

Informe Jurídico: Los derechos de los pueblos indígenas como límites de la libertad contractual¹

Juan Carlos Ruiz Molleda, Agosto del 2012
Instituto de Defensa Legal

Tabla de contenido

1. Introducción: ¿Cuál es el problema?	3
2. Antecedentes	5
3. Marco de interpretación constitucional de los contratos de captura de carbono..	6
3.1.- La fuerza normativa de las normas de rango constitucional como el Convenio 169 de la OIT	6
3.2.- El Estado social y la obligación de proteger a los sectores sociales más vulnerables a la violación de sus derechos	10
3.3.- La Constitución Económica, la libertad contractual y la autonomía privada	12
3.4. El principio de proscripción del abuso del derecho.....	13
4.- El contenido constitucional del derecho a la libertad contractual	15
5.- Los derechos de los pueblos indígenas	19
5.1. El derecho al territorio de los pueblos indígenas como condición de subsistencia ..	22
5.2. El territorio de los pueblos indígenas no solo tiene un valor económico.....	24
6. Criterios para examinar la validez constitucional de contratos y acuerdos.....	26
6.1. "Paridad contractual distorsionada" o "asimetría de partes contractuales" y contenido manifiestamente gravoso de la clausula	26
6.2. Clausulas "manifiestamente irrazonables" o "autorrestricción irrazonable" de derechos constitucionales	29
7. Razones constitucionales para exigir al Estado una especial protección de los derechos de los pueblos indígenas	30
7.1. El "deber especial de protección" de los derechos fundamentales	30
7.2. La protección especial de los pueblos indígenas en el sistema interamericano	30
7.3. La obligación del Estado de proteger la "vida digna" de los pueblos indígenas	31
7.4. El principio constitucional de promover sectores excluidos como concreción del Estado social	31
7.5. La obligación del Estado de remover obstáculos que impiden la vigencia de los derechos constitucionales	31
8. Análisis del contrato no firmado (Matsés) y del contexto de la firma del contrato suscrito pero desconocido (Yagua).....	32

¹ El autor agradece los comentarios de Sandy El Berr del Instituto de Defensa Legal y cooperante de la agencia de cooperación alemana Pan para el Mundo.

8.1. No ha habido un real ejercicio de la autonomía de la voluntad por parte de los pueblos indígenas Matsés y Yagua	32
8.2. Existencia de una intolerable asimetría de poder entre las partes contratantes.....	33
8.3. No hay correspondencia y paridad al momento de repartir las ganancias entre lo que cada parte aporta y lo que cada parte obtiene como beneficio	33
8.4. No queda clara la compatibilidad entre el aprovechamiento tradicional de la comunidad sobre sus bosques y las exigencias de conservación de los bosques que el contrato le impone	38
8.5. El derecho de los pueblos indígenas sobre el territorio no queda protegido desconociendo la especial protección que el ordenamiento constitucional le brinda al derecho al territorio de los pueblos indígenas	39
8.6. La cláusula de confidencialidad limita las posibilidades de la comunidad nativa de asesorarse en forma previa a la suscripción del contrato y es incompatible con el hecho que la preservación y protección de los derechos de los pueblos indígenas es de interés público	42
8.7. Establecimiento de condiciones desventajosas en caso de controversias entre las partes en perjuicio de la comunidad nativa.....	43
8.8. Desprotección del derecho de los pueblos indígenas a sus conocimientos ancestrales	45
8.9. El contrato desconoce que los derechos de los pueblos indígenas son límites materiales que condicionan la validez de los contratos.....	46
8.10. La obligación estatal de proteger la parte débil en una relación contractual.....	47
9. ¿Cómo realizar un control constitucional de los contratos de captura del carbono celebrados por los pueblos indígenas?.....	49
9.1. El control constitucional a través del proceso constitucional de amparo	49
9.2. El control constitucional a través de un proceso civil y una medida cautelar.....	49
9.3. La obligación del Estado de proteger el derecho al territorio y los recursos naturales de los pueblos indígenas.....	50
10. Conclusiones	50

1. Introducción: ¿Cuál es el problema?

El objetivo de este informe es analizar la **validez jurídica del Contrato** de “empresa conjunta” (en adelante el contrato) de captura de carbono, que la empresa SUSTAINABLE CARBON RESOURCES LIMITED (en adelante SCRL) ha intentado suscribir con el PUEBLO INDÍGENA MATSÉS DE LA AMAZONIA (en adelante la comunidad nativa o pueblos indígena) y con otras comunidades nativas amazónicas². Con ese fin, evaluaremos la constitucionalidad de este contrato a partir de la compatibilidad y adecuación de las cláusulas de estos contratos con las normas nacionales e internacionales de cumplimiento obligatorio para el Estado Peruano, fundamentalmente de rango constitucional, que reconocen derechos a los pueblos indígenas.

El problema que este tipo de contratos privados plantea, es su naturaleza privada, es decir, en la medida que han sido celebrados en el marco de la libertad contractual y en ejercicio de la autonomía privada, aparentemente la intervención del Estado estaría limitada³. Además, en base a la presunción que el contrato ha sido firmado por los pueblos indígenas libremente sin coerción, se sostendrá afirmaciones como “el contrato es el contrato” o que “los que han celebrado el contrato tienen mayoría de edad y lo hicieron en la plenitud de sus capacidades y de su entendimiento” o “el contrato es ley entre las partes”.

El propósito central entonces, es evaluar la incidencia del contenido de las cláusulas pactadas en normas de rango constitucional, que reconocen derechos de pueblos indígenas. Sin embargo, en forma previa tenemos antes que analizar si es cierto que la autonomía de la voluntad y el derecho a la libertad contractual (derechos también de rango constitucional) blindan y protegen estos contratos, a pesar que su celebración ha sido realizada de manera irregular, y ha sido objeto de múltiples cuestionamientos, entre los que destaca la afectación a derechos fundamentales de los pueblos indígenas.

Entre los principales cuestionamientos tenemos: 1) nunca se les entregó a las comunidades nativas el texto del contrato traducido del inglés al castellano y a las lenguas nativas, en consecuencia nunca fue revisado por las comunidades nativas y menos entendido por estas, 2) existencia en el contrato de una cláusula de confidencialidad que les prohibía a las comunidades nativas mostrar el texto del contrato a otras personas para asesorarse, 3) la ausencia de consideración de la especial protección que el ordenamiento jurídico le dispensa al derecho al territorio de los pueblos indígenas al momento de disponer de ellos los contratos, por su especial conexión con la supervivencia de estos pueblos indígenas, 4) ausencia de correspondencia y paridad entre las prestaciones que se están celebrando, 5) ausencia de parte de los pueblos indígenas de una real autonomía privada, es decir por la material carencia de los pueblos indígenas de incidencia en la configuración del contenido de las cláusulas del contrato antes celebrado, 6) por la carencia de información suficiente sobre el objeto del contrato al momento de configurarlo y

² Posteriormente, el dueño de esta empresa fundó otras más, entre ellas *Amazon Holdings Limited* (AHL) que firmó un contrato con el Presidente de la Federación Yagua del Apayacu (FEPYRA). Después, después 4 de las 5 comunidades nativas yaguas del Apayacu lo ratificaron. La AHL también firmó el mismo contrato con OCNARDA que son comunidades campesinas del Loreto.

³ Una consecuencia de ello por ejemplo es que, instituciones del Estado como por ejemplo la Defensoría del Pueblo, no podrían intervenir pues, no estaríamos en el campo público de la actuación del Estado.

suscribirlo, 7) por la existencia de afectaciones a derechos de rango constitucional en atención a la naturaleza irrenunciable de sus derechos, o en fin 8) por la existencia de situaciones de evidente abuso del derecho.

Lamentablemente, los contratos celebrados y los que están por celebrarse entre SCRL o sea AHL y las comunidades no son un caso excepcional de violación de los derechos de los pueblos indígenas a través del ejercicio de la libertad contractual y de la autonomía privada en nuestro país⁴. Es el caso por ejemplo, de la compra de territorios de pueblos indígenas a bajos precios por empresas extractivas mineras, forestales o petroleras, o la celebración de transacciones entre empresas minera y petroleras con víctimas de contaminación ambiental, a través de la cuales, estas últimas reciben pequeñas cantidades de dinero a cambio de renunciar a demandar judicialmente la indemnización por daños a la salud y al medio ambiente consecuencia de las actividades extractivas, cantidades en ambos casos, están lejos de compensar los daños ocasionados a la salud y a la vida de los afectados.

Un ejemplo de esto es la Quinta Disposición Complementaria y Final del proyecto de reglamento del derecho a la consulta⁵, presentado por el Viceministerio de Interculturalidad⁶ el año pasado (2011). Dicha norma intentó consagrar la figura del acuerdo previo, el cual constituye una forma "legal" de saltarse el respeto de los derechos de los pueblos indígenas a su territorio. Esta norma convalidaba e intentaba dar cobertura normativa en la práctica, a las compraventas que algunas empresas hacen de las tierras de las comunidades campesinas y nativas (pueblos indígenas), no pocas veces a precios ínfimos. Según el artículo 7 de la Ley N° 26505⁷ (y su reglamento (D.S. N° 017-96-AG) "*La utilización de tierras para el ejercicio de actividades mineras o de hidrocarburos requiere acuerdo previo con el propietario o la culminación del procedimiento de servidumbre que se precisará en el Reglamento de la presente Ley*"⁸. No en vano muchos estudios de abogados recomiendan a las empresas mineras que patrocinan, que compren las tierras de las comunidades campesinas en cuyo territorio realizarán su actividad minera.

La idea central que sustentaremos y fundamentaremos es que el ejercicio de la libertad contractual y de la autonomía privada, no otorgan a sus titulares derechos absolutos e ilimitados, y que debe prestarse especial atención a los contratos entre empresas privadas y pueblos indígenas toda vez que existe un estructural y objetiva asimetría de poder entre ambas partes, que no puede ser tolerada por el ordenamiento jurídico y por el Estado, que tiene una posición de garante de derechos, especialmente, de los sectores sociales vulnerables que tienen algún nivel de exclusión, como es el caso de los pueblos indígenas, en donde se concentran⁹.

4 ¿Cómo sacarle la vuelta al derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas? ¿El derecho civil vs el derecho constitucional? En: <http://www.justiciaviva.org.pe/notihome/notihome01.php?noti=718>. Ver también ¿Son válidas las compras que las empresas mineras hacen de las tierras de comunidades campesinas a precios ínfimos? En: <http://www.justiciaviva.org.pe/notihome/notihome01.php?noti=701>

5 "QUINTA.- Acuerdo Previo

El proceso de consulta es independiente, y complementario, de la obligación prevista en el artículo 7° de la Ley N° 26505, Ley de promoción de la inversión privada en el desarrollo de las actividades económicas en las tierras del territorio nacional y de las comunidades campesinas y nativas, modificado por la Ley N° 26570".

6 Esta tesis fue sostenida de manera entusiasta por el actual Viceministro de Interculturalidad Ivan La Negra Quispe, en una entrevista que dio al diario El Comercio. Ver: <http://blog.pucp.edu.pe/item/146263/la-ley-de-consulta-requiere-un-cambio-de-vision-entrevista-para-el-comercio>.

7 Esta norma fue derogada por el Decreto Legislativo 1064 y restituido por la Ley 29376.

8 Ver nuestro artículo: ¿Cómo sacarle la vuelta al derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas? ¿El derecho civil vs el derecho constitucional? Puede ser revisado en: <http://www.justiciaviva.org.pe/notihome/notihome01.php?noti=718>.

9 El estudio "Estado de la niñez indígena en el Perú" revela cifras preocupantes, que evidencian que las desigualdades entre los niños peruanos están directamente relacionadas a su origen étnico. Este informe, elaborado por un equipo de investigación del Grupo de Análisis para el Desarrollo (GRADE) por encargo del Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI) y el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF), fue presentado el 12 de

2. Antecedentes

En el caso concreto, son dos los pueblos perjudicados por contratos de captura de carbono que estamos investigando. Se trata del Pueblo Matsés del Distrito de Yaquerana, Provincia de Requena, y del Pueblo Yagua de la cuenca del río Apayacu, Distrito de Pevas, Provincia de Ramón Castilla, ambos ubicados en la Región de Loreto. En el caso de los Matsés, la empresa *Sustainable Carbon Resources Limited* (SCRL) inscrita en Hong-Kong y operada por el australiano David Nilsson, se acercó a los dirigentes Matsés el año pasado (2011) intentando de convencerles que firmen un extenso contrato privado sobre captura de carbono escrito en inglés. Gracias a la intervención de un profesor y líder comunal Matsés, el australiano no logró concretizar el contrato. Por lo tanto, denunció al Matsés de varios delitos penales. Este caso no sólo trata de un contrato leonino en perjuicio de este pueblo indígena, sino también de la criminalización de un líder Matsés que se opuso al contrato. En junio del 2012, la Fiscalía Superior archivó la denuncia penal contra el Matsés. Tenemos a nuestra disposición el contrato borrador que Nilsson presentó a los Matsés.

Sin embargo, el 31 de octubre del año 2011, el pueblo indígena Yagua de la cuenca del Río Apayacu firmó el contrato escrito en inglés. Fue celebrado entre la empresa *Amazon Holdings Limited*, cuyo gerente es el mismo australiano, y el presidente de la Federación del Pueblo Yagua del Río Apayacu (FEPYRA). Cuatro de las cinco comunidades base de FEPYRA ratificaron el contrato. Hasta ahora, ninguna de las comunidades firmantes ni el presidente de FEPYRA tiene una copia del mismo.

Tampoco lo han leído ni entendido. La única información escrita que les fue presentado, era un resumen de 2 hojas en español que no tiene validez jurídica. Intentos del entonces secretario de FEPYRA y los entonces presidentes comunales de Cuzco y Yanayacu para obtener una copia del contrato o su lectura, han fracasado ante la resistencia de la empresa AHL que cuenta con aliados influentes en Loreto, por ejemplo el Subgerente de Nacionalidades Indígenas del GOREL Edwin Floret y el nuevo decano del Colegio de Abogados de Loreto en Iquitos, Jorge Walter Cambero Alva, quien a la vez es el asesor legal del australiano y sus empresas SCRL y AHL.

El contrato incluye, según la información verbal de Cambero, una cláusula de confidencialidad. En otras ocasiones, personal de AHL pidió a las comunidades firmantes varios miles de dólares a cambio de una copia del contrato. Además, un hombre de confianza de Nilsson escribió una carta notarial intimidando al ex secretario de FEPYRA que se pronunció contra la firma del contrato sin conocer su contenido. En resumen, el contrato con el pueblo Matsés no ha sido concluido (se tiene una copia del borrador de contrato propuesto) y un líder Matsés denunciado. En relación con la FEPYRA, sí hay un contrato suscrito y el contenido del contrato original no es conocido, asimismo, tenemos un líder Yagua intimidado.

agosto. De acuerdo a este informe, los niños, niñas y adolescentes indígenas –aquellos que aprendieron a hablar en quechua, aymara o alguna de las lenguas amazónicas- viven en peores condiciones y acceden a menores oportunidades de desarrollo que aquellos que tienen como lengua materna el castellano. Es entre la población indígena de la selva donde se concentran los mayores índices negativos de pobreza, salud, educación e identidad. En el Perú hay cuatro millones de indígenas, de los cuales un millón son niños, niñas y adolescentes, y 43 lenguas andinas y amazónicas. El informe señala que el 78% de la población indígena entre 3 y 17 años vive en situación de pobreza, mientras que entre los menores en ese rango de edad que hablan castellano el porcentaje de pobreza es del 40%. Entre los grupos étnicos de la Amazonía casi la mitad (49%) de la infancia vive en extrema pobreza. Ver: <http://www.inversionenlainfancia.net/web/blog/noticia/207/34>.

3. Marco de interpretación constitucional de los contratos de captura de carbono

Cuatro temas resultan relevantes para evaluar la constitucionalidad de los contratos de captura de carbono, y que de alguna manera constituyen el parámetro de control constitucional, la fuerza normativa de normas de rango constitucional como el Convenio 169 de la OIT, el Estado social de derecho, la Economía social de derecho y el concepto de abuso de derecho.

3.1.- La fuerza normativa de las normas de rango constitucional como el Convenio 169 de la OIT

Lo primero que tenemos que comprender es que las normas del Código Civil que regula la libertad contractual y la autonomía privada y las propias normas constitucionales que regulan estos dos derechos y principios, no se interpretan aisladamente, en relación con el ordenamiento jurídico. Ellas deben ser interpretadas en el marco del Estado Constitucional del Derecho, el cual está caracterizado por la especial fuerza normativa de la Constitución Política, la cual impregna y vincula el conjunto del sistema jurídico nacional, incluyendo las normas de derecho privado. Precisar la fuerza normativa de la Constitución Política es fundamental pues el Convenio 169 de la OIT, norma que reconoce los derechos de los pueblos indígenas, tiene el mismo rango y jerarquía jurídica, lo cual ocasiona su capacidad para condicionar la validez de las normas legales y reglamentarias del ordenamiento jurídico.

Debemos precisar la fuerza normativa de la Constitución Política en el Estado Constitucional de Derecho, pues estas normas entraran en colisión o intentaran ser desnaturalizadas por normas de rango legal o reglamentario. Asimismo, debemos de tener en consideración que el Convenio 169 de la OIT que reconoce derechos a los pueblos indígenas tiene el mismo rango y la misma fuerza normativa de la Constitución tal como lo ha señala los artículo 3, 55 y la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución, y como lo ha reconocido el propio TC¹⁰.

La Constitución Política tiene seis características distintivas: 1) Se tratan de verdaderas normas jurídicas y no solo políticas; 2) Tienen la mayor jerarquía en el sistema de fuentes de Derecho; 3) Su aplicación es inmediata y no está condicionada a su desarrollo normativo por el legislador; 4) Establecen no solo competencias sino que reconocen derechos, principios y valores constitucionales que vinculan; 5) Son susceptibles de ser protegidos mediante procesos constitucionales, pero no solo por ellos; 6) Su modificación se realiza mediante un procedimiento distinto y más riguroso que el procedimiento legislativo ordinario (rigidez constitucional)¹¹. De estos elementos, para efectos de este trabajo nos interesan los cinco primeros.

¹⁰ Según el fundamento 9 de la sentencia 00022-2009-PI/TC "En el caso del Convenio N.º 169 de la OIT, la situación es distinta. Como ya ha sido desarrollado por el Tribunal Constitucional en la STC 03343-2007-PA/TC [fundamento 31], tal convenio forma parte de nuestro ordenamiento jurídico, por lo tanto, como cualquier otra norma debe ser acatada. De otro lado, los "tratados internacionales sobre derechos humanos no sólo conforman nuestro ordenamiento sino que, además, ostentan rango constitucional" [STC N.º 0025-2005-PI/TC, Fundamento 33]". Por consiguiente, en virtud del artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, el tratado internacional viene a complementar -normativa e interpretativamente- las cláusulas constitucionales sobre pueblos indígenas que, a su vez, concretizan los derechos fundamentales y las garantías institucionales de los pueblos indígenas y sus integrantes."

¹¹ Luis Prieto Sanchís, Justicia Constitucional y derechos Fundamentales, Trotta, Madrid, 2003, pág. 116

Carácter vinculante de la Constitución Política¹². *La Constitución Política si bien es una norma política en la medida que organiza y limita el ejercicio de poder, es fundamentalmente una norma jurídica vinculante para todos los poderes públicos y para los propios particulares sin excepción alguna*¹³. No es un "catecismo político" o una "guía moral" sino una norma con la pretensión de que la realidad se ajuste a lo que ella prescribe. Ello significa tomar distancia de ciertas doctrinas, que señalan que las Constituciones no son más que un manifiesto político cuya concretización es tarea exclusiva del legislador. Para ellas, los tribunales no deben aplicar las normas constitucionales sino solo las normas que se recogen en las leyes¹⁴.

La cobertura constitucional de esta afirmación la encontramos en el artículo 45 de la Constitución, el cual señala que "El poder del Estado emana del pueblo. Quienes lo ejercen lo hacen con las limitaciones y responsabilidades que la Constitución y las leyes establecen", norma que a su vez, debe ser leída de manera concordante con el artículo 38 del mismo cuerpo normativo, el cual precisa que "Todos los peruanos tienen el deber de honrar al Perú y de proteger los intereses nacionales, así como de respetar, cumplir y defender la Constitución y el ordenamiento jurídico de la Nación". Esto implica reconocer que tal como lo señalamos en la introducción, que no hay zonas inmunes a la fuerza normativa de la Constitución¹⁵. Como luego veremos, la prevalencia de la Constitución sobre las leyes estará fundamentada en los artículos 51 y 138 (párrafo segundo) de este cuerpo normativo. El TC lo ha recogido en su jurisprudencia como el principio de fuerza normativa de la Constitución, y según él "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"¹⁶. Una posición opuesta, que solo le reconoce naturaleza política a la Constitución, es incompatible con un Estado Constitucional de Derecho y carece de fundamento constitucional. En otras palabras no existe fundamento jurídico alguno para intentar desvincularse de la Constitución.

