finalmente, el Tribunal Constitucional resolvió declarar infundada la demanda, al determinar que la norma cuestionada superaba el test de proporcionalidad, por lo que la afectación al derecho de propiedad de los demandantes estaba justificada. También concluyó que no afectaba a los demandantes ni al principio de irretroactividad.

En la sentencia bajo comentario se identificaron una serie de materias *constitucionalmente relevantes*, de las cuales las tres principales fueron expuestas en el numeral 1 precedente y serán tratadas en el mismo orden.

En lo que respecta al **(i)** carácter autoaplicativo de la norma cuestionada, el Tribunal Constitucional resuelve que la norma cuestionada tiene dicho carácter sin explicar lo que lo llevó a dicha conclusión. Únicamente se señala que “*estas normas son, como sucedía con las normas del decreto de urgencia derogado, normas autoaplicativas, por lo que procede emitir pronunciamiento sobre el fondo de ellas.*” (Fundamento 16)

Al respecto, el magistrado Mesía, en su voto singular, discrepa de la posición adoptada por la sentencia en mayoría. Así, indica que “*la norma cuestionada no es autoaplicativa, sino heteroaplicativa, por lo que no cabe emitir un pronunciamiento de fondo. En la demanda no existe alegato que explique por qué la norma cuestionada es autoejecutiva; por el contrario, de su contenido normativo se advierte que requiere de actos de aplicación para que sea eficaz o produzca efectos.*”

Esto no hace más que demostrar que la aplicación a los casos del concepto de *norma autoaplicativa* no resulta del todo claro aún.

En el artículo 3° del Código Procesal Constitucional se señala que son normas autoaplicativas aquellas cuya aplicabilidad, una vez que han entrado en vigencia, resulta inmediata e incondicionada<sup>[2]</sup>. Sobre la base de ello, el Tribunal Constitucional<sup>[3]</sup> ha distinguido entre **(a)** aquellas normas cuyo supuesto normativo en sí mismo genera una incidencia directa sobre la esfera subjetiva de los individuos y **(b)** aquellas otras que determinan que dicha incidencia se producirá como consecuencia de su aplicación obligatoria e incondicionada.

De la citada jurisprudencia se desprende que para que una norma sea considerada autoaplicativa, debe tratarse en primer lugar de una norma de tipo *regla*. Señala Guastini que “una regla es un enunciado condicional que vincula

[2] El concepto *norma autoaplicativa* fue incluido al Código Procesal Constitucional recién el 2006, mediante la Ley N° 28946; sin embargo, la jurisprudencia constitucional ya lo había desarrollado. En ese sentido, el Tribunal Constitucional había determinado que, tratándose de normas autoaplicativas, no operaba la prohibición de interponer demandas de amparo contra leyes. Así, puede verse las sentencias recaídas en los expedientes N° 0504-2000-AA, 0300-2002-AA y otros (acumulados), 2670-2002-AA, 0487-2003-AA, 2302-2003-AA; entre otras

[3] Sentencia recaída en el expediente N° 4677-2004-PA/TC de fecha 25 de diciembre de 2005.

cualquier consecuencia jurídica con una clase de hechos (una circunstancia o un conjunto de circunstancias).”<sup>[4]</sup> Es decir, hay una hipótesis –conocida como supuesto de hecho–, cuyo cumplimiento debe verificarse en la realidad, a fin de que despliegue la consecuencia jurídica.

De este modo, para considerar que una norma tiene carácter autoaplicativo, no debe ser inmediato el cumplimiento de la hipótesis de la norma, sino, lo que debe ser inmediato o incondicionado es el surgimiento de la consecuencia jurídica una vez que se haya cumplido la hipótesis.

Ha señalado el Tribunal que la norma reviste tal condición “*cuando no requiere de un acto posterior de aplicación sino que la afectación se produce desde la vigencia de la propia norma*”<sup>[5]</sup> En otras palabras, es autoaplicativa si no se requiere realizar un acto **adicional** a la conducta o situación que configura la hipótesis de la norma, conocida como el supuesto de hecho.

Ahora bien, resulta claro que para amparar la pretensión no basta que la norma sea autoaplicativa, sino que la consecuencia jurídica producida cambie el status jurídico del sujeto de derecho de manera lesiva. Pero no lesiva de cualquier bien jurídico, sino lesiva de un derecho constitucional. Es decir, su aplicación inmediata debe ser la que genere la vulneración a los derechos constitucionales; ya que puede haber -y hay- normas autoaplicativas que generan mejores condiciones en los derechos de las personas, o que siendo perjudiciales, no incidan en el contenido constitucionalmente protegido del derecho alegado.

En el presente caso, se cuestionan dos extremos de la norma: (1) que se haya dispuesto que la certificación ambiental solo será otorgada si es que el estudio ambiental que la sustenta contiene una serie de nuevos requisitos y (2) el decomiso y destrucción de dragas por incumplir la prohibición de su uso.

Respecto al primer extremo, considero que sí sería una norma autoaplicativa conforme al segundo supuesto previsto en la sentencia recaída en el expediente N° 4677-2004-PA/TC previamente citada, según el cual es autoaplicativa la norma que determina que “*dicha incidencia se producirá como consecuencia de su aplicación obligatoria e incondicionada*”. Además, este extremo de la pretensión sí se refiere al contenido constitucionalmente protegido del principio de irretroactividad, por lo que procedía el análisis sobre el fondo.

[4] GUASTINI, Riccardo. La interpretación de la Constitución. En: Interpretación y razonamiento jurídico. Lima: Ara Editores, 2010, p. 51.

[5] Sentencia recaída en el expediente N° 01739-2008-AA, de fecha 2 de setiembre de 2009. En esta sentencia se reconoció que en los casos en los que una norma autoaplicativa, cuando está sujeta a un periodo *vacatio legis* para entrar en vigencia, no pierde su carácter autoaplicativo; sino que solo está suspendida en el tiempo. Dicha situación configuraría otro supuesto de *amenaza de vulneración* por parte de una norma autoaplicativa. [Debo precisar que esta sentencia fue citada en los antecedentes de la sentencia bajo comentario pero equivocadamente con el número 01739-2009 y no 01739-2008.]

Por otro lado, con respecto al decomiso y destrucción de dragas por incumplir la prohibición de su uso, considero que este extremo de la norma no tenía carácter autoaplicativo. Como señala el artículo 6° de la norma cuestionada (Decreto Legislativo 1100), “*para la ejecución de las acciones de interdicción, el Ministerio Público, la Policía Nacional del Perú o el Ministerio de Defensa solicitarán al Ministerio de Energía y Minas o el Gobierno Regional (...) la relación detallada de los titulares mineros (...) así como la relación de la maquinaria autorizada (...).*”

Es decir, la actuación de la Dirección de Capitanías y Guardacostas –DICA-PI-, y del Ministerio Público, en el decomiso o destrucción de la maquinaria, estaría sujeta a que se activen las acciones de interdicción y se solicite la información antes mencionada. En consecuencia, este extremo de la norma no era autoaplicativo.

La **(ii)** segunda materia constitucionalmente relevante es la relación entre la prohibición y decomiso de dragas<sup>[6]</sup> –e incluso su posible destrucción- y el derecho de propiedad. Para determinar si hubo una vulneración al derecho de propiedad, el Tribunal Constitucional realizó el test de proporcionalidad y concluyó que la medida –la norma cuestionada- superó dos de los tres pasos de dicho test. Es decir, consideró que la medida era idónea para evitar el impacto perjudicial que causa el uso de dragas al ambiente; y que era necesaria porque las dragas causan daños desproporcionados, y porque “*la facultad de demoler o destruir tales tipos de unidades se realiza solo cuando no puede procederse al decomiso.*” (Fundamento 21).

Sobre el tercer paso del test, esto es, el denominado subcriterio de proporcionalidad en sentido estricto, el Tribunal Constitucional concluye que ha habido un “*empate*”, ya que se trata de una “*restricción intensa o grave al derecho de propiedad*”, pero también “*la intensidad del daño que causan las dragas justifica la intensidad de su prohibición.*” En consecuencia, “*en virtud del principio in dubio pro legislatore (en este caso el Poder Ejecutivo por delegación del Congreso) y tomando en cuenta la **delegación que existe por parte del legislador para normar aspectos relativos a la propiedad en su dimensión del derecho de empresa**, es que la medida legislativa debe ser declarada constitucional en este extremo.*” (Fundamento 23, resaltado agregado).

Al respecto, se desprende de la sentencia que la vulneración alegada, *prima facie*, sí se encontraba dentro del contenido constitucionalmente protegido al derecho de propiedad, pero que su restricción se encontraba justificada. La jurisprudencia constitucional, al referirse al contenido constitucionalmente pro-

[6] Si únicamente me refiero a las dragas es por un fin de claridad expositiva, pero debo precisar que la norma cuestionada no prohíbe solo el uso dragas sino de otro tipo de maquinaria también.

tegido del derecho de propiedad ha señalado que es parte de éste “*la protección frente a su privación arbitraria, sea por el Estado o por otro particular, sin desconocer los supuestos de expropiación constitucionalmente previstos*”<sup>[7]</sup> y “*la tutela frente a la restricción arbitrario de los poderes de uso, usufructo y disposición.*”<sup>[8]</sup>

Entonces, cabe realizar dos precisiones respecto a la afectación al derecho de propiedad en el caso bajo comentario. En cuanto al decomiso o a la inutilización de la maquinaria, la afectación al derecho de propiedad sería respecto del poder de uso, usufructo y disposición; en cambio, en el caso de la destrucción de la maquinaria, sería una privación a dicho derecho –pero no arbitraria, como lo ha resuelto el Tribunal–.

Ahora bien, lo que puede desprenderse de la sentencia, sin que se explicité ello, es que, en lo que respecta a la privación del derecho de propiedad, no se requiere que en todos los casos se siga un procedimiento de expropiación.

Considero que el Tribunal Constitucional tuvo la oportunidad, que no aprovechó, de seguir construyendo la noción del contenido constitucionalmente protegido del derecho de propiedad. A modo de ejemplo, pudo dar lineamientos sobre en qué supuestos de privación a dicho derecho debía cumplirse con las garantías de la expropiación y seguirse dicho procedimiento,

También pudo analizar si en los casos en los que el Estado priva a un particular de su propiedad privada debe valerse de una norma con rango de ley o debe ser una ley formal emitida por el parlamento –como sucede en el caso de la expropiación–. En este caso, fue un Decreto Legislativo el que dispuso esta privación y no una ley. Sobre esto, la jurisprudencia constitucional se ha pronunciado antes acerca de la relativización del principio de legalidad para limitar derechos fundamentales<sup>[9]</sup>, determinando que no se requeriría una ley formal, pero en este caso no sería un “límite”, sino un despojo de éste.

Otro tema interesante que surge de este caso, pero que no fue tratado en la sentencia, es la naturaleza de la actuación de DICAPI al decomisar o destruir la maquinaria. Es decir, ¿se trataría de un procedimiento administrativo sancio-

[7] GARCÍA CHÁVARRI, Abraham. La protección constitucional del derecho de propiedad. Alcances sobre sus contenidos esencial y constitucional. En: Estudios sobre la propiedad. Fondo Editorial PUCP, Lima, 2012, p. 322, 323.

[8] Ídem, 323.

[9] En el fundamento 4 de la sentencia recaída en el expediente N° 2235-2004-AA/TC, de fecha 22 de agosto de 2005, se señaló lo siguiente: “En diversas oportunidades, este Tribunal ha sostenido que la satisfacción de las exigencias que demanda dicho principio de legalidad para el establecimiento de los límites sobre los derechos fundamentales no incluye única y exclusivamente a la ley en sentido formal, esto es, a la expedida por el Congreso de la República como tal.”

nador? ¿Sería una medida correctiva<sup>[10]</sup>? ¿Los posibles afectados gozarían en dicho procedimiento de las garantías del debido proceso?

Es loable que se tomen medidas para proteger el medio ambiente, pero ello en ningún caso podría suponer otorgar carta blanca para desconocer derechos y principios constitucionales. En esa línea, concuerdo con la realización del test de proporcionalidad realizado en el presente caso, y el reconocimiento de que había otro derecho en juego.

Por último, la tercera materia constitucionalmente relevante es la referida a **(iii)** la aplicación en el tiempo de la norma cuestionada, específicamente del extremo en el que se establecen nuevos requisitos que deberán cumplirse para la aprobación del instrumento de gestión ambiental, a fin de poder realizar actividades de exploración, explotación y/o beneficio.

Sobre el particular, los demandantes alegaron que iniciaron su trámite bajo otras reglas vigentes en ese momento, y que en el transcurso del referido trámite es que se establecen mayores requisitos. Al respecto, el Tribunal concluye que la Constitución no prohíbe exigir nuevas condiciones a los titulares de autorizaciones acorde a las necesidades de la actividad económica en juego. De ello se desprende que los nuevos requisitos aplicarían no solo si el certificado o instrumento de gestión ambiental se encontrase en trámite, sino también si ya se cuenta con un certificado emitido bajo la normativa anterior.

En lo concerniente a la aplicación de las normas en el tiempo, como lo ha señalado el Tribunal en esta sentencia, así como en reiterada jurisprudencia, nuestra Constitución consagra en su artículo 103° la teoría de los hechos cumplidos. Ello implica que *“la ley despliega sus efectos desde el momento en que entra en vigor, debiendo ser aplicada a toda situación subsumible en el supuesto de hecho, luego no hay razón alguna por la que deba aplicarse la antigua ley a las situaciones aún no extinguidas nacidas con anterioridad.”* (Fundamento 26).

En este caso, la situación no se ha extinguido. Debo precisar que no considero que la *situación* sea tener o no el certificado, sino, la *situación* que se mantiene en el tiempo es el ejercicio de la actividad minera, en este caso. Por ello, aún en el caso que alguien contara con dicho certificado con anterioridad al establecimiento de estos nuevos requisitos, éstos le serían aplicables y debería adecuarse a ello. En este último supuesto, considero que sería prudente otorgar un plazo de adecuación.

[10] Por ejemplo, sobre las medidas correctivas, se indica en la página web del Ministerio del Ambiente lo siguiente: “Sin perjuicio de las sanciones administrativas a que hubiere lugar, el órgano competente del OSINERGMIN podrá imponer las medidas correctivas que permitan **restablecer las cosas o situaciones alteradas por una conducta antijurídica**, a su estado anterior. Estas medidas se dictan dentro del procedimiento administrativo sancionador, pudiendo dictarse antes de la emisión o con la resolución que impone la sanción.” Como se puede advertir, sus efectos son análogos a los de la sentencia emitida en un proceso constitucional.



COMENTARIO A LA STC 01126-2011-PHC,  
DE 11 DE SETIEMBRE DE 2012

*LA GARANTÍA CONSTITUCIONAL DE LA  
PROPIEDAD SOBRE LA TIERRA DE LAS  
COMUNIDADES NATIVAS Y CAMPESINAS*

POR JAVIER ADRIÁN CORIPUNA  
Asesor Jurisdiccional del Tribunal Constitucional

*1. Materias constitucionalmente relevantes examinadas por el Tribunal  
Constitucional*

Los asuntos constitucionales de mayor interés en la sentencia bajo comentario son los siguientes: i) Constitución, multiculturalismo y realidad social; ii) la garantía de la propiedad sobre la tierra de las comunidades nativas y campesinas; y iii) las consecuencias del ejercicio de protección del territorio comunal y la autonomía comunal.

*2. Contexto histórico-político de la Sentencia*

Más allá de los cuestionamientos a esta sentencia, dentro de los que destaca un fundamento de voto respecto de la decisión mayoritaria, el pronunciamiento del Tribunal Constitucional se circunscribe en un contexto social y político en el que la defensa de los derechos de las comunidades campesinas y nativas, así como su compatibilidad con otros derechos fundamentales como la libertad de empresa, la libertad de comercio, entre otras, vinculadas a la explotación de recursos naturales, son de la mayor preocupación e interés por parte de los poderes públicos (administración, legislación y jurisdicción), organismos no gubernamentales, ámbitos académicos (sociológicos y jurídicos, aunque estos últimos en menor medida) y la sociedad en general.

Quizás sea el denominado “Baguazo” ocurrido en junio de 2009, uno de los hechos más dolorosos que ha vivido la sociedad peruana en los últimos tiempos,

cuando murieron 34 peruanos (entre policías y nativos) en los enfrentamientos originados por un conjunto de decretos legislativos que se estimaba vulneratorios de los derechos de comunidades nativas, lo que ha obligado a desarrollar un diálogo intercultural entre el Estado y la población indígena.

Más allá de las respectivas responsabilidades jurídicas y políticas que deben determinarse sobre tales hechos es indispensable que en materia constitucional se deba promover y efectivizar la investigación sobre el derecho a la propiedad territorial y el respeto a la autonomía de las comunidades nativas, no sólo teniendo en cuenta el propio texto constitucional, los respectivos instrumentos internacionales de protección de tales institutos, la doctrina y jurisprudencia comparada, sino principalmente, nuestra realidad indígena y nativa, no sólo para asumir que los integrantes de dichas comunidades tienen iguales derechos que todos los peruanos, sino que además tienen un estatuto especial, que requiere un trato especial, como es la protección de su identidad cultural indígena y nativa, de respetar su cosmovisión basada en su estrecha relación con la tierra en tanto factor primordial de su vitalidad física, cultural y espiritual [CIDH, Informe No. 40/04, Caso 12.053, Comunidades Indígenas Mayas del Distrito de Toledo, Belice, 12 de octubre de 2004, párr. 155].

### 3. *Análisis*

En el presente caso, el TC anuló una resolución judicial que posibilitó que empresas de transporte (*Los Mineros S.A.C.* y *Los Pioneros S.R.L.*), ajenas al territorio de la comunidad nativa “Tres Islas” (conformada por los pueblos *Shipibo* y *Ese'Eja*, ubicados en la provincia de Tambopata, departamento de Madre de Dios), puedan transitar por dicha comunidad. El Tribunal sostuvo que la resolución cuestionada omitió considerar que al permitir tal ingreso se vulneraba la autonomía comunal y la propiedad territorial de la Comunidad Nativa Tres Islas.

Como asuntos de relevancia constitucional desarrollados por el TC en este caso destaca en primer lugar que la precisión hecha respecto del multiculturalismo, el mismo que según se afirma, puede ser comprendido de dos maneras: como la descripción u observación de determinada realidad social, y también como una política de Estado que en base al reconocimiento de tal realidad, pretende reconocer derechos especiales a minorías estructuradas e identificadas en torno a elementos culturales.

Se alude también que la inclusión de la perspectiva multicultural (o intercultural) en la Constitución, implica un “giro copernicano” en el concepto de Nación y, por consiguiente, de la identidad nacional. Desde la perspectiva multicultural, la idea de una nación conformada por una única y exclusiva cultura homogénea “debe de repensarse”. Lo multicultural implica la aceptación de

distintas culturas, manifestaciones culturales y distintas actitudes de ser y entender lo que es ser peruano, del desarrollo de la libre personalidad, de la visión comunitaria de las costumbres que provienen de la experiencia histórica, religiosa y étnica; y que informa a su manera y en su singularidad peculiar la identidad nacional en todas sus variantes. Una visión que pretenda la integración considerando las diferencias culturales o que plantee estrategias de tolerancia por ciudadanías diferenciadas, es más respetuosa de las realidades e identidad cultural y étnica de los pueblos indígenas. La premisa de la que se parte es que deben dejarse atrás perspectivas que situaban a los pueblos indígenas como culturas de menor desarrollo y valía y pasar a reconocerlas como iguales, con el mismo valor y legitimidad que la llamada cultura dominante. Este es un proceso que requerirá un cambio progresivo de las instituciones democráticas del Estado y la sociedad.

En segundo lugar, en cuanto a la garantía de la propiedad sobre la tierra de las comunidades nativas y campesinas, el TC sostiene que la visión civilista de la propiedad debe ser recompuesta desde una mirada multicultural, esto es, tomando en cuenta aspectos culturales propios para el caso de los pueblos indígenas. Así, la Constitución establece una garantía expresa sobre la propiedad de la tierra en forma comunal o cualquier otra forma asociativa (artículo 88°). Y además prescribe en el artículo 89° que las comunidades campesinas y nativas deciden sobre el uso y la libre disposición de sus tierras, desprendiéndose de ello la facultad para decidir quiénes ingresan a sus territorios. Así, tales herramientas legales permiten ejercer su derecho a la propiedad de su territorio. En tal sentido, resulta claro que las comunidades nativas y campesinas tienen el legítimo derecho de, en virtud del derecho a la propiedad, controlar intrusiones a su propiedad. Cabe precisar, no obstante, que tal derecho de propiedad, como cualquier otro derecho en el marco del Estado Democrático y Social de Derecho, se encuentra limitado por otros bienes constitucionales, como son los establecidos en los artículos 66°, 67°, 70° y 72°, entre otros.

Finalmente, en el caso concreto, el TC considera que se ha acreditado la vulneración del derecho a la propiedad del territorio de la Comunidad Nativa Tres Islas, al haberse permitido a las empresas de transporte ingresar al territorio de tal comunidad, sin que medie título legítimo que así lo autorice. Y es que si bien es cierto que la libertad de tránsito es un derecho fundamental, también lo es que está sometida a ciertos límites, como lo es no invadir tierras ajenas sin consentimiento de los propietarios. Se alega que la sentencia cuestionada no toma en cuenta el derecho de propiedad de la comunidad nativa amparada por los artículos 2°.16, 88° y 89 de la Constitución, centrándose tan solo en la libertad de tránsito invocada por los demandantes.



***JURISPRUDENCIA***  

---

***COMPARADA***



# CRISIS ECONÓMICA Y CRISIS CONSTITUCIONAL EN EUROPA

FRANCISCO BALAGUER CALLEJÓN\*

**SUMARIO:** I. *El contexto constitucional de la crisis económica: El significado de la democracia pluralista.* II. *La ideología de la crisis y sus falacias.* III. *Un drama en tres actos.* IV. *La dimensión europea de la crisis constitucional.* V. *La dimensión nacional de la crisis constitucional.*

## I. EL CONTEXTO CONSTITUCIONAL DE LA CRISIS ECONÓMICA: EL SIGNIFICADO DE LA DEMOCRACIA PLURALISTA

La primera cuestión que tenemos que plantearnos es la del contexto constitucional en el que estábamos antes de que la crisis económica estallara, para ver lo que estamos perdiendo no con la crisis sino con la reconstrucción ideológica de la crisis económica que se está imponiendo en Europa<sup>[1]</sup>. En el espacio constitucional europeo podríamos decir que, desde la segunda mitad del siglo pasado, el principio de democracia pluralista se había convertido en el fundamento de todos los sistemas constitucionales nacionales. En particular, en los sistemas de constitución normativa, sobre la matriz común al constitucionalismo, basada en la limitación del poder público y en la garantía de los derechos, se había generado un cambio histórico en Europa que hacía posible la identificación plena de la disciplina jurídica “Derecho Constitucional” con un objeto material concreto: las constituciones basadas en la democracia pluralista y la normatividad de sus preceptos. Pluralismo y normatividad de la Constitución se

---

\* Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Granada y Catedrático Jean Monnet *ad personam* de Derecho Constitucional Europeo y Globalización.