Supremacía o superioridad jerárquica en el sistema de fuentes. 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 fuente del Derecho, cuyos efectos irradia a todo el ordenamiento jurídico. De ahí que Prieto Sanchís señale con propiedad que ella condiciona la validez de todos los demás componentes del orden jurídico, y que representa un criterio de interpretación prioritario¹⁷. 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"¹⁸.

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

13 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. 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". En efecto aceptar que hay decisiones que son inmunes al control constitucional implicaría en los hechos reconocer 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.

14 Riccardo Guastini, La "constitucionalización" del ordenamiento jurídico, en: Miguel Carbonell (editor) Neoconstitucionalismo, editorial Trotta, Madrid, 2003, pág. 53.

15 Luis Prieto Sanchís, Justicia Constitucional y derechos Fundamentales, Trotta, Madrid, 2003, pág. 116.

16 Sentencia del TC recaída en el exp. N° Exp. N° 5854-2005-PA/TC, f.j. 12.e. También puede revisarse STC 0976-2001-AA, f.j. 5; STC 1124-2001-AA, f.j. 6.

17 Luis Prieto Sanchís, Justicia Constitucional y derechos Fundamentales, Trotta, Madrid, 2003, pág. 116.

18 Ibidem., pág. 117.

Para Castillo Córdova, se considera a la Constitución como la norma jerárquicamente superior, por encima de las demás normas que conformen el ordenamiento jurídico peruano. Esto significa que *"la ley o la norma reglamentaria deberán de ajustarse a la Constitución si pretenden ser validas y regir efectivamente. Ninguna norma con rango de ley ni mucho menos con rango de reglamento, podrán disponer de modo distinto a lo que dispone la Constitución"*¹⁹. El fundamento constitucional de esta característica la encontramos en el artículo 51 de la Constitución. Según esta norma, *"La Constitución prevalece sobre toda norma legal; la ley, sobre las normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente [..]"*. Esta disposición es recogida y reiterada en el artículo 138, a propósito del control difuso, y precisa que *"En todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera"*.

Eficacia y aplicación inmediata de la Constitución. Una lógica consecuencia de los dos elementos antes predicados de la Constitución Política, es que ésta es de aplicación inmediata y efectiva. 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 es una verdadera norma suprema, ello supone que no requiere su desarrollo legislativo para desplegar su fuerza vinculante, en la medida en que los preceptos constitucionales sean relevantes en un proceso cualquiera, su aplicación resultará obligatoria²⁰. Ciertamente, las normas orgánicas, que distribuyen competencias en los diferentes órganos del Estado, necesitaran un ley para desplegar toda su fuerza normativa (Ley Orgánica del Poder Judicial, Ley Orgánica del Tribunal Constitucional), pero eso no quiere decir que no sean vinculantes, en cambio, las normas de la parte dogmática, que es la parte que reconoce los derechos fundamentales, no necesita la intermediación legislativa del Congreso o de un poder reglamentador para desplegar toda su fuerza normativa.

La garantía jurisdiccional de la Constitución²¹. La denominada garantía jurisdiccional o judicial, no es otra cosa que la exigibilidad judicialmente o jurisdiccional de la Constitución. Esto significa que la primacía de la Constitución, como la de cualquier otra normatividad, es jurídicamente imperfecta si carece de 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 actores²². Esto implica reconocer la competencia de los jueces para resolver litigios desde el ordenamiento jurídico incluido la Constitución, pudiendo concretarse a través de los procesos constitucionales, sean estos de control concreto o de control abstracto, y a priori y a posteriori, encomendado a órganos especializados o a los jueces ordinarios²³.

Denso contenido normativo. Este es quizá uno de los principales rasgos que diferencian el Estado de Derecho del Estado Constitucional de Derecho. A diferencia del primero, el segundo está caracterizado por un denso contenido normativo que está formado por principios, derechos y directrices, más o menos precisos, aplicables a los casos concretos, siempre que resulten relevantes²⁴. Este elemento del

19 Luis Castillo Córdova, Los derechos constitucionales. Elementos para una teoría general, Palestra, Lima 2007, pág. 187.

20 Luis Prieto Sanchís, Justicia Constitucional y derechos Fundamentales, Trotta, Madrid, 2003, pág. 116.

21 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.

22 Manuel García Pelayo, "El status del Tribunal Constitucional". Revista Española de Derecho Constitucional Nº 1. Madrid, 1981, pág. 18.

23 Luis Prieto Sanchís, Justicia Constitucional y derechos Fundamentales, Trotta, Madrid, 2003, pág. 116.

24 Luis Prieto Sanchís, Justicia Constitucional y derechos Fundamentales, Trotta, Madrid, 2003, pág. 117.

constitucionalismo es de suma importancia pues supone pasar de una concepción formal de la constitución a una concepción material de la Constitución, la cual se convierte en un criterio sustancial de validez de las normas expedidas por el legislador, el poder político y de las resoluciones de los jueces. Esto supone no solo respetar un conjunto de procedimientos democráticos mayoritarios para tomar decisiones, sino que los contenidos de dichas decisiones deben estar ajustados a los principios, derechos, valores y directrices contenidas en la Constitución Política.

Sin embargo, a pesar de la fuerza normativa de la Constitución y del Convenio 169 de la OIT, existe todavía en los operadores del derecho una mirada y una concepción civil o jusprivatista, que desconoce la supremacía constitucional de los derechos de los pueblos indígenas. Se trata de una interpretación de las normas legales sobre concesiones mineras, petroleras, forestales y ahora en relación con los contratos REDD, de espaldas no solo a la Constitución Política sino fundamentalmente al Convenio 169 de la OIT y al desarrollo jurisprudencial de estos derechos por la Corte IDH y el TC, reglas jurisprudenciales por cierto vinculantes. En general, es una interpretación de espaldas al cuerpo jurídico de normas de rango constitucional que desarrollan los derechos de los pueblos indígenas, a pesar de su supremacía jurídica normativa reconocida en el artículo 51º y en el artículo 138º segundo párrafo de la Constitución.

Este fenómeno es explicado de manera clara por Néstor Sagüés²⁵. Las razones que explican la poca consideración de la Constitución pueden ser varias. Tal vez la más significativa sea la visión esencialmente "jusprivatista" del mundo jurídico, que identifica "derecho" con el Derecho Civil. A ello se suma que el Derecho Constitucional se perfila, no obstante su vocación de supremacía sobre el resto del aparato jurídico, como un derecho débil, a menudo vapuleado por el poder político²⁶. Es interesante advertir como varios juristas procuran en cambio mostrar al derecho privado como derecho "mejor", en el sentido edénico de derecho "neutral", "puro", no contaminado políticamente, como sería el caso del Derecho Constitucional y del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, así como del propio derecho internacional de los pueblos indígenas²⁷.

Lo que está ocurriendo es que en los conflictos entre normas de rango constitucional y de rango legal y/o reglamentario, *"se tiende a abordar y a razonar jurídicamente con la mentalidad civilista con la que cotidianamente opera. Por una especie de casi insalvable deformación profesional, es normal que [...] capte al derecho constitucional con los criterios, los enfoques y hábitos mentales, los valores, la metodología, las soluciones y el discurso propio de la especialidad en la que ha sido formado y con la que convive diariamente, vale decir, el derecho civil"*²⁸. La ausencia de mentalidad constitucionalista en los abogados que aplican las normas sobre actividades extractivas no formados en el Derecho Constitucional, aparte de llevar a visualizar a este último con los ojos de otras disciplinas, ocasiona una interpretación legalista de la Constitución, que solo genera indefensión para los derechos de los pueblos indígenas. Para estos abogados, la Constitución y el Convenio 169 de la OIT son básicamente un fenómeno extranormativo, un "instrumento de gobierno" entendido como una suerte

25 SAGÜÉS, Néstor. "Del juez legal al juez constitucional". En: *Revista Estado Constitucional*, Año 1, Número 1. Lima: Abril 2011, p. 26.

26 *Ibidem*.

27 *Ibidem*.

28 *Ibidem*.

de herramienta para el manejo del poder, no para regular jurídica y cotidianamente la vida de los habitantes²⁹.

Los abogados deben incorporar en su caja de herramientas jurídicas el principio de supremacía constitucional. Esto es muy importante y tiene enormes consecuencias para la suerte de los pueblos indígenas. Como dice Néstor Sagüés, "*el derecho positivo subconstitucional no es un derecho independiente de la Constitución, sino dependiente de ella. Un derecho subconstitucional ajeno a la Constitución, o separado de la misma, es, prima facie, un derecho inconstitucional, tal como lo es un derecho violador de la Constitución*"³⁰.

3.2.- El Estado social y la obligación de proteger a los sectores sociales más vulnerables a la violación de sus derechos

El reconocimiento del Estado social de derecho realizado por nuestra Constitución no es irrelevante al momento de interpretar la libertad contractual y fundamentalmente la autonomía privada que la sustenta, todo lo contrario, el Estado social como a continuación veremos, impone obligaciones muy concretas. El artículo 43 de la Constitución reconoce que el Estado peruano es "social y democrático de derecho". A su vez, el artículo 58 de la misma, precisa que la "iniciativa privada es libre" y que se "ejerce en una economía social de mercado". Habría que agregar el artículo 59 de la Carta Política, que precisa que "El Estado brinda oportunidades de superación a los sectores que sufren cualquier desigualdad". Este último consagra el principio del favorecimiento de sectores excluidos, sustentando la adopción de medidas típicas de discriminación positiva, la cual a su vez, tiene estrecha relación con el principio de igualdad sustancial, desarrollado por un sector de la doctrina. Según esta, tratar igual a los que son materialmente desiguales es tan violatorio del derecho a la igualdad y a la no discriminación, como tratar desigual a los que son material y sustancialmente similares³¹.

En relación con el contenido material de la fórmula del Estado Social, debemos precisar que el fundamento del Estado social parte de una premisa, "que no es posible un ejercicio real de la libertad si su establecimiento y garantías formales no van acompañadas de unas condiciones de existencia mínimas, de modo que el Estado asume la función de distribuir bienes jurídicos de contenido material a través de un sistema de prestaciones sociales de diverso signo"³². En esa misma línea, Pérez Luño habla de una "procura existencial", señala que "en el Estado social de Derecho, los poderes públicos asumen la responsabilidad de proporcionar a la generalidad de los ciudadanos las prestaciones y servicios públicos adecuados para subvenir sus necesidades vitales, es decir, vela por lo que la doctrina germana ha calificado de *procura existencial*"³³. Estas medidas concretas que materializan esta procura existencial pueden ser muy variadas³⁴.

29 *Ibidem*.

30 *Ibidem*, p. 29.

31 Luis Prieto Sanchis. "Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial". En: *Derechos Sociales y derechos de las minorías*. Segunda edición. México D.F.: Editorial Porrúa, 2001, pp. 17-68.

32 Beatriz González Moreno, *El Estado Social. Naturaleza jurídica y estructura de los derechos sociales*, Civitas, Madrid, 2002, pág. 46.

33 Antonio Pérez Luño, *Los derechos fundamentales*, 5 edic. Tecnos, Madrid, 1993, pág. 193.

34 "estas incluyen el desarrollo de sistemas o el control de sistemas sin los cuales no es posible la vida humana en la actual civilización, la seguridad de los distintos aspectos vitales en la sociedad nacional, que incluye no solo la defensa exterior, sino también la seguridad interior frente al delito y la subversión, la prevención de situaciones de necesidad de carácter global: la degradación del medio ambiente, el agotamiento de los recursos naturales, las situaciones de conflicto y las tensiones sociales, etc. Y la garantía de ciertas prestaciones sociales, más allá de su simple reconocimiento: la fijación de un salario vital

Como muy bien lo explica el TC *"la Constitución de 1993 ha adoptado un modelo de Estado social y democrático de Derecho y no por un Estado liberal de Derecho. Esto es importante en la medida que las Constituciones de los Estados liberales presuponían una sociedad integrada, en abstracto, por personas iguales y, por lo tanto, su mayor preocupación fue asegurar la libertad de las personas. Por el contrario, el establecimiento del Estado social y democrático de Derecho parte, no de una visión ideal, sino de una perspectiva social de la persona humana. El enfoque social de la persona humana se condice con el hecho que, en el Estado peruano, los ciudadanos pertenecen a una sociedad que es heterogénea tanto en sus costumbres como en sus manifestaciones culturales. Por ello, la Constitución de 1993 ha reconocido a la persona humana como miembro de un Estado multicultural y poliétnico; de ahí que no desconozca la existencia de pueblos y culturas originarios y ancestrales del Perú"*³⁵.

El relación con los pueblos indígenas, el TC ha sostenido "que la Constitución de 1993 reconozca el derecho fundamental de las personas a su identidad étnica y cultural, así como la pluralidad de las mismas, supone que el Estado social y democrático de Derecho está en la obligación de respetar, reafirmar y promover aquellas costumbres y manifestaciones culturales que forman parte de esa diversidad y pluralismo cultural, pero siempre que ellas se realicen dentro del marco de respeto a los derechos fundamentales, los principios constitucionales y los valores superiores que la Constitución incorpora"³⁶.

Todo esto exige mirar e interpretar la autonomía privada y la libertad contractual de otra manera, ya no desde una perspectiva formal sino desde una perspectiva material. En efecto, una concepción formal está emparentada con la teoría liberal, que parte del supuesto que todos somos iguales ante la ley. Una concepción material en cambio guarda relación con el Estado social del Derecho, la cual parte de reconocer las diferencias sociales, económicas y de diferente tipo. En esa línea, *"el error del liberalismo en su doctrina misma, es decir, que todo contrato se forma y se cumple bajo el signo de la libertad. Si los dos contratantes no están en igualdad de fuerzas, el más potente encuentra en el contrato una victoria sumamente fácil. Impulsado por el interés, que es el móvil más frecuente de las acciones humanas, sacrifica el bien ajeno para su propia satisfacción"*³⁷. Efectivamente, *"el contrato se convierte así en un medio de cooperación social y se produce lo que denomino como "humanización del contrato". Ello supone concebir al contrato como un medio integrador, armonizador, cooperador de las relaciones sociales, no como vehículo de explotación, de imposición, de abuso, de una parte sobre otra"*³⁸.

mínimo; el acceso a un puesto de trabajo en el marco de una política de pleno empleo; la atención a los colectivos más débiles: discapacitados, ancianos, niños, desempleos, etc.; y el acrecentamiento de las posibilidades vitales de la población mediante una justa distribución de ingresos, de acuerdo con las posibilidades de la situación económica general; mediante el progresivo acceso a los bienes culturales, con especial atención a la innovación y la posesión de los conocimientos tecnológicos (requisitos para la reproducción del sistema); y por la expansión y perfeccionamiento de los servicios sociales y de los sistemas de previsión social". Manual García Pelayo, Las transformaciones del Estado contemporáneo, 2da edic. Alianza. Madrid, 1985, págs. 29-30.

35 STC N° 00042-2004-AI, f.j. 1.

36 STC exp. N° 00042-2004-AA/TC, f.j. 1.2.

37 Georges Ripert. El régimen democrático y el derecho civil moderno, Editorial José M. Cajica Jr., México, 1951, pág. 1948. Citado por Carlos Cárdenas Quiroz, La supuesta santidad de los contratos y el artículo 62 de la Constitución Política del Perú, en: Contratación contemporánea. Teoría General y Principios, Lima, Palestra Editores, 2000, pág. 268.

38 Carlos Cárdenas Quiroz, La supuesta santidad de los contratos y el artículo 62 de la Constitución Política del Perú, en: Contratación contemporánea. Teoría General y Principios, Lima, Palestra Editores, 2000, pág. 269.

3.3.- La Constitución Económica, la libertad contractual y la autonomía privada

El ejercicio de la libertad contractual tampoco puede ser realizado de espaldas al conjunto de disposiciones constitucionales que regulan los elementos del modelo económico adoptado por el constituyente. Ellas también brindan un marco de interpretación que no solo vincula sino que orienta la interpretación del contenido de la libertad contractual. Lo importante de esto es que la actividad económica no es un espacio ajeno e impermeable al ordenamiento constitucional, sino antes bien, está "constituido" por este.

En efecto, se suele apelar al libre juego de la oferta y de la demanda como marco dentro del cual se desarrolla la relación contractual entre los diferentes agentes económicos. Sin embargo, en muchos sectores, se entiende equívocamente que ella obedecería a reglas económicas ajenas y exentas a los derechos, principios y valores contenidos en la Constitución Política. Como señala Peter Haberle *"El mercado, en el Estado Constitucional, es –como toda vida social- estructurado, funcionalizado y disciplinado normativamente, y, esto es constituido [...] El Estado Constitucional coloca al mercado a su servicio, como un sustrato material irrenunciable de sus fines ideales, orientados a favor de la dignidad del hombre y de la democracia...[El mercado] no está dado a priori "naturalmente" pero, por el contrario, ha sido constituido; no es alguna cosa autónoma y separada [...] es un ámbito social en el cual se concreta el ejercicio de diversos derechos fundamentales mediante el aporte de muchos"*³⁹.

En esa misma línea, *"el mercado está estrechamente conectado a las cuestiones fundamentales de la convivencia social..., y está subordinado al postulado de la justicia y del bien común, así como a otros sectores propios de una democracia pluralista"*⁴⁰. En tal sentido, no debe perderse de perspectiva que *"el mercado no es la medida de cada cosa y no puede ciertamente convertirse en el principal metro de valoración del hombre. No es posible regular y valorar toda la convivencia humana desde el punto de vista del mercado. En el Estado constitucional, se requiere recordar constantemente la naturaleza instrumental del mercado que emerge de los textos constitucionales"*⁴¹. En definitiva, *"en el marco de un Estado constitucional y democrático de Derecho y de un modelo de economía de mercado, la economía no constituye un fin en sí mismo, sino que es un instrumento al servicio de la persona humana y de su dignidad"*⁴². La consecuencia práctica entonces es que *"el Derecho Público y el Derecho Administrativo no debe quedar subordinado a las leyes del mercado, sino regulado; por cuanto, en la década pasado ha existido la ideología que subyace a esta política conservadora que la riqueza privada fundamental no es solo una condición necesaria, sino también suficiente de la prosperidad general definitiva, produciendo al final un "goteo" hacia los pobres sin necesidad de la intervención estatal o de la imposición redistributiva"*⁴³.

El artículo 58 de la Constitución, es claro en reconocer que el modelo económico peruano, se identifica con el de una economía social de mercado; *"de lo que se deriva*

39 Peter Haberle, Incursus. Perspectiva de una doctrina constitucional del mercado: siete tesis de trabajo, en: Constitución Económica del Perú (Foro Económico Asia-Pacífico APEC), Palestra, Lima, 2008, pág. 34.

40 Ibidem, pág. 36.

41 Ibidem, pág. 44.

42 Ibidem, pág. 52.

43 Ibidem, pág. 52.

*que si bien la iniciativa privada es libre, ella no puede ser ejercida en contraposición con el interés general y social. Por este motivo, en el marco del modelo económico que la Constitución consagra, será necesario integrar la lógica del mercado –de la competitividad y de los intereses individuales– con la satisfacción del interés general y social*⁴⁴. El mercado *“no puede resolver, por sí solo, ciertos problemas que aquejan a la sociedad producto de la economía, como son los conflictos sociales que surgen ante la ausencia de mecanismos que permitan una eficiente distribución y redistribución de la riqueza*⁴⁵. Cuando se diviniza al mercado y la libre competencia, como criterios racionalizadores de la vida productiva lo que intencionalmente se olvida, es que el mercado no funcionó sin los correctivos y los apoyos del Estado⁴⁶.

La economía social de mercado *“es el modelo económico propio del Estado social de Derecho y busca integrar de manera razonable y proporcional dos principios aparentemente contradictorios: por un lado, el principio de libertad individual y subsidiariedad del Estado; y por otro, el principio de igualdad y de solidaridad social. De esta manera, la economía social de mercado ofrece un bienestar social mínimo para todos los ciudadanos a través de las reglas del mercado, donde la iniciativa privada sigue siendo fundamental, pero debe cumplir también una función social, que coadyuve al Estado a lograr el bienestar general, en función de la construcción de una sociedad solidaria*⁴⁷.