[1] Algunas de las cuestiones que se abordan en este texto han sido tratadas previamente en mi trabajo, escrito en Homenaje al Profesor Gomes Canotilho, sobre: <<El final de una época dorada. Una reflexión sobre la crisis económica y el declive del Derecho constitucional nacional>>, en *Estudos em Homenagem ao Professor J. J. Gomes Canotilho*, Coimbra, Portugal, en prensa.

implican recíprocamente porque la democracia pluralista exige, y hace posible al mismo tiempo, que la Constitución resuelva los problemas fundamentales de la sociedad a través del Derecho.

Pese a ello, las funciones esenciales del constitucionalismo se han podido realizar en algunos sistemas constitucionales sin la interposición del Derecho, lo que no ha impedido la garantía de los derechos y la limitación del poder político sobre la base de un marco plural de convivencia. En otros sistemas, sin embargo, debido a conflictos históricos que han hecho imposible una articulación meramente política de los conflictos fundamentales, el reconocimiento constitucional de la democracia pluralista y el control de las mayorías sería el presupuesto necesario para articular una formulación jurídica que elevara al plano constitucional la funcionalidad del Derecho como instrumento de solución de conflictos y de pacificación social.

Esta transformación implicará también una reformulación del constitucionalismo liberal en el sentido de que se amplía el ámbito de los derechos que deben ser objeto de protección, a través del principio de Estado social<sup>[2]</sup> y, como consecuencia, se redefine el papel del poder público en relación con los derechos<sup>[3]</sup>, a la vez que se perfilan los mecanismos constitucionales que lo condicionan jurídicamente.

Si las constituciones normativas suponen una nueva fase en el desarrollo del constitucionalismo es porque vinculan, de manera indisoluble, el concepto de Constitución con la idea de democracia impidiendo así, en el plano teórico, el vaciamiento del principio de Estado de Derecho, que no será ya nunca más aplicable a un Estado que carezca de condiciones democráticas. En efecto, sólo

[2] Cfr. el trabajo pionero de H. Heller, <<Rechtsstaat oder Diktatur?>>, 1929, versión española <<¿Estado de Derecho o Dictadura?>>, 1929, en la recopilación del mismo autor *Escritos políticos*, Alianza Editorial, Madrid, 1985. Sobre el principio de Estado social, cfr. en la doctrina española: C. De Cabo, *La crisis del Estado social*, PPU, Barcelona, 1986; M. García Pelayo, <<El Estado social y sus implicaciones>>, 1975, recogido en la recopilación del mismo autor *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Alianza Editorial, 4ª ed., Madrid, 1984; A. López López, <<Estado social y sujeto privado: una reflexión finisecular>>, *Quaderni Fiorentini*, 25, 1996; J. Jiménez Campo, Voz <<Estado social y democrático de Derecho>>, en J.J. González Encinar (ed.), *Diccionario del sistema político español*, Akal editor, Madrid, 1984, así como mi trabajo <<A dimensão constitucional do Estado social de Direito na Espanha>>, *Direitos Fundamentais & Justiça*, nº 2, Porto Alegre (Brasil), 2008.

[3] Cfr. sobre los derechos sociales, J.J. Gomes Canotilho, “Metodología fuzzy y camaleones normativos en la problemática actual de los derechos económicos, sociales y culturales” en *Derechos y libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, Nº 6, 1998, págs. 35-50, así como “Tomemos en serio los derechos económicos, sociales y culturales”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, ISSN 0214-6185, Nº. 1, 1988, págs. 239-260. Cfr. igualmente el trabajo ya clásico de P. Häberle <<Grundrechte im Leistungsstaat>>, 1971, en la recopilación del mismo autor, *Die Verfassung des Pluralismus*, Athenäum, Königstein/Ts., 1980.

la democracia hace posible el efectivo sometimiento del Estado al Derecho. En el plano constitucional, si bien no toda Constitución democrática tiene que ser necesariamente normativa, no es pensable una auténtica Constitución normativa que no sea democrática.

La democracia pluralista se configura así como una precondition de la normatividad constitucional porque la cualidad jurídica de la constitución sólo tiene sentido sobre la base del reconocimiento del pluralismo y del conflicto. Las reglas jurídicas son esencialmente mecanismos de ordenación social destinados a pacificar potenciales conflictos y a hacer posible así la seguridad jurídica en el ordenamiento y la paz en la sociedad. En el plano constitucional, el Derecho sirve para resolver conflictos fundamentales, que harían imposible o dificultarían en extremo la convivencia si no se canalizaran por medio de la Constitución normativa. En las sociedades europeas de postguerra esos conflictos se articularon mediante un gran pacto social (Estado social de Derecho) que fue, simultáneamente un gran pacto democrático (Estado constitucional de Derecho)<sup>[4]</sup>.

Ambos elementos, el social y el democrático, comenzaron a cuestionarse, sin embargo, a finales del siglo XX, y han llegado muy debilitados a la primera década del siglo XXI, entrando ya en una crisis radical como consecuencia de la actual situación económica, en la que todas las respuestas a los problemas financieros vienen dadas desde fuera de los circuitos democráticos y tienen, además, un fuerte componente antisocial, como se está viendo de manera dramática desde el año 2011 que ha abierto la segunda década del siglo.

En sus últimos desarrollos, que vamos a analizar aquí, se está promoviendo en el espacio público europeo una determinada ideología de la crisis que parece conducir inexorablemente a la limitación del pluralismo y a la restricción del componente social. Esta ideología se basa en un determinismo económico por el cual sólo caben determinadas soluciones para afrontar la crisis económica. Esas soluciones se basan en el equilibrio presupuestario obtenido por medio de la reducción del gasto público y de la limitación de los derechos sociales junto con reformas legales restrictivas de los derechos laborales.

Desde el punto de vista constitucional, lo preocupante no es sólo la naturaleza de las medidas que se intentan imponer sino el hecho de que se planteen como única alternativa posible en el contexto de la crisis económica. Ese planteamiento es una clara falacia que tiene unas consecuencias perversas: la limitación del pluralismo, la imposibilidad de plantear alternativas democráticas y la instrumentalización de los mecanismos jurídicos y constitucionales. En definitiva, la pérdida de valor del principio democrático y del Estado de Derecho.

---

[4] De ahí que se pueda afirmar con C. de Cabo que la crisis del Estado social implica también la del Estado democrático y la del Estado de Derecho. Cfr. op. cit., pp. 10, 57.

## II. LAS FALACIAS DE LA IDEOLOGÍA DE LA CRISIS

La economía es, posiblemente, la única de las ciencias sociales que mantiene todavía la ficción de una capacidad de predecir con exactitud la evolución de las condiciones económicas. Esta ficción fue común al resto de las ciencias sociales durante el período de implantación del primer constitucionalismo, como indicara García Pelayo, como consecuencia del intento de trasladar a estas ciencias los adelantos propios de las ciencias naturales que derivó en un concepto de ley jurídica que reflejaba el concepto de ley científica<sup>[5]</sup>.

Actualmente, sólo la economía como ciencia mantiene esta vocación pre-determinadora de los comportamientos sociales en el ámbito económico. Eso explica que en algunos sectores se planteen las soluciones que propugnan para los problemas económicos derivados de la reciente crisis como las únicas posibles. Desde el punto de vista científico esto no es así, como evidencia el hecho de que otros sectores planteen alternativas diferentes. Pero, además, cuando se traslada este tipo de discurso al plano de la decisión política, sus consecuencias son muy negativas. En efecto, se promueve así una restricción de las alternativas democráticas que se basa en un planteamiento inaceptable: la idea de que sólo hay un camino para salir de la crisis económica en el contexto de la globalización<sup>[6]</sup>.

Las discrepancias entre los economistas nos indican claramente que no hay solamente un camino posible y que la política decidida en Europa, a instancias de los llamados “mercados”, por los dos Estados que lideran actualmente la Unión Europea es sólo una de entre las muchas posibles. Sin embargo, esta política se presenta como la única viable por sus patrocinadores, pretendiendo

---

[5] <<El mismo papel que desempeña la ley científica en el mundo del espíritu lo desempeñará la ley jurídica en el mundo del Estado. Lo mismo que la ley científica comienza por disolver el mundo abigarrado de las representaciones falsas, así también la ley jurídica es en sus comienzos disolvente; disolvente del mundo abigarrado de los antiguos vínculos estamentales, comarcales, de la autoridad por la gracia de Dios y de los privilegios que otorgaba la tradición; lo mismo que la ley científica es precedida de una actitud analítica, así también la ley jurídica, por estar, además, inserta en una concepción individualista de la sociedad, desintegra las antiguas instituciones hasta sus últimos elementos, hasta los individuos componentes o hasta una suma de competencias o un haz de derechos subjetivos; pero, del mismo modo que tras el trabajo de análisis viene el de síntesis, así también, correlativo al trabajo de disolución, va el de reducción a unas cuantas normas simples, hasta hacer surgir una nueva estructura social y política>> M. García Pelayo, *Derecho constitucional comparado*, reedición de la 7ª edición de 1961, Alianza Editorial, Madrid 1984, pg. 70.

[6] Como indica Eli Diniz, el énfasis unilateral en los aspectos económicos en el contexto de la globalización conduce a un equívoco: “Se trata del presupuesto de un automatismo ciego del

amparar en la ciencia económica la reducción de las alternativas propias de todo sistema democrático.

Siendo la Constitución pluralista un marco que hace posible la diversidad de alternativas en un sistema democrático, la limitación de esas alternativas es también un factor de naturaleza constitucional. Sólo la Constitución y el poder constituyente pueden limitarlas, de manera excepcional, para impedir que se puedan poner en peligro los valores superiores que sustentan el orden democrático y que garantizan los derechos fundamentales.

La cuestión es, en todo caso, que la limitación del pluralismo que se pretende es una operación ideológica basada en dos falacias: la primera de ellas consiste en atribuir la culpa de la situación económica al excesivo gasto y a la deuda pública de determinados países, como es el caso de España. La segunda consiste en presentar como única posibilidad de salida de la crisis el equilibrio presupuestario y la reducción de la deuda pública mediante la reducción del gasto social.

Respecto de la primera falacia, hay que decir que, desde un punto de vista económico, la desconfianza de los mercados frente a España carece de justificación objetiva, como evidencian los estudios económicos en los que se comparan la situación económica del Reino Unido y la de España señalando la pertenencia a la zona Euro como explicación del peor trato que los mercados están dando a España pese a que, por sus indicadores económicos debería ser al contrario. En el caso España, la crisis no ha sido generada por el gasto social sino que, partiendo de la burbuja inmobiliaria, se ha visto amplificada por la incapacidad de respuesta a los ataques de los especuladores financieros, derivada de la pertenencia a la zona Euro<sup>[7]</sup>.

Desde esa perspectiva, sin negar que existe en España como en otros países un excesivo déficit presupuestario y también una necesidad de reducir la deuda pública, lo cierto es que no son esas variables las que han provocado los ataques de los especuladores financieros. Por el contrario, es la pertenencia a

---

mercado globalizado. El proceso estaría sometido a una lógica férrea, a la que todos los países deberían ajustarse de modo ineludible y según un recetario único. El enfoque de carácter economicista implica, pues, una visión determinista, ya que el orden mundial se percibe como sometido a una dinámica incontrolable, de efectos inexorables, lo que, en última instancia, descartaría la existencia de alternativas viables. Efectivamente, si el proceso de globalización se presenta como inevitable, independiente de la intervención humana, adaptarse a esta dinámica de forma imperativa se convierte en la única salida posible. Esta adaptación es, no obstante, un *constructo* político en sí misma". Eli Diniz, "El Post-Consenso de Washington: globalización, Estado y gobernabilidad reexaminados", IELAT (Instituto de Estudios Latino Americanos), DT.04.09, junio de 2009, p. 8.

[7] Cf. al respecto el estudio de Paul De Grauwe sobre <<The Governance of a Fragile Eurozone>>: [http://www.econ.kuleuven.be/ew/academic/intecon/Degrauwe/PDG-papers/Discussion\\_papers/Governance-fragile-eurozone\\_s.pdf](http://www.econ.kuleuven.be/ew/academic/intecon/Degrauwe/PDG-papers/Discussion_papers/Governance-fragile-eurozone_s.pdf)

la zona Euro lo que ha impedido que España pueda defenderse por medio del Banco de España como sí puede el Reino Unido a través del Bank of England. La diferencia es obvia: al no tener control sobre su moneda como sí lo tiene el Reino Unido, España necesita recurrir a la deuda soberana, por lo que se ha convertido, como bien dice Paul Krugman en un auténtico “prisionero” de la zona Euro<sup>[8]</sup>. Sólo el Banco Central Europeo estaría en condiciones de remediar esa situación, pero no lo ha hecho.

La prueba de que el problema de fondo es la política del Banco Central Europeo la tenemos en la importante relajación de la tensión provocada en torno a España e Italia (con el aumento del “spread”) derivada de la iniciativa adoptada por Mario Draghi de prestar dinero a bajo interés a los bancos europeos. Un dinero que ellos utilizan para comprar deuda soberana rebajando así el “spread” y obteniendo, al mismo tiempo, un beneficio importante. Ahora mismo, la ciudadanía de España e Italia está pagando elevados intereses a los bancos por el préstamo de dinero público realizado por el Banco Central Europeo. Los bancos reciben dinero al 1% de interés y cobran varios puntos más por la compra de deuda soberana. Una solución imaginativa que beneficia especialmente a la banca privada y que no resuelve el problema de fondo.

La segunda falacia importante, tras la mencionada de atribuir la culpa de la situación a países que, en realidad, son víctimas de su pertenencia a la zona Euro, consiste en la afirmación de que el equilibrio presupuestario sólo se consigue mediante los recortes en derechos sociales, limitando así el gasto público. Baste pensar solamente en las importantes cantidades que se podrían obtener por vía de ingresos mediante el aumento de la presión fiscal o a través de una política firme contra el fraude fiscal<sup>[9]</sup> para demostrar la falsedad de esta afirmación.

Frente a cualquier actuación de naturaleza fiscal se dice siempre que el Estado no tiene capacidad, en el contexto de la globalización, para intervenir sobre empresas que siendo nacionales tienen una dimensión global y pueden eludir sus compromisos fiscales de múltiples maneras. Esta argumentación admite muchos ejemplos en contrario. Entre los más recientes podemos mencionar el caso de Inditex<sup>[10]</sup> o la propuesta electoral de Sarkozy de retirar la nacionalidad a

---

[8] Cfr. el artículo de Paul Krugman en ‘The New York Times’, el 28 de de noviembre de 2010, <<The Spanish Prisoner>> (cfr. igualmente, el de 11 de septiembre de 2011, del mismo título y autor).

[9] En el caso de España, se calcula que el fraude fiscal supone entre el 20 y el 25% del PIB. Cfr.: <http://www.attacmadrid.org/d/11/090901191623.php>.

[10] Esta empresa española, líder mundial en su sector, ante la difusión en la prensa de la noticia de que estaba pagando sus impuestos en Irlanda en relación con el negocio de facturación por Internet, anunció que, a partir de enero de 2012, iba a pagar esos impuestos en España. Cfr.: [http://economia.elpais.com/economia/2011/09/15/actualidad/1316071978\\_850215.html](http://economia.elpais.com/economia/2011/09/15/actualidad/1316071978_850215.html)

los franceses que se exilian por motivos fiscales como alternativa, si no quieren pagar la diferencia que se ahorran con esa práctica respecto de lo que deberían pagar en Francia<sup>[11]</sup>

Ciertamente no es un camino fácil el de la lucha contra el fraude fiscal en el contexto de la globalización. Pero sí es un camino posible aunque, desgraciadamente, algunos gobiernos prefieren renunciar de antemano mediante medidas tales como las amnistías fiscales cuya capacidad recaudatoria es más que discutible y que provocan un daño irreversible en materia de lucha contra el fraude fiscal<sup>[12]</sup>.

En todo caso, la ideología de la crisis está consiguiendo que se imponga la idea de que no cabe, por ejemplo, una política fiscal diferente o una política de inversiones distinta. El pluralismo constitucional se estrecha, obligando a limitar derechos sociales y laborales como única opción considerada posible, ante la que no caben alternativas democráticas de ningún tipo. A tal punto, que se consagran esas condiciones en la propia Constitución, para evitar cualquier posibilidad de actuación “heterodoxa” mediante políticas públicas diferentes.

Tampoco se admite la posibilidad de promover una reacción desde la Unión Europea frente al poder omnímodo de los mercados y de los especuladores financieros. Es decir, no se atacan las causas que han prolongado y agravado la crisis económica, sino que se aprovecha la crisis para obligar a imponer una determinada política económica.

Así pues, muchos Estados europeos se encuentran hoy inermes, en el contexto de la crisis económica, frente a las instancias globales que dañan su economía, en una auténtica guerra económica cuyos objetivos fueron ya marcados hace varios años, caracterizando de manera poco respetuosa a los Estados que iban a ser su objetivo como los “PIGS” (cerdos, en inglés): Portugal, Italia (también Irlanda), Grecia y España, (por sus iniciales en el acrónimo inglés).

La Unión Europea, gobernada exclusivamente por Francia y Alemania en este proceso, en lugar de hacer frente a la guerra económica contra el Euro con los medios financieros necesarios y con medidas dirigidas contra los especuladores, así como impulsando la necesaria regulación a nivel global, se ha situado en la lógica de los mercados, con la imposición de exigencias y condiciones desproporcionadas para los Estados miembros sometidos a los ataques de los especuladores financieros.

[11] Cfr.: <http://www.elperiodico.com/es/noticias/internacional/sarkozy-propone-gravar-quiénes-fijen-residencia-fiscal-extranjero-1536361>

[12] Como ha ocurrido con el actual gobierno de España. Cfr.: [http://economia.elpais.com/economia/2012/03/30/actualidad/1333111096\\_251883.html](http://economia.elpais.com/economia/2012/03/30/actualidad/1333111096_251883.html)

## III. UN DRAMA EN TRES ACTOS

Los últimos desarrollos de la tensión constitucional entre un poder político estatal cada vez más limitado, un poder económico global cada vez más desenfrenado y unas estructuras supranacionales, cada vez más desconcertadas e incapaces, se han podido ver, paradigmáticamente en los cuatro Estados miembros del sur de Europa, los que habían sido puestos en el punto de mira de los especuladores financieros: Portugal, Italia, Grecia y España. En el caso de Portugal, la crisis de gobierno de 2011 ha supuesto un salto cualitativo en la todavía corta historia del proceso de integración europeo. La política europea no sólo hizo caer indirectamente al gobierno de un Estado miembro sino que, tras la caída, los líderes europeos, encabezados por el Presidente del Eurogrupo, Jean Claude Juncker, declararon con contundencia que “gobierne quien gobierne”, Portugal tendría que hacer los recortes previstos<sup>[13]</sup>. Así pues, en las elecciones legislativas de junio, la ciudadanía portuguesa no tenía ya nada que elegir: las decisiones estaban tomadas desde fuera de Portugal y, por si quedaba alguna duda, la posterior petición de rescate impediría cualquier alternativa.

En realidad, nada debería extrañarnos porque este ha sido el mecanismo con el que ha funcionado hasta ahora, siguiendo su modelo fundacional, el proceso de integración europea. Mediante la traslación al ámbito europeo de los procesos de adopción de decisiones se han conseguido reducir, cuando no ocultar, los conflictos sociales y políticos internos, eludiendo así los procesos democráticos. La democracia pluralista se ha debilitado en cada uno de los Estados miembros precisamente porque se ha limitado la posibilidad de alternativas, que es consustancial a nuestra comprensión actual del constitucionalismo democrático.

Si la crisis portuguesa marca un hito en la pérdida de calidad democrática de los Estados europeos, es porque ese mecanismo no sólo se ha hecho explícito y se muestra sin pudor ante la ciudadanía europea: “podéis elegir a vuestros gobernantes, pero las políticas las decidiremos nosotros”, sino también porque ahora no se trata de una excusa formal, como en ocasiones anteriores, cuando los Estados decidían por consenso en Europa,<sup>[14]</sup> sino de una realidad. Ahora resulta evidente que muchos Estados carecen ya de capacidad de decisión concertada en el ámbito supranacional y que se ven obligados a seguir políticas impuestas por instancias europeas, algo que se nos muestra sin disimulo alguno

[13] Cfr. diario ‘El País’ de 25 de marzo de 2011:

[http://www.elpais.com/articulo/economia/Juncker/Gobierne/quien/gobierne/Portugal/ten-dra/hacer/recortes/elpepueco/20110325elpepueco\\_1/Tes](http://www.elpais.com/articulo/economia/Juncker/Gobierne/quien/gobierne/Portugal/ten-dra/hacer/recortes/elpepueco/20110325elpepueco_1/Tes)

[14] V. *infra*, apartado 4.-La dimensión europea de la crisis constitucional.

y que pone en cuestión el sentido mismo de la democracia interna de los Estados nacionales en el contexto europeo.

El ejercicio de poder político para decidir no ya el cambio de gobiernos –provocado en Portugal por la dificultad para aplicar un programa impuesto desde fuera– sino incluso la política que obligatoriamente debe aplicar cualquier gobierno surgido de las elecciones democráticas, supone un hecho de extraordinaria relevancia en la configuración de la tensión constitucional entre el Estado democrático, el poder económico globalizado y las instituciones supranacionales. Es claramente un hecho de dimensión constitucional, que define una nueva Norma Fundamental, en sentido kelseniano, respecto de quien tiene el poder último para determinar la conformación de un orden jurídico. Lo es por cuanto supone la eliminación de las alternativas propias de un sistema democrático.

Situado ya el Estado democrático frente a un poder externo, no claramente definido, que limita las condiciones de ejercicio del poder político dentro de la Constitución, es comprensible el siguiente paso, el segundo acto del drama constitucional europeo: la formalización específica de ese poder externo como poder constituyente en el orden estatal. Eso es lo que ha ocurrido con España mediante la última reforma constitucional<sup>[15]</sup>, precursora de otras que han de seguir, en aplicación del posterior Tratado de Estabilidad, Cooperación y Gobernanza en la Unión Económica y Monetaria<sup>[16]</sup>. En el caso de España no había todavía un acuerdo para establecer un nuevo Tratado, ni tampoco una actuación ordinaria de las instituciones europeas (un debate en el Parlamento Europeo o en el Consejo) que justificaran la reforma constitucional sino tan sólo procedimientos informales seguidos por autoridades europeas que carecen de competencia para ello y que han llegado a “recomendar” a dos Estados miembros que realicen nada menos que reformas constitucionales<sup>[17]</sup> para “calmar” a los mercados<sup>[18]</sup>.

[15] Reforma del artículo 135 de la Constitución Española, de 27 de septiembre de 2011 (BOE de 27-9-2011).

[16] Cfr.: [http://european-council.europa.eu/media/639250/02\\_-\\_tscg.es.12.pdf](http://european-council.europa.eu/media/639250/02_-_tscg.es.12.pdf)

[17] De acuerdo con el texto de la carta fechada el 5 de agosto de 2011 y enviada por Mario Draghi y Jean-Claude Trichet (los presidentes entrante y saliente del BCE) al Presidente del Consejo de Ministros italiano, tal y como sería publicada por el diario ‘Corriere della Sera’ el 29 de septiembre de 2011 (disponible en internet en:

[http://www.corriere.it/economia/11\\_settembre\\_29/trichet\\_draghi\\_inglese\\_304a5f1e-ea59-11e0-ae06-4da866778017.shtml?fr=correlati](http://www.corriere.it/economia/11_settembre_29/trichet_draghi_inglese_304a5f1e-ea59-11e0-ae06-4da866778017.shtml?fr=correlati)): “ In view of the severity of the current financial market situation, we regard as crucial that all actions listed in section 1 and 2 above be taken as soon as possible with decree-laws, followed by Parliamentary ratification by end September 2011. A constitutional reform tightening fiscal rules would also be appropriate.”

[18] La pretensión de “calmar” a los mercados con reformas constitucionales y legales tiene mucho de enfoque inadecuado en relación con la despiadada guerra económica que los especu-

El instrumento para promover tal reforma no ha sido otro, en efecto, que un mero poder fáctico que se manifiesta a través de declaraciones en prensa de líderes políticos, contactos informales o cartas de recomendación emitidas por el Presidente del Banco Central Europeo. Ante la ausencia de competencias formales por parte de la Unión Europea, se optó -en este como en otros casos- por utilizar procedimientos informales que se sitúan mucho más allá de las competencias de la Unión y que ponen en cuestión principios fundamentales de la construcción europea tales como el de atribución o el de subsidiariedad.

La reforma constitucional española -que supone la entrada por la puerta falsa de la Unión Europea en la Constitución<sup>[19]</sup>- siguió un procedimiento muy rápido, mediante el acuerdo entre el Gobierno y el principal partido de la oposición de entonces y no se sometió a referéndum (facultativo en este caso) por el temor a que esa apelación a la ciudadanía pudiera generar mayor inestabilidad en los mercados. Esa negativa resulta expresiva, de nuevo, del angostamiento

---

ladores financieros están librando contra el euro. Una guerra que les está reportando beneficios económicos importantes y que en ningún momento se ha visto apaciguada por estas reformas. De hecho, el “spread” subió después de la reforma constitucional española. Habría que poner en duda que los mercados supieran, en realidad, que España tuviera algo tan extravagante como una Constitución democrática (debemos recordar que muchos especuladores financieros proceden de regímenes autoritarios, lo que explica muchas cosas). Buena prueba de ello la tuvimos el 19 de octubre de 2011, menos de un mes después de entrar en vigor la reforma, cuando una agencia de calificación bajó la nota de “la República de España”, en lugar del Reino de España, causando así la sorpresa general:

<http://www.expansion.com/2011/10/19/mercados/1319060457.html?a=3b0ec98442bd89b11495f60da8e9f5f2&t=1333818311>.

- [19] Uno de los objetivos de la reforma, según se indica en la Exposición de Motivos es “reforzar el compromiso de España con la Unión Europea”. De hecho, la Constitución Española ofrece, a partir de ahora una “imagen de Europa” que estaba ausente de nuestra norma fundamental. Se trata, sin embargo, de una imagen lamentable: las referencias a la Unión Europea están dedicadas a los límites que se imponen a los poderes públicos nacionales: el Estado y las Comunidades Autónomas “no podrán...”, el volumen de deuda pública de las Administraciones “no podrá...”. Así pues, la imagen de Europa que incorpora el reformado artículo 135 de la Constitución es claramente negativa: la Europa que limita y que prohíbe, la que reduce las posibilidades de desarrollar políticas públicas de contenido social. No es, desde luego, una imagen que contribuya a reforzar el compromiso de España con la Unión Europea, porque aleja a la ciudadanía de la idea de Europa, al proyectar una determinada manera de entenderla que no es compatible con los valores y principios que forman parte de la cultura constitucional europea. Una Europa que prohíbe y limita, en lugar de la Europa que puede ofrecer un espacio de libertad, justicia y solidaridad. Pese a ello, esta imagen de Europa es la que más se acomoda a los tiempos actuales. Puesto que ha sido la Unión Europea la que, sin seguir los procedimientos establecidos en el Derecho de la Unión, ha impulsado esta reforma constitucional, es comprensible que -sin pretenderlo- la Constitución ofrezca una imagen negativa de la Unión Europea. Es también, desgraciadamente, la que se está extendiendo progresivamente entre la ciudadanía.

progresivo de las condiciones democráticas y de la pérdida de calidad democrática del espacio público nacional. La sola posibilidad de realizar un acto democrático tan básico como es el sometimiento a referéndum de una reforma constitucional es vista con desconfianza y con recelo<sup>[20]</sup>.

Es comprensible entonces que el tercer acto de este drama se desarrollara a partir del momento en que el entonces Presidente del Gobierno de Grecia propuso la celebración de un referéndum para que la ciudadanía de ese país pudiera pronunciarse sobre el segundo plan de rescate<sup>[21]</sup>. El anuncio de la posible convocatoria de un referéndum despertó los instintos más bajos de los mercados. También provocó una reacción contundente de los líderes europeos. Por ejemplo, el Presidente francés, Sarkozy, declaró que: “aunque es legítimo dar la palabra al pueblo, el plan de rescate financiero de la eurozona para Grecia es la única vía posible para resolver el problema de la deuda griega”<sup>[22]</sup>. Por su parte, el Presidente del Eurogrupo, afirmó que un rechazo al segundo rescate en el referéndum podría suponer la “quiebra” de Grecia<sup>[23]</sup>.

Finalmente, la Unión Europea decidió bloquear los ocho mil millones de euros de préstamo a Grecia correspondientes al siguiente tramo de rescate hasta tanto no se resolvieran las dudas sobre el referéndum griego, lo que provocó que no se convocara el referéndum así como la formación de un gobierno de unidad nacional con la sustitución, el 11 de noviembre de 2011, del Primer ministro Papandreu por un “técnico” al frente del gobierno, el que fuera gobernador del Banco de Grecia y vicepresidente del Banco Central Europeo, Lukás Papademos.

Por lo que se refiere a Italia, también se produjo la sustitución del gobierno Berlusconi por un “gobierno técnico”, liderado por Mario Monti, el 16 de noviembre de 2011. La crisis de la deuda, con la subida del “spread” hasta niveles muy elevados y la sensación extendida de que Berlusconi no estaba realizando las reformas exigidas por los mercados serían el detonante de este cambio de gobierno.

---

[20] La reforma constitucional, que afecta al artículo 135 de la Constitución Española de 1978, entró en vigor el 27 de septiembre, el mismo día de su publicación oficial. La reforma contiene una Exposición de Motivos sorprendente, entre otras cosas, por la apelación que se hace al principio de Estado Social como fundamento del nuevo precepto constitucional: “la estabilidad presupuestaria adquiere un valor verdaderamente estructural y condicionante de la capacidad de actuación del Estado, del mantenimiento y desarrollo del Estado Social que proclama el artículo 1.1 de la propia Ley Fundamental y, en definitiva, de la prosperidad presente y futura de los ciudadanos”.

[21] Cfr. el diario El País de 31 de octubre de 2011: [http://economia.elpais.com/economia/2011/10/31/actualidad/1320049984\\_850215.html](http://economia.elpais.com/economia/2011/10/31/actualidad/1320049984_850215.html)

[22] Cfr.: <http://elperiodico.com/es/noticias/economia/sarkozy-insiste-que-plan-europeo-para-grecia-unica-via-posible-1204084>

[23] Cfr.: [http://economia.elpais.com/economia/2011/11/01/actualidad/1320136376\\_850215.html](http://economia.elpais.com/economia/2011/11/01/actualidad/1320136376_850215.html)

Tanto el gobierno griego como el italiano han sido caracterizados como “gobiernos técnicos” y se ha puesto en duda su legitimidad democrática de origen. Respecto de esta última, poco hay que decir, porque han sido nombrados de acuerdo con los procedimientos democráticos establecidos en las constituciones correspondientes. Valoración distinta merece su condición de “gobiernos técnicos” que habrían dado lugar a una especie de “suspensión de la política”. Ni estos gobiernos deberían caracterizarse -como se hace habitualmente- como gobiernos “técnicos” ni están dejando a un lado la política. Se trata, como no puede ser de otra manera, de gobiernos “políticos” que ocultan bajo su perfil técnico la función que se les ha encomendado: la imposición incondicional de una determinada política, limitando así el amplio cauce del pluralismo constitucional.

#### IV. LA DIMENSIÓN EUROPEA DE LA CRISIS CONSTITUCIONAL

La formulación del modelo de integración europea seguido hasta ahora,<sup>[24]</sup> ha conducido a inutilizar las funciones de la Constitución nacional sobre un ámbito muy amplio de ejercicio del poder público. Por un lado, el control del poder y la garantía de los derechos constitucionales, que se ven dificultados por la traslación de las decisiones a un espacio europeo sin ciudadanía<sup>[25]</sup>. Por otro lado, la canalización de los conflictos internos, que se ve imposibilitada por el propio modelo de integración, que transforma los conflictos sociales y políticos internos en conflictos nacionales frente a Europa<sup>[26]</sup>.

En los tres últimos años, y especialmente en 2011, por lo que hemos visto hasta ahora, se ha producido una transformación importante en el esquema de relaciones entre la Unión Europea y los países de la zona Euro, especialmente afectados por la crisis económica, debido a las limitaciones que la integración en el euro impone a sus políticas económicas. Hasta ahora, el modelo de integración europea se basaba en la imputación a Europa de la responsabili-

[24] Cfr. al respecto mi trabajo, <<Le Corti Costituzionali e il processo di integrazione europea>> en AA VV, *Anuario 2006 - La circolazione dei modelli e delle tecniche del giudizio di costituzionalità in Europa*, Jovene, Napoli 2010, pp. 257-308.

[25] Cfr. mi trabajo <<Federalismo e integração supranacional. As funções do Direito constitucional nos processos de integração supranacional no contexto da globalização>>, em Paulo Roberto Barbosa Ramos (Org.) *Constituição e federalismo no mundo globalizado*, EDUFMA, São Luis, 2011, pp. 24-47.

[26] Cfr. mi trabajo <<Diritto e giustizia nell'ordinamento costituzionale europeo>>, en *Giustizia e diritto nella scienza giuridica contemporanea*, a cura di Antonio Cantaro, G. Giappichelli Editore, Torino, 2011.

dad por las políticas impopulares y restrictivas de derechos. Pero se trataba básicamente de una excusa formal, porque los propios Estados, que atribuían a las instituciones europeas esa responsabilidad, decidían esas políticas junto con sus demás socios europeos en el Consejo. En el lenguaje economicista de estos últimos tiempos podríamos decir que Europa era el “Banco malo” al que se le asignaban los “activos tóxicos”, liberando así a los gobiernos nacionales de pesadas cargas democráticas y de límites constitucionales inconvenientes.

Por el contrario, lo que está pasando desde que estalló la crisis y la presión de los especuladores financieros sobre el euro es que esa excusa ha pasado a convertirse en una realidad, porque ahora son efectivamente las instituciones europeas, dirigidas por el tándem franco-alemán, las que adoptan las decisiones -a veces fuera del marco institucional propio de la Unión- y las que imponen políticas a los Estados que sus gobernantes nacionales se ven obligados a seguir sin haber participado previamente en su adopción. Ante la incapacidad de Europa para resolver los problemas derivados de la crisis y para responder unida al ataque de los especuladores financieros, los gobiernos nacionales de la zona Euro ya no pueden trasladar sus “activos tóxicos” -que son más tóxicos precisamente por su pertenencia a la zona Euro- a Europa, con lo que están sufriendo por primera vez, de un modo muy dramático, las consecuencias de un modelo de integración que les había favorecido hasta ahora.

Ante todo, lo primero que hay que señalar es que la afectación del nivel constituyente y de la democracia pluralista que hemos tenido ocasión de ver en los últimos meses en relación con determinados países europeos no es algo nuevo. A nivel mundial hace ya tiempo que determinadas instancias externas condicionan la política económica de los Estados nacionales<sup>[27]</sup>. En el plano europeo, por otro lado, el ejercicio del poder constituyente de las instancias europeas sobre los Estados miembros es algo comúnmente admitido,<sup>[28]</sup>

[27] Recordemos el tan cuestionado “Consenso de Washington” y sus efectos negativos sobre Latinoamérica.

[28] P. Häberle habla de la <<europeización>> de la teoría del poder constituyente y del poder de reforma, así como de Europa como poder constituyente mediato o indirecto, aunque no por referencia sólo a la Unión Europea (también al Consejo de Europa, por ejemplo). Cfr. P. Häberle, <<Europa -eine Verfassungsgemeinschaft?>>, en la recopilación del mismo autor *Europäische Verfassungslehre in Einzelstudien*, Nomos, Baden-Baden, 1999, pp. 94-5. Cfr. en un sentido más amplio, el planteamiento de este autor sobre el Estado constitucional cooperativo: P. Häberle, <<Der kooperative Verfassungsstaat, 1978, ahora en *Verfassung als öffentlicher Prozeß. Materialien zu einer Verfassungstheorie der offenen Gesellschaft*, Duncker & Humblot, Berlin, 1996. Cfr. igualmente W. Von Simson, *Die Souveränität im rechtlichen Verständnis der Gegenwart*, Duncker & Humblot, Berlin, 1965. En la doctrina española, cfr. S. Muñoz Machado, S., *La Unión europea y las mutaciones del Estado*, Alianza Editorial, Madrid, 1993.

dando lugar a una auténtica fragmentación del poder constituyente<sup>[29]</sup>.

Más que de un cambio, podría hablarse, por tanto, de una etapa más en una línea evolutiva que está generando un progresivo desapoderamiento del poder estatal, incluyendo a sus estructuras constitucionales. En el caso de Europa, lo que está aportando esta etapa es una profundización en el déficit democrático del Derecho constitucional europeo en sus diferentes niveles<sup>[30]</sup> que se manifiesta por el modo en que se descuidan los procesos internos de decisión, pese a la relevancia de las decisiones adoptadas por las instancias europeas.

En los supuestos a los que nos hemos referido anteriormente y que afectaban a Portugal, España, Grecia e Italia, las líneas de actuación que se han “recomendado” desde las instancias europeas, no han sido adoptadas tras un debate democrático en el Parlamento Europeo. Tampoco han sido decididas por el Consejo mediante los procedimientos en los que el Estado afectado podía expresar su opinión y votar. Por el contrario, han sido el Presidente del Eurogrupo o el Presidente del Banco Central Europeo los que, a través de procedimientos informales, han presionado a los Estados, indicándoles el camino a seguir en el plano legislativo y también en el constitucional.

Que esas presiones se muevan dentro de la lógica de la normativa establecida en los Tratados no es justificación suficiente. No sólo porque los Tratados permiten diversas vías para llegar a las finalidades perseguidas, sino porque resulta improcedente que desde instancias que carecen de las competencias y de la legitimación democrática necesaria se pueda incidir de ese modo sobre el espacio democrático y constitucional de los Estados.

En realidad, Europa se está moviendo a instancias de los dos Estados que tienen actualmente poder económico en el contexto de la crisis (Alemania y Francia) y por tanto, desde una lógica totalmente diferente a la democrática. Son esos Estados los que envían mensajes que después son reproducidos por

---

[29] Cfr. mis trabajos <<El *status* constitucional de la reforma y la fragmentación del Poder Constituyente>>, en AAVV, *La democracia constitucional. Estudios en homenaje al Profesor Rubio Llorente*, Congreso de los Diputados, Tribunal Constitucional, Vol. I, Madrid, 2002, pp. 99-130 y <<La reforma constitucional en el contexto de la pluralidad de espacios constitucionales de dimensión europea>>, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Sexagésimo aniversario, Número conmemorativo 1948-2008, Año 2008.

[30] Entendemos por “Derecho Constitucional Europeo”, en sentido estricto, el Derecho Constitucional de la Unión Europea y, en sentido amplio, el Derecho Constitucional de los diversos espacios constitucionales que interaccionan entre sí en Europa, incluyendo los de los Estados miembros y sus estructuras territoriales (constituciones de Länder o Estatutos autonómicos o regionales). Cfr. al respecto mi trabajo sobre el Derecho Constitucional Europeo, incluido en: Francisco Balaguer Callejón (Coordinador), Gregorio Cámara Villar, Juan Fernando López Aguilar, María Luisa Balaguer Callejón, José Antonio Montilla Martos, *Manual de Derecho Constitucional*, 6ª edición, Vol. 1, Tecnos, Madrid, 2011, capítulo IX.

instituciones europeas de segundo nivel (desde una perspectiva democrática, por mucho que puedan tener gran relevancia desde el punto de vista económico) condicionando, limitando o dirigiendo directamente la política económica de los otros Estados de la zona Euro.

No estamos por tanto en presencia de un gobierno económico democrático de Europa sino de un gobierno de Europa desde la economía tal y como la economía es entendida por los Estados que tienen mayor potencial económico y que no han sufrido todavía ataques serios de los especuladores financieros. Esto supone que el punto de partida sea la aceptación incondicional de las presiones de los mercados, en cuya lógica se sitúan todas las soluciones que desde Europa (aunque no por la propia Unión Europea a través de sus mecanismos formales de adopción de decisiones) se están ofreciendo para afrontar la crisis.

## V. LA DIMENSIÓN NACIONAL DE LA CRISIS CONSTITUCIONAL

El declive del Derecho Constitucional, acentuado en Europa en los primeros años del nuevo siglo y milenio, especialmente desde que estalló la crisis económica, debe entenderse como una crisis de las funciones históricas de la Constitución, que ya no se desarrollan exclusivamente en el marco del Estado nacional y, por tanto, como una crisis que se proyecta sobre la diversidad de espacios constitucionales, infra y supraestatales.

Por lo que al ámbito de la Unión Europea se refiere, la crisis está generada por un modelo de integración que impide el desarrollo de las funciones históricas del Derecho constitucional, dificultando así la formación de una específica identidad constitucional europea. En el ámbito estatal, por el contrario, la fuerte identidad constitucional nacional no se corresponde con las transformaciones derivadas del proceso de integración supranacional en el contexto de la globalización.

Podíamos hablar así de una sobredimensión del nivel constitucional estatal respecto del supranacional, que se explica por motivos históricos y que se corresponde también con una sobredimensión del espacio público estatal, si tenemos en cuenta las posibilidades reales que tiene actualmente el Estado de resolver los problemas que afectan a la ciudadanía. La responsabilidad política y los mecanismos constitucionales de control se concentran en el nivel estatal pese a que muchas de las antiguas competencias estatales están ahora transferidas a las instancias supranacionales.

En ese ámbito supranacional, sin embargo, el espacio público está infradimensionado, al igual que ocurre con los controles constitucionales de los poderes públicos europeos, lo que facilita que se produzcan situaciones como las

que han afectado a Portugal, España, Grecia e Italia en este “*annus horribilis*” para el Derecho constitucional que ha sido el 2011. Es necesario, por tanto, re-dimensionar los espacios políticos para ajustarlos a la realidad de los procesos de poder que expresan. En la actualidad, la ausencia de densidad democrática del espacio público europeo ha generado una incapacidad de respuesta de las ciudadanía nacionales frente a las decisiones que son adoptadas en el ámbito europeo y se imponen a los Estados.

Esas decisiones han llegado al punto de limitar el orden constitucional interno y la democracia pluralista hasta extremos que ponen seriamente en cuestión la continuidad de los pactos constituyentes que se produjeron en el contexto del Estado nacional, basados en el principio de Estado social y en la intervención pública sobre la economía. Frente a las presiones derivadas del proceso de globalización, las instancias supranacionales europeas están fallando de manera estrepitosa en su tarea de proteger a los Estados miembros en el marco de las obligaciones de solidaridad derivadas del proyecto común europeo.

El lema de la Unión Europea: “unida en la diversidad” se ha transmutado en el lema “dividida en la adversidad” con el que se están afrontando (o, más bien, no se están afrontando en absoluto) los problemas generados por la crisis económica y las presiones de los mercados. La afectación del Derecho constitucional y de la democracia pluralista es evidente.

Naturalmente, todo esto no supone negar la gravedad de la crisis económica ni tampoco rechazar que la estabilidad presupuestaria sea una fórmula de buen gobierno que debe estar en el horizonte de la política económica de la UE y de los Estados miembros. Sin embargo, la estabilidad presupuestaria no puede servir de coartada para la imposición de determinadas políticas públicas que se presentan como inevitables, cuando no lo son. La ideología de la crisis económica y sus falacias nos están conduciendo a una situación dramática en el terreno constitucional no porque todas las soluciones que se proponen sean inaceptables desde el punto de vista democrático. Muchos de esos planteamientos se pueden debatir en el plano político y se pueden implantar por medio de elecciones democráticas. Otros quizás resulten contrarios a las constituciones nacionales, por lo que exigirían reformas constitucionales sustentadas en los consensos necesarios. Ahora bien, lo que resulta antidemocrático es descalificar como “económicamente inviables” y, por tanto, políticamente descartables, a las propuestas contrarias, basadas en la subida de la presión fiscal, la lucha contra el fraude fiscal, la reformulación de las funciones del Banco Central Europeo para defender a los Estados miembros de la presiones de los especuladores financieros, etc.

Lo que no resulta aceptable desde el punto de vista constitucional es que, antes de que los procesos electorales se desarrollen y antes de que la ciudadanía se manifieste en esos procesos, las decisiones ya estén tomadas y no queden

alternativas diferentes a las que vienen marcadas por la presión económica de determinados Estados. Esto no ocurriría si quién decidiera fuera una Unión Europea democráticamente estructurada a través de procedimientos en los que se expresara la voluntad de la ciudadanía europea en su conjunto.

La cuestión es, sin embargo, que no cabe, debido al proceso de globalización, una alternativa nacional a los procesos de integración supranacional. Los problemas actuales del Estado nacional ya no son sólo de carácter interno sino que se derivan, en gran medida, de la intervención de instancias globales. Las soluciones serán, en su mayor parte, de carácter global y supranacional. Así pues, la plena recuperación de la democracia pluralista y de las funciones del Derecho constitucional -incluso dentro del espacio nacional- tendrá que partir en el futuro del marco supranacional, en el caso de los Estados europeos, del europeo.

Por eso tiene tanta importancia el respeto a las reglas de decisión establecidas en los Tratados y el sometimiento de las instituciones europeas al Derecho. Como también lo tienen la necesaria profundización democrática que haga posible que las soluciones que se adopten en relación con los grandes problemas que tiene actualmente la Unión Europea no se decidan por los gobernantes de cualquier Estado miembro, sino por el conjunto de la ciudadanía europea.

\* \* \* \* \*



# LA SOLUCIÓN AMISTOSA ANTE LA COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS\*

ROLANDO LUQUE MOGROVEJO\*\*

**SUMARIO:** **I.** *Introducción.* **II.** *El papel de la comisión interamericana de derechos humanos frente a los objetivos de la convención.* **III.** *Análisis del procedimiento de solución amistosa.* **IV.** *El procedimiento de solución amistosa desde la teoría de conflictos.*

## I. INTRODUCCIÓN

El rol de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en un proceso mundial de creciente interacción entre los Estados y los ciudadanos, y de flexibilización de sus soberanías, resulta indispensable para promover y garantizar la investigación de hechos considerados violatorios de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

En esa dirección, el presente artículo llama la atención sobre la necesidad de fortalecer el trabajo de la Comisión potenciando el procedimiento de so-

---

\* Este artículo se basa en una investigación de mayor alcance en la que se incluyen todos los casos revisados y clasificados en base a indicadores como, año, nombre del peticionario o de la presunta víctima, Estado, fecha de presentación de la petición, la de inicio del procedimiento de solución amistosa y la de aprobación por la Comisión, el tipo de derecho vulnerado, modalidad de negociación, las reglas de la negociación, reconocimiento de responsabilidad por parte del Estado, restitución de derechos, reparaciones económicas o simbólicas, indemnizaciones y garantías de no repetición.