En tal sentido, el rol del Estado en la economía se orienta a la protección y el desarrollo no solo de los derechos fundamentales sino económicos, con lo cual quedan proscritas las prácticas económicas abusivas en las que pueden incurrir los agentes del mercado. Al mismo tiempo, es importante atender el interés general a fin que el orden económico no se desarrolle al margen de las necesidades de quienes se encuentran en una situación de desventaja económica, en base al principio de solidaridad que se colige del modelo de economía social de mercado⁴⁸. Todo este desarrollo debe ser tenido en cuenta al momento de configurarse los contenidos del contrato entre SCRL y las comunidades nativas, las mismas que deben estar orientadas finalmente a un interés público, el cual se sustenta en los derechos fundamentales en general y de manera específica en los derechos de los pueblos indígenas.

3.4. El principio de proscripción del abuso del derecho

Tal como hemos visto, la libertad contractual y la autonomía privada son derechos y principios constitucionales que cuentan con cobertura normativa constitucional y legal. No obstante, estos derechos pueden ser utilizados para violar otros derechos, y en este caso, derechos de los pueblos indígenas, como el derecho al territorio, el derecho a los recursos naturales o el derecho a la identidad cultural, lo que constituye un abuso del derecho. Se entiende el abuso del derecho como un acto *“en principio lícito, pero que por una laguna específica del derecho es tratado como no lícito al atentar contra la armonía de la vida social*⁴⁹. Tal calificación, debe realizarla el juez aplicando los métodos de integración.

44 *Ibidem*, pág. 53.

45 *Ibidem*, pág. 53.

46 *Ibidem*, pág. 54.

47 *Ibidem*, pág. 57.

48 *Ibidem*, pág. 64.

49 RUBIO CORREA, Marcial. Título Preliminar. 8ª Ed. Fondo Editorial de la PUCP; Lima, 2001. p.36.

El abuso del derecho ha sido reconocido en la última parte del artículo 103 de la Constitución. Según esta regla, ni los poderes del Estado ni los particulares pueden, justificándose en el ejercicio de un derecho fundamental, violar, restringir injustificadamente otro derecho fundamental. En efecto, esta figura ocurre cuando se ejercen los derechos fundamentales *"en sentido opuesto a su propio destino o contenido"*⁵⁰. El acto abusivo es un acto ilícito debido a la trasgresión de un deber jurídico, derivado de una prohibición genérica: *"el acto abusivo, que se sustenta originariamente en un derecho subjetivo, es un acto ilícito en la medida en que, a través de una conducta antisocial –o una omisión de la misma naturaleza–, se transgrede un genérico deber jurídico recogido normativamente por el ordenamiento positivo y que, como tal, se halla presente en todas las situaciones jurídicas subjetivas de carácter patrimonial. La ilicitud del acto abusivo es específica, sui generis, por lo que se aparta de las reglas de la responsabilidad para constituir una figura autónoma"*⁵¹. La conclusión es evidente, el ejercicio de un derecho no debe exceder el uso normal del mismo, de modo que resulte antisocial o excesivo, resultando de ese ejercicio, daños para terceras personas.

El acto abusivo *"significa trascender el límite de lo lícito para ingresar en el ámbito de lo ilícito al haberse transgredido una fundamental norma de convivencia social, nada menos que un principio general del derecho dentro del cual se aloja el genérico deber de no perjudicar el interés ajeno en el ejercicio o del no uso de un derecho. Se trata, por cierto, de una ilicitud sui generis, lo que permite considerar el abuso del derecho como una figura autónoma que desborda el campo de la responsabilidad para ingresar en el de la teoría general del derecho"*⁵².

El abuso del derecho, el fraude a la ley y la desviación de poder, entendidos como ilícitos atípicos, tendrían los siguientes cuatro elementos en común: a) la existencia, *prima facie*, de una acción permitida por una regla; b) la producción de un daño como consecuencia, intencional o no, de esa acción; c) el carácter injustificado de ese daño a la luz del balance entre los principios relevantes del sistema; y d) la generación, a partir de ese balance, de una nueva regla que limita el alcance de la primera, al calificar como prohibidos comportamientos que, de acuerdo con aquella, aparecerían como permitidos⁵³.

Las tres figuras, abuso, fraude y desviación de poder, dan lugar a principios interpretativos dirigidos al operador del derecho, pero también a principios dirigidos al legislador para que legisle de manera que se eviten, en la medida de lo posible, las lagunas axiológicas que estas figuras vienen a remediar. Los elementos configurativos del abuso del derecho serían: a) una conducta permitida por el derecho positivo en virtud de una expresa disposición legal; b) el uso contrario a los claros fines de la norma; y c) la imputabilidad, pues se presume que se obra con discernimiento, intención y libertad, hasta tanto se demuestre lo contrario⁵⁴.

El TC es claro en sostener que los derechos también vinculan a los particulares, precisando que su violación es un supuesto de abuso del derecho. Para este alto tribunal *"es inadmisibles el abuso del derecho[...].es claro que los acuerdos*

50 VALENCIA ZEA, Arturo. Derecho civil. De las obligaciones. Bogotá, Ed. Temis, t. III, 9ª ed., 1998, p. 304.

51 FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos. Abuso del derecho, Buenos Aires, Ed. Astrea, 1992, pp. 139.

52 *Ibidem*, pág. 143.

53 ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan. Ilícitos atípicos. Sobre el abuso del derecho, el fraude de ley y la desviación de poder, Madrid: Trotta. 2000, p. 42

54 MOSSET ITURRASPE, Jorge. Interpretación Económica de los Contratos. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 1994, p. 138.

*contractuales, incluso los suscritos en ejercicio de la autonomía privada y la libertad contractual de los individuos, no pueden contravenir otros derechos fundamentales, puesto que, por un lado, el ejercicio de la libertad contractual no puede considerarse como un derecho absoluto y, de otro, pues todos los derechos fundamentales, en su conjunto, constituyen, como tantas veces se ha dicho aquí, ni más ni menos, el orden material de valores en los cuales se sustenta todo el ordenamiento jurídico peruano*⁵⁵.

Para el TC "(...) para que eventuales abusos en las relaciones entre privados sean planteados en el ámbito de los procesos constitucionales, no basta que se produzca un mero abuso del derecho o que se haya vulnerado un interés o derecho subjetivo de orden estrictamente legal, sino que es preciso que ello repercuta directamente en un derecho cuyo contenido sea constitucionalmente protegido. Hablar del contenido constitucionalmente protegido de un derecho no significa, desde luego, que todos sus ámbitos puedan ser objeto de tutela judicial constitucional. En el ámbito de los derechos constitucionales de contenido patrimonial es preciso, pues, desmenuzar aquello que está íntimamente ligado al libre desenvolvimiento de la personalidad y aquello de contenido eminentemente económico y, como es obvio, se trata de una tarea que debe analizarse caso por caso⁵⁶."

4.- El contenido constitucional del derecho a la libertad contractual

El ejercicio de la libertad contractual en ejercicio de la autonomía privada es el fundamento jurídico que sustenta el contrato de SCRL que ha querido ser firmado por esta empresa con el pueblo indígena Matsés, así como el contrato de AHL que se firmó con el pueblo Yagua. Urge analizar si efectivamente este derecho ha sido ejercido de acuerdo con el ordenamiento jurídico constitucional. Debemos en primer lugar precisar y diferenciar dos conceptos: libertad contractual y la libertad de contratar. La libertad contractual está referida a la libertad de configurar el contenido del contrato, es decir a la libertad de las partes a decidir el contenido del contrato, muy por el contrario, la libertad de contratar o de concluir el contrato está referida a la posibilidad de decidir si se contrata o no, de elegir con quien hacerlo⁵⁷.

Aparentemente el blindaje de la libertad contractual tiene cierta cobertura constitucional en el artículo 62 de la Constitución, el cual precisa que "*La libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato*". El problema es cuando esta disposición constitucional señala a continuación que "*Los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase*". Pareciera que el contenido del contrato es intangible, por el solo hecho que ha sido firmado por las partes, presumiblemente en forma libre. Asimismo, no podrían ser modificados bajo ninguna circunstancias, con leyes posteriores a la firma de un contrato, es decir, estos contratos serían inmodificables e irrevisables. Como señala Carlos Cárdenas, el mencionado artículo 62 "*incurre en una inexactitud de orden técnico, porque el hecho de que las partes sean libres de decidir sobre el contenido del contrato que celebren concierne más a la*

55 STC 00858-2003-AA, f.j. 21.

56 STC. N° 0410-2002-AA/TC, f. j. 8

57 Carlos Cárdenas Quiróz, La supuesta santidad de los contratos y el artículo 62 de la Constitución Política del Perú, en: Contratación contemporánea. Teoría General y Principios, Lima, Palestra Editores, 2000, (pp. 258. Un criterio similar es compartido por el TC en la sentencia 2185-2002-AA, f.j. 1 y 2.

*libertad contractual o de configuración interna y no a la libertad de contratar o de conclusión, referida a la posibilidad de decidir si se contrata o no, de elegir con quien hacerlo, de determinar cómo y cuándo se contrata*⁵⁸.

Sin embargo, el artículo 62 de la Constitución, no puede ser interpretado de forma literal y aislada. Esta disposición debe ser interpretada en consonancia con otras disposiciones constitucionales. Tenemos el artículo 2 inciso 14 de la Constitución, que reconoce que toda persona tiene derecho a "A contratar con fines lícitos, siempre que no se contravengan leyes de orden público". Asimismo, tenemos el artículo 1354 del Código Civil que prescribe que "Las partes pueden determinar libremente el contenido del contrato, siempre que no sea contrario a norma legal de carácter imperativo". Finalmente, tenemos el artículo V del Título Preliminar del Código Civil, que establece que "Es nulo el acto jurídico contrario a las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres". Si bien en estas normas se hace referencia a "leyes de orden público" o "normas legales de carácter imperativo", es decir, de rango infraconstitucional o legal, una interpretación constitucional "sistemática" de estas disposiciones, exige tomar en cuenta lo establecido en el artículo 51 y 138 de la Constitución, que establecen que las normas legales están subordinadas a las normas constitucionales indefectiblemente, toda vez que el orden legal debe estar sometido al orden constitucional, encontrando en este su límite.

En relación con el contenido constitucional el derecho a la libre contratación "se concibe como el acuerdo o convención de voluntades entre dos o más personas naturales y/o jurídicas para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica de carácter patrimonial. Dicho vínculo —fruto de la concertación de voluntades— debe versar sobre bienes o intereses que poseen apreciación económica, tener fines lícitos y no contravenir las leyes de orden público"⁵⁹. No obstante el TC ha reconocido límites a este derecho, ha precisado que "La libertad de contrato constituye un derecho fundamental, sin embargo, como todo derecho tal libertad encuentra límites en otros derechos constitucionales y en principios y bienes de relevancia constitucional. Desde tal perspectiva, resulta un argumento insustentable que lo estipulado en un contrato sea absoluto, bajo la sola condición de que haya sido convenido por las partes. Por el contrario resulta imperativo que sus estipulaciones sean compatibles con el orden público, el cual, en el contexto de un Estado constitucional de derecho, tiene su contenido primario y básico en el conjunto de valores, principios y derechos constitucionales"⁶⁰.

Asimismo, en relación con los límites, el TC precisa que "La libertad de contrato garantiza la libre determinación del objeto y las condiciones de la prestación de un servicio, sin embargo, no la de cláusulas irrazonables que terminen anulando un sentido mínimo de justicia y el sentido común. Lo contrario significaría desnaturalizar la finalidad misma del contrato, en cuanto instituto, y dar la apariencia de acuerdo autónomo de las partes a condiciones manifiestamente contrarias u onerosas a los intereses de alguna de ellas. Tal no es el sentido de la libertad de contrato,

58 Cárdenas, op. cit. pág. 258.

59 STC N° 02736-2004-AA, f.j. 9. Este derecho en consecuencia garantiza "Autodeterminación para decidir la celebración de un contrato, así como la potestad de elegir al co-celebrante. Autodeterminación para decidir, de común acuerdo, la materia objeto de regulación contractual. Así pues, en perspectiva abstracta, esta es la determinación del ámbito protegido del derecho fundamental a la libertad de contratación, lo que no quiere decir que sea un contenido oponible en todo tiempo y circunstancia al resto de derechos fundamentales reconocidos por la Carta Fundamental, pues ello implicaría una lectura aislada del texto constitucional que, en tanto unidad, impone una interpretación de sus disposiciones en concordancia práctica".

60 STC N° 06534-2006-AA, f.j. 6.

*constitucionalmente entendida. La libertad de contrato constituye un derecho fundamental y su ejercicio legítimo, en el marco de los principios y derechos fundamentales, requiere su compatibilidad con estos, lo cual no supone una restricción del legítimo ámbito de este derecho, sino su exacto encuadramiento en ese marco*⁶¹. (subrayado nuestro)

La consecuencia de ello es evidente, este derecho tienen límites explícitos e implícitos. En razón de ello es *"necesaria una lectura sistemática de la Constitución que, acorde con lo citado, permita considerar que el derecho a la contratación no es ilimitado, sino que se encuentra evidentemente condicionado en sus alcances, incluso, no sólo por límites explícitos, sino también implícitos; e) límites explícitos a la contratación, conforme a la norma pertinente, son la licitud como objetivo de todo contrato y el respeto a las normas de orden público"*⁶². El Tc va más allá y señala que dentro de los límites implícitos está los derechos fundamentales, entre los que se encuentran los pueblos indígenas ciertamente, *"Límites implícitos, en cambio, serían las restricciones del derecho de contratación frente a lo que pueda suponer el alcance de otros derechos fundamentales y la correlativa exigencia de no poder pactarse contra ellos. Asumir que un acuerdo de voluntades, por más respetable que parezca, puede operar sin ningún referente valorativo, significaría no precisamente reconocer un derecho fundamental, sino un mecanismo de eventual desnaturalización de los derechos"*⁶³.

Y en relación con la posición de dominio de una de las partes y de la debilidad de la otra, supuesto precisamente referido a los contratos de captura de carbono celebrados con los pueblos indígenas Matsés y Yagua, el TC ha señalado que *"el órgano competente no puede perder de vista que, tratándose de negocios jurídicos en los que se insertan determinadas cláusulas generales de contratación, el ejercicio de la libertad contractual y la autonomía privada carece de uno de los presupuestos funcionales de la autonomía privada; particularmente, del sujeto más débil de esa relación contractual. Y es que no se puede afirmar, sin negar la realidad, que en los convenios suscritos por un individuo aislado, con determinados poderes sociales, o entre personas que tienen una posición de poder económico o de otra índole, existe una relación de simetría e igualdad, presupuesto de la autonomía privada"*⁶⁴.

En relación con aquellos casos donde resulta claro que la aceptación por parte de una parte tiene relación con la situación de pobreza en que se encuentran y con la escasez de recursos naturales en sus territorios, consecuencia de la depredación de sus recursos y medio ambiente, el TC ha precisado que *"es particularmente evidente en aquellas situaciones en donde, pese a haberse suscrito convenios entre particulares, una de las partes ha aceptado ciertos términos contractuales que, de no haber mediado la necesidad de obtener un bien o la prestación de un servicio, entre otros supuestos, no habría aceptado, por constituir notoriamente una irrazonable autorrestricción del ejercicio de sus derechos fundamentales (v.g. el ejercicio de la dimensión negativa de la libertad contractual, esto es, desvincularse del contrato por el incumplimiento de las obligaciones contraídas por el otro contratante)"*⁶⁵. Añade el TC que *"En esos casos, dado que se presentan relaciones contractuales en las que es patente la existencia de una heteronomía, esto es, una pérdida efectiva de autonomía"*

61 Ibidem, f.j. 3.

62 STC N° 2670-2002-AA, f.j. 3.

63 Ibidem.

64 STC 00858-2003-AA, f.j. 21.

65 Ibidem, f.j. 23.

*privada por una de las partes, los derechos fundamentales, en su dimensión institucional y como sistema de valores materiales del ordenamiento, pueden y deben servir de fundamento para defenderse contra las consecuencias del propio hacer, es decir, que pueden lícitamente invocarse en la protección frente a sí mismos*⁶⁶.

Frente a esta situación, el Estado no puede ponerse de perfil y no puede mantenerse indiferente, antes bien tiene que proteger a la parte más débil en la relación contractual, en tal sentido, *"recae sobre los órganos del Estado la obligación de restaurar el equilibrio perdido a consecuencia de una relación de desigualdad, y de proteger los derechos fundamentales como sistema material de valores. También en estos casos, como lo ha afirmado el Tribunal Constitucional Federal Alemán, existe una obligación de protección de los derechos fundamentales"*⁶⁷. Añade el TC que *"en este supuesto, el deber especial de protección de los derechos no se traduce en una protección frente a terceros [...], sino de una labor garantista de los mismos órganos estatales frente a las restricciones de los derechos y libertades fundamentales aceptadas voluntariamente por la parte contratante más débil, es decir, en aquellos casos en los que los presupuestos funcionales de la autonomía privada no están suficientemente garantizados"*⁶⁸.

Cómo interpretar entonces el artículo 62 de la Constitución cuando señala literalmente que *"Los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase"*. Este texto ha merecido fundamentalmente dos interpretaciones doctrinarias, una primera absolutamente incompatible con la fuerza normativa de la Constitución y de los derechos fundamentales, que sostiene que en ella se ha consagrado *"irrestrictamente la santidad o intangibilidad de los contratos, de tal modo que las relaciones jurídicas patrimoniales en curso de ejecución no pueden ser modificadas por ninguna clase de ley o disposición"*⁶⁹. La otra posible interpretación, ajustada y compatible con la Constitución, es la que sostiene *"la intangibilidad de los contratos de manera restrictiva"*⁷⁰. Para Carlos Cárdenas⁷¹, esta última tesis busca corregir un exceso verbal de la Constitución, atribuyéndole alcances menos amplios de la que resultan de la literalidad de su texto⁷².

Para ello se recurre a una interpretación sistemática del ordenamiento jurídico nacional en su conjunto, entendiendo *"que deben diferenciarse las normas imperativas*

66 Ibidem.

67 Ibidem.

68 Ibidem.

69 Carlos Cárdenas Quiroz, La supuesta santidad de los contratos y el artículo 62 de la Constitución Política del Perú, en: Contratación contemporánea. Teoría General y Principios, Lima, Palestra Editores, 2000, págs. 259.

70 Ibidem, págs. 259 – 260.

71 Destacado profesor de la Pontificia Universidad Católica del Perú en la materia.

72 Carlos Cárdenas sustenta su interpretación restrictiva del artículo 62 de la Constitución, en los siguientes argumentos. 1) el legislador no puede renunciar al dictado de normas imperativas o de orden público que afecten las relaciones obligatorias en curso de ejecución; 2) en nuestro ordenamiento jurídico, analizado sistemáticamente, puede establecerse claramente la predominancia de las normas imperativas o de orden público, las que por su naturaleza, excluyen todo pacto en contrario o en sentido distinto, por lo que no tiene justificación que si las normas de esa clase son derogadas, modificadas o suspendidas por otras nuevas del mismo carácter, éstas no ocupen el lugar de aquellas; 3) Si la ley ha atribuido a los particulares el poder de establecer una relación jurídica patrimonial que los vincule, no puede merecer objeción el hecho de que el propio ordenamiento jurídico, que atribuye carácter obligatorio a los contratos en cuanto se haya expresado en ellos restrinja la amplitud del marco dentro del cual tales particulares puede desenvolverse, afectando las relaciones durante su ejecución; 4) la consagración de la regla de la aplicación inmediata de la ley en los términos del artículo III del Título Preliminar del Código Civil, importa que a las relaciones jurídicas en general en curso de ejecución les son aplicables las nuevas normas imperativas o de orden público, más no las de orden supletorio; 5) Admitir que ninguna norma legal, aún cuando tenga carácter imperativo o de orden público, puede afectar una relación obligatoria en curso de ejecución, significará que las normas vigentes al momento de su celebración seguirán rigiendo para esa relación ultractivamente, sin que su suspensión, modificación o derogación resulten eficaces respecto de la relación jurídica patrimonial específica; 6) Aceptar que una relación obligatoria en curso de ejecución no puede verse afectada por las normas de carácter imperativo o de orden público que se dicten con posterioridad a su establecimiento implicaría que, a nivel de sus efectos, no existiría una diferencia sustancial entre los contratos-ley que vinculen a un particular con el Estado y los contratos celebrados ente particulares. Todos los contratos gozarían, al menos en teoría, de las ventajas que ofrecen los contratos-ley, incluso de manera más amplia. Carlos Cárdenas Quiroz, op. cit., págs. 261-268.