\*\* Abogado por la Universidad Católica Santa María de Arequipa, Licenciado en Filosofía por la Universidad Nacional San Agustín de Arequipa, Máster en Protección Internacional de Derechos Humanos por la Universidad Alcalá de Henares de Madrid, y egresado de la Maestría en Ciencia Política de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Actualmente se desempeña como Adjunto para la Prevención de Conflictos Sociales y Gobernabilidad de la Defensoría del Pueblo y profesor del Centro de Altos Estudios Nacionales (CAEN), de la Universidad del Pacífico y de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

lución amistosa regulado en la Convención y el Reglamento de la Comisión. Dicho procedimiento contiene imprecisiones a nivel normativo y carece, a nivel operativo, de una definición clara y de un conjunto de pautas y herramientas que garanticen una negociación colaborativa e igualitaria entre las partes, teniendo en cuenta las dificultades de una negociación enmarcada en derechos, la representación de los intereses de la sociedad y el papel que la Comisión debe jugar en el proceso de diálogo negociador.

En ese contexto, no alcanzo a percibir que el procedimiento de solución amistosa<sup>[1]</sup> esté suficientemente valorado y promovido como una opción perfectamente válida y aconsejable. Su perfeccionamiento, por ende, sería de gran utilidad para los ciudadanos, los Estados y el Sistema.

## II. EL PAPEL DE LA COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS FRENTE A LOS OBJETIVOS DE LA CONVENCIÓN

### *2.1 La Comisión Interamericana de Derechos Humanos y los objetivos de la Convención*

La Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre adoptada por la Organización de Estados Americanos (OEA) no trajo consigo la inmediata implementación de los órganos institucionales que la hicieran valer sino hasta 1960 en que entra en funciones la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, creada un año antes. No obstante este importante avance, la Comisión no tramitaba ni se pronunciaba sobre las denuncias de casos individuales de violaciones a los derechos humanos planteadas por los afectados.

Esta facultad le fue otorgada recién en 1966 y ha sido ejercida con el principal contratiempo de no recibir de parte de los Estados las respuestas a las denuncias trasladadas, o recibirlas de manera escueta y con información poco relevante. Pese a ello, Felipe González deja en claro que “La importancia de este mecanismo radica, por una parte, y como es obvio, en la posibilidad de levantar públicamente una violación específica y procurar alcanzar una solución a ella;

---

[1] Este artículo se basa en una investigación de mayor alcance en la que se incluyen todos los casos revisados y clasificados en base a indicadores como, año, nombre del peticionario o de la presunta víctima, Estado, fecha de presentación de la petición, la de inicio del procedimiento de solución amistosa y la de aprobación por la Comisión, el tipo de derecho vulnerado, modalidad de negociación, las reglas de la negociación, reconocimiento de responsabilidad por parte del Estado, restitución de derechos, reparaciones económicas o simbólicas, indemnizaciones y garantías de no repetición.

por otra parte, su presencia es central desde el punto de vista del desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos, ya que significa en la práctica y de manera concreta, hacer efectivo el carácter de sujeto internacional que la persona humana posee conforme a dicha normativa”<sup>[2]</sup>.

Este paso fue sin duda histórico. Significaba ir más allá de una retórica que podía envejecer sin grandes resultados, y fortalecía al individuo, a la víctima, al peticionario para que pudiera activar por su propia iniciativa e interés la capacidad protectora de la Comisión.

En 1969 los Estados parte de la OEA suscriben la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, en una etapa de la historia política del continente caracterizada por el predominio de gobiernos dictatoriales. No obstante ello, la Convención fortaleció a la Comisión y creó la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Dentro del Sistema, es la Comisión el órgano encargado de recibir las peticiones individuales. El trámite que se le da es el de un proceso contradictorio entre el Estado y el peticionario. De acuerdo a la Convención los Estados están obligados a respetar y garantizar los derechos y libertades.

Cuando este mandato es incumplido poniendo en riesgo valores humanos de primer orden, se justifica la protección internacional a través del Sistema. La Comisión en virtud al art. 41 de la Convención “tiene la función principal de promover la observancia y la defensa de los derechos humanos...”, esto es, la tarea de que los Estados cumplan con su obligación de respetar y garantizar los derechos y libertades. Y la Corte, de acuerdo al art. 63 de la Convención “dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización de la parte lesionada”.

La realidad de nuestros países informa que estamos aún lejos de considerar que nuestros Estados están en condiciones de garantizar la vigencia plena de los derechos humanos. Ante ello, y sin dejar de trabajar internamente en los planos político, jurídico, social y cultural, se debe examinar continua y críticamente el sistema interamericano a fin de desarrollar al máximo sus capacidades en concordancia con los tiempos actuales. La región experimenta una primavera democrática, desigual en calidad e intensidad, pero a no dudarlo una oportunidad extraordinaria para que el sistema se desarrolle al máximo.

[2] F. GONZÁLEZ, “Surgimiento y desarrollo del sistema interamericano de derechos humanos en un contexto de regímenes autoritarios (1969-1990)”, *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, vol. 46, 121-155, p. 126.

Carlos Ayala, ex presidente y ex miembro de la Comisión (1996-1999) señala que la utilidad del sistema depende de cómo los Estados aprecien sus objetivos. Será un aliado si el Estado ve en el sistema un complemento y un correctivo de sus obligaciones y una oportunidad de hacer justicia. Pero si ve en él a una instancia ajena a su soberanía que perturba el ejercicio de su poder y lo desprestigia internacionalmente, el sistema será, sin duda, un elemento incómodo y potencialmente peligroso para dicho Estado<sup>[3]</sup>.

Hace nueve años Antonio Cancado planteó dos desafíos: la asignación de recursos humanos y financieros de la Corte y la Comisión y el establecimiento de un mecanismo internacional del monitoreo del cumplimiento de las decisiones de los dos órganos de supervisión de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Quisiera agregar que la revisión de sus procedimientos y la reelaboración conceptual y práctica de una figura como la solución amistosa es también un desafío del corto plazo. Al respecto Montiel sostiene que “Si pasamos a lo que ha sucedido en la práctica, nos encontramos con que la Comisión no ha podido cumplir a cabalidad el papel que le ha encomendado la Convención en materia de solución amistosa. En los primeros años de su funcionamiento, la Comisión omitía rutinariamente ese procedimiento y después lo ha practicado en forma poco eficaz”<sup>[4]</sup>.

Es desde esta óptica que ponderamos la contribución que puede hacer un procedimiento como el de solución amistosa. Uribe Vargas recuerda que “Sobre el particular, el mecanismo de separar las instancias internacionales entre la Comisión y la Corte, ofrece como ventaja que la primera, por no ser un órgano jurisdiccional, puede utilizar procedimientos diplomáticos más próximos a la solución política”<sup>[5]</sup>. Es este rasgo el que quiero destacar prioritariamente porque contiene un elemento propiciador de las negociaciones y le abre el paso al fortalecimiento del procedimiento de solución amistosa.

¿Se puede ver rebajada o distorsionada la responsabilidad del Estado en un mecanismo de negociación? Lo fundamental para el sistema es que se restituya el derecho violado, que se repare a los afectados, pero en ese esfuerzo se va construyendo una narrativa del caso que debe satisfacer el derecho a la verdad, punto de apoyo para establecer la responsabilidad y garantizar la no repetición.

Las ideas de “respeto” y “protección” marcan el sentido de la tarea del sistema y lo ubican frente a problemas que hay que resolver. Esta mirada que

[3] C. AYALA CORAO, “Reflexiones sobre el futuro del sistema interamericano de derechos humanos”, *Revista IIDH*, pp. 92-127, p. 99.

[4] A. MONTIEL, “La solución amistosa”. *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos en el Umbral del Siglo XXI - Memoria del Seminario*, Tomo I (1999), pp. 219-225, p. 221.

[5] D. URIBE VARGAS, *Los derechos humanos en el sistema interamericano*, Madrid, 1972, p. 312

privilegia el caso como un “problema” a resolver más que como una conducta que penalizar, introduce en la cultura del sistema actitudes propositivas, asertivas, constructivas que pueden ser de enorme eficacia. En ese orden de ideas, el procedimiento de solución amistosa es un carril por donde “el problema” puede discurrir con fluidez y expectación.

## 2.2 *El sistema jurídico y la negociación integradora*

¿Sólo se protege derechos declarándolos en resoluciones judiciales? No, también se protege, promoviendo negociaciones igualitarias orientadas a forjar acuerdos. Promover, propiciar, facilitar, interceder, mediar, homologar, etc. son también comportamientos de protección de derechos porque están encaminados al establecimiento de acuerdos en los que los derechos serán restituidos y reparados.

María José Añón sostiene que “Tradicionalmente, se ha puesto el acento en la vía jurisdiccional como único vehículo de protección óptima, aún cuando, la existencia de protecciones adecuadas no garantiza sin más las posibilidades de tutela efectiva de los derechos fundamentales, como denunciara L. Ferrajoli. ‘Como se ha señalado en varias ocasiones la *justiciabilidad* solo es una vía de defensa de los derechos aunque no siempre la mejor. Seguramente el órgano judicial no es el más adecuado para definir una política pública; ni el contexto limitado de un caso judicial el más apto para discutir medidas de carácter general, puesto que su adecuación es idónea para la tutela protectora en caso de violación de un derecho. De ahí que esta tutela no puede sino plantearse en términos de interacción entre instituciones políticas y órganos jurisdiccionales como un planteamiento más coherente con el modelo democrático, incluso confiando la tutela de modo deferente en las autoridades políticas antes que en las jurisdiccionales”<sup>[6]</sup>.

Hay que tener presente, además, que en cuanto al resultado, los acuerdos satisfactorios para las partes y que son compatibles con los derechos humanos reconocidos por la Convención no solo resuelven voluntariamente un problema sino que abonan en favor de restablecer la relación y hasta la confianza entre un Estado que reconoce su responsabilidad y se enmienda, y una víctima que valora este hecho y abre las posibilidades de la reconciliación.

[6] M. J. AÑÓN ROIG, “*Categorías de los derechos fundamentales*”, Material de estudio del VI Máster en protección Internacional de los Derechos Humanos, 2009-2010 de la Universidad de Alcalá, Alcalá, 2009 p. 11. Texto tomado de M. J. AÑÓN, “*Derechos sociales: inconsistencias de un relato compartimentado*”, en: M. J. AÑÓN y VV.AA, *Teoría de la justicia y derechos fundamentales. Estudios en homenaje al profesor Gregorio Peces-Barba*, Vol. III, Madrid, (2008), pp. 21-47, pp. 13-14.

La justicia de los tribunales es una forma de negociación distributiva o competitiva en la que las partes compiten por una suma fija de valor. Aquí la ganancia de una de las partes se hace a expensas de la otra. En cambio en la llamada negociación integradora, las partes cooperan integrando sus intereses en un acuerdo y buscando alcanzar los máximos beneficios. Cada parte crea el máximo de valor para sí misma y para el contrario. Los casos en los que ambas partes salen gananciosas son ideales y pueden ocurrir en algunas circunstancias pero, generalmente, se colabora en un momento y se compete en otro. Hay acuerdos satisfactorios pero otros habrán significado cesiones en pos del bien mayor.

Este juego deja, además, el menor resultado de violencia, es decir, las partes salen del proceso menos enemistadas que antes, tienen esperanza en la implementación de los acuerdos, están pensando en el futuro más que en el pasado. No obstante esto, cuando ha habido violaciones graves a los derechos humanos las heridas no son fáciles de cerrar, la memoria del horror está presente y hay un deseo de revancha que no sale fácilmente de la consciencia de las víctimas.

Frente a esto, el procedimiento de solución amistosa puede ser también un espacio para la reconciliación. Aunque este no sea su propósito explícito, es posible que surta ese efecto. En esto comparte con las comisiones de la verdad algunos de sus propósitos. “Todas las comisiones de la verdad en el mundo han recogido en los testimonios de las víctimas el recado de su reivindicación moral. Que los demás sepan lo que sufrieron, que ese sufrimiento fue terriblemente injusto y que la sociedad haga algo por devolverles lo que perdieron, aunque sea de un modo simbólico. La verdad de su historia se deberá configurar en la aceptación del otro, y la solidaridad más que generosidad debe significar adhesión y protección frente a la experiencia de menosprecio. Si no fuera así, la tensión moral se mantendrá como una energía subterránea de pronóstico reservado”<sup>[7]</sup>.

### III. ANÁLISIS DEL PROCEDIMIENTO DE SOLUCIÓN AMISTOSA

#### 3.1 *Precisiones Jurídicas*

##### 3.1.1 *El inicio del procedimiento.*

Tanto la Convención como el Reglamento muestran una clara convicción de promover el procedimiento de solución amistosa poniendo a la Comisión

---

[7] R. LUQUE MOGROVEJO, “Atisbos conceptuales sobre la realidad de los conflictos sociales en el Perú”, en: *Conflictos sociales y respuestas del Estado: del orden interno a la protección de derechos*, Lima, (2007), pp. 37-45, p. 45.

a disposición de las partes. ¿Desde qué momento se abre esta alternativa para el Estado y los ciudadanos? Jorge Nelson Cardozo sostiene que “Frente a una demanda ante la CIDH debe existir previo a toda negociación una declaración formal de admisibilidad. A partir de ella la Comisión está en condiciones para ponerse a disposición de las partes con el fin de alcanzar una solución amistosa”<sup>[8]</sup>. Por su parte Héctor Faúndez señala que “Para que la Comisión pueda ofrecer a las partes actuar como órgano de solución amistosa del asunto, es necesario que se hayan precisado suficientemente las posiciones y pretensiones de las partes y que, a juicio de la Comisión, el asunto sea -por su naturaleza- susceptible de resolverse por esta vía. Obviamente estas condiciones no se aplican con igual rigidez si quienes propician la solución amistosa son las propias partes en la controversia. Si concurren las circunstancias anteriores, y siempre que la otra parte acepte este procedimiento. La Comisión puede interceder por propia iniciativa o aceptar la propuesta de alguna de las partes para actuar como órgano que promueva una solución amistosa”<sup>[9]</sup>.

Sin embargo habría un punto problemático derivado de la forma cómo está redactado el Reglamento. El art. 40 del mismo señala que la Comisión se pondrá a disposición de las partes en cualquier etapa del examen de una petición o caso por iniciativa propia o a solicitud de cualquiera de ellas. Una “petición” se tramita antes de su admisibilidad (art. 30 del Reglamento) y se convierte en “caso” a partir de su admisibilidad (art. 36.2 del Reglamento). Si esto es así ¿por qué en el art. 37.4 del Reglamento se señala que antes de pronunciarse sobre el fondo la Comisión fijará un plazo para que las partes manifiesten si tienen interés en iniciar el procedimiento de solución amistosa? Da la impresión de que la Comisión redujera la oportunidad de iniciar la solución amistosa a un plazo que ella fija discrecionalmente y a poco de pronunciarse sobre el fondo. El art. 40 del Reglamento y el 48.1, f, de la Convención no establecen plazo.

No obstante ello, la intención de estos últimos artículos que acabo de citar parece ser la de dar la más amplia oportunidad a las partes para que se pongan de acuerdo en cualquier momento (incluso después del ingreso de la petición y antes de la admisibilidad) porque a fin de cuentas ello depende sobre todo de su propio consentimiento. Quizá se entienda también como un plazo que la Comisión fija a modo de invocación final, de última oportunidad para intentar una solución por la vía de la solución amistosa antes de que se pronuncie sobre el fondo.

Más allá del análisis que este punto pueda suscitar, considero que el procedimiento de solución amistosa solo es posible en el marco de la Convención y

[8] CARDOZO, *loc. cit.*, p. 396.

[9] H. FAÚNDEZ. *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. Aspectos institucionales y procesales*, San José de Costa Rica, 2004, p. 450.

si el caso es declarado inadmisibile obviamente no habría manera de acogerse a él. En consecuencia, una vez admitida la petición, nada limita a la Comisión a ponerse inmediatamente a disposición de las partes; después de todo es en el decurso del procedimiento de solución amistosa que se irán esclareciendo las posiciones de las partes y se verá hasta qué punto es viable o no. Pero conviene que la Comisión dé facilidades inmediatas para impulsar el mecanismo, ofreciendo su capacidad mediadora.

Se exceptúa, desde luego, la situación planteada en el art. 36 inc. 4, que establece que “Cuando la Comisión proceda de conformidad con el art. 30 inciso 7 del presente Reglamento, abrirá un caso e informará a las partes por escrito que ha diferido el tratamiento de la admisibilidad hasta el debate y decisión sobre el fondo”. El art. 30 inciso 7 le da a la Comisión la facultad de solicitarle al Estado la presentación de su respuesta y observaciones sobre la admisibilidad y el fondo del asunto cuando, de acuerdo al inciso 4 del mismo artículo, se trate de un caso de gravedad y urgencia en el que la vida o integridad de una persona se encuentren en peligro real e inminente. En circunstancias así, se debe entender que el procedimiento de solución amistosa puede iniciarse apenas la Secretaría Ejecutiva de la Comisión dé trámite a las peticiones que reúnan los requisitos previstos en el art. 28 del Reglamento.

### 3.1.2 *El carácter no obligatorio del procedimiento de solución amistosa: ponerse a disposición.*

La Comisión debe ofrecer el procedimiento de solución amistosa, sin que se lo soliciten, y mantenerse a disposición de las partes, promoviendo el mecanismo, explicando sus beneficios, colaborando en la negociación y, ciertamente, mediando en ella, que sería lo ideal, por razones que desarrollaré más adelante.

Mónica Pinto opina de manera diferente señalando que “De lo expuesto surge inequívocamente que la solución amistosa no es una etapa inexorable en el trámite de una petición sino un paso que, eventualmente, la Comisión está facultada a decidir”<sup>[10]</sup>. Creo que la Comisión no podría negarle a las partes el pedido ni dejar de ponerse a disposición de ellas. El art. 48.1 inc. f, de la Convención señala que cuando la Comisión recibe una petición “se pondrá a disposición de las partes interesadas, a fin de llegar a una solución amistosa del asunto fundada en el respeto a los derechos humanos reconocidos en esta Convención”. La misma expresión “se pondrá” se observa en el art. 40 inc. 1 del Reglamento de la Comisión, lo que indica claramente que es una obligación de la Comisión ha-

---

[10] M. PINTO, *La denuncia ante la Comisión Interamericana de derechos Humanos*, Buenos Aires, 1993, p. 128.

cerlo inmediatamente le sea posible conforme a su procedimiento, esto es, luego de haber admitido la petición. Para ello tomará la iniciativa y comunicará a las partes su ofrecimiento; pero, puede también acoger el pedido de una de las partes y comunicarlo a la otra a fin de conocer su disposición a negociar. Sea cual fuere el caso, la CIDH no puede sustraerse a mostrar su disposición que, en buena cuenta, significa solamente abrir la puerta a una posibilidad de arreglo. Asunto distinto es si una vez hecho el ofrecimiento, no hay en las partes o una de ellas un interés explícito, o si como lo señala el inc. 3 del citado art. 40 del Reglamento, “el asunto no es susceptible de resolverse por esta vía, o alguna de las partes no consiente en su aplicación, decide no continuar en él, o no muestra la voluntad de llegar a una solución amistosa fundada en el respeto de los derechos humanos”.

Pero aquí estamos ante la necesidad de que la Comisión cautele que el procedimiento no se convierta en una treta dilatoria o que la situación muestre evidentes signos de confrontación que hacen inviable un acuerdo.

### 3.2 Casos excluidos de la solución amistosa por la naturaleza de los hechos.

La mayor parte de las opiniones se orientan a seleccionar ciertos casos que por el tipo de hecho violatorio ocurrido no podrían tratarse por la vía del procedimiento de solución amistosa. Faúndez por ejemplo señala, “Por otro lado, la naturaleza de la denuncia formulada en contra del Estado –en lo que se refiere a la gravedad de los hechos y el carácter primordial de los derechos involucrados– supone, igualmente, que en ciertos casos el procedimiento de conciliación no resulta procedente”. Y agrega que la Comisión declaró que el caso Neira Alegría y otros en el que la muerte de 111 personas luego del debelamiento de un motín carcelario, era un caso inapropiado para una solución amistosa<sup>[11]</sup>. A su turno, César Sepúlveda señala de manera frontal que la solución amistosa “no cabe, por ejemplo, cuando se trata de violaciones tales como el arresto injustificado, la detención prolongada sin sujeción a proceso judicial, o en los casos de tortura, o en el de las ejecuciones ilegales, o tampoco en el de las desapariciones forzadas”<sup>[12]</sup>. La Comisión a su turno ha señalado que el irrecuperable derecho a la vida y la irrevisable absolución contra evidencia que los priva para siempre al derecho a que se les haga justicia, no son por su naturaleza susceptibles de ser resueltos a través de la solución amistosa.

[11] H. FAÚNDEZ, *op. cit.*, p. 439, pie de página 26.

[12] C. SEPÚLVEDA, “El procedimiento de solución amistosa ante la Comisión Interamericana de derechos Humanos”, en: *Derechos Humanos en las Américas, homenaje a la memoria de Carlos A. Dunshee de Abranches*, CIDH, Washington D. C., 1984, p. 247.

En primer término, ni la Convención ni el Reglamento de la Comisión establecen un límite al mecanismo de solución amistosa en razón a la naturaleza de los hechos o al tipo de derechos afectados. Al parecer son tres los argumentos basados en la materia que se denuncia: a) la gravedad, b) el irrecuperable derecho a la vida, c) las resoluciones irrevisables. Sin embargo, me pregunto ¿por qué un hecho de estas características no puede ser tratado en una negociación si siempre está presente en ella la posibilidad de que el Estado esté dispuesto a reconocer su responsabilidad, procurar el acceso a la justicia, la reparación a las víctimas y hasta la toma de medidas de no repetición? Cuando la Corte sostiene que no cabe solución amistosa en los casos de desaparición forzada si el Estado niega que los hechos hayan ocurrido, lo que está afirmando es el principio general de que toda negativa a reconocer su responsabilidad frustra en cualquier caso la solución amistosa.

En mi opinión el procedimiento de solución amistosa es siempre apropiado y lo que conspira contra él es la falta de voluntad de las partes en términos de cooperación y entendimiento. Tampoco los tribunales pueden restituir el derecho a la vida pero pueden ofrecer un juicio con todas las garantías y este derecho de las víctimas –de un juicio justo- también puede ser parte de una agenda de negociación.

Sin embargo, no queda muy claro qué debemos entender por hechos, casos, situaciones que “por su naturaleza” no pueden ser resueltas a través del procedimiento de solución amistosa. Cuando se usa la expresión “naturaleza” en el Derecho, se suele aludir a ciertos componentes esenciales de algo que se verían trastocados si se les expusiera a determinada situación, en este caso a una negociación. Habría algo sustancial en ellos que hace imposible su tratamiento por esta vía.

Creo que esto debe entenderse desde dos perspectivas, una de orden moral por la cual la sola idea de negociar con un violador de derechos humanos sobre crímenes especialmente graves, ofende la memoria de las víctimas y escamotea la condena más severa; y otra, de orden jurídico, que sostendría que en general no hay lugar a negociar sobre derechos y menos sobre aquellos derechos que protegen la vida, la integridad, la libertad.

En efecto, la percepción de negociación como un arreglo indigno pueda que esté muy presente y que la imagen de la víctima y el victimario sentados a la mesa tratando de ponerse de acuerdo sobre algo que solo merece una severísima pena, es difícil de aceptar, a menos que se sepa que la negociación no es con el autor de los crímenes sino con un funcionario de Estado; que el objetivo de la negociación puede ser lo mejor para la víctima en la situación real que confronta; y que cualquier acuerdo se hará en el marco de los derechos establecidos en la Convención.

En suma, una cosa es la naturaleza de los hechos y otra las circunstancias que rodean los hechos y que limitan o bloquean la voluntad de dialogar. Si el

procedimiento de solución amistosa no es viable, lo será por voluntad expresa o tácita de las partes (el Estado se niega a reconocer su responsabilidad, a emitir una ley indispensable, a garantizar un juicio imparcial y ajustado al debido proceso, etc.) pero no por la naturaleza de los hechos violatorios o los derechos violados. Quizá en ocasiones sea más difícil negociar y llegar a acuerdos pero el caso no es inviable *per se*.

Por ejemplo si el Estado negara los hechos no es posible proseguir con la solución amistosa. En el caso Velásquez Rodríguez que motivó un pronunciamiento de la Corte en el sentido de considerar difícil lograr un acuerdo amistoso<sup>[13]</sup> sobre desaparición forzada, no fueron los hechos sino la negativa del Estado lo que hizo inviable el procedimiento.

Felipe González recuerda que “Algunos autores como Patricia Standaert se han preguntado por la adecuación de un mecanismo de esta naturaleza respecto de violaciones a los derechos, por lo gravoso de los hechos así como por la desigualdad que podría existir entre el Estado y la víctima. El punto es que en el contexto del Sistema Interamericano, y sin que ello signifique que el recurso a este mecanismo sea apropiado para todo tipo de casos, la recurrente falta de cumplimiento por parte de los estados de las resoluciones emanadas de la Comisión, convierte a veces a la solución amistosa en una vía más eficaz que las propias resoluciones”<sup>[14]</sup>. Sin dejar de anotar sus objeciones, Patricia Standaert acepta el procedimiento por un criterio práctico de eficacia. Me parece interesante que se le reconozca eficacia pero las cosas no están bien solo porque funcionen, tienen además que funcionar sin cuestionamientos que mellen su fundamento.

El Reglamento del 2009 y el del 2002 no facultan a la Comisión a señalar de antemano qué casos son susceptibles de solución amistosa por la naturaleza de los hechos o de los derechos violados sino que la autoriza a concluir su intervención en el procedimiento si el asunto no es susceptible de resolverse por esa vía, no mencionando en ninguna parte la palabra “naturaleza”. Hace bien el Reglamento en optar, en el fondo, por darle a la Comisión facultades para evaluar la “situación” y no la “naturaleza” de los hechos. En el primer caso estamos ante evidencias de la viabilidad real de la negociación derivadas principalmente de la voluntad de las partes, aspecto que es plenamente coincidente con el inc. 2 del art. 40 del Reglamento.

[13] Corte I.D.H., Caso Velásquez Rodríguez. Excepciones preliminares. Sentencia del 26 de junio de 1987, Serie C N°1, párrafo 46.

[14] F. GONZÁLEZ MORALES, “Las transformaciones del sistema interamericano de derechos humanos en el contexto de transiciones a la democracia”, Madrid, 2009, en: *Materiales del VI Máster en Protección Internacional de los Derechos Humanos de la Universidad de Alcalá de Henares, Alcalá*, (2009), p. 9.

### 3.3 *La voluntad de las partes*

El art. 40 inc. 2 dice “El procedimiento de solución amistosa se iniciará y continuará con base en el consentimiento de las partes”. Para que esta manifestación de voluntad tenga efectos jurídicos debe hacerse de manera expresa y formal. Desde luego que la autonomía de la voluntad del peticionario descansa en sí mismo como agente capaz y en el cumplimiento de los requisitos exigidos en el art. 28 del Reglamento. En el caso del Estado, esa voluntad deberá ser expresada a través de los canales legales internos de las instituciones llamadas por ley a intervenir.

Pero, más allá del inicio, en realidad la voluntad de negociar y llegar a acuerdos se debe demostrar a lo largo del procedimiento a través de actos, gestos, decisiones que evidencien ausencia de dobleces, simulaciones o engaños. Es necesario que la Comisión se mantenga atenta observando la actuación de las partes y formándose una idea de la transparencia y buena fe de su comportamiento. De ello dependerá, además, que la Comisión aplique el art. 40 inc. 4 respecto del término de su intervención en el procedimiento de solución amistosa.

La Comisión deja librada al consentimiento de las partes el inicio y desarrollo del procedimiento porque su intervención no se agota con la opción dialogante sino que si ésta no da resultado, la investigación sobre el fondo continúa. En este punto Héctor Faúndez trae a colación una atinada opinión de la Corte que sostiene que “Todo enfoque que conduzca a negar a los individuos, en especial a las víctimas, el procedimiento ante la Comisión los privaría del importante *derecho de negociar y aceptar libremente una solución amistosa...*”<sup>[15]</sup>. Lo de la aceptación libre de la solución amistosa me parece concordante con la idea del “consentimiento” pero lo que resulta muy interesante para esta investigación es que la Corte frasee el tema en términos de “derecho a negociar”.

Evidentemente no hay en la Convención, en los reglamentos de la Comisión o de la Corte, o en las constituciones latinoamericanas nada consagrado como “derecho a negociar”, pero si estos instrumentos reconocen el derecho de libre expresión, el derecho a ser protegido por el Sistema, el derecho a presentar peticiones, entonces el derecho a negociar se presenta como una alternativa que el Sistema ofrece, como una estrategia particular de defensa y como un derecho exigible, en este caso a la Comisión.

---

[15] H. FAÚNDEZ, *op. cit.* p. 436. La referencia en el pie de página 12 es la siguiente: “Corte Interamericana de Derechos Humanos, Asunto Viviana Gallardo y otras, Nº G 101/81, serie A, decisión del 13 de noviembre de 1981, serie A, párrafo 24.

### 3.4 *El reconocimiento de responsabilidad por parte del Estado.*

¿El inicio del procedimiento de solución amistosa significa que el Estado tiene responsabilidad? No. Significa que hay una denuncia de violación de derechos humanos que las partes han decidido tratar por medios distintos a los contenciosos. ¿El inicio del procedimiento de solución amistosa significa que el Estado ha admitido su responsabilidad? No. Significa que la verdad de los hechos es uno de los puntos de la agenda y que necesita ser esclarecida hasta un nivel tal que permita continuar con la negociación. ¿La obtención de un acuerdo en el procedimiento de solución amistosa, implica que el Estado ha aceptado algún tipo de responsabilidad? Sí. Recordemos que los acuerdos a los que se llegue, por razones éticas y lógicas, deben partir de la responsabilidad del Estado. La restitución de derechos, la reparación, las garantías de no repetición son consecuencias que se derivan de la admisión de responsabilidad. Llegar a acuerdos sin admitir responsabilidad equivaldría a consentir la impunidad. ¿Esta responsabilidad se llega a establecer de la misma manera que lo hace un tribunal penal? No. La responsabilidad internacional de los Estados en materia de derechos humanos es de otra índole.

En el Caso de las niñas Yean y Bosico, la Corte “considera que para alcanzar una solución amistosa es necesario que exista un consenso básico entre las partes, en el cual se pueda constatar la voluntad de éstas de poner fin a la controversia, en lo que respecta al fondo del asunto y las posibles reparaciones”<sup>[16]</sup>. El fondo del asunto no puede omitir el reconocimiento de responsabilidad del Estado.

El reconocimiento de responsabilidad es el punto inicial de la agenda de negociación y se debe establecer sobre la base de las evidencias que se muestren y la evaluación práctica que haga tanto el Estado como el peticionario. No obstante, es válido preguntarse qué puede negociar el Estado en relación a su responsabilidad. En mi opinión podría negociar el reconocimiento de responsabilidad total o parcial, sobre la base de evidencias pero también de su propio análisis político y práctico. Ciertamente podría negociar también un compromiso de administración de justicia con todas las garantías o la creación de comisiones *ad hoc* para la investigación de hechos, etc.

Si lo que preocupa es la pregunta por la impunidad, es decir, si se puede evitar el proceso penal posterior o si se puede transar que no se denuncie a las personas involucradas en hechos violatorios o a más de ellas. La respuesta es que ningún acuerdo puede incluir formas de impunidad respecto de los delitos cometidos. En el caso Velásquez Rodríguez, la Corte dijo lo siguiente: “El Estado está en el deber jurídico de *prevenir* razonablemente, las violaciones a los

[16] Corte I.D.H., Caso de las Niñas Yean y Bosico, Sentencia de 8 de setiembre de 2005, Serie C N° 130, párrafos 72-74.

derechos humanos, de *investigar* seriamente con los medios a su alcance las violaciones que se hayan cometido dentro del ámbito de su jurisdicción a fin de identificar a los responsables, de *imponerles las sanciones* pertinentes y de asegurar a la víctima una adecuada *reparación*<sup>[17]</sup>. Y si se tratara de crímenes internacionales, el Derecho Penal Internacional prevé mecanismos de persecución y garantías de no impunidad que no es del caso ver ahora.

### 3.5 Cuatro Temas Centrales.

#### 3.5.1 Tipos o planos de la negociación: política, jurídica, práctica.

Teóricamente estos tres tipos de negociación pueden analizarse por separado pero en la experiencia de la Comisión los tres se presentan al modo de planos o niveles de la misma negociación. Recordemos que toda negociación es un evento complejo en el que se superponen y entrecruzan intereses diversos que buscan ser expresados en formas específicas del lenguaje y en distintos momentos, todo dentro de un proceso de diálogo en el que se informa, se argumenta, se debate, se negocia, se colabora, se crea opciones, se acuerda. Esto produce una densidad comunicacional que necesita ser plenamente comprendida. Veamos:

##### 3.5.1.1 Negociación política.

La denuncia es contra el Estado y por ende la responsabilidad es en principio política. El peticionario cuestiona el incumplimiento del Estado de su obligación de respetar el derecho establecido en el art. 1 de la Convención. Esta es una de las razones por la que cabe una negociación. La política diseña instituciones y reglas para configurar y limitar el uso del poder y de este modo regular intereses en base a valores compartidos. Las decisiones que se tomen contienen elementos como la estabilidad política, el prestigio internacional del Estado en un contexto de fortalecimiento de los regímenes democráticos y de economía de mercado, el futuro político del gobernante, etc. De manera que se cruzan los intereses de Estado y los intereses inmediatos y concretos del gobernante. El Estado y sus gobernantes analizarán su posible respuesta frente a los intereses del peticionario o de la víctima y verán hasta dónde es su deber o su conveniencia reconocer su responsabilidad. Dicho esto con todo realismo, dado que la palabra “politización” nos lleva tanto al espacio de los intereses colectivos representados por el Estado como al de los intereses del gobernante que pueden ser eminentemente personales y pragmáticos.

---

[17] K. AMBOS, *Impunidad y Derecho Penal Internacional*, Buenos Aires, 1999, p. 69.

### 3.5.1.2 *Negociación jurídica.*

Toda petición, de acuerdo al art. 28, inc. d) y f) del Reglamento, debe señalar los hechos denunciados y la acción u omisión del Estado responsable de la violación de algunos de los derechos consagrados en la Convención, aunque no se mencione el artículo específico. Esto nos lleva al mundo del Derecho que no tendría los márgenes que si se observan en la política. No obstante esta difundida idea, derivada de una visión positivista del Derecho y de una práctica meramente aplicativa de la norma, en el Derecho y específicamente en los derechos humanos sí es posible negociar. Cuando es posible identificar los intereses contenidos en los supuestos de la norma que declara el derecho, se abre el espacio de la negociación sin que *per se* se nieguen o contradigan derechos.

### 3.5.1.3 *Negociación práctica.*

El reconocimiento de responsabilidad da lugar a la restitución de derechos, a las reparaciones, indemnizaciones y garantías de no repetición y, todo esto, debe tomar la forma de decisiones realizables, oportunas, orientadas a producir cambios positivos y que revelen una voluntad clara de cumplimiento. El sentido práctico, entonces, también debe expresarse en las decisiones operativas dirigidas a implementar los acuerdos. Hay una necesidad de dar respuesta en el momento oportuno y con ofrecimientos mutuos muy concretos a un problema y salir de él de manera satisfactoria porque su prolongación solo perjudicará a ambos, por distintas razones, pero a ambos.

### 3.5.2 *Representación de la sociedad.*

Todo ciudadano tiene el deber de denunciar a un Estado violador por afectar sus derechos, pero también por lealtad al conjunto de los ciudadanos. El papel de la sociedad en la defensa de derechos está estrechamente relacionado con la construcción de lo público y con la llamada “sociedad de la información”. Las instituciones, los derechos, las prácticas democráticas, las manifestaciones de la sociedad en la esfera pública, el pago de los tributos y su uso transparente, son elementos que contribuyen a forjar una idea de lo público y a asentarla a nivel de la cultura.

Sin lo público, lo privado no existiría o por lo menos no en la forma que la conocemos en las democracias modernas. “Lo propio de la esfera pública en sentido político, entonces, es que en ella ciudadanos no sometidos a coerción ninguna, tratan discursivamente de asuntos de interés general y vinculados con

la práctica del Estado”<sup>[18]</sup>. La relación entre ciudadanos y entre éstos y el Estado está intermediada por los derechos. “El poder es una fuerza institucionalizada, es decir, abierta a valores, los valores morales de la libertad, la seguridad, la igualdad y la solidaridad, que impulsa y apoya la existencia del Derecho, y que, al tiempo, es limitado y organizado por el Derecho”<sup>[19]</sup>, así lo deja dicho Gregorio Peces Barba, confirmando que el Derecho le da forma y expresión al poder y que en esa medida el Estado es por excelencia el representante de lo público.

Pero ocurre que cuando se cometen violaciones a los derechos humanos, es el Estado el que está en cuestión, es el Estado el que ha usado la representación de lo público y el poder de todos para atentar contra los miembros de su propia Nación. En consecuencia, ¿quién representa a la sociedad en la negociación? Desde luego siempre es posible esperar que el peticionario agregue el interés de la sociedad en la negociación, dado que si no se logra un compromiso de mayor alcance, él mismo y otros seguirán estando amenazados por ese Estado. El caso Vervitsky es un ejemplo de cómo además de lograr la revocación de la sentencia contra Vervitsky, el Estado argentino se comprometió a derogar la figura del desacato del Código Penal.

Pero si no fuera así y habiendo sombras acerca del comportamiento del Estado, al parecer debería ser la Comisión la que asuma ese papel; todo depende de cómo se defina la figura de la mediación y de cuáles sean sus atribuciones dentro del procedimiento de solución amistosa.

### 3.5.3 *El Procedimiento de Solución Amistosa ¿buenos oficios, facilitación, conciliación, mediación?*

El art. 48.1, f, de la Convención usa la expresión “se pondrá a disposición de las partes interesadas, a fin de llegar a una solución amistosa”. No agrega de qué manera y bajo qué condiciones cumplirá esta función. No hay, pues, a este nivel un rol asignado específicamente a la Comisión sino un ofrecimiento de colaboración. En el caso del Reglamento, el art. 40.3, señala que “... la Comisión podrá encomendar a uno de sus miembros la tarea de facilitar la negociación entre las partes”. Lo primero que se observa es que la Comisión no asume decididamente un rol sino que avalúa y decide si le encarga a uno de sus miembros esa tarea. No usa, además, el concepto “facilitación” que tiene una

[18] P. PATRÓN, “Lo viejo y lo nuevo de los espacios públicos en el Perú”, en: M GIUSTI Y M. I. MERINO (eds.), *Ciudadanos en la sociedad de la información*, Lima (1999), p. 47.

[19] G. PECES-BARBA, *Ética, Poder y Derecho. Reflexiones ante el fin de siglo*, Madrid 1995, p. 80.

definición más o menos consensuada sino el verbo “facilitar” es decir, realizar determinadas acciones que hagan posible la ejecución de algo. Esta amplitud quizá tuvo la intención de dejar a la Comisión que amolde su colaboración a cada circunstancia sin restringirla a un papel previamente definido.

Según Pizzolo si la solución amistosa se intentare en las primeras etapas la Comisión debería cumplir un rol de acercamiento de las partes y dejar que ellas se entiendan y busquen acuerdos, lo que en el Derecho Internacional se denomina “buenos oficios”. Pero si el procedimiento ha avanzado, correspondería que la Comisión actúe como mediadora o conciliadora, conduciendo la negociación y haciendo propuestas<sup>[20]</sup>.

Por su parte, H. Faúndez señala que “Dentro de ese mecanismo de intensidad creciente previsto por la Convención Americana, ésta contempla un procedimiento de conciliación, encaminado a lograr –dentro de un marco de respeto a los derechos humanos- la satisfacción de las demandas del peticionario, evitando tener que recurrir al procedimiento de una instancia jurisdiccional”; “... la Convención confía a la Comisión la importante función de gestionar soluciones amistosas, dentro de una amplia misión conciliadora...”<sup>[21]</sup>.

A su turno Montiel, afirma que “La Comisión no es un tribunal que debe abstenerse de emitir opinión alguna antes de la resolución final”, avalando un rol más activo del tercero.

Cardozo entiende que “La conciliación como método de solución de conflictos existe desde la creación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos... “Una solución amistosa “implica una negociación, una transacción entre los representantes de las víctimas y los representantes del Estado...”<sup>[22]</sup>.

Piérola y Loayza señalan que “La Convención Americana sobre Derechos Humanos prevé el procedimiento de **conciliación**, destinado a alcanzar una solución amistosa de las denuncias que sean presentadas ante la CIDH...”<sup>[23]</sup>.

Por su parte Salgado sostiene que, “No ha dejado de discutirse cuál es la naturaleza jurídica de la solución amistosa, si se trata de buenos oficios –en sentido lato- o si es una mediación o si es propiamente una conciliación: el criterio que predomina es el de la conciliación. Si bien ésta de manera general se realiza fuera del ámbito del proceso judicial, sin embargo, hoy en día, la conciliación se ha desarrollado tanto dentro del proceso como extrajudicialmente pues se considera que tiene una función importante al permitir solucionar los

[20] C. PIZZOLO, *Sistema Interamericano. La denuncia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. El proceso ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Informe y Jurisprudencias*, México, 2007, p. 179.

[21] H. FAÚNDEZ, *op. cit.* p. 431

[22] CARDOZO, *loc. cit.* pp. 392 y 303.

[23] N. DE PIÉROLA y C. LOAYZA, *loc. cit.* p. 173.

conflictos con mayor brevedad, y en el segundo caso evita que se inicie la acción judicial”<sup>[24]</sup> (p. 93).

Creo que hay que tener presente que los conceptos “buenos oficios”, “facilitación”, conciliación” y “mediación”, tienen definiciones propias desde la teoría del conflictos o el derecho internacional público. Pero sobre todo, que el verbo “facilitar” -única referencia en el Reglamento-, es insuficiente para derivar de él una modalidad de solución amistosa; segundo, no ha habido en la práctica de la Comisión una experiencia consolidada en torno al rol que debe cumplir y la forma que debe tomar el procedimiento de solución amistosa; tercero, cuando no hay una definición que satisfaga plenamente, ésta puede ser estipulada a condición que sea adecuadamente expuesta y fundamentada y que se use –en adelante- de manera invariable en el mismo sentido.

### 3.5.4 *Cuestiones polémicas planteadas por Patricia Standaert.*

#### 3.5.4.1 *El desequilibrio de poder.*

Sostiene Patricia Standaert que el hecho de sentarse a la mesa a negociar no rebaja y menos elimina la real relación de poder entre el Estado y la víctima y que el miedo, la desconfianza y la subordinación creadas por el modelo de violencia subsisten en el procedimiento de solución amistosa. Existiría incluso un lenguaje sutil de control y presión que perturbaría la negociación, tal como ocurre en la violencia doméstica<sup>[25]</sup>. Este escenario de asimetría de poder entre las partes se puede presentar en cualquier proceso de diálogo negociador. Siempre habrá quién cuente con mayores recursos informativos, habilidades negociadoras, presencia de poder y que se disponga a usarlos en su favor.

Por eso es tan importante pensar en las garantías de la negociación que la propia Patricia Standaert reconoce que puede estar en la presencia del mediador, en la fuerza moral y política de la Comisión, en la existencia de una comunidad internacional más persuadida de no tolerar violaciones de derechos humanos.

#### 3.5.4.2 *El doble papel de la Comisión.*

Patricia Standaert sostiene que si la Comisión juega el papel de “buenos oficios” y enseguida, si la negociación no llegara a acuerdos, jugaría el papel de

---

[24] H. SALGADO, “La solución amistosa ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, p. 93. En: [www.juridicas.unam.mx](http://www.juridicas.unam.mx)

[25] P. STANDAERT, “The Friendly Settlement o Human Rights Abuses in the Americas”, en: *Duke Journal of Comparative and International Law*, Vol. 9:519, p. 530. “This same pattern of violence and domination is often present in situations of human rights abuses, where the allegations are of systematic abuse extending beyond the victimization of one individual”.

denunciante ante la Corte, aprovechando la información brindada por el Estado en un espacio confidencial para utilizarla en su contra<sup>[26]</sup>. El procedimiento de solución amistosa no es un espacio de búsqueda exhaustiva de la verdad como lo puede ser un proceso penal, una comisión investigadora del Poder Legislativo o una Comisión de la Verdad. Desde luego que no se puede prescindir de una versión compartida de los hechos porque es a partir de ella que el Estado reconoce su responsabilidad. Sin embargo, una vez logrado esto la negociación se concentra en cómo se restituirá el derecho de la víctima, la forma en que será reparada e indemnizada y las posibles garantías de no repetición. De modo que la información sobre los hechos fluirá pero el Estado sabe que está negociando y que el caso puede seguir en otra instancia y administrará su información de manera prudente; la víctima evaluará hasta dónde le es suficiente el reconocimiento de responsabilidad para sentirse desagraviada, reconocida en sus derechos y reparada y la Comisión no deberá plantear el procedimiento de solución amistosa como un señuelo para “atrapar” al Estado y buscar luego su condena. Si cada quien entiende la lógica del mecanismo ponderará correctamente cada paso que den. Normalmente los Estados saben hasta dónde llega su responsabilidad, así que la aceptarán en un punto que para la víctima sea suficiente en términos morales y jurídicos.

### 3.5.4.3 *La verdad en el procedimiento de solución amistosa.*

Este es un tema delicado, difícil de tratar porque despierta una gran sensibilidad y porque la verdad<sup>[27]</sup> sigue siendo un concepto muy problemático. Como bien apunta Patricia Standaert cuando una sociedad confronta las secuelas de graves violaciones a los derechos humanos, aparece ante la comunidad internacional una brecha entre los principios de la justicia y la complejidad de la realidad socio-política. Para ilustrar la situación apelando a posiciones extremas, de un lado están los que piden puramente justicia retributiva y del otro los partidarios de la amnistía.

[26] P. STANDAERT, *loc. cit.* p. 532. “Consequently, the Commission’s dual role may undermine the entire process. Absent genuine good faith and full acceptance of responsibility, neither side may feel comfortable to come forward with a full disclosure of the truth (an end deemed vitally important in the resolution of human rights abuses)”.