*o de orden público de las normas supletorias, y señalando que al referirse el texto constitucional a las "leyes o disposiciones de cualquier clase", deben considerarse comprendidas en sus alcances sólo las nuevas normas supletorias de la voluntad y no las imperativas o las de orden público y, por consiguiente, éstas son aplicables a las relaciones jurídicas en curso de ejecución*⁷³. Esto es congruente con el artículo 1355 del Código Civil, que es de aplicación a los contratos ya celebrados, y cuyo texto señala que "La ley, por consideraciones de interés social, público o ético, puede imponer reglas o establecer limitaciones al contenido de los contratos".

El artículo 62 debe interpretarse de conformidad con el artículo 103 de la Constitución, modificado por la Ley de Reforma Constitucional N° 28389, según la cual, "La ley, desde su entrada en vigencia, se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes y no tiene fuerza ni efectos retroactivos; salvo, en ambos supuestos, en materia penal cuando favorece al reo". Como puede apreciarse, este artículo recoge la doctrina de los hechos cumplidos, superando la doctrina de los derechos adquiridos. En relación con este artículo, el TC ha señalado que "se ha adoptado la teoría de los hechos cumplidos dejando de lado la teoría de los derechos adquiridos, salvo cuando la misma norma constitucional lo habilite [...] la teoría de los hechos cumplidos 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"⁷⁴.

En conclusión, independientemente que estas leyes sean expedidas antes o después de la celebración de los contratos, lo importante es tener claro que la autonomía de la voluntad y la libertad contractual, no son absolutas, antes bien, ellas tienen límites en el marco normativo, tanto en leyes como en el ordenamiento constitucional.

5.- Los derechos de los pueblos indígenas⁷⁵

Los contratos que SCRL intenta suscribir (y el contrato que AHL suscribió) con las comunidades nativas amazónicas deben respetar un conjunto de derechos de pueblos indígenas que tienen rango constitucional. Estos constituyen verdaderos parámetros de validez constitucional de las cláusulas elaboradas en ejercicio de la autonomía de la voluntad y de la libertad contractual. Si bien varios derechos pueden ser afectados potencialmente por estos contratos, en nuestra opinión tres son los derechos sobre los que tienen incidencia directa estos contratos: el derecho al territorio, el derecho a los recursos naturales y el derecho a la identidad cultural, este último, como consecuencia de los dos anteriores.

Debemos comenzar por reconocer, que los estándares desarrollados por la jurisprudencia de la Corte IDH son de cumplimiento obligatorio para el Estado peruano. El fundamento de ello está en el artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, que precisa que "El contenido y alcances de los derechos constitucionales protegidos por los procesos regulados en el presente Código deben interpretarse de conformidad con [...] así como de las decisiones adoptadas por los

73 *Ibidem*, pág. 60.

74 STC N° 00316-2011-PA, f.j. 26.

75 Retomamos algunas de las ideas trabajadas por el autor y por Luis Andrés Roel Alva en Manual de herramientas legales para operadores del sistema de justicia para defender los derechos de los pueblos indígenas, IDL, Lima, 2010.

*tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según tratados de los que el Perú es parte". Asimismo el TC ha precisado que "En consecuencia, al Tribunal Constitucional, en el presente caso 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"*⁷⁶.

Finalmente, el TC es muy claro en precisar el carácter vinculante del Convenio 169 de la OIT. Según este tribunal el mencionado Convenio *"forma parte de nuestro ordenamiento jurídico, por lo tanto, como cualquier otra norma debe ser acatada. De otro lado, los "tratados internacionales sobre derechos humanos no sólo conforman nuestro ordenamiento sino que, además, ostentan rango constitucional" [STC N.º 0025-2005-PI/TC, Fundamento 33]*". Por consiguiente, en virtud del artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, el tratado internacional viene a complementar -normativa e interpretativamente- las cláusulas constitucionales sobre pueblos indígenas que, a su vez, concretizan los derechos fundamentales y las garantías institucionales de los pueblos indígenas y sus integrantes"⁷⁷.

Y en relación con la fecha de exigibilidad del Convenio, el TC señaló que *"La exigibilidad del derecho a la consulta está vinculada con la entrada en vigencia en nuestro ordenamiento jurídico del Convenio 169 de la OIT. Este Convenio fue aprobado mediante Resolución Legislativa N.º 26253, ratificado el 17 de enero de 1994 y comunicado a la OIT a través del depósito de ratificación con fecha 02 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 02 de febrero de 1995, el Convenio 169 de la OIT es de cumplimiento obligatorio en nuestro ordenamiento"*⁷⁸.

El derecho al territorio se encuentra recogido en el artículo 13 del Convenio 169 de la OIT.

«Artículo 13

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

2. La utilización del término «tierras» en los artículos 15 y 16 deberá incluir el concepto de territorios, lo que cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna otra manera.».

Analizando la propia OIT esta norma, precisa que el territorio es la base de la economía y las estrategias de sustento, las instituciones tradicionales, el bienestar espiritual y la identidad cultural particular de la mayoría de los pueblos indígenas.

76 STC N.º 00007-2007-PI/TC, f.j. 36.

77 STC N.º 00022-2009-PI, f.j. 9.

78 STC N.º 00025-2009-PI, f.j. 23.

Añade que la pérdida de tierras ancestrales amenaza la sobrevivencia misma como comunidades y pueblos distintos. Debe entenderse que cuando el Convenio habla de «tierra», el concepto abarca la totalidad del territorio que emplean, lo que incluye: los bosques, ríos, montañas y mares costeros, y tanto la superficie como el subsuelo⁷⁹.

En esa misma línea, para la Corte IDH el término «territorio» se refiere a la totalidad de la tierra y los recursos naturales que los pueblos indígenas y tribales han utilizado tradicionalmente⁸⁰. Reconocer el derecho a la tierra y al territorio de los pueblos indígenas implica reconocer la estrecha y singular relación con la tierra y las formas de organización propias. Como lo reconoce la propia OIT, la mayoría de los pueblos indígenas tiene una relación especial con la tierra y los territorios que habitan. Son los lugares donde vivieron sus ancestros y donde se desarrolla su historia, conocimientos, prácticas de sustento y creencias. Para gran parte de los pueblos indígenas el territorio tiene un significado sagrado o espiritual, que va mucho más allá del aspecto productivo y económico de la tierra⁸¹. La importancia del derecho a la tierra para los pueblos indígenas, se debe a las especiales funciones que este cumple para aquellos. Adicionalmente a constituir el sustento económico y material de los pueblos, la tierra representa el espacio histórico, físico y espiritual con el cual determinado grupo construye su identidad y sobre el cual basa su propia existencia⁸².

Asimismo, para la Corte IDH, siguiendo lo establecido en el artículo 13.1 del Convenio, la relación especial de los pueblos indígenas con la tierra, es una concreción y una manifestación del derecho a la identidad cultural; es decir, del derecho a ser «diferentes» del conjunto o de la mayoría del país. Efectivamente, los pueblos indígenas «poseen autoridades tradicionales y formas de organización comunitaria propias, centradas en el acuerdo de voluntades colectivas y el respeto. Tienen sus propias estructuras sociales, económicas y culturales»⁸³. En palabras de la Corte IDH, esta singularidad, esta especificidad cultural «se expresa por la relación espiritual que tienen con la tierra, la forma de manejo de los recursos y el profundo respeto a la naturaleza»⁸⁴. Como señaló con acierto la Corte IDH: «La cultura de los miembros de las comunidades indígenas corresponde a una forma de vida particular de ser, ver y actuar en el mundo, constituido a partir de su estrecha relación con sus territorios tradicionales y los recursos que allí se encuentran, no sólo por ser estos su principal medio de subsistencia, sino además porque constituyen un elemento integrante de su cosmovisión, religiosidad y, por ende, de su identidad cultural»⁸⁵.

Es esta conexión entre derecho a la tierra y el derecho a la identidad cultural, la que debe respetarse. Lo singular no solo está en la forma de relacionarse con la tierra: *«Las tradiciones, ritos y costumbres tienen un lugar esencial en su vida comunitaria. Su espiritualidad se refleja en la estrecha relación entre los vivos y los muertos, y se expresa a partir de la práctica de los rituales de entierro, como una forma de*

79 OIT, op. cit., pág. 91.

80 Corte IDH, Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam, Excepciones Preliminares. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 28 de noviembre de 2007, Serie C Nº 172, nota al pie de pág Nº 63.

81 OIT, Los derechos de los pueblos indígenas y tribales en la práctica, Una guía sobre el Convenio 169 de la OIT, Lima, 2009, pág. 91.

82 Rodolfo Stavenhagen, The Ethnic Question. Conflicts, Development and Human Rights, Tokyo: The United Nations University, 1990, págs 96 y 97. Citado por Elizabeth Salmón, Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Tomo 3, Los derechos de los pueblos indígenas, IDEHPUCP, Lima, 2010, pág. 41.

83 Corte IDH, Caso Masacre Plan de Sánchez Vs. Guatemala. Reparaciones y Costas, Sentencia del 19 de noviembre 2004. Serie C Nº 116, párr. 85.

84 Ibidem.

85 Corte IDH, Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia del 17 junio de 2005. Serie C Nº 125, párr. 135. Citado CIDH op. cit. pág 23

permanente contacto y solidaridad con sus antepasados. La transmisión de la cultura y del conocimiento es un rol asignado a los ancianos y las mujeres»⁸⁶. En otra oportunidad la Corte IDH precisó que «la estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe de ser reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica. Para las comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras»⁸⁷.

Según la Corte IDH, «La tierra significa más que meramente una fuente de subsistencia para ellos; también es una fuente necesaria para la continuidad de la vida y de la identidad cultural de los miembros del pueblo Saramaka. Las tierras y los recursos del pueblo Saramaka forman parte de su esencia social, ancestral y espiritual. En este territorio, el pueblo Saramaka caza, pesca y cosecha, y recogen agua, plantas para fines medicinales, aceites, minerales y madera. Los sitios sagrados están distribuidos en todo el territorio, a la vez que el territorio en sí tiene un valor sagrado para ellos»⁸⁸.

A nivel del sistema interamericano de derechos humanos, resulta interesante como la cobertura normativa de la protección de la especial relación entre los pueblos indígenas y sus recursos naturales la encontramos en el artículo 21 de la Convención Americana de Derechos Humanos, que recoge el derecho a la propiedad y que, como sabemos, ha sido reinterpretada por la Corte IDH⁸⁹. Estamos, entonces, ante una interpretación evolutiva del término «bienes», pues utiliza dicho artículo para entender que su alcance abarca «los elementos corporales e incorporeales y cualquier otro objeto inmaterial susceptible de tener un valor»⁹⁰ dentro de los que se encuentran los recursos forestales objeto del contrato entre SCRL y las comunidades nativas⁹¹.

5.1. El derecho al territorio de los pueblos indígenas como condición de subsistencia

La Corte IDH ha señalado que el derecho de los pueblos indígenas no es absoluto, puede ser limitable, siempre que este no ponga en peligro la subsistencia de los pueblos indígenas. Son derechos que deberán ser ponderados con otros derechos también con cobertura en el derecho internacional de los derechos humanos. Igual ocurre en el derecho interno, donde derechos constitucionales entran en conflicto con otros derechos constitucionales, principios y bienes jurídicos constitucionales. Nos vamos a encontrar así por ejemplo, ante casos de colisión o de tensión entre los

86 Corte IDH, Caso Masacre Plan de Sánchez Vs. Guatemala, Reparaciones y Costas. Sentencia del 19 de noviembre 2004, Serie C N° 116, párr. 85.

87 Corte IDH, Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia del 31 de agosto de 2001, Serie C N° 79, párr. 149.

88 Corte IDH, Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam. Excepciones Preliminares. Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C N° 82.

89 Corte IDH, Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia del 17 de junio de 2005, Serie C N° 125, párr. 66.

90 Mario Melo, «Últimos avances en la justiciabilidad de los derechos indígenas en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos», en: Sur, Revista Internacional de Derechos Humanos, Número 4, Año 3, 2006, pág. 36.

91 *Ibidem*, párr. 149. En palabras de la Corte: «Los 'bienes' pueden ser definidos 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 tener un valor». Podemos concluir esta parte señalando que, el artículo 21 de la Convención Americana garantiza el goce de un bien inmaterial, tal como la «especial relación» que une a los pueblos indígenas con su territorio. Esto no se refiere meramente a la posesión o al aprovechamiento material, sino que es «un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras»

derechos de los pueblos indígenas y de otro lado, los derechos humanos que empresas privadas invocan cada vez que desarrollan sus actividades extractivas, como son la libertad de empresa, de comercio y de industria. Como dice la Corte IDH “no se debe interpretar el artículo 21 de la Convención de manera que impida al Estado emitir cualquier tipo de concesión para la exploración o extracción de recursos naturales dentro del territorio Saramaka”⁹².

Decíamos antes que la relación de los pueblos indígenas con sus territorios no se agota en lo económico productivo, sino que tiene múltiples implicancias culturales, religiosas, sociales, etc. Sin embargo, no solo tiene implicancias, el territorio es un derecho especialmente importante, pues **es condición de subsistencia de los pueblos indígenas**. Para CIDH, la relación especial entre los pueblos indígenas y tribales y sus territorios significa que «el uso y goce de la tierra y de sus recursos son componentes integrales de la supervivencia física y cultural de las comunidades indígenas y de la efectiva realización de sus derechos humanos en términos más generales»⁹³.

Esto qué se quiere decir, se visualiza mejor en un caso concreto sometido a la Corte IDH. Esta señaló que *«los miembros de la Comunidad Yakye Axa viven en condiciones de miseria extrema como consecuencia de la falta de tierra y acceso a recursos naturales, producida por los hechos materia de este proceso, así como a la precariedad del asentamiento temporal en el cual se han visto obligados a permanecer y a la espera de la resolución de su solicitud de reivindicación de tierras [...] El desplazamiento de los miembros de la Comunidad de estas tierras ha ocasionado que tengan especiales y graves dificultades para obtener alimento, principalmente porque la zona que comprende su asentamiento temporal no cuenta con las condiciones adecuadas para el cultivo ni para la práctica de sus actividades tradicionales de subsistencia, tales como caza, pesca y recolección. Asimismo, en este asentamiento los miembros de la Comunidad Yakye Axa ven imposibilitado el acceso a una vivienda adecuada dotada de los servicios básicos mínimos, así como a agua limpia y servicios sanitarios»*⁹⁴.

Por lo tanto, la falta de acceso a los territorios ancestrales y la inacción estatal al respecto, exponen a los pueblos indígenas y tribales a condiciones de vida precarias o infrahumanas, en materia de acceso a la alimentación, el agua, la vivienda digna, los servicios básicos y la salud⁹⁵. Esto, consecuentemente, repercute –entre otras cosas– en mayores índices de mortalidad y desnutrición infantil, y mayor vulnerabilidad a enfermedades y epidemias⁹⁶. En esta medida, la falta de garantía por el Estado del derecho de los pueblos indígenas y tribales a vivir en su territorio ancestral, puede

92 Corte IDH. Caso del Pueblo Saramaka. Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párr. 126.

93 CIDH, Informe No. 40/04, Caso 12.053, Comunidades Indígenas Mayas del Distrito de Toledo (Belice), 12 de octubre de 2004, párr. 114. La Corte Interamericana de Derechos Humanos «ha adoptado un criterio similar [al de la CIDH] respecto del derecho de propiedad en el contexto de los pueblos indígenas, reconociendo las formas comunales de tenencia de la tierra por los indígenas y la relación singular que los pueblos indígenas mantienen con su tierra» [CIDH, Informe No. 40/04, Caso 12.053, Comunidades Indígenas Mayas del Distrito de Toledo (Belice), 12 de octubre de 2004, párr. 116. Corte IDH, Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awast Tzuc Vs. Nicaragua, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia del 31 de agosto de 2001, Serie C No. 79. Citado por Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales, op. cit., pág. 22.

94 Corte IDH, Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia del 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párr. 164.

95 362 CIDH, Acceso a la Justicia e Inclusión Social: El camino hacia el fortalecimiento de la Democracia en Bolivia, Doc. OEA/Ser.L/V/II, Doc. 34, 28 de junio de 2007, párrs. 257-268, 297 – Recomendación 8. Citado por CIDH, Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales, op. cit., pág. 23.

96 363 CIDH, Tercer Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Paraguay, Doc. OEA/Ser.L/V/II.110, Doc. 52, 9 de marzo de 2001, párr. 37. Citado por CIDH, op. cit., pág. 23.

implicar someterlos a situaciones de desprotección extrema que conllevan violaciones del derecho a la vida⁹⁷, a la integridad personal, a la existencia digna, a la alimentación, al agua, a la salud, a la educación y los derechos de los niños⁹⁸, entre otras. Adicionalmente, el desconocimiento del derecho de los miembros de las comunidades indígenas, como por ejemplo, el derecho a la identidad cultural, el derecho colectivo a la integridad cultural, o el derecho a la supervivencia colectiva de las comunidades y sus miembros⁹⁹. Las graves condiciones de vida que soportan los miembros de las comunidades indígenas que no tienen acceso a su territorio ancestral les ocasionan sufrimiento¹⁰⁰, y perjudican la preservación de su forma de vida, costumbres e idioma¹⁰¹.

La consecuencia es evidente: la afectación del derecho a la tierra tiene impacto sustancial y objetivo en los pueblos indígenas, toda vez que la tierra y los territorios cumplan una función de primera importancia en la experiencia cultural de los pueblos indígenas: La no aprobación de proyectos que amenacen la supervivencia física o cultural del pueblo¹⁰². En términos de la Corte IDH: *«Respecto de las restricciones sobre el derecho de los miembros de los pueblos indígenas y tribales, en especial al uso y goce de las tierras y los recursos naturales que han poseído tradicionalmente, un factor crucial a considerar es también si la restricción implica una denegación de las tradiciones y costumbres de un modo que ponga en peligro la propia subsistencia del grupo y de sus integrantes»*¹⁰³.

5.2. El territorio de los pueblos indígenas no solo tiene un valor económico

Una consecuencia de todo ello es el valor no solo económico de los territorios de los pueblos indígenas, el cual ha sido recogido por el TC, *“Es cierto que cuando un pueblo indígena se ve perjudicado por la expropiación de su territorio se puede vulnerar algo más que su derecho fundamental a la propiedad. Se pone en riesgo también la propia existencia del pueblo indígena y sus valores espirituales”*¹⁰⁴. En otra oportunidad precisó que *“la propiedad comunal de los pueblos indígenas no puede fundamentarse en el enfoque clásico de “propiedad” sobre el que se basa el Derecho Civil. Para los pueblos indígenas la tierra no constituye un mero bien económico, sino un elemento fundamental con componentes de carácter espiritual, cultural, social, etc. En sus tierras los pueblos indígenas desarrollan sus conocimientos, prácticas de sustento, creencias, formas de vida tradicionales que transmiten de generación en generación. El Tribunal valora la relación especial de los pueblos indígenas con sus tierras y pone*

97 CIDH, Alegatos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de Yakye Axa vs. Paraguay. Referidos en: Corte IDH, Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 17 de junio de 2005. Serie C N° 125, párr. 157(d). CIDH, Democracia y Derechos Humanos en Venezuela, Doc. OEA/Ser.LV/II, Doc. 54, 30 de diciembre de 2009, párrs. 1076 1080. CIDH, Quinto Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Guatemala, Doc. OEA/Ser.LV/II.111, Doc. 21 rev., 6 de abril de 2001, párrs. 44, 48. Citado por CIDH, op. cit., pág. 23.

98 CIDH, Democracia y Derechos Humanos en Venezuela, Doc. OEA/Ser.LV/II, Doc. 54, 30 de diciembre de 2009, párrs. 1076 1080. CIDH, Quinto Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Guatemala, Doc. OEA/Ser.LV/II.111, Doc. 21 rev., 6 de abril de 2001, párrs. 44 48. Citado por CIDH, op. cit., pág. 23.

99 CIDH, Acceso a la Justicia e Inclusión Social: El camino hacia el fortalecimiento de la Democracia en Bolivia, Doc. OEA/Ser.LV/II, Doc. 34, 28 de junio de 2007, párr. 241. Ver también: Corte IDH, Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 17 de junio de 2005, Serie C N° 125, párr. 147. Citado por CIDH, op. cit., pág. 23.

100 Corte IDH, Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia del 29 de marzo de 2006, Serie C N° 146, párrs. 73 75. Citado por CIDH, op. cit., pág. 23.

101 *Ibidem*.

102 Tomamos la denominación de la propia CIDH, op. cit., pág. 95.

103 Corte IDH, Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam, Excepciones Preliminares. Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia del 28 de noviembre de 2007. Serie C N° 172, párr. 128.

104 STC N° 00022-2009-PI/TC, f.j. 52.

*de relieve la acentuada interrelación del derecho a la propiedad comunal con otros derechos, tales como la vida, integridad, identidad cultural, libertad de religión*¹⁰⁵. Luego añade que *"al aplicar las disposiciones del referido convenio, el Estado deberá respetar la importancia especial que para los pueblos reviste su relación con las tierras o territorios. Esta relación especial también ha sido resaltada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la que además ha destacado que la protección de la propiedad comunal permite preservar el legado cultural de los pueblos indígenas y, de este modo, transmitirlo a las generaciones futuras [...]. La referida relación importa la existencia de diversas dimensiones y responsabilidades, donde debe resaltarse la dimensión colectiva y el aspecto intergeneracional, el cual es imprescindible para preservar la identidad y propio desarrollo de estos pueblos"*¹⁰⁶.

El derecho de los pueblos indígenas a la utilización de los recursos naturales¹⁰⁷ es otro derecho que está comprometido en los contratos que SCRL quiere celebrar con las comunidades nativas de Loreto. El reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas sobre los recursos naturales en sus territorios, está íntimamente relacionado con los derechos sobre las tierras y los territorios¹⁰⁸. El Convenio 169 establece, como principio básico, que los pueblos indígenas tienen derecho a los recursos naturales pertenecientes a sus tierras y derecho a participar en la utilización, administración y conservación de tales recursos. En efecto, según el artículo 15.1 del Convenio 169 de la OIT: «Los derechos de los pueblos interesados en los recursos naturales existentes en sus tierras deberán protegerse especialmente. Estos derechos comprenden el derecho de esos pueblos a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos».

Como bien dice la propia OIT en una guía de aplicación: «Estos recursos comprenden tanto los recursos renovables como los no renovables, como la madera, la pesca, el agua, la arena y los minerales»¹⁰⁹. Para la Corte IDH «se entiende que los recursos naturales que se encuentran en los territorios de los pueblos indígenas y tribales que están protegidos en los términos del artículo 21 son aquellos recursos naturales que han usado tradicionalmente y que son necesarios para la propia supervivencia, desarrollo y continuidad del estilo de vida de dicho pueblo»¹¹⁰. El artículo 15 debe ser interpretado de manera concordante con el artículo 32 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas¹¹¹.

105 STC N° 00024-2009-PI/TC, f.j. 18.

106 *Ibidem*, f.j. 19.

107 Los recursos naturales «son sustancias que existen naturalmente en la Tierra [...] son valiosos para la manufactura de productos, la satisfacción de necesidades o comodidades humanas, y la provisión de servicios ecosistémicos que mantienen la salud de la biosfera. Los recursos naturales incluyen el aire, la tierra, el agua, el gas natural, el carbón, el petróleo e hidrocarburos, los minerales, la madera, el humus, la fauna, la flora, los bosques y la vida silvestre». CIDH, Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales, pág. 14. Para la CIDH «Los recursos naturales renovables son aquellos que se reproducen o renuevan, e incluyen la vida animal, las plantas, los árboles, el agua y el viento. Los recursos no renovables son irremplazables una vez que han sido extraídos del agua o de la tierra, e incluyen el oro, la plata, los combustibles fósiles, los diamantes, el gas natural, el cobre y otros minerales».

108 OIT, Los derechos de los pueblos indígenas y tribales en la práctica, Una guía sobre el Convenio 169 de la OIT, Lima, 2009, pág. 107.

109 *Ibidem*.

110 Corte IDH. Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia del 28 de noviembre de 2007, Serie C N° 172, párr. 122. Ver también Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa, supra nota 75, párrs. 124 y 137, y Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya, supra nota 75, párrs. 118 y 121.

111 Si bien en primera instancia este cuerpo normativo no es vinculante al ser una declaración, tiene fuerza interpretativa toda vez que está referido a derechos que han sido reconocidos en normas vinculantes y que han sido plenamente incorporadas en el ordenamiento jurídico (función hermenéutica). En otras palabras, el contenido de este artículo ayuda y complementa el artículo 15 del Convenio 169 de la OIT, contribuyendo a precisar el contenido del derecho de los pueblos indígenas a los recursos naturales.

6. Criterios para examinar la validez constitucional de contratos y acuerdos

Al momento de resolver diferentes casos el TC a través de su jurisprudencia ha establecido un conjunto de criterios que permiten evaluar la constitucionalidad de los contratos privados, los cuales si bien constituyen ejercicio del derecho de libre contratación y de la autonomía privada puede generar casos de violación a derechos y principios¹¹².

6.1. "Paridad contractual distorsionada" o "asimetría de partes contractuales" y contenido manifiestamente gravoso de la cláusula

El tema central en esta parte es evaluar en qué medida las partes contratantes ejercieron su autonomía privada, es decir, en qué medida pudieron efectivamente decidir libremente el contenido del contrato. La premisa es la siguiente: *"En el derecho contractual, el equilibrio material de intereses se deriva del consentimiento de voluntades de los sujetos contratantes. Ambos se vinculan y protegen con ello al mismo tiempo sus libertades individuales de acción. Si una de las partes contratantes detenta una preponderancia tan fuerte de modo que él puede fácticamente determinar de modo unilateral el contenido del contrato, entonces este causa para la otra parte contratante una determinación extraña [...] El ordenamiento no puede prever medidas para todas las situaciones donde el equilibrio de negociación es más o menos afectado. Ya por razones de seguridad jurídica un contrato no puede ser cuestionado o corregido posteriormente ante cada trastorno del equilibrio de negociación. Sin embargo, si se trata de una típica conformación del caso donde se advierte una inferioridad estructural de una de las partes contratantes y si las consecuencias del contrato para la parte contratante inferior son inusualmente gravosas, entonces el ordenamiento jurídico civil tiene que reaccionar contra ello y posibilitar correcciones. Ello se deriva de la garantía iusfundamental de la autonomía privada [...] y del principio de Estado Social [...]"*¹¹³.

Si bien esta sentencia no es en sentido estricto vinculante, si tiene un valor ilustrativo. No podemos olvidar que de conformidad con nuestro TC, se puede recurrir *"al Derecho Constitucional comparado como un quinto método de interpretación, en la medida de que se torna en una herramienta explicativa necesaria, pues es en el conocimiento de esa diversidad de repuestas en el contexto de procesos de descentralización, que se podrá establecer los criterios y pautas que deben determinar el análisis del juez constitucional en cada caso en concreto"*¹¹⁴. En realidad, fue Peter Haberle el que precisó que el derecho constitucional comparado es el "quinto elemento de interpretación constitucional"¹¹⁵. Ciertamente, no basta con citar la sentencia de una Corte Constitucional extranjera para validar un documento o una posición, esta tiene fuerza ilustrativa que no vincula al juez, su fuerza está en su consistencia y en su solidez argumentativa que aporta a la motivación de la resolución propia.

112 Seguimos acá lo desarrollado por el excelente trabajo Mijail Mendoza Escalante, Derechos Fundamentales y Derecho privado. Eficacia de los derechos fundamentales entre particulares y su protección procesal, Grijley, Lima, 2009, pág. 104 y siguientes.

113 Sentencia BVerfGE 89, 214 (pág. 232.) Cita por Mijail Mendoza, op. Cit., pág. 106.

114 STC exp. N° 0002-2005-AI/TC, f.j. 45.

115 Peter Haberle. El Estado Constitucional, UNAM, México, 2001, pp. 162 y ss. Según este autor, la comparación jurídica es el quinto método de interpretación constitucional.

La libertad contractual solo se da en *"en el caso de una relación de fuerzas aproximadamente equilibrada de las partes contratantes, sirve como medio de un equilibrio adecuado de intereses y que el equilibrar la paridad contractual distorsionada corresponde a las funciones principales del derecho civil"*¹¹⁶. El análisis de las cláusulas debe poner atención a efectos que los contratos no sirvan como medio de una imposición externa. En ese sentido, se debe evaluar si la estipulación contractual es consecuencia de una fuerza de negociación estructuralmente desigual. La pregunta siguiente es cuando estamos ante una situación de "paridad contractual distorsionada" y cuando el contenido de un contrato es "inusualmente gravoso" o "evidentemente inadecuado". La ausencia de paridad contractual se da con los supuestos de inexperiencia de una de las partes y el consiguiente aprovechamiento de tal situación por la otra¹¹⁷. Lo decisivo es analizar de qué manera se ha llevado a cabo el contrato y especialmente cómo se ha comportado la parte contratante inferior¹¹⁸. En relación con el contenido gravoso del contrato, el riesgo de responsabilidad asumido no debería de ser "inusualmente elevado".

Siguiendo a Mijail Mendoza, un caso interesante y sugerente para el tema que nos interesa, viene de la jurisprudencia constitucional del Tribunal Constitucional Federal Alemán. Una mujer suscribió un acuerdo con el padre del hijo que esperaba en gestación, en el cual, entre otros aspectos, aquel se comprometía, en caso de divorcio, al pago de una pensión mensual de 150 marcos para el menor, sin embargo, la mujer renunciaba a toda pretensión ulterior o adicional contra el padre, por concepto de pensión a favor del menor. El acuerdo celebrado tenía una cláusula previa, donde el padre del menor se comprometía a casarse antes del nacimiento de aquel, claro ello a condición –gravosa para la madre– de aceptar la renuncia a la pensión alimenticia en caso de que se divorcieran¹¹⁹. Dos temas resultan relevantes en este caso, que se aplican al caso materia de este informe: la "paridad contractual distorsionada" y la del contenido manifiestamente desproporcional del acuerdo o contrato.

Sostiene el tribunal alemán que la protección del matrimonio y de la familia constitucionalmente garantizada, ampara la posibilidad de que la pareja pueda establecer acuerdos relacionados al matrimonio para la época en que tiene lugar o después del mismo. Sin embargo, y acá bien lo interesante, tal potestad tiene límites "ahí donde no es expresión o resultado de una situación de igualdad, sino por el contrario refleja un "dominio unilateral basado en posiciones de negociación no igualitarias"¹²⁰. En este sentido, *"si el acuerdo contiene una distribución de cargas visiblemente unilateral en perjuicio de la mujer y si este ha sido celebrado antes del matrimonio y en el contexto de su estado de gestación, la protección de la madre futura impone someter el acuerdo a un especial control judicial de su contenido y, así llevar a cabo un control material que prevea protección ante la presión e imposición de su entorno social o del padre del hijo, especialmente cuando se impone de ese modo acuerdos contrario a su voluntad"*¹²¹.

Como refiere el Tribunal alemán, tal situación de inferioridad se presenta cuando la gestante es puesta en la situación de decidir ante la posibilidad de tener que soportar

116 *Ibidem*, pág. 233.

117 Sentencia BVerfGE 89, 214 (pág. 235.) Cita por Mijail Mendoza, op. Cit., pág. 108.

118 Mijail Mendoza, op. Cit., pág. 108.

119 *Ibidem*, pág. 110.

120 *Ibidem*

121 *Ibidem*.

por s sola la manutención del hijo o comprometer al padre con tal responsabilidad a través del matrimonio, aun a costa de un acuerdo fuertemente gravoso. Su posición de negociación es debilitada por la situación fáctica en que se encuentra como madre soltera y especialmente por los esfuerzos para asegurar su propia existencia y la del niño que espera¹²². En esta decisión intervienen de modo significativo la perspectiva económica de la madre soltera, la preocupación por el futuro del menor y la presión ante el próximo nacimiento del mismo, factores que en definitiva configuran una típica posición de inferioridad de una mujer en gestación en cuanto parte contractual¹²³.

En cuanto a la desproporcionalidad de la carga asumida, la renuncia a la pensión asumida por parte de la madre es analizada por el Tribunal a la luz del derecho a la protección y asistencia de la madre por parte de la Comunidad que reconoce la Constitución. La cuestión central aquí es si la madre gestante, dada su disparidad contractual frente al padre del concebido en la suscripción de tal acuerdo, ha asumido un "perjuicio insoportable", una "carga manifiestamente perjudicial", masivamente contraria a sus intereses", "sin consideración adecuada alguna de estos", un "carga desproporcional"¹²⁴.

El Tribunal establece como regla que si bien la renuncia a pensión alimenticia -post matrimonial- puede admitirse en parejas donde ambas personas tienen trabajado y comparten los deberes frente a los hijos, ello no puede aceptarse en parejas donde una de las personas tiene como responsabilidad única el cuidado de los hijos y el trabajo en casa. Se está partiendo de la irrenunciabilidad de la pensión alimenticia de la madre, de una norma conforme a la cual, la madre divorciada, dedicada exclusivamente al cuidado de los hijos y el trabajo de casa, no puede renunciar al derecho a una pensión alimenticia. En ese contexto establece una regla general según el cual **"cuanto más se renuncia derechos y se asume deberes adicionales en el acuerdo, tanto más se incrementa este efectos de perjuicio unilateral"**¹²⁵.

El Tribunal concluye que la madre gestante había comprometido sus intereses de manera desproporcional, porque había renunciado a su propia pensión alimenticia y, además, había asumido la carga de la manutención del hijo, después del divorcio, prácticamente sola, como consecuencia de haber renunciado a toda pretensión alimenticia de aquel, mayor a la de 150 marcos. Por el contrario, en este contexto, el padre no tenía nada a que renunciar. La renuncia a su propia pensión alimenticia la ponía en una situación económica difícil, dado que se asumía por la pareja que en caso de divorcio, sería la madre la encargada de la custodia del menor, lo cual hacía difícil su posibilidad de trabajar para su propia manutención y la del menor¹²⁶. En resumen, la exigencia constitucional de paridad contractual se configura en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán como un límite inmanente o interno de la autonomía, constitucionalmente entendida¹²⁷.

122 Sentencia BVerfGE 103, 89, (pág. 102) Citada por Mijail Mendoza, op. Cit., pág. 111.

123 Sentencia BVerfGE 103, 89, (pág. 10º, 102, 105 y 106) Citada por Mijail Mendoza, op. Cit., pág. 111.

124 *Ibidem*.

125 Sentencia BVerfGE 103, 89, (pág. 105) Citada por Mijail Mendoza, op. Cit., pág. 112.

126 Mijail Mendoza, op. Cit., pág. 112.

127 *Ibidem*, pág. 113.

6.2. Clausulas "manifiestamente irrazonables" o "autorrestricción irrazonable" de derechos constitucionales

Para evaluar este criterio utilizaremos la sentencia del TC conocida como renta mínima recaída en el expediente 0858-2003-AA. El debate es si una cláusula de un contrato de adhesión es válida en contexto de absoluta asimetría de poder. Dicha cláusula establecía la obligación de una persona de estar vinculada contractualmente durante un periodo determinado, a lo largo del cual debía abonarse un "cargo fijo", "renta básica" o "renta mínima", aparentemente, con independencia de la prestación o no del servicio. Para el TC peruano, dicha cláusula es "palmariamente inconstitucional" porque estaría afectando la libertad contractual en su dimensión negativa, esto es, la libertad de desligarse del vínculo contractual a causa del incumplimiento de la obligación por una de las partes¹²⁸. Para Mijail Mendoza, la cuestión decisiva de cuando se está ante una afectación de derechos ha de depender de si está o no en el caso ante una "irrazonable autorrestricción del ejercicio de sus derechos fundamentales"¹²⁹.

En otro caso sugerente del TC se discute si una cláusula de un contrato privado de servicio de facturación individualizada por servicio de agua, celebrado entre una empresa proveedora del servicio de agua y la junta de propietarios de una comunidad de viviendas, afectaba o no el derecho a la vida y a la salud de uno de los propietarios de vivienda que no había incurrido en mora. El demandante sufrió el corte del servicio de agua por la empresa, la cual justificaba tal acto en la mencionada cláusula¹³⁰. La cláusula contractual cuestionada, establecía que la empresa prestadora del servicio de rescindir el contrato y suspender el servicio si el 25% de usuarios adeudaba por más de dos meses. Para el TC se trataba de una cláusula contractual manifiestamente irrazonable y fuera del sentido común resultaba incompatible con la propia libertad de contrato¹³¹. La "irrazonabilidad" de esta cláusula residiría en que la morosidad de algunas personas ocasionaba el corte del servicio del resto de ellas, de modo que el "usuario no moroso" "es perjudicado por incumplimiento del usuario moroso"¹³².

Esta última sentencia trabaja otro tema, que es que la referida cláusula trae consigo una "irrazonable autorrestricción de derechos fundamentales"¹³³. Para el TC, la autorrestricción residiría en la facultad de suspensión del servicio de agua a los usuarios que la cláusula habilita a la empresa proveedora del servicio. El corte del servicio del agua potable constituye una "afectación de intensidad ostensiblemente grave" al derecho a la salud y al derecho a la dignidad¹³⁴. Aun cuando la empresa tiene derecho a cobrar sus acreencias, esto no puede hacerse a costa de un derecho de tanta importancia, más aun el TC demuestra que había otras maneras de obtener lo mismo, sin sacrificar tanto.

128 STC N° 0858-2003-AA, f.j. 22.

129 *Ibidem*, pág. 23.

130 STC 06534-2006-PA/TC.

131 *Ibidem*, f.j. 3.

132 *Ibidem*, f.j. 4.

133 *Ibidem*, f.j. 6.

134 Mijail Mendoza, op. Cit., pág. 116.

7. Razones constitucionales para exigir al Estado una especial protección de los derechos de los pueblos indígenas

Un tema último sobre el que queremos hacer mención antes de analizar el caso concreto, es el deber especial de protección jurídica constitucional de los derechos de los pueblos indígenas. Como veremos, existen un conjunto de principios que vinculan y orientan a los poderes, y establecen la obligación de proteger los derechos de los pueblos indígenas, no solo frente a violaciones de funcionarios públicos o agentes de seguridad del Estado, sino ante particulares, los cuales pueden también violar derechos fundamentales.

7.1. El "deber especial de protección" de los derechos fundamentales

De conformidad con los artículos 1 y 44 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 efecto, el fundamento normativo de este deber de protección especial se halla constitucionalizado siendo su cobertura normativa los artículos 1 y 44 de la Constitución. El primero señala que "La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado"; y, el artículo 44 de la Norma Suprema, según el cual "Son deberes primordiales del Estado: [...] garantizar la plena vigencia de los derechos humanos" [subrayado agregado].

En palabras del TC, existe un "deber especial de protección de los derechos fundamentales"¹³⁵. Como dice este, esta se sustenta en la "dimensión objetiva de los derechos fundamentales"¹³⁶. Esta 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"¹³⁷.

7.2. La protección especial de los pueblos indígenas en el sistema interamericano

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

135 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)

136 STC exp. N° 0976-2001-AA/TC, f.j. 5.

137 STC exp. N° 0858-2003-AA/TC, f.j. 7.

vulnerabilidad, su derecho consuetudinario, valores, usos y costumbres¹³⁸. 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 humanos¹³⁹.

7.3. 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"¹⁴⁰. No será suficiente evitar privar a una persona de 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 que podrían tener los contratos sobre captura de carbono en cuestión, en la vida los pueblos indígenas afectados.

7.4. El principio constitucional de promover sectores excluidos como concreción del Estado social

La protección del derecho a la tierra de los pueblos indígenas permite concretar el principio del favorecimiento de los sectores excluidos contenido en el artículo 59 de la Constitución, que no es otra cosa que concreción de la cláusula constitucional del Estado Social de Derecho. En ese sentido, una medida especial positiva sería brindar una protección especial a los derechos de los pueblos indígenas ante el intento de las empresas privadas de sorprender a los pueblos indígenas a través de contratos privados.

7.5. 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.

138 *Ibidem*, párr. 63.

139 *Ibidem*, párr. 51.

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

8. Análisis del contrato no firmado (Matsés) y del contexto de la firma del contrato suscrito pero desconocido (Yagua)¹⁴¹

8.1. No ha habido un real ejercicio de la autonomía de la voluntad por parte de los pueblos indígenas Matsés y Yagua

En el caso de los Matsés, SCRL mostró a los dirigentes un contrato escrito en inglés, pero nunca se les entregó una copia del texto original, tampoco el texto del contrato traducido del inglés al castellano y menos a su lengua nativa. El contrato borrador es claro en reconocer que el texto del contrato solo debería ser celebrado en inglés, si no, no era aprobado por una instancia internacional. Esta afirmación no es cierta. Aquí incluso se trata de un fraude. SCRL reiteradamente sostuvo ante los Matsés que el contrato sería secreto y que no se lo podría mostrar a terceros. La única información que obtuvieron los dirigentes Matsés era un "resumen" y explicaciones -ambos verbales- en español y promesas de ganar millones de dólares que les ofreció el dueño de SCRL.