[27] La Comisión de la Verdad y Reconciliación del Perú definió la verdad como “el relato fidedigno, éticamente articulado, científicamente respaldado, contrastado intersubjetivamente, hilvanado en términos narrativos, afectivamente concernido y perfectible, sobre lo ocurrido en el país en los veinte años considerados por su mandato”. Comisión de la Verdad y Reconciliación, Perú. Informe Final, Tomo I, Primera Parte, El Proceso, los Hechos, las Víctimas, Lima, 2003, p. 49.

En realidad el desafío consiste en avanzar por un camino intermedio. La sociedad tiene el derecho a conocer la verdad a fin de evitar la repetición de crímenes atroces pero la víctima tiene el derecho a ser protegida aquí y ahora. Nos ubicamos, entonces, entre el derecho a la verdad<sup>[28]</sup> y la satisfacción de la víctima que ha sufrido y sufre la violación de sus derechos en una situación que no cesa y que hace de su vida un padecimiento constante.

En consecuencia, un principio de realidad nos lleva a incluir en el análisis el contexto político del país en el que se perpetró la violación. Pueda que estemos ante un gobierno autoritario o abiertamente dictatorial que no tiene a los derechos humanos entre sus prioridades; o ante una democracia de baja intensidad que no ejerce el control de todos los agentes del estado; o ante un país que experimenta la zozobra de un conflicto armado interno; o ante un país que ha iniciado una transición política y en la que el poder que sale impone condiciones y estatutos especiales. América Latina es pródiga en ejemplos de cualquiera de estas situaciones.

Pero también hay que tener en cuenta la situación particular de la víctima que ante todo desea que cese la violación y que sus derechos le sean restituidos. Creo que en este tema no se puede caer en un maximalismo moral que en nombre de la historia y de los valores pierda de vista a las personas de carne y hueso cuyos valores personales y ubicación en la historia debemos, en principio, respetar y proteger para que el discurso general sobre los derechos humanos tenga sentido<sup>[29]</sup>. En cada caso concreto, el procedimiento de solución amistosa puede dejar ver, hasta dónde es posible conciliar la verdad y el reconocimiento de responsabilidad con los intereses de la víctima enmarcados en los derechos reconocidos en la Convención.

---

[28] Entendido como “principio emergente” y no como norma convencional y del que Juan Méndez dice lo siguiente “El derecho a la verdad es parte, entonces, de un más amplio derecho a la justicia que tienen las víctimas de este tipo de crímenes. Para ser más específicos, las obligaciones del Estado que nacen de estos crímenes son cuádruples: obligación de investigar y dar a conocer los hechos que se puedan establecer fehacientemente (verdad); obligación de procesar y castigar a los responsables (justicia); obligación de reparar los daños morales y materiales ocasionados (reparación); y obligación de extirpar de los cuerpos de seguridad a quienes se sepa que han cometido, ordenado o tolerado estos abusos (creación de fuerzas de seguridad dignas de un Estado democrático). Estas obligaciones no son alternativas unas a las otras ni son optativas; el estado responsable debe cumplir cada una de ellas en la medida de sus posibilidades y de buena fe”. J. E. MÉNDEZ, “Derecho a la verdad frente a las graves violaciones a los Derechos Humanos”, en: *El reto de la verdad y la justicia*, Perú 1980-2000, Lima (2001), pp. 27-45.

[29] Susana Villarán en referencia a la CIDH afirma “Hay que ponerse al servicio de la víctima”, estableciendo una clara prioridad en la actuación de la Comisión y del Sistema en general. Entrevista personal hecha por el autor de esta tesis a Susana Villarán ex miembro de la CIDH, el 26 de marzo de 2010 en Lima, Perú.

#### IV. EL PROCEDIMIENTO DE SOLUCIÓN AMISTOSA DESDE LA TEORÍA DE CONFLICTOS

##### 4.1 *Algunos datos de interés*

En el análisis de las soluciones amistosas encontramos que en 35 casos la modalidad ha sido de negociación directa, es decir que en el 44.3% de los casos, las partes tomaron la iniciativa de reunirse y negociar para luego alcanzarle a la Comisión un resultado. En 27 casos, 34.1%, la negociación se hizo con la intervención activa de la Comisión, donde podrían encontrarse algunos elementos de “mediación”; y, en 17 casos, o sea, 21.5%, se combinaron ambas modalidades. De estas cifras fluye que la intervención mediadora, no es la modalidad de negociación dominante en la Comisión.

En algunos casos se suscriben minutas previas entre las partes que luego son sometidas a consideración de la Comisión para ir perfilando el acuerdo de solución amistosa. En ocasiones las reuniones se hicieron en presencia de varios miembros de la Comisión o de uno, tanto en el país cuyo Estado ha sido denunciado como en la sede de la Comisión. En el caso 11.478 incluido en el informe del 2000, el Estado ecuatoriano y las víctimas negociaron con la intervención de un párroco. Este es un caso singular de negociación asistida por un tercero que no es la Comisión. En el caso 11.525 de 1998 entre el Estado colombiano y el peticionario, Corporación Colectivo de Abogados “José Alvear Restrepo” y Roison Mora, por afectaciones a los derechos a la vida y la libertad personal, la Comisión orientó a las partes para que conformaran un “comité de trabajo” encargado de estudiar y recomendar las medidas de reparación integral; del mismo modo se procedió en el caso 11.531 de 1998, también en Colombia.

En cuatro casos, todos de la Argentina, las partes acordaron encargarle a un Tribunal Arbitral “ad hoc” la determinación del monto de las reparaciones pecuniarias. Aunque en el caso 11.217 de 1997, los peticionarios cuestionaron el laudo arbitral.

En el 2004 el caso 12.078 con el Estado peruano, se observa que la negociación se inició después de que la Comisión emitió su informe con recomendaciones, lo que demuestra que la solución amistosa es una opción disponible para las partes incluso si el caso llegara a la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

En suma, vemos que entre 1993 y el 2009 el procedimiento de solución amistosa no muestra una tendencia creciente aunque sí podemos afirmar que el número de casos resueltos por esta vía constituye un expectante cuarto del total de casos ventilados ante la Comisión. En relación a los derechos, prácticamente se hace referencia a casi todos, aunque llama la atención que los derechos eco-

nómicos, sociales y culturales no hayan sido materia de soluciones amistosas siendo los que podrían tener un margen mayor de negociación.

La modalidad de negociación, como se ha podido observar, no muestra a una Comisión interviniendo decididamente como institución mediadora sino que son las partes las que toman la iniciativa y conducen la negociación de acuerdo a sus propias pautas. No es extraño que para ese efecto se produzcan asimetrías de poder y de recursos de negociación.

#### *4.2 Aspectos generales*

Tomaremos la definición de conflicto que aparece en el Curso de Formación sobre Prevención de Conflictos dictado por la Escuela Superior de Personal de las Naciones Unidas (ESPNU), la ONG Fahamu y el Alto Comisionado de Derechos Humanos de Naciones Unidas del año 2006, “El conflicto es una interacción dinámica entre dos o más partes interdependientes que persiguen objetivos (relacionados con recursos materiales y simbólicos) que son incompatibles o que se perciben incompatibles por las partes...”<sup>[30]</sup>.

Pero, sin ir más lejos teóricamente, preguntémonos si las violaciones a derechos humanos pueden verse como conflictos. Considero que sí porque reúne los elementos centrales de éste y debe ser entendido como un hecho complejo en el que los contextos deben ingresar realistamente en el análisis de cada situación. Esto abre la puerta al mundo del diálogo y la negociación.

La Convención plantea estas opciones: negociar a través del procedimiento de solución amistosa o continuar con el examen de la petición hasta lograr un pronunciamiento de la Comisión sobre el fondo y si sus recomendaciones no son atendidas, se abrirá la posibilidad de ir a la Corte Interamericana de Derechos Humanos donde el procedimiento es eminentemente contencioso (aunque la oportunidad de negociar acompaña a las partes hasta esta instancia).

La Corte en la decisión del 13 de noviembre de 1981 sobre caso Viviana Gallardo y otras, señala en el párrafo 24 lo siguiente: “Todo enfoque que conduzca a negar a los individuos, en especial a las víctimas, el procedimiento ante la Comisión los privaría del importante derecho de negociar y aceptar libremente una solución amistosa, con la ayuda de la Comisión y ‘fundada en el respeto a los derechos humanos reconocidos en esta Convención’ (Art. 48.1.f)”. Y en el párrafo 25 agrega, “Estas consideraciones bastan para ilustrar cómo el procedimiento ante la Comisión no ha sido concebido en interés exclusivo del

---

[30] ESPNU, FAHAMU, *Oficina del Alto Comisionado de Derechos Humanos de Naciones Unidas. Prevención de Conflictos*, Ginebra, 2006, p. 48.

Estado, sino que permite el ejercicio de importantes derechos individuales, muy especialmente a las víctimas”.

Esta idea del “derecho a negociar” no ha sido desarrollada. Resulta, sin embargo, sumamente sugerente que la Corte frasee de esta manera la opción procesal que la Convención abre en su art. 48.1.f a los peticionarios. De algún modo confirma lo señalado en el punto II de este artículo, que la Comisión está en la obligación de poner el procedimiento de solución amistosa a disposición de las partes aunque en estricto dependa de ellas consentir en su inicio.

Creo que el denominado “derecho a negociar” impulsa aún más a la Comisión a tomar la iniciativa y garantizar que ese derecho sea ejercido en términos de igualdad entre las partes, de manejo técnico del procedimiento y de participación activa de la Comisión como institución mediadora en el caso.

Ciertamente, no a todos entusiasma el procedimiento de solución amistosa. En ese mismo caso ante la Corte, se puede ver en el voto razonado del juez Rodolfo E. Piza la siguiente opinión: “Pero aparte del valor para mí relativo y dudoso de los procedimientos de conciliación, que más bien me parecen montados en interés de los Estados...”, siempre queda abierta esa posibilidad, señala. No hay una fundamentación mayor de este párrafo pero expresa claramente las dudas sobre el valor del procedimiento.

#### 4.3 *El procedimiento de solución amistosa como espacio de negociación*

En resumen, diría que el procedimiento de solución amistosa, desde la perspectiva del diálogo y la negociación es un medio de protección de derechos que no es prejudicial ni mantiene la lógica de la conciliación entre Estados. El sentido práctico que se le atribuye no significa que carezca de un marco jurídico o esté desprovisto de sentido ético. Su uso puede darse de manera flexible, es decir, no está sujeto a plazos y recaudos rígidos, aunque si requiere de pautas que guíen la negociación para garantizar la igualdad entre las partes y la idoneidad del procedimiento. Depende del consentimiento de las partes. Sólo ellas deberán sopesar su decisión de iniciar el procedimiento y de mantenerse en él demostrando su voluntad negociar. El consentimiento no se limita al inicio sino que acompaña todo el procedimiento hasta que los acuerdos se cumplan.

Es un procedimiento, además, que está a disposición de manera permanente. Es decir no es una etapa procesal que *precluye*, en realidad ni siquiera es una etapa procesal sino una vía distinta con sus propias características, que las partes pueden tomar en cualquier momento del examen de la petición e incluso durante el procedimiento ante la Corte. La cercanía de las partes permite una interacción intensa que en términos de información e intercambio de argumentos resulta productiva. Es probable que las naturales aprehensiones de los peticionarios y las víctimas cedan al darse cuenta que no están negociando

con los perpetradores de los crímenes sino con funcionarios de Estado en cuya evaluación de la situación intervienen otros factores.

Héctor Faúndez señala acertadamente que el procedimiento de solución amistosa es en estricto un proceso de negociación entre el Estado y el denunciante que difiere de la negociación diplomática tradicional que es entre Estados. Es pues un procedimiento especial, alternativo y no tiene la lógica de lo jurisdiccional, lógica dominada por reglas de estricto cumplimiento, con trámites y recaudos especiales y un esquema de contradicción entre las partes que acompaña todo el proceso. En el caso de la solución amistosa, se podría decir que incluso en la parte del esclarecimiento de los hechos, lo que se busca es el reconocimiento de la responsabilidad por parte del Estado a un punto tal que permita que la otra parte pueda continuar sentada a la mesa negociando los demás puntos de la agenda. O como lo dice Mónica Pinto, “Lo que se pretende con una solución amistosa del asunto fundada en el respeto a los derechos humanos es modificar la situación denunciada de modo tal de restituir al afectado en los derechos que le han sido conculcados”<sup>[31]</sup>.

¿Hay algo en el procedimiento de solución amistosa que pueda escamotear la protección de los derechos? Estructuralmente no, los procesos de diálogo negociador son mecanismos aptos para lograr que los Estados cumplan con respetar los derechos de las personas. Sin embargo, es necesario que el referido mecanismo prevea sus propias garantías de funcionamiento para una negociación informada, igualitaria, de buena fe, y técnicamente respaldada.

De modo que, en resumen, diría que hay tres grandes elementos: voluntad de las partes, condiciones de la negociación y homologación de los acuerdos.

#### *4.4 Incentivos para negociar*

##### *4.4.1 Incentivos del Estado para negociar*

Creo que el Estado considerará evitar la condena internacional, el desprestigio y la posible comparecencia ante la Corte, así como reducir la publicidad del caso que puede generar mala imagen dentro y fuera del país. El reconocimiento de responsabilidad, además, puede ser interpretado como un mérito moral y político del gobierno.

Si se buscara contribuir con la pacificación de un país, la negociación puede ayudar a no alargar más el tema. Si el contexto fuera de transición política, por ejemplo, nada más razonable que ir cerrando algunos capítulos oprobiosos a través de negociaciones justas. De este modo se va infundiendo en la sociedad

---

[31] M. PINTO, *op. cit.*, p. 227.

la sensación de estar pasando a una nueva etapa en la vida del país. Servirá también para evitar que la reacción social interna se incremente utilizando como bandera los casos no resueltos.

Habrán también incentivos prácticos como por ejemplo evitar costos económicos tanto por la prolongación del procedimiento ante el sistema interamericano como por los montos que eventualmente se disponga pagar a las víctimas. O el aprovechamiento de una posible superioridad en habilidades y recursos de negociación.

#### 4.4.2 *Incentivos de los peticionarios para negociar*

El peticionario tendrá a la mano una vía que puede ser rápida en la solución del problema, de modo que sus derechos se vean restituidos y la reparación alcanzada, principalmente. Pero también, el reconocimiento de responsabilidad produce una sensación de justicia y reparación.

Esta vía ayudaría a evitar que las pruebas se debiliten o desaparezcan con el tiempo. Si ello ocurriera las posibilidades de acceder a justicia serán cada vez menores. Cardozo dice sobre esto que “La prolongación de las negociaciones por tiempos indefinidos generalmente juega en contra de las víctimas, los medios de prueba se desvanecen con el tiempo, deberá ser responsabilidad de los estados no utilizar estas negociaciones como una simple herramienta dilatoria para debilitar las pretensiones de las víctimas”<sup>[32]</sup>.

Y puede ser, además, alentador para las víctimas comprobar que la solución no depende solo de un aparato burocrático sino de la voluntad de las partes en un esquema de negociación flexible orientado a acuerdos.

#### 4.4.3 *Incentivos de la CIDH*

En el caso de la CIDH, evidentemente fortalecería más su autoridad al contribuir activamente en la resolución de casos en los que se alcanzan resultados efectivos. Economiza tiempo y recursos, tan importantes para el cumplimiento de todas las funciones de la Comisión y del Sistema en general y fortalece la cultura del diálogo constructivo y orientado a acuerdos.

#### 4.5 *Opciones de negociación*

El art. 40 inc. 4 del Reglamento de la Comisión señala que “Cuando lo considere necesario, la Comisión podrá encomendar a uno o más de sus miembros

[32] CARDOZO, *loc. cit.*, p. 395.

la tarea de facilitar la negociación entre las partes”. Veamos de manera más puntual cuáles pueden ser esas opciones:

#### 4.5.1 *Negociación “mediada” por la Comisión*

Según Cardozo, “A los términos de lo que se entiende en derecho internacional por solución de controversias la Comisión cumple un rol de mediador, desplegando tres funciones principales: acercar a las partes, coadyuvar en la búsqueda de una solución satisfactoria y finalmente lograr que el órgano competente homologue el acuerdo”<sup>[33]</sup>. En este caso la Comisión designa a uno de sus miembros para que se haga cargo de esta tarea y convoca a audiencias con el miembro de la Comisión o con la totalidad de sus miembros. En ocasiones la Comisión “ha elaborado un acta en que se indican las bases sobre las cuales se podría llegar a un acuerdo, y en la que también se señala a las partes un plazo de 30 días para formalizar y precisar los términos de un acuerdo que permita resolver el problema planteado, la cual debe ser suscrita por ambas partes y por la Comisión”<sup>[34]</sup>. Pero así como en casos como estos, 11.715 y 11.856, entre Chile y los peticionarios, la Comisión se toma la iniciativa de conducir la negociación, en otros, ha tenido una participación más distante.

Pese a todo, comparto con Cardozo la idea de que “la Comisión deberá ser el pilar de las negociaciones, en especial el miembro designado por esta ya que es quien posee los mayores conocimientos de los logros y desaciertos de las negociaciones iniciales, como así también las pretensiones de los demandantes y la voluntad de solución del Estado o de sus representantes y las dificultades a nivel nacional para cumplir con los objetivos propuestos”<sup>[35]</sup>.

#### 4.5.2 *Negociación directa*

Debo dejar en claro que el procedimiento de solución amistosa siempre se realiza ante la Comisión y con conocimiento de ella, sin embargo, no siempre la Comisión cumple con el rol de mediación. En la mayoría de los casos, treinta y cinco, las partes se pusieron de acuerdo en establecer directamente la modalidad de negociación, con actuaciones cuyo sentido era convenido sobre la marcha, sin mucho apego a reglas básicas de la negociación.

Hay por consiguiente el riesgo de caer en una lógica litigante o de producirse dilaciones por falta de una guía clara de cómo negociar. No obstante su

---

[33] CARDOZO, *loc. cit.*, p. 396.

[34] H. FAÚNDEZ, *op. cit.*, p. 453.

[35] CARDOZO, *loc. cit.*, p. 396.

apuesta por la mediación, Cardozo agrega, “Entiendo que las partes deberían manejarse con total libertad en el esfuerzo de poner fin a la controversia, no excediendo, claro está, los principios y fines previstos en la Convención”<sup>[36]</sup>, insinuando que hay un espacio de libertad para que las partes le den forma a su propio proceso negociador independientemente de hasta dónde quiera llegar la Comisión.

#### 4.5.3 *Negociación asistida por un tercero elegido por las partes de común acuerdo*

Esta figura no está prevista, no se practica de manera extendida pero no encuentro una norma o un argumento que desestime esta posibilidad. Las partes en su decisión de negociar directamente pueden considerar que la negociación podría ser más ordenada y efectiva si cuentan con el apoyo profesional de un facilitador al que expresamente se le otorgan ciertas facultades, básicamente de conducción, de organización del proceso de diálogo, de transmisión de la información, de apoyo en la confección de una agenda de trabajo, de presentación de los problemas, de colaboración en la generación de opciones, de elaboración de actas, etc.

#### 4.6 *La mediación de la Comisión*

Recapitulando, entonces, de lo que estamos hablando es de un proceso de diálogo, consentido por las partes, enmarcado en derechos, cuyo lenguaje y acción principales son los de la negociación, orientado a acuerdos, promovido por la Comisión, y mediado por ésta.

¿Podrá ser neutral la Comisión? Creo que no es posible pedirle a la Comisión que sea neutral, su actuación está definida por el marco de derechos que debe promover y proteger, pero sí se puede esperar que sea metodológicamente imparcial, que establezca una cierta equidistancia de las partes, aplicando por igual las reglas y contribuyendo a forjar los acuerdos, pensando más en la situación que en las partes mismas. Hay un principio en el método de Harvard que consiste en separar a las personas del problema para concentrar el análisis en éste y no pensar en algún momento que las personas (o actores primarios del conflicto) son el problema.

Es pertinente, sin embargo, acotar lo siguiente, la formación jurídica tradicional prepara a los juristas para la controversia, para el alegato, para el cargo y el descargo. La lógica de la negociación, sin descartar por completo los ele-

[36] CARDOZO, *loc. cit.*, p. 395.

mentos mencionados, se dirige hacia la colaboración, el entendimiento, la satisfacción mutua. En ese sentido, la Comisión debe prever que estas capacidades estén instaladas en su aparato organizativo y en la formación profesional de sus integrantes.

Cabe preguntarse también hasta dónde puede llegar la Comisión como mediadora. Creo que debe asumir el liderazgo en la resolución del caso, promover las negociaciones de manera persuasiva y crear confianza entre las partes y hacia ella misma. La Comisión, debe planificar su participación analizando con cuidado cada caso, aplicando para ello las diferentes herramientas de análisis de conflictos que existen y, sin interferir gruesamente en la voluntad de las partes, colaborar activamente en la construcción de las soluciones. La Comisión puede asistir técnicamente en materia jurídica o procurarla si fuera necesaria de instituciones y personas reputadas. También puede ayudar a superar las trabas en el diálogo o los incidentes que se presenten apelando a su autoridad moral; tratar ciertos temas por separado cuando la situación así lo requiera; convencer permanentemente de que el diálogo es la mejor salida al problema; frasear adecuadamente fórmulas de solución que pondrá a consideración de las partes; alisar la comunicación introduciendo categorías conceptuales que ayuden a ver las cosas de otra manera; ayudar a superar malentendidos por errores de comunicación; poner algunos pasajes de la negociación en contexto, sin inducir a nadie; elaborar actas con acuerdos, con la mayor precisión posible, pensando en que ambas partes deben sentirse reconocidas en el texto.

Veamos a continuación algunos temas problemáticos:

#### *4.6.1 La acreditación*

El art. 40.5 del Reglamento establece que, “... Antes de aprobar dicho informe, la Comisión verificará si la víctima de la presunta violación o, en su caso, sus derechohabientes, han dado su consentimiento en el acuerdo de solución amistosa...”.

Creo que desde el primer momento, el consentimiento para negociar debe estar claramente expresado por parte de las víctimas. Quien negocia debe tener título suficiente para hacerlo en nombre de otros, esto significa que debe acreditar su participación con el poder suficiente que lo autoriza a negociar y acordar por otras personas. Así se evitan las resistencias o desacuerdos que frustren a las finales todo el procedimiento.

Mónica Pinto nos previene del problema que podría suscitarse si no se aclara la acreditación, “En este sentido, cabe recordar que la distinción cardinal entre peticionario y víctima que establece el Sistema Interamericano puede conducir a la virtual imposibilidad de intentar una solución amistosa cuando

el primero carece de mandato suficiente para negociar en nombre de la persona afectada en sus derechos”<sup>[37]</sup>.

Así como la representación de la víctima puede ser un problema, la del Estado también. Me pregunto si puede un representante del Poder Ejecutivo asumir compromisos que constitucional y legalmente le corresponden al Poder Legislativo. ¿Qué pasa con los gobiernos sub nacionales? Es frecuente que en todos los países y más en los nuestros por el nivel de desarrollo de la democracia, que los intereses de las distintas instituciones de un Estado y de sus titulares no sean los mismos, sobre todo en términos políticos. ¿Si fuere indispensable cumplir con el compromiso de dictar una ley y no hay viento a favor en el Poder Legislativo, cómo proceder, qué alternativas tiene el Poder Ejecutivo que sí ha manifestado su voluntad de resolver esa parte del problema a través de una ley?

#### 4.6.2 La “voluntad política”

Los Estados están permanentemente sometidos a presiones. Una de ellas es la exigencia internacional de cumplir con los instrumentos de derechos humanos suscritos y con las instancias de protección reconocidas. Sin embargo, los Estados pueden resistir por muchos años esas presiones y vivir en medio de la condena internacional. Es verdad que en un mundo globalizado es cada vez más difícil hacerlo pero no imposible.

Es por eso que hay un elemento indispensable en el proceso de negociación y es la “voluntad política” del Estado. No obstante ser una expresión de significado elusivo, se usa con frecuencia en el discurso político y ciudadano. Cuando no se observa en el gobierno gestos orientados a realizar determinada acción o cumplir con algún compromiso, se dice que no hay “voluntad política”. Oxfam GB, a propósito de la política de igualdad de género, dice que “En un sentido amplio la ‘voluntad política’ es el compromiso sostenido de los políticos y funcionarios de invertir los recursos necesarios para lograr objetivos específicos. Es la *buena disposición* de estos actores para realizar reformas e implementar políticas, a pesar de la oposición. Por el contrario, la falta de voluntad política es la ausencia de dicho compromiso y buena disposición. La voluntad política puede ser, asimismo, entendida en términos de tres conceptos interrelacionados: compromiso, liderazgo y capacidad de respuesta”<sup>[38]</sup>.

En este marco el Estado hará su propio análisis respecto de su participación en el procedimiento de solución amistosa y mostrará su “voluntad política” de tratar el caso colaborando con la negociación.

[37] M. PINTO, *op. cit.* p. 129.

[38] Oxfam GB, *Serie Educación e Igualdad de Género. Contribuciones del Programa*, Oxford, 2005, p.2

#### 4.6.3 *Las asimetrías del poder*

Cuando la Comisión homologa los acuerdos lo que hace es verificar si son plenamente compatibles con las obligaciones derivadas de la Convención. En mi opinión este paso es fundamental pero no es suficiente como garantía de un proceso que tiene varios momentos en los que se revelan las carencias de alguna de las partes, la desigualdad en el uso de recursos informativos, profesionales, mediáticos, etc. Todo esto puede dar lugar a una negociación inequitativa o a una inadecuada representación de los intereses de la sociedad en la negociación.

Las partes –y en especial las víctimas- tienen derecho a saber cómo proceder en el mecanismo de solución amistosa y hasta dónde podrán contar con el apoyo de la Comisión. La existencia de pautas de referencia o, en algunos casos, de reglas precisas, de una metodología de trabajo anunciada y explicada, de una presencia de la autoridad de la Comisión que nivela el poder y los recursos de las partes, permitirá que la negociación sea simétrica.

La Comisión no solo debe mediar con gran solvencia técnica sino que debe ser el factor de equilibrio entre las partes y la autoridad moral que garantiza un procedimiento transparente, de buena fe, constructivo e igualitario. No se trata solo de una verificación final sino de una evaluación permanente de que nadie se aparta de los límites establecidos por los derechos aunque en ellos pueda haber máximos y mínimos negociables.

#### 4.6.4 *¿Negociación sobre derechos?*

Toda negociación implica incertidumbre. Las partes se influyen mutuamente con información, argumentos, expresiones emocionales, presiones, etc. El resultado de esta interacción es imprevisible, puede tener un desenlace de ruptura de la negociación o puede llegarse al final con acuerdos satisfactorios. Las partes en la medida que van construyendo sus acuerdos van pasando de la incertidumbre a la certidumbre. Pero a la vez, ambas se mueven dentro de los límites de los derechos establecidos en normas jurídicas vigentes. ¿Cómo se combina la incertidumbre de la negociación con la certeza de las normas?

No hay manera de responder a esta pregunta sin volver por un momento al art. 1 de la Convención que en resumen establece que los Estados Partes tienen la obligación de respetar los derechos y garantizar su pleno ejercicio. La acción de “respetar” implica no ser agente violador de derechos, y la acción de “garantizar” implica proteger los derechos de la posible acción violatoria de derechos de parte de agentes del Estado o de particulares. Es el reconocimiento de este incumplimiento el que genera consecuencias jurídicas a nivel de restitución de derechos o de reparaciones, etc. Pero tanto una cosa como la otra se plantean y negocian en el procedimiento de solución amistosa.

Hay, en principio, una dimensión política de los hechos y los contextos dentro de la cual la negociación es factible. Allí no habría esencialmente reparos, sin embargo, también hay una dimensión jurídica en la que sí surge la pregunta sobre si los derechos consagrados en la Convención son materia negociable. Dejando de lado la aprehensión moral que puede suscitar la palabra negociación en relación a derechos humanos y a hechos frecuentemente muy graves, la respuesta a esa pregunta puede hacerse de dos maneras: primero, por el lado del carácter interpretable de las normas jurídicas y, segundo, por el lado de la identificación de los intereses contenidos en la normas que declaran derechos.

Como se sabe, las normas no son cláusulas pétreas y unívocas sino que, como todo texto y como todo producto histórico, pueden y deben ser interpretadas. En ese sentido, los derechos establecidos en la Convención son materia de profusa doctrina y jurisprudencia que desarrolla y precisa su naturaleza y alcances y que demuestra que la normativa de derechos humanos está sometida a debate permanente. Esta condición de la norma jurídica flexibiliza el marco de la negociación y permite introducir otras miradas de la norma que se adapten mejor a la complejidad de los hechos reales que se ventilan.

El otro aspecto me parece más sugestivo y es el de los intereses. Lo que se negocia no es el derecho en sí, que en verdad es innegociable sino los intereses contenidos en él y que pueden ser diversos por su carácter, por su magnitud, por su alcance, etc. Esos intereses son específicos, provienen de la realidad y no de una construcción jurídica, están enmarcados en los límites de la norma pero no se explican solo por ella. Esto nos permite afirmar que en un esquema de negociación a la rigidez de la norma hay que acompañarla con la ductilidad de los intereses, que por su conexión con la realidad son de mejor comprensión por ambas partes, tanto la que carece de formación jurídica como la que teniéndola actúa con una lógica adversarial y legalista. En ese trance el derecho es más un arte que una técnica.

Lo que quiero sostener en resumen es que: a. hay intereses en la realidad de los casos particulares que llenan de contenido la forma legal de la norma; b. esos intereses se pueden expresar en máximos y mínimos durante la negociación sin que el *telos* del derecho se vea traicionado; c. el acuerdo es el interés reconocido por ambas partes y la forma de su satisfacción.

No obstante, la identificación de los intereses de las partes no es algo que esté muy claro desde el inicio, está medio oculto entre las “posiciones” que generalmente son la carta de presentación de las partes. Recordemos que los intereses son objetivos no declarados por las partes, en ocasiones no advertidos siquiera por ellas, pero que en el proceso de diálogo van apareciendo de manera natural o de manera inducida por el mediador o por un negociador hábil. “Los

intereses motivan a las personas; son el resorte silencioso detrás del ruido de las posiciones”<sup>[39]</sup>.

Este enfoque de la negociación se ve mucho más claro tratándose de derechos económicos, sociales y culturales que son de naturaleza “prestacional” y que requieren por consiguiente del diseño de políticas públicas que aseguren su disfrute. Este tipo de negociación puede impulsar la obligación positiva del Estado de generar políticas.

Avances en este sentido se han podido observar en el marco de las garantías de no repetición cuando se han dictado leyes que han modificado figuras jurídicas. Pero en el caso de los DESC está por verse, dado que hasta donde abarca este estudio, ningún caso de este tipo ha seguido el procedimiento de solución amistosa.

Otro campo de negociación es el de las reparaciones e indemnizaciones. No diré que es más sencillo negociar cuando el punto es cuantificable pero si hubiera criterios de cuantificación o precedentes al respecto la negociación fluiría más fácilmente. En ocasiones las partes confían esta operación a un tercero. Pero donde sí se pueden presentarse disensos fuertes es en materia de reparaciones simbólicas. No olvidemos que todo lo simbólico constituye mensajes que trascienden al ámbito público y pueden tener un efecto político; por ello será siempre objeto de cuidadosa evaluación de parte del Estado.

Finalmente, haría falta que un nuevo enfoque del procedimiento de solución amistosa se fortalezca en la práctica con la elaboración de un protocolo que guíe a las partes y a la Comisión durante el proceso de diálogo negociador que se cumple dentro del procedimiento de solución amistosa. Ese protocolo debe contener principios claros que inspiren y orienten el procedimiento, conceptos operativos que definan su naturaleza, el rol de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y las pautas generales y específicas a las que las partes deben atenerse.

\* \* \* \* \*

[39] R. FISHER, W. URY, B. PATTON, *Sí... ¡de acuerdo!, cómo negociar sin ceder*, Colombia, 1995, p. 48.

# ***RESEÑA BIBLIOGRÁFICA***



## NOTICIAS LIBROS

FERRER MAC-GREGOR, EDUARDO, Y SILVA GARCÍA, FERNANDO. *Jurisdicción Militar y Derechos Humanos. El caso Radilla ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, México, Porrúa-UNAM, 2011, xxxiv-634 pp.

LAURA RANGEL HERNÁNDEZ\*

La obra que aquí comentamos hace gala de la aproximación de los talentos de dos grandes autores; se conjunta magistralmente el conocimiento del doctor Fernando Silva García sobre el tema de los Derechos Humanos tanto a nivel doméstico como internacional, con la experiencia del doctor Eduardo Ferrer Mac-Gregor en el Derecho Procesal Constitucional y en especial en el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos.

Cuenta con un excelente prólogo realizado por Diego García Sayán, Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, quien refiriéndose a las implicaciones jurídicas de la sentencia, destaca que la obra constituye “una suerte de ‘hoja de ruta’ para enfrentar los desafíos que le plantea al Estado mexicano y a otros países semejantes retos”. Además ofrece según sus propias palabras “un recorrido somero” de la jurisprudencia de la Corte Interamericana en torno a la problemática derivada de la jurisdicción militar, el cual, en reali-

---

\* Maestra en Derecho y en Derecho Procesal Constitucional.

dad, presenta un muy puntual estudio de la evolución jurisprudencial respecto de dicho tema.

El título del libro refleja fielmente su contenido y propósito, ya que gira en torno a la sentencia de fecha 23 de noviembre de 2009, en contra del Estado mexicano respecto del caso denominado *Rosendo Radilla Pacheco*, sobre la cual se hace un profundo análisis, pero que a la vez sirve como marco de referencia para profundizar sobre el tema específico de la jurisdicción militar, sus razones, justificaciones, excesos y sobre todo su interrelación con los derechos humanos de las personas.

Las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos constituyen el puente de unión directa entre el Sistema Interamericano y los Estados; más allá de resolver el caso concreto; en ellas se establece la interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y, por tanto, se determinan pautas aplicables a todos los países y es por ello que implican cierta extensión y complejidad. En atención a esta situación con gran rigor metodológico, los autores simplifican la comprensión de la sentencia del caso Radilla, haciéndola accesible a todo tipo de lector.

El trabajo comienza con un breve pero completo relato de antecedentes de los hechos que dieron origen a la sentencia de la Corte Interamericana que nos ocupa, dando cuenta del historial del señor Rosendo Radilla Pacheco, las circunstancias de su detención y desaparición, el contexto en que esto sucedió, inmerso en lo que se ha denominado “la guerra sucia”, y las penurias que han vivido sus familiares en busca de la verdad y justicia.<sup>[1]</sup>

A continuación los autores centran su atención en las determinaciones de la Corte Interamericana respecto de la violación específica a derechos de las víctimas, destacándose lo siguiente:

- Violación de los derechos a la vida, integridad y libertad personales en perjuicio del señor Radilla, en tanto que se consideró acreditado que fue víctima de desaparición forzada imputable a agentes estatales, lo que además lo colocó en una situación de vulnerabilidad y riesgo de sufrir graves daños en su integridad personal e incluso la pérdida de su vida.

---

[1] El señor Rosendo Radilla Pacheco, activista social y político en el estado de Guerrero, fue detenido el 25 de agosto de 1974 y conducido al Cuartel Militar de Atoyac de Álvarez, sin que mediara orden de aprehensión expedida por autoridad competente, siendo éste el último lugar donde fue visto el Sr. Radilla. A raíz de esto comenzó la lucha de los familiares tratando de conocer su paradero y en busca de justicia; tuvieron que luchar contra la adversidad del ambiente político y restrictivo que se vivía en aquella época, enmarcado por la represión y excesos por parte de las autoridades, lo que ha provocado que hasta la fecha no se tengan mayores avances.

- Violación al derecho a la personalidad jurídica, toda vez que la desaparición forzada implica la sustracción al goce de diversos derechos y la negación de su existencia misma.
- Violación al derecho a la integridad personal de los familiares de la víctima, derivado de las afectaciones psicológicas y morales sufridas a consecuencia de la desaparición del Señor Radilla, además de diversas consecuencias como la falta de conocimiento de la verdad, el cambio de roles familiares, entre otros.
- Violación al derecho de acceso a la justicia, enfatizando que la actuación del Estado debe ser pronta y diligente, encaminada a encontrar al Señor Radilla e investigar concienzudamente los hechos.
- Violación al derecho de acceso a investigaciones penales en plazos razonables. Los hechos hablan por sí mismos, han transcurrido más de treinta y cinco años desde que fue detenido el señor Radilla, sin que se conozca su paradero y lo que sucedió realmente.
- Violación al derecho a la participación de las víctimas en el procedimiento penal, en tanto no se permitió a los familiares una verdadera coadyuvancia en los mismos.
- Inconvencionalidad de la intervención de la jurisdicción militar para resolver los hechos relativos a la desaparición forzada del señor Radilla Pacheco. En aplicación de su jurisprudencia previa, la Corte determinó que los hechos debieron ser del conocimiento del fuero civil, ya que de lo contrario no se está ante juez natural y competente.
- Inconvencionalidad del artículo 57, fracción II, inciso a) del Código de Justicia Militar, por facultar a los tribunales castrenses a juzgar a todo agente militar al que se le imputen delitos ordinarios, por el solo hecho de estar en servicio, lo cual implica que la jurisdicción militar en la práctica opere como una regla general y no como una excepción.
- Violación al derecho a la protección judicial efectiva, ante la ineffectividad del juicio de amparo para impugnar la jurisdicción militar. Dado que quedó plenamente demostrado que los familiares del Señor Radilla intentaron esta vía para lograr que las investigaciones pasaran al fuero civil, pero el amparo no resultó un medio eficaz para ello.
- Violación al deber de adoptar disposiciones de derecho interno para garantizar los derechos humanos reconocidos en la CADH. En concreto decretando la inconvencionalidad del artículo 215-A del Código Penal Federal, debido a que resulta incompleta la tipificación del delito en el derecho mexicano, toda vez que no contempla la hipótesis de que pueda ser realizado o en complicidad con particulares que actúen bajo la autorización o apoyo de autoridades, entre otros elementos.

Más adelante, la obra profundiza sobre las aportaciones más relevantes del caso a los derechos humanos, las cuales se pueden resumir de la siguiente manera:

- La particular carga probatoria en los procesos sobre violación a derechos humanos, que si bien recae sobre las víctimas, el Estado también tiene que aclarar lo que sucede en su territorio y en su caso controvertir las alegaciones de las partes.
- Estipulación del carácter continuo de la desaparición forzada de personas, lo que trae como consecuencia que su prohibición resulte aplicable a pesar de que el origen de los hechos respectivos sea anterior a la vigencia de los tratados conducentes. Esto en relación con la reserva formulada por México en sentido contrario, lo cual privaría de efectos útiles a la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de personas.
- Determinaciones en el sentido de que la desaparición forzada constituye una violación múltiple de derechos humanos, esto en atención a su naturaleza compleja, de que los familiares gozan del derecho a participar en el proceso penal respectivo y a que dichos actos sean juzgados por la jurisdicción ordinaria.
- El deber del Estado de tipificar penalmente la desaparición forzada de manera autónoma, adecuada y ajustada a los estándares convencionales, cosa que no ha sucedido en nuestro país.
- En torno a la jurisdicción penal militar, la Corte determinó que los jueces del orden castrense sólo son competentes para juzgar a militares activos por la comisión de delitos o faltas que por su propia naturaleza atenten contra bienes jurídicos propios del orden militar, de tal suerte que dicha jurisdicción en México es inconvencional, al extenderse a violaciones a derechos humanos de civiles.
- Se decretó la invalidez de la reserva formulada por el Estado mexicano a la Convención Interamericana sobre Desaparición forzada de personas, por establecer que la jurisdicción militar debe conocer de los casos atribuidos a militares en servicio, esto debido a que va en contra de la disposición en contrario, contenida en el artículo IX de dicha Convención, de tal suerte que con la reserva se pretende de privar de todo efecto al derecho contenido en la señalada disposición.
- Principio de interpretación de la legislación nacional conforme a los derechos reconocidos en la Convención Americana y a la jurisprudencia de la Corte Interamericana, el cual debe regir de forma general y

además en particular referido a la interpretación inconventional que se ha hecho sobre la jurisdicción militar y su extensión.<sup>[2]</sup>

Una vez analizado lo anterior, se dedican las páginas subsecuentes a un interesante estudio sobre el impacto del Caso Radilla Pacheco en el Derecho mexicano, destacando las siguientes cuestiones:

- Teniendo como antecedente los criterios y resoluciones de la Corte Interamericana, que se han referido con anterioridad respecto de la jurisdicción militar, los autores señalan que la Suprema Corte realizó una interpretación inconventional en el caso de la Señora Reynalda Morales, quien interpuso un juicio de amparo. En este proceso se determinó (dos meses antes de la sentencia del caso Radilla), que la víctima del proceso penal carece de interés jurídico para promover el amparo contra actos que reconocen la competencia de la jurisdicción militar en tratándose de asuntos que no tienen relación directa con la disciplina militar, lo cual evidentemente no está en consonancia con los estándares internacionales a que nos hemos referido.
- Con motivo de la sentencia que nos ocupa, y de las posibles obligaciones a cargo del Poder Judicial, se generó un intenso debate al interno de la Suprema Corte, del que nos dan cuenta los autores, en el que hacen notar la polarización de criterios sobre el tema.<sup>[3]</sup> Pero más allá de esto, realizan un interesantísimo estudio sobre las implicaciones directas en el orden jurídico nacional, a saber:

---

[2] Nótese que aquí encontramos un punto de discordancia entre lo resuelto en la sentencia del caso Radilla y lo determinado por la Suprema Corte mexicana, en tanto ésta sólo admite como de aplicación obligatoria la jurisprudencia de la Corte Interamericana que derive de casos en que México sea parte, y el resto tendrá solamente un carácter orientador; por su parte el tribunal trasnacional no hace tal distinción, otorgando la misma calidad y fuerza vinculante a la totalidad de sus criterios. Este punto se retomará más adelante.

[3] Aquí nos referimos a la “Consulta a Trámite” (expediente Varios 489/2010) que formuló el ministro Ortiz Mayagoitia, en su momento Presidente de la Suprema Corte de Justicia, misma que se originó a raíz de los comentarios que realizó precisamente Eduardo Ferrer Mac-Gregor, en la presentación de un diverso libro de los coautores, en febrero de 2010, al comentar sobre las obligaciones específicas a los jueces mexicanos y especialmente al Poder Judicial de la Federación derivadas del Caso Radilla (como el ministro Ortiz lo menciona en la discusión pública del Pleno del día 31 de agosto de 2010). En esa ocasión el ministro Ortiz fungió como moderador y estuvieron como presentadores del libro el ministro Silva Meza, la Ministra Luna Ramos y el doctor José Luis Caballero, además de los coautores. El libro en cuestión es Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, y Silva García, Fernando, *El Caso Castañeda ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, México, Porrúa-UNAM, 2009.

- Destacan que la actuación del Estado es susceptible de ser examinada y controlada judicialmente en cuanto a su conformidad, a partir de normas sobre derechos y libertades.
- Que las sentencias estimatorias de la Corte Interamericana no sólo presentan efectos a nivel internacional (responsabilidad internacional del Estado), sino que están destinadas a tener repercusiones en el ámbito interno, especialmente en el caso del cual emanan, en beneficio de la víctima (*restitutio in integrum*).
- Las sentencias regionales estimatorias no generan directamente la anulación o revocación de los actos o sentencias nacionales, pero si son susceptibles de producir un nuevo estado de las cosas a nivel jurídico en el plano nacional.
- Los tribunales regionales de derechos humanos cuentan con una autoridad interpretativa frente a los tribunales constitucionales y supremas cortes nacionales, toda vez que se presenta una preeminencia lógica jurisdiccional, de los primeros sobre los segundos, en dicho ámbito.
- Sólo la adecuación de la jurisprudencia interna a la jurisprudencia regional es capaz de impedir plenamente una futura condena internacional.

Habiéndose hecho cargo de lo anterior, los autores se ocupan de los deberes de reparación derivados de la sentencia dictada en el caso de Rosendo Radilla Pacheco. Para ello hacen una división entre aquellos que son atribuibles al Poder Judicial y a otras autoridades.

En el primer caso, señalan la necesidad de ejercer un control de convencionalidad sobre el artículo 57 del Código de Justicia Militar, interpretar el artículo 13 constitucional conforme a la Convención Americana con un sentido restrictivo de la jurisdicción militar, interpretar el derecho mexicano en el sentido de que los familiares y víctimas de presuntas violaciones tienen el derecho de intervenir en los procesos penales respectivos, la implementación de cursos de capacitación con ciertas peculiaridades, además de hacer un interesante planteamiento en el sentido de que la obligación de publicar la sentencia podría también hacerse en el Semanario Judicial de la Federación.

Sobre las obligaciones a cargo de otros Poderes del Estado, cabe señalar que se trata de un amplio listado, dentro de lo que podemos destacar la investigación de los hechos, la localización del Señor Radilla, reformar el artículo 57 del Código de Justicia Militar, la tipificación adecuada del delito de desaparición forzada de personas, realizar una semblanza de la vida del Señor Radilla, entre muchas otras, que deben ser consideradas con atención por parte de los lectores.

Una de las partes más interesantes del libro que comentamos, es la que trata sobre una cuestión innovadora en el sistema jurídico mexicano y que vendrá a revolucionar la forma de ejercer y de entender el derecho, y se refiere al denominado “control difuso de convencionalidad”.

Para explicar este relevante tema, comienzan por señalarnos el fenómeno de la constitucionalización del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el cual es cada vez más visible en situaciones tales como el hecho de que diversos sistemas jurídicos han optado por otorgar jerarquía constitucional a los tratados internacionales en esta materia; la conformación de un bloque de constitucionalidad que ha ido evolucionando, desde la incorporación de los derechos humanos de fuente internacional al catálogo de derechos fundamentales además de la jurisprudencia de la Corte Interamericana; e igualmente destaca la constitucionalización de los principios *pro homine* y *pro libertatis*, así como la incorporación de cláusulas abiertas de recepción de normatividad convencional y de interpretación conforme.

Más adelante los autores destacan que el control de convencionalidad tiene dos manifestaciones: una concentrada a cargo de la Corte Interamericana y una de carácter difuso por los jueces nacionales. En el primer caso, nos explican que se trata de la propia razón de ser de la Corte Interamericana, ya que derivado de sus atribuciones debe realizar un control de la compatibilidad entre el acto de violación y el Pacto de San José (con sus protocolos), toda vez que es guardiana e intérprete final de dicho instrumento normativo

En contrapartida, el control difuso de convencionalidad consiste en el deber de los jueces nacionales de realizar un examen de compatibilidad entre las disposiciones y actos internos (del caso concreto), con los tratados internacionales y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; el tratamiento que se hace de este tema es, sin duda, una gran aportación de la obra que comentamos.