No obstante ello, el contrato borrador incluye dos artículos (18 y 21) en que las partes garantizan y declaran haber obtenido asesoramiento jurídico independiente con respecto al contenido del contrato. Sin conocer y entender el contenido, los Matsés habrían afirmado algo que nunca obtuvieron: la asesoría jurídica e independiente en relación al contrato. El capítulo 21.1 es claro en establecer que la falta de asesoría de una parte no será reconocida como excusa si es que esa parte incumple el contrato. En 21.2, la empresa intenta legalizar su fraude (promesas mentirosas y explicaciones distorsionadas que no tienen nada que ver con el contenido del contrato, que SCRL presentó de manera verbal en la reunión con los Matsés) cuando establece que las partes -al firmar el contrato- se basan exclusivamente en la asesoría independiente además de investigaciones y criterios propios, más no en las manifestaciones, las declaraciones y los incentivos realizados por SCRL. En otras palabras, la cláusula 21.2 habría impedido que los Matsés pudieran reclamar el cumplimiento de las promesas y explicaciones verbales que les hizo SCRL, Estas cláusulas habrían perjudicado a los Matsés.

En el caso de los Yagua, ni siquiera se les entregó el contrato (formulado en inglés) para la lectura, sino un "resumen" de una página y media escrito en español. En cuanto al asesoramiento legal cabe mencionar que una persona se ofreció como asesor legal a las comunidades Yagua cuando ésta de facto trabajaba para la empresa AHL. En ningún momento hubo una asesoría legal independiente. Después de la firma del contrato, AHL se negó a entregar los ejemplares correspondientes a las autoridades indígenas que lo firmaron, con la justificación que el contrato contenga una cláusula de confidencialidad.

En consecuencia nunca fue revisado el texto de los dos contratos en mención por los miembros de estas dos comunidades nativas y menos entendido por estos. En otras palabras, expresaron voluntad sobre un documento que nunca conocieron, que nunca leyeron, que nunca discutieron. Lo que hicieron fue fiarse de buena fe de la palabra de una persona. Tampoco contaron con información suficiente sobre este tipo de contratos y su contenido. Desconocen totalmente: 1) los mecanismos de captura de

¹⁴¹ En esta parte de conto con los valiosos aportes y sugerencias de Sandy EL Berr a quien el autor le agradece.

carbono y su puesta en valor -a través de certificados o bonos- en el mercado voluntario, 2) las normas nacionales sobre captura de carbono (no existe una reglamentación nacional para la captura de carbono debido a que la ley de Servicios Ambientales no ha sido aprobada hasta ahora), 3) la experiencia y los estándares en otros países, 4) los márgenes de ganancia que les corresponde a los pueblos indígenas en otros países, 5) tampoco sobre los antecedentes de la persona y la empresa con la que estaban contratando. En ningún momento tuvieron una capacitación adecuada¹⁴². Todo ello nos lleva a advertir **la ausencia de parte de los pueblos indígenas de una real autonomía privada.**

8.2. Existencia de una intolerable asimetría de poder entre las partes contratantes

Esta falta de traducción, (aunque lo permite el contrato para el asesoramiento jurídico), esta falta de información, independientemente de la intención de los responsables, y sobre todo esta ausencia de capacidad de las comunidades nativas de exigir ello a SCRL y AHL la información necesaria, revela la poca capacidad de las comunidades nativas para en los hechos configurar y para incidir en los términos de la relación contractual. Con ello se aseguraban que nadie de las comunidades indígenas pudiera entender el contenido de este contrato. Si bien los Matsés no firmaron, los Yagua del Apayacu sí lo hicieron, suscribiendo un contrato sin conocer el texto de cada una de las cláusulas del contrato y sin contar con información suficiente. Todo ello pone en evidencia dos cosas: la falta de información de los pueblos Matsés y Yagua, y la falta de libertad para configurar el contenido del contrato. No basta con tener la voluntad de incidir en el contrato, debo de tener la información necesaria y suficiente para poder incidir en la negociación. Esas condiciones mínimas para hacerlo, no existían al momento de celebrarse el contrato los Yagua.

En tal sentido, debería de asegurarse que las comunidades tengan información sobre el valor de sus tierras y fundamentalmente sobre la rentabilidad que la explotación de los recursos forestales que hay en ellas generará. Asimismo, se deberá garantizar que ellas tengan realmente la capacidad y la libertad de negociar los términos del contrato o la disposición de sus recursos forestales, a efectos de evitar que las empresas se aprovechen de su extrema pobreza y necesidad, de su desconocimiento del sistema jurídico nacional y del tema del contrato, tal como ha ocurrido en este caso.

8.3. No hay correspondencia y paridad al momento de repartir las ganancias entre lo que cada parte aporta y lo que cada parte obtiene como beneficio

En el contrato borrador que SCRL presentó a los Matsés y que no se concluyó, no queda claro cuál es el aporte material que sustenta la participación del 50% de la

142 14.1 Las Partes deberán tratar con confidencialidad a toda la información y los datos que adquieran en virtud del Contrato del Proyecto y deberán abstenerse de divulgarlos a terceros en todo o en parte sin el previo consentimiento por escrito de las Partes, excepto: ... (e) En la medida en que se lo requiera adecuada y razonablemente a efectos de la revisión de un asesor, consultor, experto, contratista o subcontratista empleado o contratado por aquella Parte. 14.2. Las Partes deberán tomar todas las medidas razonablemente necesarias para garantizar que solo las personas (incluidos los empleados de las Partes) que requieran razonablemente la información o los datos para el desempeño de sus deberes o funciones conozcan la información y los datos a los que se refiere la Cláusula 13.1. [sic 14.1.]. No obstante las disposiciones de la Cláusula 13.1 [sic 14.1.], en la medida en que la ley lo permita, las Partes le exigirán a las personas a quienes pretendan divulgar información o datos (que no tengan el deber legal profesional o contractual de mantener la confidencialidad de esa información o datos) que se comprometan por escrito a mantener la confidencialidad de la información y de los datos de conformidad con la Cláusula 13.1 [sic 14.1.]”

empresa SCRL como lo estipula el artículo 3.2 del contrato. Luego el artículo 3.6 dice que tras el pago de los gastos del proyecto, las partes recibirán y tomarán su porción de los recibos de la empresa en forma proporcional con las respectivas participaciones de las partes. Si uno analiza el reparto de los beneficios contenido en el contrato, advierte una asimetría y la total ausencia de correspondencia y paridad entre las prestaciones materiales. En efecto, el porcentaje de SCRL del 50% de ganancias que la empresa recibe por colocar los servicios ambientales en el mercado de carbono, es excesivamente alto y no guarda correspondencia con el riesgo que asume en la actividad y fundamentalmente con el hecho que los pueblos indígenas son titulares del derecho al territorio y del derecho de uso sobre sus bosques.

En tal sentido, se está asignando igual valor al aporte de los pueblos indígenas, que es su derecho al territorio y los recursos naturales, los cuales tienen una difícil valoración económica. Pero no se dice cuál es el aporte de la empresa privada que justifique de forma razonable su 50% de la participación y de las ganancias. Más bien, las ganancias de las partes deberían depender de lo que cada parte invierten y aporta, y del riesgo que asumen, y ese aporte y ese riesgo no queda claro. Lo que sí está claro es que los pueblos indígenas están "invirtiendo" no solo un activo económico, sino un recurso que tiene un valor cultural, espiritual, social, y del cual depende de su subsistencia como pueblo indígena.

Asimismo, encontramos además cláusulas que colocan en desventaja a los Matsés en términos económicos, concretamente que establecen la ausencia efectiva de los pueblos indígenas de control sobre la empresa. En cuanto a la desventaja en términos económicos, cabe mencionar que los gastos en que incurra el proyecto serán asumidos mayormente con fondos de la comunidad y no con fondos del proyecto, y como tal, no serían abonados antes de la repartición de las ganancias, mientras que los gastos de SCRL sí se abonarían. Ello se deriva de la definición de "gastos del proyecto" pues tras el pago de los gastos del proyecto, las partes recibirán su porcentaje (50% cada uno). En el artículo 3.7 se define como gastos del proyecto el costo y los gastos (incluidos los honorarios, el hospedaje, los viáticos y los gastos accesorios) de los consultores independientes para el suministro de servicios jurídicos, contables y técnicos que SCRL deba contratar necesariamente y según se establece en la Cláusula 7.3 [sic 8.3.] (b) a efectos de la Empresa Conjunta.

Resulta cuestionable que los gastos del proyecto excluyan específicamente todos los costos y los gastos en que cada una de las partes incurra en el cumplimiento de sus deberes y obligaciones conforme al presente, para lo que cada parte asume sus propios gastos. Según 8.3 (b) se especifica que "Emplear, contratar y designar consultores de carbono, gerentes de proyecto, contadores, abogados y otros asesores, consultores, contratistas y expertos profesionales o técnicos para que desarrollen las actividades usuales o deseables a efectos de la ejecución del Proyecto" sería considerado gastos del proyecto. Incluso, el artículo 11.2 incluye también la auditoría. En otras palabras, lo que constituye los costos de la empresa SCRL para el cumplimiento de sus deberes sería considerado gastos de proyecto y por tanto sería abonable.

En cambio, los costos para el cumplimiento de los deberes de los Matsés y la ejecución del proyecto estarían a cargo de los Matsés y no son considerados gastos del proyecto. El artículo 22.1 es más claro en establecer la desigual repartición de los costos

operativos. "... la Provincia [sic los Matsés] designa por medio del presente y en forma irrevocable a SCRL y a sus funcionarios actuales como sus apoderados para hacer y ejecutar **en su nombre y a su costo todo** lo que ha acordado hacer o ejecutar en virtud del presente o que SCRL o el apoderado consideren necesario o conveniente para la consecución, el ejercicio o el intento del ejercicio del presente, o el ejercicio de los derechos, los recursos las facultades o las discreciones de SCRL conforme al presente Contrato".

Asimismo, el artículo 6.1 (a) establece la obligación de la comunidad de "proporcionar seguridad y transporte en la medida de los medios de la Provincia a los directores, el personal, los representantes, los consultores, los contratistas, los funcionarios o los agentes de SFPL dentro de la Provincia a efectos de la Empresa Conjunta y del Proyecto". La norma no es clara, pero va en la misma línea de imponer cargas y obligaciones con un evidente costo económico no abonable, y que serán asumidas por la propia comunidad nativa. Incluso se establecen una serie de gestiones y trámites por cuenta y bajo costo de la comunidad que resultan una carga excesiva y onerosa.

Es el caso del artículo 6.3, se dice que la comunidad "se compromete a otorgar u obtener las ordenanzas, las resoluciones, los consentimientos, las aprobaciones, las autorizaciones o los permisos legales, los estatutos o las leyes o las regulaciones subsidiarias, o a realizar cualquier otra acción, que SCRL exija razonablemente y que se encuentre dentro de sus facultades legales a fin de dar efecto al presente Contrato y a los efectos de la Empresa Conjunta y del Proyecto". También podemos citar el artículo 7.2 que establece que la comunidad "se compromete a proporcionar este personal a su propio costo durante el curso de las actividades normales respecto de la silvicultura y los recursos terrestres". Aparentemente, estos gastos serían asumidos del 50% de las ganancias de la comunidad nativa, con lo cual queda claro, que en términos reales, la comunidad recibirá como ganancias menos del 50% ofrecido inicialmente en el Convenio, lo cual resulta irrazonable desde la perspectiva del derecho.

La comunidad nativa también carecería de control efectivo sobre la empresa a pesar de que tiene el 50% de participación en ella. Esto se evidencia en el artículo 8.2 del contrato cuando dispone que SCRL "tendrá la posesión y el control, y tendrá derecho a inscribirse como propietario de los Bienes de la Empresa Conjunta y los Recibos de la Empresa Conjunta que se conservarán en fideicomiso para las Partes en la proporción de su Interés en la Empresa Conjunta hasta que se distribuyan de conformidad con los derechos y el Interés respectivo de cada Parte". Lo mismo se puede advertir en el artículo 8.3 que establece que "la comunidad nativa se compromete y otorga a SCRL las facultades, las funciones y las competencias de la Provincia que sean necesarias para permitir que SCRL cumpla con sus deberes y obligaciones establecidos en el presente Contrato".

Asimismo, el artículo 8.3. (c) señala que SCRL tiene las facultadas de "Cobrar, recibir, inscribir y contabilizar los ingresos y los egresos, los cargos y los gastos, incluidas las tasas y los Impuestos del Proyecto." Ello otorga el poder a SCRL de administrar -sin participación ni control de parte de los Matsés- todas las finanzas del proyecto. Esta carencia de control efectivo de la comunidad nativa sobre la empresa se hace más clara y objetiva cuando el artículo 8.4 señala que "El otorgamiento de las facultades, las funciones y las competencias en virtud de la presente Cláusula no podrá revocarse

o modificarse sin el previo consentimiento por escrito de SCRL". No se trata de cláusulas aisladas. La posición de dominio y control de la empresa SCRL es clara y atraviesa todas las cláusulas del contrato. Es el caso también de la cláusula 22.1 y 22.2 cuando señala respectivamente que "a fin de [...] facilitar el ejercicio por parte de SCRL de todos los derechos que emergen del presente, por ley o que de otra forma ha adquirido, se le han conferido o puede ejercer en relación con el presente, la Provincia [comunidad nativa] designa por medio del presente y en forma irrevocable a SCRL y a sus funcionarios actuales como sus apoderados para hacer y ejecutar en su nombre y a su costo todo lo que ha acordado hacer o ejecutar en virtud del presente o que SCRL o el apoderado consideren necesario o conveniente para la consecución". Luego agrega que la comunidad nativa "se compromete a no revocar este poder con anterioridad a la extinción de la Empresa Conjunta".

También resulta preocupante, las graves desventajas en términos de derechos derivados del proyecto que se evidencian en el artículo 15. El artículo 15.1 señala que "Todos los Derechos de propiedad intelectual que SCRL cree, desarrolle o entregue durante la vigencia del presente Contrato serán de su propiedad exclusiva en todo momento, y su uso por parte de la Provincia [sic los Matsés] se limitará a una licencia no exclusiva durante el Plazo del presente Contrato. (...) Todos los Derechos de propiedad intelectual y los otros derechos de propiedad relacionados con el presente Contrato son y permanecerán propiedad exclusiva de SFPL, sea que se los reconozca o perfeccione específicamente en virtud de la Legislación aplicable o no, y la Provincia deberá abstenerse de poner en peligro, infringir o violar los derechos de propiedad de SCRL." Esto significa que los Matsés perderían la licencia de uso (según 15.1) si violan la cláusula de confidencialidad, y se responsabilizarían, además, de pérdidas y daños. Agrega el artículo 15.2 que "Todos los derechos que no se concedan expresamente se reservan a SCRL."

De igual manera, es necesario advertir que en el anexo B, subcapítulo potenciales ingresos, se aclara que "2. Los ingresos pueden comenzar a circular tan pronto como 1 año desde la validación del proyecto o demorar tanto como 25 años desde entonces." Y como la empresa SCRL tendría el control total y exclusivo de las finanzas (ingresos, egresos), es probable que los Matsés se hubieran endeudado al cumplir sus obligaciones para la ejecución del proyecto y esperar años o décadas hasta que vean los primeros ingresos.

Esta situación de subordinación, de desventaja y de dependencia de la comunidad nativa a la empresa SCRL, a través de este contrato, resulta incompatible con el espíritu que anima el Convenio 169 de la OIT, el cual reconoce precisamente, el derecho de los pueblos a tomar control de su desarrollo, de sus instituciones y de sus vidas, en el marco del ejercicio de su derecho a la autodeterminación¹⁴³, el cual alcanza cobertura normativa en los artículos 2 y 7.1 del mencionado Convenio, y en el quinto considerando cuando precisa: "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".

143 El derecho a la autodeterminación ha sido reconocido de forma explícita en el artículo 3 de la Declaración de las Naciones Unidas de los Derechos de los Pueblos Indígenas, según la cual, "Los pueblos indígenas tienen derecho a la libre determinación. En virtud de ese derecho determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural.

Queda claro, que estamos ante un contrato donde no hay razonabilidad entre el escaso riesgo que asume la empresa y el abultado margen de ganancia que pretende, a pesar que el pueblo indígena Matsés es el dueño del territorio. Uno de los elementos centrales en los contratos es el carácter "sinalagmático" de los contratos y el imperativo de justicia. El imperativo de que un contrato o un acuerdo sea "razonable" o "proporcional" significa exigir que él detente un *contenido justo*. El contenido justo de un contrato, desde la perspectiva de la Constitución y, en particular, de los derechos fundamentales, constituye una condición o presupuesto de validez del mismo.¹⁴⁴ En palabras de Mijail Mendoza, la justicia conmutativa es un presupuesto de validez, consustancial o inmanente, de un contrato o, en general, de un acuerdo. No puede haber, desde la perspectiva de los derechos fundamentales, un contrato o un convenio injusto. La "sinalagmia" del contrato o del convenio constituye un elemento consustancial a su validez y, por ello, presupuesto material de su validez¹⁴⁵. Debe atenderse que *"no se está exigiendo en sentido positivo, que el contenido sea justo, pues esto sería contrario al contenido del derecho que es una libertad, sino en sentido negativo, que el contenido no sea manifiestamente injusto"*. Tal precisión resulta indispensable a efectos de evitar una intervención ilegítima en la libertad contractual y en la libertad de celebrar todo tipo de acuerdo¹⁴⁶.

¿El tema es cuando estamos ante un contrato manifiestamente injusto? Para Mijail Mendoza uno de los supuestos de ello es la manifiesta ausencia de equivalencia de las prestaciones y obligaciones (o deberes), el pago ausente de contraprestación, la irracionalidad de la obligación o el deber, la ausencia de causalidad entre las cargas y las conductas que las motivan. Situaciones que en general sean manifiestamente contrarias al principio de razonabilidad, pueden ser calificadas de injustas y, con ello, arribarse a la invalidez del contrario o acuerdo¹⁴⁷. Es pertinente hacer mención de una regla de utilidad para identificar la ausencia de equivalencia de contraprestaciones puede ser aquella enunciada por el Tribunal Constitucional alemán, conforme a la cual, *"cuando más se renuncia derechos y se asume deberes adicionales en el acuerdo, tanto más se incrementa este efecto de perjuicio unilateral"*¹⁴⁸.

Pero además, desde el punto de vista de los derechos fundamentales, la ausencia de sinalagmia de un contrato o de un acuerdo puede verse también como una afectación, forzosamente consentida, en el derecho de propiedad, cuando el contenido injusto del contrato ocasiona una afectación patrimonial o, en general, en el libre desenvolvimiento de la personalidad, cuando implica una obligación, deber o carga, desprovista de carácter patrimonial¹⁴⁹. En definitiva, el contenido justo de un contrato o de un acuerdo constituye una condición material de validez de los mismos, no solo porque tal característica sea inmanente al concepto constitucional del contrato o del acuerdo, sino también porque su ausencia implica una afectación del derecho de propiedad¹⁵⁰. En el presente caso, estimamos que no existe esta correspondencia sinalagmática entre las prestaciones pues a pesar que ambas partes aportan activos objetivamente bienes y activos de diferente cantidad y valor, ambos tienen las mismas participaciones.

144 Mijail Mendoza, op. Cit., pág. 120-121.

145 Ibídem, pág. 122.

146 Ibídem, pág. 122.

147 Mijail Mendoza, op. Cit., pág. 123.

148 Sentencia BVerfGE 103, 89, (pág. 105) Cita por Mijail Mendoza, op. Cit., pág. 123.

149 Mijail Mendoza, op. Cit., pág. 123.

150 Sentencia BVerfGE 103, 89, (pág. 105) Cita por Mijail Mendoza, op. Cit., pág. 123.

8.4. No queda clara la compatibilidad entre el aprovechamiento tradicional de la comunidad sobre sus bosques y las exigencias de conservación de los bosques que el contrato le impone

Según el artículo 5.2 (b) las partes “se comprometen a no participar de actividades respecto del Proyecto o en el Área del Proyecto, excepto lo que se dispone o autoriza en el presente Contrato o lo que las Partes acuerden”. El contrato en realidad guarda silencio sobre esta parte, antes bien los pueblos indígenas tienen que adecuarse a las exigencias de lo establecido en el contrato, obviándose un punto que es fundamental. Nos referimos al derecho de los pueblos indígenas a sus recursos naturales, contenido en el artículo 15.1 del Convenio 169 de la OIT. Según dicha norma “Los derechos de los pueblos interesados a los recursos naturales existentes en sus tierras deberán protegerse especialmente. Estos derechos comprenden el derecho de esos pueblos a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos”. Estas últimas obligaciones están ausentes en el contrato antes bien como luego veremos, la comunidad nativa pierde control sobre su bosque.