Nos explican que esta doctrina nace en el caso de Almonacid Arellano en contra de Chile, la cual se va reiterando y perfeccionando en otros asuntos como Trabajadores Cesados del Congreso y La Cantuta contra Perú; Boyce y otros contra Barbados; Heliodoro Portugal contra Panamá; supervisión de cumplimiento de sentencia de Fermín Ramírez y Raxcacó Reyes contra Guatemala; Rosendo Radilla Pacheco, Inés Fernández y Valentina Rosendo contra México.<sup>[4]</sup>

Posteriormente nos hablan de dos casos paradigmáticos en los que se ha comenzado a aplicar el control difuso de convencionalidad en México. El pri-

---

[4] Claro que ahora habrá que agregar el caso de Cabrera García y Montiel Flores *Vs.* México, sentencia de 26 de noviembre de 2010

mero de ellos es un Amparo Directo resuelto por el Primer Tribunal Colegiado de Circuito en Materia Administrativa y de Trabajo, con residencia en Morelia, Michoacán, y el segundo por el Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa. De ambos casos resultaron sendas tesis que sostienen la obligación de la realización de este control por los tribunales nacionales.

Así también nos indican los principales desafíos que enfrenta el control difuso de convencionalidad, en los que destacan la superación del principio de legalidad, dado que las leyes deben estar sujetas a la Constitución; igualmente debe aceptarse de lleno el principio de convencionalidad, entendiendo que los Estados se comprometen al respeto de los derechos reconocidos por la Convención americana, pero igualmente a todas las normas, principios y directrices que derivan del propio sistema. Se requiere admitir la supremacía convencional, en tanto existe una prevalencia superior de la Convención Americana sobre las normas nacionales internas, como se ha visto en la evolución de la jurisprudencia de la Corte Interamericana; y finalmente no debe perderse de vista que otro fundamento del control de convencionalidad es la buena fe y principio del efecto útil de los instrumentos internacionales.

Para finalizar sobre esta doctrina, nos indican sus principales características, que son: a) el juez nacional como juez interamericano, b) su carácter difuso, c) que debe realizarse *ex officio*, d) la conformación de un bloque de convencionalidad, y e) que implican la carencia de efectos jurídicos desde su inicio, de las normas y actos inconventionales.<sup>[5]</sup>

Después de la magistral exposición que hacen los autores, resulta indispensable reportar aquí la más reciente página que se ha escrito sobre los temas tratados en el libro y que por falta de tiempo ya no pudieron abordar, privándonos de su agudo análisis. Nos referimos en concreto a la segunda parte de la discusión que sobre el caso de Rosendo Radilla se desarrolló ante el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.<sup>[6]</sup>

En primer término es muy importante resaltar el cambio que se dio en las condiciones del debate, derivado de la reforma constitucional en materia de Derechos Humanos, la cual, entre otros aciertos, establece en su artículo pri-

---

[5] Para más detalles sobre este novedoso tema, véase el voto razonado que formuló Eduardo Ferrer Mac-Gregor como juez *ad hoc* ante la Corte Interamericana en el diverso caso de *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*; además del mismo autor “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano” en Carbonell, Miguel y Salazar, Pedro (Coords.) *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 2011.

[6] Se trata del expediente varios 912/2010, que se discutió los días 4, 5, 7, 11, 12 y 14 de julio de 2011, resolviéndose en la última fecha señalada. La ponente fue la Ministra Margarita Beatriz Luna Ramos, el engrose respectivo se publicó en el Diario Oficial de la Federación el 4 de octubre de 2011, y estuvo a cargo del Ministro José Ramón Cossío Díaz.

mero directrices muy relevantes como son: a) La incorporación de los derechos humanos de fuente internacional a un bloque de constitucionalidad; b) El establecimiento de pautas interpretativas en materia de derechos humanos, tales como la interpretación conforme y el principio *pro homine*; c) La obligación de todas las autoridades de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos; d) la incorporación de principios tales como universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad; e) La obligación del Estado mexicano de prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos. Es innegable que el anterior marco constitucional guió el rumbo de la discusión por caminos más favorables para la protección de derechos humanos en México.

Ahora bien, 6 sesiones ocuparon a la Corte sobre este asunto, en donde se discutieron temas de máxima relevancia para el ordenamiento jurídico mexicano, siendo las principales conclusiones las siguientes:

- Los Estados Unidos Mexicanos se sujetaron a la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; como consecuencia de esa determinación las sentencias que dicte éste órgano, en contra de México, constituyen cosa juzgada.
- Como consecuencia de lo anterior, la Suprema Corte de Justicia no puede evaluar el litigio ni cuestionar la competencia del tribunal interamericano, y en cambio si debe intervenir en su cumplimiento en la parte que le corresponde; además resultan vinculantes no sólo los puntos resolutivos, sino la totalidad de los criterios contenidos en la sentencia respectiva.
- Por el contrario, la jurisprudencia de la Corte Interamericana que conste en sentencias en las que México no esté directamente vinculado, es decir, que no haya sido parte en el proceso, tendrán solamente el carácter de criterios orientadores para los juzgadores mexicanos, esto siempre y cuando implique la opción más favorable a la persona.
- En virtud de lo anterior, “*los jueces nacionales deben inicialmente observar los derechos humanos establecidos en la Constitución Mexicana y en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte, así como los criterios emitidos por el Poder Judicial de la Federación al interpretarlos y acudir a los criterios interpretativos de la Corte Interamericana para evaluar si existe alguno que resulte más favorecedor y procure una protección más amplia del derecho que se pretende proteger.*”
- En razón de los contenidos de la Sentencia del Caso Radilla Pacheco, se generan obligaciones directas para el Poder Judicial, como parte del Estado mexicano, siendo sustancialmente las siguientes:

- Los Jueces deberán llevar a cabo un Control de convencionalidad *ex officio* en un modelo de control difuso de constitucionalidad.
  - Deberá restringirse la interpretación del fuero militar en casos concretos.
  - El Poder Judicial de la Federación deberá implementar medidas administrativas derivadas de la sentencia de la Corte Interamericana en el caso Radilla Pacheco
- Primera obligación concreta: *el control de convencionalidad*. Este tiene su fundamento en la propia sentencia que nos ocupa, pero también encuentra relación directa con los nuevos contenidos constitucionales que determinan que los juzgadores están obligados a realizar interpretaciones de Derechos Humanos de conformidad con la constitución y con los tratados internacionales, y deberá ser ejercido de conformidad con el propio sistema nacional.<sup>[7]</sup>

Este control convencional, que según los autores consiste en el deber de los jueces nacionales de realizar un examen de compatibilidad entre las disposiciones y actos internos (del caso concreto), con los tratados internacionales y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, tiene incidencia directa con el sistema de control constitucional de nuestro país, en razón de lo cual, la Suprema Corte al analizar los efectos de la Sentencia del caso Radilla Pacheco acordaron sobre el siguiente “Modelo general de control de constitucionalidad y convencionalidad.”

Tipo de control	Órgano y medios de control	Fundamento constitucional	Posible Resultado	Forma
<b>Concentrado:</b>	Poder Judicial de la Federación (tribunales de amparo): a) Controversias Constitucionales y Acciones de Inconstitucionalidad b) Amparo Indirecto c) Amparo Directo	105, fracciones I y II 103, 107, fracción VII 103, 107, fracción IX	Declaración de inconstitucionalidad con efectos generales o interpartes No hay declaratoria de inconstitucionalidad	Directa

[7] De la resolución del expediente varios 912/2010, antes señalada, se desprende lo siguiente: “Es en el caso de la función jurisdiccional, como está indicado en la última parte del artículo 133 en relación con el artículo 1o. en donde los jueces están obligados a preferir los derechos humanos contenidos en la Constitución y en los Tratados Internacionales, aun a pesar de las disposiciones en contrario establecidas en cualquier norma inferior. Si bien los jueces no pueden hacer una declaración general sobre la invalidez o expulsar del orden jurídico las normas que consideren contrarias a los derechos humanos contenidos en la Constitución y en los tratados (como sí sucede en las vías de control directas establecidas expresamente en los artículos 103, 107 y 105 de la Constitución), sí están obligados a dejar de aplicar estas normas inferiores dando preferencia a los contenidos de la Constitución y de los tratados en esta materia.”

<b><u>Control por determinación constitucional específica:</u></b>	a) Tribunal Electoral en Juicio de revisión constitucional electoral de actos o resoluciones definitivos y firmes de las autoridades electorales locales en organización y calificación de comicios o controversias en los mismos b) Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación	Art. 41, fracción VI, 99, párrafo 60. 99, párrafo 60.	No hay declaración de inconstitucionalidad, sólo inaplicación	Directa e incidental*
<b><u>Difuso:</u></b>	a) Resto de los tribunales a. Federales: Juzgados de Distrito y Tribunales Unitarios de proceso federal y Tribunales Administrativos b. Locales: Judiciales, administrativos y electorales	1o., 133, 104 y derechos humanos en tratados 1o., 133, 116 y derechos humanos en tratados	No hay declaración de inconstitucionalidad, sólo inaplicación	Incidental*

Lo anterior, implica que todos los juzgadores del país deberán realizar este control de convencionalidad, en los términos antes indicados, según sea el caso, es decir, cada uno lo realizará en atención al órgano y sus competencias, con diferentes resultados; esto además se complementa con el hecho de que también el resto de las autoridades del país deben aplicar las normas haciendo la interpretación más favorable a la persona, esto dentro del ámbito de sus propias competencias.

- Segunda obligación específica del Poder Judicial: *una interpretación restringida del fuero militar* en casos concretos.

Como punto inicial, debemos señalar que la Corte Interamericana en seguimiento de su jurisprudencia previa, y ante el análisis del caso, determinó en términos llanos que la jurisdicción militar debe ser de carácter excepcional y consecuentemente no debe operar cuando se trate de actos que impliquen violaciones a derechos humanos en contra de civiles, sino únicamente limitarse a situaciones que directamente estén relacionadas con afectaciones a la disciplina militar. Así también asen-

\* Esta forma incidental de ningún modo implica la apertura de un expediente por cuerda separada, sino que debe entenderse como la posibilidad de inaplicación durante el proceso correspondiente.

tó que cuando existen víctimas de carácter civil, éstas tienen el derecho a participar en el proceso penal respectivo de forma activa, es decir, no sólo por lo que hace a la reparación del daño, sino también para hacer efectivos sus derechos a la verdad y a la justicia.

Como consecuencia de lo anterior, además de establecer obligaciones de carácter legislativo, al poder judicial le impone el ejercicio del control de constitucionalidad en los términos indicados, es decir, no permitiendo una interpretación extensiva del fuero militar, como se ha hecho tradicionalmente en nuestro país.<sup>[8]</sup>

Con la intención de garantizar lo anterior, la Corte mexicana ordenó a todos los juzgados y tribunales federales del país, que cuando tengan conocimiento algún asunto relacionado la jurisdicción militar y violación de derechos humanos, se lo hagan saber, para que ésta reasuma su competencia originaria o bien ejerza su facultad de atracción.

- Tercera obligación al poder judicial: *la implementación de ciertas medidas administrativas.*

Dentro de éstas, destaca lo relativo a capacitación para funcionarios públicos que realicen labores jurisdiccionales y jurídicas en el Poder Judicial de la Federación, de tal suerte que se deberá proveer preparación sobre el sistema Interamericano, la jurisprudencia de la Corte y en especial sobre “los límites de la jurisdicción militar, garantías judiciales y protección judicial y estándares internacionales aplicables a la administración de justicia”; así también sobre diversos conocimientos y habilidades para el juzgamiento del delito de desaparición forzada.<sup>[9]</sup>

Otra obligación se refiere a velar, dentro de su competencia para que la averiguación previa del caso no regrese a la jurisdicción militar, una vez que sea consignada la investigación ante un juez federal, para ello se indica en la resolución que es necesario que un Ministro haga la solicitud de modificación de la jurisprudencia relativa a la no existencia de control difuso en nuestro sistema.<sup>[10]</sup>

---

[8] La Corte Interamericana en el punto 340 de la Sentencia del Caso Radilla Pacheco establece: “es necesario que las interpretaciones constitucionales y legislativas referidas a los criterios de competencia material y personal de la jurisdicción militar en México, se adecuen a los principios establecidos en la jurisprudencia de este Tribunal, los cuales han sido reiterados en el presente caso (supra párrs. 272 a 277).”

[9] Una cuestión muy destacable respecto de esta capacitación, es que la Suprema Corte considera la posibilidad de que la misma no se limite a juzgadores y funcionarios judiciales federales, sino que pudiera ampliarse a los de carácter local, e incluso abrirse al público en general.

[10] Nos referimos a la jurisprudencia P./J. 74/1999 en la que se interpretó el artículo 133 de la Constitución Federal en el sentido de que el control difuso de la constitucionalidad de normas generales no está autorizado para todos los jueces del Estado mexicano.

- Finalmente también se determina que corresponde a los juzgadores federales el garantizar en las instancias que tengan bajo su conocimiento, el acceso al expediente y la expedición de copias a las víctimas.

Ahora bien, retornando al libro que nos ocupa, hemos de señalar que su texto concluye con un epílogo en el que los autores enfatizan sus esperanzas de la siguiente manera: “*estamos confiados en que la judicatura mexicana responderá de manera adecuada ante los nuevos retos y desafíos que implica la constitucionalización del derecho internacional de los derechos humanos. Así sea.*”

Finalmente y con el propósito de proporcionar al lector mayores elementos de conocimiento de los temas abordados, se ofrecen a manera de apéndices, importantes documentos que complementan el entendimiento tanto del caso concreto del Señor Rosendo Radilla Pacheco ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, como en general del contexto de las desapariciones forzadas en México, tales como el texto íntegro de la propia sentencia del Caso Radilla, la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, la Reserva y Declaración interpretativa de México al citado instrumento internacional, la Convención Internacional para la Protección de todas las Personas contra las Desaparición Forzada, la Recomendación 26/2001 de la CNDH sobre Desaparición Forzada en la década de los ochenta, el Informe de la CNDH sobre el seguimiento a la recomendación antes indicada, el Código de Justicia Militar, así como la exposición de motivos y texto del Artículo 215 del Código Penal Federal, relativo al delito de mérito.

En este tenor, estimamos que la obra que nos ocupa, cumplió cabalmente su propósito, consistente en “*exponer de manera clara los antecedentes y hechos relevantes, las razones jurídicas y el impacto normativo en el orden jurídico interno del caso Rosendo Radilla Pacheco vs. México*”<sup>[11]</sup>, además de “*explicar los alcances de una sentencia esencial para el mejor entendimiento de las relaciones entre jurisdicción militar, derechos humanos y constitucionalismo actual; así como de las relaciones que se derivan de la coexistencia de dos intérpretes autorizados en materia de derechos fundamentales,*”<sup>[12]</sup> razón por la cual la consideramos como una lectura obligada para cualquier persona interesada tanto en el Derecho Procesal Constitucional, como en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en el propio tema de la jurisdicción militar, y en general de las cuestiones relevantes que suceden en el orden jurídico-político y social de nuestro país.

\* \* \* \* \*

[11] Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, y Silva García, Fernando. *Jurisdicción Militar y Derechos Humanos. El caso Radilla ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, México, Porrúa-UNAM, 2011. En “nota preliminar” pp. XVII.

[12] Ídem, p. 5.



# REVISTA DE REVISTAS

## Cuestiones Constitucionales

---

### REVISTA MEXICANA DE DERECHO CONSTITUCIONAL

Número 27 Julio-Diciembre  
Año 2012

Director: Edgar Corzo Sosa  
Coordinadora editorial: Elvia Lucía Flores Ávalos

#### CONTENIDO

##### ARTÍCULOS DOCTRINALES

- Amparo federal vs. amparo local. La incertidumbre de la protección constitucional local frente a la jurisdicción federal  
Bustillos, Julio
- Control de constitucionalidad a posteriori en Francia: ¿inquietud en la cima o intercambio constructivo de argumentos?  
Cárdenas, Agustín Alejandro
- Sistema parlamentario y régimen electoral en España: similitudes y diferencias entre la forma de gobierno en el Estado y las comunidades autónomas [Pdf]  
Castellá Andreu, Josep-Maria
- El juicio de protección de derechos humanos del estado de Veracruz y el federalismo judicial  
Gómez Marinero, Carlos Martín
- La libertad en parte del pensamiento filosófico constitucional [Pdf]  
González Pérez, Luis Raúl
- Una aproximación al iusculturalismo de Peter Häberle  
González Rivas Martínez, Pedro Daniel
- El efecto horizontal del derecho a la protección de datos personales en México  
López Sánchez, Rogelio

- La praxis de los derechos humanos en México a partir de la reforma constitucional de junio de 2011  
Ramírez García, Hugo Saúl  
Sánchez Barroso, José Antonio
- La trascendencia del constitucionalismo social en América Latina (Caso México)  
Sánchez Vázquez, Rafael
- El primer Congreso Constituyente mexicano  
Soberanes Fernández, José Luis

#### COMENTARIOS JURISPRUDENCIALES

- Garzón, un juez ante el Supremo  
Barrero Ortega, Abraham

#### RESEÑAS BIBLIOGRÁFICAS

- Villaseñor Goyzueta, Claudia Alejandra, Proporcionalidad y límites de los derechos fundamentales. Teoría general y su reflejo en la jurisprudencia mexicana, México, Porrúa, 2011, 257 pp.  
Foro de Jóvenes Investigadores en Derecho
- *Enemies, A History of the FBI*. Tim Weiner, Nueva York, Random House, 2012, 537 pp.  
Melgar Adalid, Mario
- Navarro-Valls, Rafael y Martínez Torrón, Javier, Conflictos entre conciencia y ley. Las objeciones de conciencia, Madrid, Iustel, 2011, 517 pp.  
Sandoval Vargas, Graciela

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS  
DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO  
Dirección Postal: Circuito Maestro Mario de la Cueva s/n,  
Ciudad de la Investigación en Humanidades, Ciudad Universitaria,  
Delegación Coyoacán, C.P. 04510, México, D.F. (México)  
Telf.: 6 22 74 63/64, Ext. 619  
e.mail: ecorzo@servidor.unam.mx; rmdc@servidor.unam.mx

## REVISTA DE DERECHOS HUMANOS

Vol. 3 / 2012  
Enero – Diciembre 2012

Director: Luis Castillo Córdova  
Secretaria: Miluska Orbegoso Silva

### ÍNDICE GENERAL

#### PRESENTACIÓN

#### ARTÍCULOS

- Derechos y deberes. Repensar la ciudadanía  
AMATO MANGIAMELI, Agata C.
- La imposibilidad de las colisiones entre derechos fundamentales: aplicaciones del principio de no contradicción a la hermenéutica constitucional  
TOLLER, Fernando M.
- Los derechos de autonomía y el interés superior como ejes de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño. Problemas y paradojas  
TALAVERA, Pedro
- La conformación de la universalización y primacía de los derechos humanos  
DEL ROSARIO RODRÍGUEZ, Marcos
- Educación en derechos humanos. El estado de la cuestión en el Derecho Internacional  
BELLVER CAPELLA, Vicente
- El Ne bes in idem en perspectiva histórica. Estudio sobre sus antecedentes previos al constitucionalismo moderno  
OTTAVIANO, Santiago
- Niñas soldado: un caso particular de violencia contra las niñas  
GARIBO, Ana-Paz
- La regulación de los derechos humanos en regímenes federales: su debate en la Suprema Corte Mexicana  
SOBERANES DÍEZ, José María
- Algunas consideraciones sobre la llamada “Ley de Muerte Digna” de la Comunidad Autónoma Andaluza, modelo para regulación jurídica del final de la vida en España  
ALBERT MÁRQUEZ, José J.  
RODRÍGUEZ REINARES, María del Rosario

#### JURISPRUDENCIA DEL TEDH Y LA CIDH AÑO 2011

- Crónica de jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos del año 2011  
CACHO SÁNCHEZ, Yaelle
- Crónica de jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derecho Humanos del año 2011  
MOSQUERA MONELOS, Susana

## RECENSIONES

- Derechos humanos  
APARISI MIRALLES, Ángela
- Laicidad y libertad de conciencia  
GARZÓN VALLEJO, Iván
- *The constitutional origins of the American Revolution*  
SIMÓN YARZA, Fernando
- Derechos sociales y ponderación  
ORBEGOSO SILVA, Miluska
- *Rule of Law. Il Governo della Legge ieri ed oggi*  
TEJADA, Pedro

INSTITUTO PARA LOS DERECHOS HUMANOS  
Y LA DEMOCRACIA DE LA UNIVERSIDAD DE PIURA  
Dirección Postal: Av. Ramón Mugica 131 - Urb. San Eduardo,  
Piura (Perú)  
Telf.: 051-073-284500  
e.mail: rdh@udep.pe

# REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO CONSTITUCIONAL

Número 96, Septiembre/Diciembre 2012

Director: Francisco Rubio Llorente  
Secretario: Juan Luis Requejo Pagés

## ESTUDIOS

JOSEPH H. H. WEILER

Descifrando el ADN político y jurídico de la integración europea: un estudio exploratorio

AGUSTÍN JOSÉ MENÉNDEZ

La mutación constitucional de la Unión Europea

RAFAEL DOMINGO OSLÉ

Gayo, Vattel y el nuevo paradigma jurídico global

MIGUEL ÁNGEL CABELLOS ESPIÉRREZ

Nuevas formas de distribución competencial: la legislación divergente en el federalismo alemán

## NOTAS

MIGUEL PRESNO LINERA

El origen del Derecho electoral español

JUAN JOSÉ RUIZ RUIZ

Leyes inconstitucionales y autocontrol parlamentario en la Constitución de 1812

## JURISPRUDENCIA

Actividad del Tribunal Constitucional: relación de sentencias dictadas durante el segundo cuatrimestre de 2012 (Departamento de Derecho Constitucional de la Universidad Carlos III de Madrid)

Doctrina del Tribunal Constitucional durante el segundo cuatrimestre de 2012

## ESTUDIOS CRÍTICOS

SIMON HENTREI

Acerca de la constitucionalidad de las medidas de rescate del euro

EDUARDO VÍRGALA FORURIA

STC 138/2012, de 20 de junio, sobre constitución de Sortu: la ¿definitiva? legalización de la Izquierda Abertzale

**CRÍTICA DE LIBROS**

BARTOLOMÉ CLAVERO

El Momento Constitucional de una República Católica (Cádiz entre Nueva Granada y Nueva Zelanda)

**RESEÑA BIBLIOGRÁFICA**

**Noticias de libros**

**COLABORAN EN ESTE NÚMERO**

CENTRO DE ESTUDIOS POLÍTICOS Y CONSTITUCIONALES

Dirección Postal: Plaza de la Marina Española, 9 - 28071 Madrid (España)

Tel.: 91 422 89 24 y 91 540 19 50 - Ext. 924/978

e.mail: [edrevistas@cepc.es](mailto:edrevistas@cepc.es)



Impreso en los talleres gráficos de  
**Servicios Gráficos JMD**  
José Gálvez 1549 - Lince Telf.: 470-6420 / 472-8273  
en el mes de abril de 2013.