Un aspecto que resulta preocupante es el referido a lo que el contrato entiende por bienes de la empresa. Según el artículo 1.1 Bienes de la empresa conjunta incluye tanto los créditos de carbono y REDD como –y aquí está lo grave- los créditos de biodiversidad. Asimismo, el artículo 8.3 señala que “Por medio del presente, la Provincia se compromete y otorga a SCRL las facultades, las funciones y las competencias de la Provincia que sean necesarias para permitir que SCRL cumpla con sus deberes y obligaciones establecidos en el presente Contrato, incluidas las facultades para: “(a) Desarrollar y utilizar los Bienes de la Empresa Conjunta a efectos del Proyecto y permitir que éstos se desarrollen, utilicen, comercialicen y vendan”. El peligro que aquí se advierte es que a través del acceso a los créditos de biodiversidad, empresas como la SCRL puede estar teniendo acceso ilimitado a los recursos genéticos o flora y fauna en general, los cuales pertenecen a la comunidad. Este tipo de disposiciones, interpretadas en concordancia con el otorgamiento del poder a SCRL al cual hace referencia el artículo 22.1, podría favorecer o permitir que la empresa SCRL termine apropiándose y sacar provecho de un patrimonio que no le pertenece¹⁵¹.

Existen también otras cláusulas que por su ambigüedad podrían dar cobertura normativa a situaciones de abuso de derecho en perjuicio de la comunidad. Es el caso por ejemplo del artículo 15.2 del contrato, el cual señala que “Todos los derechos que no se concedan expresamente se reservan a SCRL”. De igual manera, el artículo 15.1 señala que “Toda la Derechos de propiedad intelectual y los otros derechos de propiedad relacionados con el presente Contrato son y permanecerán propiedad exclusiva de SFPL, sea que se los reconozca o perfeccione específicamente en virtud de la Legislación aplicable o no, y la Provincia deberá abstenerse de poner en peligro, infringir o violar los derechos de propiedad de SCRL”. Se trata de una disposición peligrosa, pues objetivamente, está hecha para beneficiar a la SCRL y para perjudicar al pueblo indígena.

¹⁵¹ El artículo 22 titulado en su versión en inglés “POWER OF ATTORNEY” señala que se designa en el sentido de otorgar un poder. A continuación, el artículo 22.1 señala que “la Provincia designa por medio del presente y en forma irrevocable a SCRL y a sus funcionarios actuales como sus apoderados para hacer y ejecutar en su nombre y a su costo todo lo que ha acordado hacer o ejecutar en virtud del presente o que SCRL o el apoderado consideren necesario o conveniente para la consecución, el ejercicio o el intento del ejercicio del presente, o el ejercicio de los derechos, los recursos las facultades o las discreciones de SCRL conforme al presente Contrato”. Esta norma se encuentra dentro del art. 22 que hace referencia a los poderes, por lo tanto, una interpretación literal, sugiere que hace referencia a la designación del apoderado.

Otra cláusula preocupante es la contenida en el artículo 18.2.a, según la cual la comunidad nativa "Tiene derecho a otorgar a SCRL, sus representantes, agentes y contratistas el derecho de acceso lícito a la silvicultura y los recursos terrestres de las Provincias y a desempeñar los derechos y las obligaciones a los que se relacionan". En igual sentido tenemos el artículo 20.2 del contrato que señala que "Cada una de las Partes debe realizar o disponer que se realicen, o abstenerse de realizar los actos necesarios para dar efecto al presente Contrato". Son cláusulas muy generales, ambiguas, que van en la misma línea de los artículos antes analizados, y podrían significar o sustentar en determinadas circunstancias límites por ejemplo al derecho de los pueblos indígenas sobre sus territorios o sus recursos naturales, o sobre su patrimonio cultural inmaterial que incluye su biodiversidad.

De igual manera tenemos el artículo 6 del contrato denominado Asistencia de la Provincia [sic Matsés] a SCRL. Según el artículo 6.2 "Sin limitar la generalidad de la Cláusula 6.1, la Provincia se compromete a dar acceso a SCRL al Área del Proyecto y a cooperar y a brindar la asistencia necesaria a los directores, el personal, los representantes, los consultores, los contratistas, los funcionarios o los agentes de SCRL en todo momento respecto de los requisitos de medición, validación, verificación, supervisión y presentación de informes relativos a la Empresa Conjunta, al Proyecto y al acceso al Área del Proyecto". Esta cláusula, resulta también motivo de preocupación, pues en los hechos está permitiendo que extraños ingresen a los territorios de los pueblos indígenas.

Podemos concluir que no queda clara la compatibilidad entre el aprovechamiento tradicional de la comunidad sobre sus bosques y las exigencias de conservación de los bosques que el contrato le impone y los derechos de los pueblos indígenas a sus territorios y al aprovechamiento de sus recursos naturales, a pesar que el uso de estos es condición de subsistencia de los pueblos indígenas, y que estos son derechos de rango constitucional. Antes bien, se está supeditando el ejercicio de estos derechos a la autonomía de la voluntad de solo una de las partes, a pesar de que la obligación de preservación del pluralismo cultural es de orden público, de conformidad con el artículo 2 inciso 19 de la Constitución.

8.5. El derecho de los pueblos indígenas sobre el territorio no queda protegido desconociendo la especial protección que el ordenamiento constitucional le brinda al derecho al territorio de los pueblos indígenas

Si bien no se dice literal y expresamente que la comunidad nativa Matsés ha perdido el derecho a su territorio, o se limita su ejercicio, existen un conjunto de cláusulas que como hemos visto, otorgan el control de la empresa a SCRL y de manera indirecta, restringen el derecho de propiedad y el derecho al territorio hasta virtualmente, vaciar de contenido constitucional de ambos, toda vez que la parte que concentra las decisiones es la empresa SCRL, y en consecuencia, controla el territorio de la comunidad. La única referencia que encontramos es la contenida en el artículo 6.5 del contrato, la cual reconoce que la comunidad nativa "se compromete a proporcionar a SCRL y a la Empresa Conjunta la seguridad de la tenencia de las tierras en las que se han creado las Unidades de carbono y las Unidades de biodiversidad durante la vigencia del Plazo dentro de la medida de sus facultades jurídicas y según SCRL lo

solicite razonablemente”, y referencias a normas internacionales de manera genérica. No queda clara la especial protección que el derecho al territorio de los pueblos indígenas tiene en el ordenamiento jurídico. De qué sirve conservar formalmente la tenencia si en los hechos las decisiones principales y los activos están en poder de SCRL, a tal punto que constriñen y limitan el derecho a la propiedad y al territorio.

Es el caso del artículo 15.1 referido a la propiedad intelectual. En el señala que “Todos los Derechos de propiedad intelectual que SCRL cree, desarrolle o entregue durante la vigencia del presente contrato serán de su propiedad exclusiva en todo momento, y su uso por parte de la Provincia se limitará a una licencia no exclusiva durante el Plazo del presente Contrato”. Añade que “Todos los Derechos de propiedad intelectual y los otros derechos de propiedad relacionados con el presente Contrato son y permanecerán propiedad exclusiva de SCRL, sea que se los reconozca o perfeccione específicamente en virtud de la Legislación aplicable o no, y la Provincia deberá abstenerse de poner en peligro, infringir o violar los derechos de propiedad de SCRL”. En el mismo sentido, está redactado el artículo 15.2, que precisa que “Todos los derechos que no se concedan expresamente se reservan a SCRL”. La propiedad intelectual es muy amplia pudiendo abarcar temas relacionados con la biodiversidad. Este tipo de cláusulas implicaría reconocer que los Matsés tendrían una licencia no exclusiva del uso de sus recursos naturales que podría ser revertida.

No queda claro a qué derecho y sobre qué objetos recae este derecho de propiedad y que son de propiedad exclusiva de SCRL. Si es derecho de propiedad en principio, este recaería sobre el territorio, toda vez que el artículo 22 sobre los poderes, establece el control total de hecho del territorio y de los recursos naturales por SCRL, sin embargo bien sabemos que hay otros derechos sobre el patrimonio inmaterial que podrían terminar en manos de SCRL, sin tener derecho a él. Esta norma olvida la especial protección del territorio que el ordenamiento dispensa al derecho al territorio de los pueblos indígenas, en atención a su relación con la subsistencia de los mismos, en la medida en que se pueda afectar el acceso de los pueblos indígenas a los recursos naturales que garantizan su reproducción. No son las únicas normas, existen un conjunto de cláusulas, que recogen disposiciones en esa misma línea. Tenemos por ejemplo, los artículos 5.2 (b) y (d), 6.2, 6.3, 8.3, 18.2, 20.2 y 22.1, los cuales permiten una interpretación según la cual se ceda de facto (y en 15.1.y 15.2. legalmente) el derecho al territorio y sus recursos naturales.

Si uno revisa las diferentes disposiciones del contrato constata rápidamente la ausencia de consideración de la empresa SCRL de la especial protección que el ordenamiento jurídico le dispensa al derecho al territorio de los pueblos indígenas, al momento de disponer de ellos en los contratos, especial protección que tiene su fundamental en la especial conexión de la tierra con la supervivencia de estos pueblos indígenas. Para ello debemos de preguntarnos si tiene el derecho de propiedad de los pueblos indígenas una protección especial respecto al derecho de propiedad general contenido en el código civil. Tal como ya lo hemos analizado, la importancia y el papel de la tierra para la vida y la subsistencia de los pueblos indígenas, exige al Estado y al ordenamiento jurídico una protección especial (art. 13 del Convenio 169 y 25 de la Declaración de las Naciones Unidas de los Derechos de los Pueblos Indígenas). A ello hay que sumar el hecho que es obligación del Estado no solo el reconocimiento sino la protección de ese pluralismo cultural (art. 2.19 de la Constitución). Si un pueblo indígena desaparece, este pluralismo se vería disminuido.

Pero no solo eso, el derecho de propiedad está indisolublemente ligado a otros derechos de rango constitucional como el derecho a la libre determinación (art. 3 y 4 de la DNUDPI), el derecho a la identidad e integridad cultural (art. 2 del Convenio 169 y 8 de la DNUDPI), y fundamentalmente, con el derecho al territorio y a los recursos naturales (art. 14 y 15 del Convenio 169 y 26 de la DNUDPI). Es decir, no solo violan estos derechos cuando se viola el derecho de propiedad sobre la tierra, sino que este derecho a la propiedad de la tierra es condición para la vigencia de los otros derechos de los pueblos indígenas.

Como señala Bartolomé Clavero, el derecho territorial indígena “no es así sólo un derecho de orden civil derivado de un código o de una mera ley, sino también, como derecho humano, un derecho de alcance constitucional o, dicho mejor, preconstitucional, un derecho al que, como a todos los derechos humanos, la Constitución del Estado y el Estado mismo se deben. El derecho de propiedad de los pueblos indígenas sobre sus territorios no depende de Constitución ni de ley, de poder constituyente ni de poder constituido, sino que les precede”. Añade que “No sólo se trata de que los pueblos indígenas tengan derecho de propiedad sobre sus territorios, porque tienen otros, incluso más fundamentales, que afectan igualmente a los mismos, a los territorios, por la fuerte vinculación que suponen entre pueblo y tierra. Existen como derechos suyos, de los pueblos indígenas, de un alcance igualmente colectivo derechos como el derecho a la vida, el derecho a la integridad y el derecho a la cultura, a una vida, a una integridad y a una cultura, las propias como pueblos, que es difícil, si no imposible, que se sostengan sin la base de la propia tierra. Hay con todo esto una ,relación especial de los pueblos indígenas y sus territorios’, algo que no cabe reducirse al simple derecho de propiedad de cualquier titular privado por muy derecho humano que éste también se califique”¹⁵².

En tal sentido, el contrato que SCRL pretende firmar con comunidades nativas resulta inconstitucional en la medida en que desconoce la especial protección que el ordenamiento constitucional e internacional le brinda al derecho al territorio de los pueblos indígenas, el cual tiene su fundamento, en la especial importancia que la tierra y el territorio tiene para los pueblos indígenas. Eso lo dice el artículo 13.1 del Convenio 169 de la OIT: “los gobiernos deberán respetar la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios, o con ambos, según los casos, que ocupan o utilizan de alguna otra manera, y en particular los aspectos colectivos de esa relación”. En esa misma líneas, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha destacado “*la significación especial de la propiedad comunal de las tierras ancestrales para los pueblos indígenas, inclusive para preservar su identidad cultural y trasmitirla a las generaciones futuras [...]La cultura de los miembros de las comunidades indígenas corresponde a una forma de vida particular de ser, ver y actuar en el mundo, constituido a partir de su estrecha relación con sus territorios tradicionales y los recursos que allí se encuentran, no sólo por ser estos su principal medio de subsistencia, sino además porque constituyen un elemento integrante de su cosmovisión, religiosidad y, por ende, de su identidad cultural*”¹⁵³.

152 Ver <http://clavero.derechosindigenas.org/?p=10554>.

153 Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay, Sentencia 17 de junio de 2005, Serie C No. 125, párrafos 124 y 135.

8.6. La cláusula de confidencialidad limita las posibilidades de la comunidad nativa de asesorarse en forma previa a la suscripción del contrato y es incompatible con el hecho que la preservación y protección de los derechos de los pueblos indígenas es de interés público

Si bien el artículo 18.1.d del contrato reconoce que cada una de las partes garantiza que la otra parte "Ha solicitado y obtenido asesoramiento jurídico independiente respecto de las cuestiones contenidas en el presente Contrato y de su celebración", estimamos que se trata de un acto de reconocimiento formal, pues en los hechos, se prohíbe a las comunidades nativas que tomen contacto con terceros. Un reconocimiento parecido al 18.1 puede ser encontrado en el artículo 21.1 y 21.2.b, sin embargo, se trata de declaraciones retóricas pues el deber de confidencialidad (capítulos 14 y 15) neutraliza y bloquea la posibilidad de asesoramiento por especialistas.

Esta regla se desprende también del artículo 14.1 del contrato cuando señala que "Las Partes deberán tratar con confidencialidad a toda la información y los datos que adquieran en virtud del Contrato del Proyecto y deberán abstenerse de divulgarlos a terceros en todo o en parte sin el previo consentimiento por escrito de las Partes, excepto: (...) (e) En la medida en que se lo requiera adecuada y razonablemente a efectos de la revisión de un asesor, consultor, experto, contratista o subcontratista empleado o contratado por aquella Parte." Esta regla se repite por ejemplo en el artículo 28.6 cuando establece que "La información o los documentos que una de las partes en la disputa divulgue en virtud de la presente Cláusula: (a) deberán mantenerse en confidencialidad; y (b) no podrán ser utilizados con otro fin que no sea resolver la Controversia". En definitiva, si bien se reconoce el derecho de la comunidad nativa, de asesorarse, esta facultad es muy restrictiva, pues existen cláusulas en forma reiterada obligan a la confidencialidad del contenido del contrato. Estamos ante disposiciones contradictorias, que olvidan que la subsistencia de los pueblos y el futuro de sus territorios y de sus derechos es un asunto de interés público, que interese a todo el país, pues la protección del pluralismo cultural es una obligación del Estado. Lo que estas cláusulas de confidencialidad, promueven y fomentan, antes que un debate y una discusión abierta y transparente, es una cultura del secreto, que solo genera sospechas y suspicacias sobre los manejos y sobre las gestiones irregulares en la tramitación de este tipo de contratos

De conformidad con el artículo 2 inciso 19 de la Constitución, que señala la obligación del Estado no solo de reconocer sino de proteger el pluralismo cultural en nuestro país, la suerte y lo que les pase a los pueblos indígenas no es un asunto privado, de exclusivo interés de sus miembros. La preservación y protección de las comunidades nativas es un asunto de interés público, en la medida que la extinción de un pueblo indígena o de una comunidad nativa afecta el pluralismo cultural, es decir, el Estado incumple su obligación de protegerlas.

8.7. Establecimiento de condiciones desventajosas en caso de controversias entre las partes en perjuicio de la comunidad nativa

Esta es otra forma a través de la cual se manifiesta la evidente asimetría de poder al momento de configurar las cláusulas. En efecto, en caso de controversias entre las partes del contrato, la comunidad nativa cuenta con pocas y limitadas posibilidades de defender sus derechos, pues se establecen una serie de reglas que en los hechos establecen barreras de acceso a la justicia de la comunidad nativa, difícilmente superables por una comunidad que carece de recursos económicos y personales necesarios y suficientes.

En efecto, tenemos por ejemplo el artículo 23.1 del contrato que establece que "Cada una de las Partes pagará sus propios gastos judiciales y todos los costos y los gastos relacionados con la negociación, preparación y celebración del presente Contrato". Sin embargo, donde esta realidad se hace más palmaria es en el artículo 26.1 cuando se establece de forma absurda e injustificada que someterán a la legislación y la jurisdicción de tribunales de Inglaterra y de Gales, "El presente Contrato y su interpretación se rigen por la ley vigente en Inglaterra y Gales. Se considerará que las Partes, al acordar celebrar este Contrato, se someten a la competencia no exclusiva de los tribunales de Inglaterra y Gales y de cualquier tribunal que sea competente para resolver apelaciones de alguno de dichos tribunales.". Esto torna absolutamente inalcanzable la posibilidad de una recta solución de conflictos, no solo por las evidentes barreras geográficas de acceso a la justicia, sino por las barreras culturales, lingüísticas y fundamentalmente económicas que acceder a estos tribunales implicaría. Esta regla de recurrir a las leyes y la jurisdicción de Inglaterra y de Gales se repite en los artículos 30.1, 30.2 y 32.1.c.

Hay que reparar en el hecho que no sabemos a ciencia cierta cómo está regulado el derecho al territorio de los pueblos indígenas en Inglaterra. Lo que sí sabemos es que, a diferencia de Perú, ellos no han firmado el Convenio 169 de la OIT, razón por la cual carecen de un marco normativo protector y garantista de los derechos de los pueblos indígenas. Esto significa que, esta cláusula solo puede significar indefensión de los derechos de los pueblos indígenas. En otras palabras, existe el riesgo de que la comunidad indígena Matsés podría perder el derecho a sus recursos naturales y hasta el derecho a su territorio.

Lo mismo se puede apreciar en el artículo 28.4 cuando el contrato establece por ejemplo que "En caso de que las Partes Enfrentadas no logran resolver la Controversia dentro del período inicial (la etapa de negociación), cada una ellas acuerda que la controversia se deberá someter a mediación de conformidad el Reglamento de Mediación del Centro de Mediación de Filipinas cuando una de ellas así lo solicite: (a) al mediador acordado por las partes en la disputa; o (b) si las partes en la disputa no hubieran designado de mutuo acuerdo a un mediador en el plazo de siete días de finalizado el período inicial, al mediador que hubiera propuesto el entonces presidente del Centro de Mediación de Filipinas o quien éste designe". Cuál es el sentido de someternos a un reglamento de Filipinas, o someterse a la decisión de este. ¿Olvido, error o negligencia al momento de elaborar el contrato o manifiesta voluntad de obstaculizar el derecho a acceso a la justicia?

Una idea similar puede desprender del artículo 28.7 cuando señala que las partes asumen los costos de la mediación "Cada una de las partes en la disputa deberá pagar los costos propios que se generen a partir del cumplimiento de la presente Cláusula, y ambas pagarán en partes iguales los derivados de la actuación del mediador interviniente.". Estamos ante una empresa que cuenta suponemos con un capital y una comunidad campesina, que sospechamos, tendrá que utilizar los recursos que le genere este contrato. La situación de falta de paridad se verifica cuando una de las partes, desconoce el marco normativo que regula este tipo de materias, a diferencia de la empresa, que si posee una experticia en estas materias.

Pero estas condiciones desventajosas lindan con el abuso y el aprovechamiento. Es el caso por ejemplo del artículo 29.4 que señala "La cantidad de árbitros será uno. El arbitraje se llevará a cabo en idioma inglés, a través de una mediación en el tribunal que las partes acuerden". También tenemos el artículo 29.2 que establece "Cualquier controversia, conflicto o reclamo que surja en relación con la interpretación, la aplicación o el cumplimiento del presente Contrato, o que derive de ello, lo que incluye su existencia, validez o rescisión, y que no se hubiera resuelto mediante negociación o mediación de conformidad con la Cláusula 26 o 27 [sic 27 o 28] respectivamente, se resolverá mediante **arbitraje definitivo, inapelable y vinculante** de conformidad con el Reglamento Facultativo de Arbitraje de Controversias Relativas a Recursos Naturales y Medio Ambiente de la Corte Permanente de Arbitraje."

Debe tenerse presente, que además de poner barreras al acceso a la justicia en perjuicio a los Matsés, las clausulas 26 a 30 imposibilitan que los Matsés puedan exigir y hacer valer sus derechos como pueblos indígenas pues se someten a la legislación y la jurisdicción de tribunales de Inglaterra y de Gales y al tribunal de arbitraje inapelable en La Haya, estados ninguno de los cuales ha firmado y suscrito el Convenio 169 de la OIT el cual brinda un marco de protección de bastante garantista al derecho al territorio de los pueblos indígenas. Al ser no vinculante este instrumento de protección internacional, se aplicaran las normas civiles, que bien sabemos brinda un tratamiento que desconoce e ignora la especial situación de vulnerabilidad de los pueblos indígenas frente a las trasnacionales y a los Estados. En resumen, la firma de este contrato, podría implicar la renuncia por parte de los Matsés a aplicar un cuerpo de normas, derechos y principios que son protectores de sus derechos.

Todas estas reglas abusivas resultan absolutamente incompatibles con el derecho de acceso a la justicia reconocido de manera tácita en el artículo 139 inciso 3 de la Constitución que reconoce el derecho al debido proceso y a la tutela judicial efectiva, y el artículo 4 del Código Procesal Constitucional que reconoce de manera expresa el derecho de acceso a la justicia, como garantía que concreta la tutela judicial efectiva.

Como señala el artículo 17 inciso 3 del Convenio 169 de la OIT, "Deberá impedirse que personas extrañas a esos pueblos puedan aprovecharse de las costumbres de esos pueblos o de su desconocimiento de las leyes por parte de sus miembros para arrogarse la propiedad, la posesión o el uso de las tierras pertenecientes a ellos". En este caso, es claro que a través de diferentes artimañas (contrato no traducido del inglés, con jurisdicción para la solución de controversias en Inglaterra, etc.) la empresa SCRL se aprovecha del desconocimiento de la comunidad nativa de la cultura occidental y de la regulación específica de estas materias para celebrar un contrato en condiciones desventajosas para las comunidades nativas.

8.8. Desprotección del derecho de los pueblos indígenas a sus conocimientos ancestrales

Existen un conjunto de cláusulas que reservan todos los derechos de propiedad intelectual derivados del proyecto, en beneficio exclusivo de la empresa SRCL. La comunidad nativa sólo tendría una licencia de uso no exclusiva y reversible. Se está violando el derecho de los indígenas a sus conocimientos ancestrales y la participación en los beneficios derivados del uso de conocimientos ancestrales los cuales están reconocidos en la ley 27811, más conocida como la "Ley que establece el régimen de protección de los conocimientos colectivos de los pueblos indígenas vinculados a los recursos biológicos", y en la Convención sobre la Diversidad Biológica¹⁵⁴, en particular los artículos 1 y 8.j.

En efecto, en el artículo 15.1 del contrato precisa que "Todos los Derechos de propiedad intelectual que SCRL cree, desarrolle o entregue durante la vigencia del presente Contrato serán de su propiedad exclusiva en todo momento, y su uso por parte de la Provincia se limitará a una licencia no exclusiva durante el Plazo del presente Contrato". Añade que "Todos los derechos de propiedad intelectual y los otros derechos de propiedad relacionados con el presente Contrato son y permanecerán propiedad exclusiva de SCRL, sea que se los reconozca o perfeccione específicamente en virtud de la Legislación aplicable o no, y la Provincia deberá".

En el siguiente artículo 15.2 agrega que "Todos los Derechos de propiedad intelectual para el cumplimiento del presente Contrato conservarán los derechos de autor, los secretos industriales y los derechos de know-how técnico, las patentes, las marcas registradas y los derechos de propiedad que se relacionen con el presente Contrato". Asimismo, añade que la comunidad nativa "se compromete a no utilizar, copiar, reproducir, alterar, modificar, descompilar, desarmar, realizar ingeniería inversa o crear obras derivadas sobre la base del presente Contrato o eliminar, desfigurar o destruir las notificaciones de derecho de autor o de patente, las marcas registradas, las marcas de servicio registradas u otras marcas de derechos de propiedad o leyendas de confidencialidad colocadas de conformidad con el presente Contrato. Todos los derechos que no se concedan expresamente se reservan a SCRL".

En definitiva, el texto del artículo 15 no hace referencia al derecho de los pueblos indígenas a sus conocimientos ancestrales. Esta falta es potencialmente peligrosa, y puede ser aprovechada para que algunas personas vinculadas a SCRL o a terceros contratados por esta, para aprovechándose de este convenio, apropiarse de estos conocimientos y abre la puerta a la biopiratería.

¹⁵⁴ Perú ratificó la Convención la cual es vigente en el Perú desde 07.06.1993.

8.9. El contrato desconoce que los derechos de los pueblos indígenas son límites materiales que condicionan la validez de los contratos

Debemos comenzar por preguntarnos si se puede renunciar a los derechos fundamentales. Los derechos fundamentales representan en su dimensión objetiva principios objetivos del ordenamiento jurídico y de la sociedad y, por otra parte, constituyen manifestación concreta del principio de dignidad humana de la persona¹⁵⁵. Estos dos principios que constituyen la doble dimensión de los derechos fundamentales, son el fundamento para sostener el carácter irrenunciable de los derechos fundamentales. Las relaciones entre los particulares no son una excepción a este principio. Antes bien los derechos fundamentales son un límite de la libertad contractual. En consecuencia los derechos fundamentales son indisponibles. En el caso del contrato de captura de carbono con comunidades nativas, es necesario tener en cuenta que si bien los derechos son irrenunciables en principio, sin embargo, el derecho a la propiedad constituye la excepción, ya que si bien es un derecho fundamental, es renunciable¹⁵⁶. Precisamente uno de los atributos es la disposición de esta.

En el caso de la celebración de contratos de captura de carbono, la condición es que la celebración de contratos se realice entre personas libres e iguales y que tengan pleno conocimiento de las condiciones que están pactando y que tengan plena información del valor de los objetos materia de contrato. Esto no ocurre en este caso, pues como hemos visto, las comunidades son sorprendidas no se les da toda la información necesaria (ni el contrato traducido), y hay un aprovechamiento de la pobreza y miseria en que viven estas comunidades, todo lo cual acarrea un vicio de nulidad respecto del contrato.

Sobre el particular, el TC ha dicho "*Ante este tipo de situaciones [en las que resulta más que evidente que determinados contenidos insertos en ese tipo de convenios, no podrían ser aceptados en términos normales de un sujeto libre e igual, a no ser que la imposición por uno de ellos sea aceptada por razones de necesidad por el sujeto social más débil], la cuestión a plantear es: O se hace abstracción de aquella situación que presenta la realidad, so pretexto de garantizarse el modo como se ha venido entendiendo el tráfico entre privados, con el resultado de aceptar que los derechos fundamentales pueden ser [y de hecho son] vulnerados por los grupos sociales con dominium, o se afirma que ni siquiera garantizándose el modo como se ha venido entendiendo el tráfico entre privados, es posible consentir que, en esas relaciones, los derechos fundamentales se desconozcan*". (f.j. 22). Añade del TC que "*es claro que los acuerdos contractuales, incluso los suscritos en ejercicio de la autonomía privada y la libertad contractual de los individuos, no pueden contravenir otros derechos fundamentales, puesto que, por un lado, el ejercicio de la libertad contractual no puede considerarse como un derecho absoluto y, de otro, pues todos los derechos fundamentales, en su conjunto, constituyen, como tantas veces se ha dicho aquí, ni*

155 Mijail Mendoza, op. Cit., pág. 118.

156 Ibídem.

*más ni menos, el orden material de valores en los cuales se sustenta todo el ordenamiento jurídico peruano*¹⁵⁷.

8.10. La obligación estatal de proteger la parte débil en una relación contractual

Ha quedado en evidencia no solo que no existe paridad entre la comunidad nativa y SCRL, sino que esta última concentra muchas facultades y capacidad de decisión que en los hechos, implica una pérdida de control de la comunidad nativa respecto del contrato, de la actividad económica que se pretende, y lo peor de todo, sobre su recursos naturales objeto del contrato. Ante esta situación de asimetría, es necesario preguntarse cuál es la función o el rol que le corresponde desempeñar al Estado, para lo cual recurriremos a la jurisprudencia vinculante del TC.

Este alto tribunal ha desarrollado una jurisprudencia donde ha insistido en el deber especial de protección de los usuarios y consumidores, cuando se abusa de una posición de dominio sobre los consumidores. Dicha regla deviene en aplicable toda vez que no existe paridad entre las partes en el contrato materia de análisis. Este es el caso por ejemplo de la sentencia recaída en el exp. N° 0858-2003-AA, sobre el caso de la renta mínima. Esta jurisprudencia resulta de aplicación al caso de los contratos celebrados por los pueblos nativos con SCRL, toda vez que se si bien no estamos ante contratos de adhesión que motivó la sentencia del TC, se aplica a los contratos celebrados materia de análisis, pues existe en este caso una clara y objetiva situación de asimetría entre los pueblos indígenas y la empresa interesada en estos contratos de captura de carbono.

Resulta pertinente recordar lo señalado por el propio TC cuando precisa que *"los derechos fundamentales también vinculan las relaciones entre privados, de manera que quienes están llamados a resolver controversias que en el seno de esas relaciones se pudieran presentar, han de resolver aquéllas a través de las normas jurídicas que regulan este tipo de relaciones entre privados, pero sin olvidar que los derechos fundamentales no son bienes de libre disposición, y tampoco se encuentran ausentes de las normas que regulan esas relaciones inter privados"*¹⁵⁸. Los derechos fundamentales no solo se irradian a las relaciones de las personas con el Estado, sino a las relaciones horizontales entre los particulares. No puede perder de vista que, *"tratándose de negocios jurídicos en los que se insertan determinadas cláusulas generales de contratación, el ejercicio de la libertad contractual y la autonomía privada carece de uno de los presupuestos funcionales de la autonomía privada; particularmente, del sujeto más débil de esa relación contractual. Y es que no se puede afirmar, sin negar la realidad, que en los convenios suscritos por un individuo aislado, con determinados poderes sociales, o entre personas que tienen una posición de poder económico o de otra índole, existe una relación de simetría e igualdad,*

157 STC N° 0858-2003-AA, f.j. 22. En la misma sentencia el TC dice que "dado que se presentan relaciones contractuales en las que es patente la existencia de una heteronomía, esto es, una pérdida efectiva de autonomía privada por una de las partes, los derechos fundamentales, en su dimensión institucional y como sistema de valores materiales del ordenamiento, pueden y deben servir de fundamento para defenderse contra las consecuencias del propio hacer, es decir, que pueden lícitamente invocarse en la protección frente a sí mismos" (f.j. 23). Ante esta situación "recae sobre los órganos del Estado la obligación de restaurar el equilibrio perdido a consecuencia de una relación de desigualdad, y de proteger los derechos fundamentales como sistema material de valores". Esto trae como consecuencia, "una labor garantista de los mismos órganos estatales frente a las restricciones de los derechos y libertades fundamentales aceptadas voluntariamente por la parte contratante más débil, es decir, en aquellos casos en los que los presupuestos funcionales de la autonomía privada no están suficientemente garantizados" (f.j. 23).

158 STC N° 0976-2001-AA/TC.

*presupuesto de la autonomía privada*¹⁵⁹. En otras palabras, un sujeto contratante débil no tiene autonomía privada y menos libertad contractual.

Pedro de Vega llama la atención sobre la existencia de poderes facticos los cuales termina imponiéndose sobre grupos aislados, afectando en última instancia el principio de igualdad. Según este, *"La aparición en el seno de la sociedad corporatista de poderes privados, capaces de imponer su voluntad y dominium, con igual o mayor fuerza que los poderes públicos del Estado, determina [...] un nuevo y más amplio entendimiento de la dialéctica libertad-poder" [...]. "En sociedades estructuradas, a las que los individuos se acogen voluntariamente, será el poder de esos grupos y corporaciones el que acabe siempre prevaleciendo sobre los ciudadanos aisladamente considerados. Las relaciones formales de igualdad entre los particulares se transforman entonces en relaciones de preeminencia en las que los grupos hacen valer su dominium en una doble perspectiva. Desde el punto de vista interno, el principio de igualdad ante la ley quedará definitivamente conculcado, en la medida en que las disposiciones sancionatorias establecidas por los grupos contra las conductas de los sujetos aislados que se inserten en ellos, inevitablemente prevalezcan sobre la ley. Por otro lado, desde el punto de vista de la actuación externa, la supremacía de unos grupos sobre otros y, en todo caso, sobre los individuos aisladamente considerados, se traducirá en la imposición de condiciones que los más débiles forzosamente deberán aceptar"*¹⁶⁰.

Esta situación de asimetría se profundiza y se acentúa cuando materialmente una de las partes que participan en la celebración de un contrato, está en situación de pobreza y de necesidad, lo cual en los hechos anula su capacidad de incidir y de configurar el contenido de la relación contractual y cada una de las disposiciones. Como señala el TC en relación con el Estado social y democrático de derecho abrazado por la Constitución de 1993, distinto del Estado liberal de Derecho, *"en la medida que las Constituciones de los Estados liberales presuponían una sociedad integrada, en abstracto, por personas iguales y, por lo tanto, su mayor preocupación fue asegurar la libertad de las personas. Por el contrario, el establecimiento del Estado social y democrático de Derecho parte, no de una visión ideal, sino de una perspectiva social de la persona humana"*¹⁶¹.

A juicio del TC esta situación plantea dos exigencias y obligaciones jurídicas muy concretas: restaurar el equilibrio entre las partes y proteger los derechos fundamentales. Según este *"recae sobre los órganos del Estado la obligación de restaurar el equilibrio perdido a consecuencia de una relación de desigualdad, y de proteger los derechos fundamentales como sistema material de valores. También en estos casos, como lo ha afirmado el Tribunal Constitucional Federal Alemán, existe una obligación de protección de los derechos fundamentales"*¹⁶². En este caso el deber especial de protección de los derechos de las comunidades se traduce en una obligación de protección frente a la empresa que quiere suscribir los contratos de captura de carbono. Se precisa una labor *"garantista de los mismos órganos estatales frente a las restricciones de los derechos y libertades fundamentales aceptadas voluntariamente por la parte contratante más débil, es decir, en aquellos casos en los*

159 STC N°00858-2003-AA/TC, f.j. 21.

160 Pedro de Vega, "La eficacia frente a particulares de los derechos fundamentales", en AA.VV. Derechos fundamentales y Estado, UNAM, México 2002, págs. 694-695.

161 STC N° 00042-2004-AI/TC f.j. 1.

162 STC N°00858-2003-AA/TC, f.j. 22.

que los presupuestos funcionales de la autonomía privada no están suficientemente garantizados¹⁶³.

9. ¿Cómo realizar un control constitucional de los contratos de captura del carbono celebrados por los pueblos indígenas?

9.1. El control constitucional a través del proceso constitucional de amparo

Una primera alternativa para realizar el control constitucional de estos contratos son los procesos constitucionales de amparo, por violación de un conjunto de derechos de los pueblos indígenas, de rango constitucional, especialmente por violación del derecho al territorio y a los recursos naturales. La primera dificultad con esta opción es el plazo para interponer la demanda. Según el artículo 44 del Código Procesal Constitucional, el plazo para interponer la demanda de amparo prescribe a los sesenta días hábiles de producida la afectación. Una alternativa luego del vencimiento del plazo sería, invocar la violación continuada de los derechos de los pueblos indígenas, supuesto en el cual podríamos invocar el inciso 3 del mencionado artículo 44, el cual indica que "Si los actos que constituyen la afectación son continuados, el plazo se computa desde la fecha en que haya cesado totalmente su ejecución". Tendríamos que argumentar que el contrato constituye una violación continua de los derechos de los pueblos indígenas¹⁶⁴.

9.2. El control constitucional a través de un proceso civil y una medida cautelar

La otra vía es la demanda civil en un proceso ordinario y la interposición de una medida cautelar para suspender los efectos de este contrato. Según el artículo 2001 del Código Civil vigente que regula los plazos prescriptivos, prescriben, salvo disposición diversa de la ley "A los diez años, la acción personal, la acción real, la que nace de una ejecutoria y la de nulidad del acto jurídico". En consecuencia, luego de la firma del contrato, tenemos 10 años de plazo para presentar la demanda ante el juez civil de turno del lugar donde se suscribió el contrato. La demanda debería de ir acompañada de una medida cautelar, la cual tendría como objeto suspender los efectos del contrato, hasta que el juez no se pronuncie sobre el fondo de la demanda. De conformidad con el artículo 611 del Código Procesal Civil, para se conceda esta medida, habrá que demostrar que existe un derecho constitucional afectado, que es necesaria la decisión preventiva por constituir peligro la demora en el pronunciamiento de fondo (la sentencia).

163 *Ibidem*.

164 STC. N.º 3283-2003-AA/TCF. J. 4. El TC realiza la distinción de diferentes tipos de hecho lesivo, de acuerdo al momento que se realiza la afectación, destacando para efectos del presente informe los Actos de tracto sucesivo, que "Son aquellos hechos sucesos, acontecimientos o manifestaciones de voluntad que se han generado y se seguirán generando sin solución de continuidad; es decir, tienen una ejecución sucesiva, y sus efectos se producen y reproducen periódicamente". Según el TC "(...) la afectación y la orden que la ampara se ejecuten simultáneamente, el cómputo del plazo de prescripción se iniciará en dicho momento. Si los actos que constituyen la afectación son continuados o de tracto sucesivo, el plazo se computará desde la última fecha en que se realizó la última agresión".

9.3. La obligación del Estado de proteger el derecho al territorio y los recursos naturales de los pueblos indígenas

Un tema que ha quedado zanjado en la jurisprudencia comparada es la figura de la inconstitucionalidad por omisión legislativa y la posibilidad de su control por el juez constitucional. Es decir, si bien los derechos de los pueblos indígenas son derechos subjetivos de sus titulares, también constituyen principios objetivos que obligan al Estado a adoptar un conjunto de acciones de protección de los derechos de estos pueblos¹⁶⁵. Esto significa que el Estado tiene que adoptar las medidas de protección necesarias para proteger a los pueblos indígenas, ya que están en una situación de asimetría de poder. Esta obligación de protección en este caso se concreta y se materializa con la aprobación de una ley de servicios ambientales en casos de contratos REDD de captura de carbono, a efectos que los pueblos indígenas no sean sorprendidos y burlados en sus derechos a través de contratos privados.

10. Conclusiones

1.- Luego del análisis del contrato no firmado con el pueblo Matsés y el contrato suscrito pero desconocido con el pueblo Yagua, podemos concluir que no ha habido un real ejercicio de la autonomía de la voluntad por parte de los pueblos indígenas Matsés y Yagua, toda vez que existe una intolerable asimetría de poder entre las partes contratantes, la cual se traduce en la ausencia de correspondencia y paridad al momento de repartir las ganancias entre lo que cada parte aporta y lo que cada parte obtiene como beneficio.

2.- En esa misma línea, se impone a los pueblos indígenas una cláusula de confidencialidad que limita las posibilidades de la comunidad nativa de asesorarse en forma previa a la suscripción del contrato y es incompatible con el hecho que la preservación y protección de los derechos de los pueblos indígenas es de interés público. Asimismo, no queda clara la compatibilidad entre el aprovechamiento tradicional de la comunidad sobre sus bosques y las exigencias de conservación de los bosques que el contrato le impone.

3.- De igual manera, el derecho de los pueblos indígenas sobre el territorio no queda protegido desconociendo la especial protección que el ordenamiento constitucional le brinda al derecho al territorio de los pueblos indígenas. Esto sumado al hecho que se establecen condiciones desventajosas en caso de controversias entre las partes en perjuicio de la comunidad nativa, obligando a las partes a ir al sistema de justicia de Inglaterra y de Gales, algo absolutamente inalcanzable a los pueblos indígenas.

4.- Lo que tenemos en el caso de este contrato es que se están aprovechando de la buena fe de los pueblos indígenas, para sorprenderlos con un contrato, cuyas cláusulas dejan a los pueblos indígenas en condiciones desventajosas, a pesar de que estos contratos están disponiendo de sus territorios y de su recurso natural forestal.

5.- Asimismo, la ambigüedad de sus cláusulas, abre la posibilidad de desprotección de los derechos de los pueblos indígenas a sus conocimientos ancestrales. En definitiva,

165 STC N° 00023-2005-AI, f.j. 11.

los contratos, desconocen que los derechos de los pueblos indígenas son límites materiales que condicionan la validez de los contratos. Todo ello demanda del Estado, cumplir con su obligación estatal de proteger la parte débil en una relación contractual, en este caso, los derechos de los pueblos indígenas.