

**El desarrollo jurisprudencial por el Tribunal Constitucional del derecho a la consulta previa:
La exigencia judicial de los derechos fundamentales de los pueblos indígenas¹**

Juan Carlos Ruiz Molleda
Instituto de Defensa Legal

El Tribunal Constitucional (TC) acaba de hacer justicia para un sector de la población que históricamente fue marginado y excluido. Ha expedido la sentencia (exp. No 00022-2009-PI/TC) en la que no solo reconoce sino desarrolla el contenido constitucional protegido del derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas (en adelante, derecho a la consulta), permitiendo y contribuyendo de forma sustantiva con la implementación de este derecho.

En momentos en que el gobierno acaba de observar la autógrafa del Congreso con la que aprobó la Ley de Consulta, invocando argumentos poco consistentes que sólo evidencian una falta de voluntad política para aprobar la mencionada ley², esta sentencia resulta oportuna y conveniente, pues brinda un marco de reglas y principios que permiten la vigencia y la implementación del derecho a la consulta. El fundamento de ello es el artículo VI del Título Preliminar y el artículo 82 del Código Procesal Constitucional (Ley No 28237), que reconocen la fuerza normativa de la doctrina jurisprudencial y la fuerza normativa de la cosa juzgada de las sentencias expedidas en procesos de inconstitucionalidad.

Con dicha resolución, se inicia la justiciabilidad de los derechos de los pueblos indígenas, es decir, su exigencia en sede de justicia constitucional. Hasta ahora, las autoridades políticas se han mostrado por lo general renuentes a dar cumplimiento a los derechos de los pueblos indígenas. Es tiempo de exigir a los tribunales que cumplan con su función de proteger y garantizarlos.

¿Por qué recurrir a la justicia constitucional? Precisamente, porque las sentencias en los procesos constitucionales, dependiendo de la naturaleza de estos, sientan precedente que vincula a las poderes públicos.

1. Antecedentes de la sentencia

La sentencia recaída en el Exp. No 00022-2009-PI/TC fue presentada contra el decreto legislativo N.º 1089, que regula el Régimen Temporal Extraordinario de Formalización y Titulación de Predios Rurales. El TC declara infundada la demanda, no obstante, en el segundo acápite del fallo resuelve interpretar el decreto legislativo cuestionado, de conformidad con el fundamento 57 de la presente sentencia, debiendo comprenderse que la norma no es aplicable para el caso de los pueblos indígenas.

La resolución 00022-2009-PI/TC se inscribe en el contexto de un conjunto de demandas que los pueblos indígenas presentaron contra los decretos legislativos expedidos en el marco de la ley delegativa (Ley N°29157) expedida por el Congreso, para que el gobierno adecúe el marco normativo para implementar el TLC con Estados Unidos. Como se recuerda, estos decretos no fueron consultados con los pueblos indígenas como exige el artículo 6 del Convenio 169 de la

¹ Debemos señalar que no somos neutrales en el tema. En este proceso presentamos un *amicus curiae* que puede ser revisado en http://www.justiciaviva.org.pe/webpanel/doc_trabajo/doc28012010-194532.pdf, y nos hemos pronunciado desde el IDL a favor de la tutela de los derechos de los pueblos indígenas y del respeto del Convenio 169 de la OIT.

² En efecto, esto se evidencia cuando el gobierno invoca que no existe derecho de veto, lo que ha sido suficientemente aclarado en el debate; o cuando se precisa que el Estado debe privilegiar el interés de todos los ciudadanos, lo que es evidente; o cuando el gobierno señala que esta ley puede retrasar o detener el desarrollo del país; o cuando, de manera insólita, señala que las comunidades campesinas del Perú no son titulares de los pueblos indígenas porque son mestizos.

Organización Internacional del Trabajo (OIT), y esta resistencia del legislador desencadenó los lamentables sucesos de Bagua el 5 de junio del 2009, con las pérdidas de vidas humanas que todos conocemos y deploramos.

Las normas cuestionadas a través de diferentes demandas de inconstitucionalidad son los decretos legislativos N° 994 (Inversión privada en proyectos de irrigación para la ampliación la frontera agrícola); N° 1020 (Organización de productores agrarios y la consolidación de la propiedad rural para el crédito agrario); N° 1079 (Establecen medidas que garanticen el patrimonio de áreas naturales); y finalmente el N° 1089 (Régimen temporal extraordinario de formalización y titulación de predios rurales).

Las demandas fueron firmadas por Gonzalo Tunama Tunama, quien a la fecha de presentación de estos procesos se desempeñaba como Apu de la comunidad nativa Kechwa, del departamento de San Martín. Asimismo, es conveniente precisar que cada demanda fue firmada por cerca de 9,000 nativos y por pobladores de la región de San Martín, no necesariamente nativos.

La defensa del Estado estuvo a cargo de los procuradores de la Presidencia del Consejo de Ministros (PCM) en el caso de los decretos legislativos cuestionados, y del Congreso de la República en el caso de la ley cuestionada. El argumento de los demandantes fue en resumen que, independientemente que los decretos legislativos y la ley estén bien hechos, debieron haber sido consultados en cumplimiento con el artículo 6 del Convenio 169 de la OIT, que reconoce el derecho a la consulta de los pueblos indígenas. Al no haberse cumplido con este ineludible requisito, estaríamos ante decretos legislativos con un vicio de nulidad sustancial, razón por la que deberían ser derogados por el Congreso o declarados como inconstitucionales por el TC.

La respuesta del Estado fue débil, señalando en principio que el Convenio 169 de la OIT no era de aplicación inmediata, y que en el Perú no habían Pueblos Indígenas, o que en el mejor de los casos, faltaba una ley que ayude a precisar quiénes eran indígenas aquí³. Los representantes del Estado olvidaron que, en nuestro país los tratados de derechos humanos, incluyendo el Convenio 169 de la OIT, no solo tienen rango constitucional sino que forman parte del bloque de constitucionalidad. También olvidaron que, si bien se carece de una ley para realizar los procesos de consulta, la ausencia de ésta no impide que el Convenio 169 cumpla una función de límite material de la facultad legislativa del Estado.

2. Consideraciones previas para entender la importancia de esta sentencia

¿Existen en nuestro país pueblos indígenas?

Hay sectores que sostienen que no, y que todos somos mestizos⁴. Independientemente que haya comunidades campesinas que sólo son fachada porque no reúnen los elementos que el artículo 1 del convenio 169 de la OIT exige para reconocer titularidad de los derechos de los pueblos indígenas, éstos son una realidad en nuestro país. No en vano el artículo 2 inciso 19 de la Constitución ha reconocido nuestra naturaleza pluricultural y étnica. En efecto, existen en el Perú 72 etnias (7 ubicadas en el área andina y 65 en el área amazónica), las cuales se agrupan en 14 familias lingüísticas indígenas⁵. No hablamos de un sector minoritario de la República. Los grupos étnicos

³ Parte de los alegatos del Estado pueden ser encontrados en [http://www.justiciaviva.org.pe/userfiles/link\(2\).pdf](http://www.justiciaviva.org.pe/userfiles/link(2).pdf).

⁴ Ver por ejemplo las declaraciones de Jurgen Golte en un programa de televisión local: [http://www.servindi.org/actualidad/27568?utm_source=feedburner&utm_medium=email&utm_campaign=Feed:+Servindi+\(Servicio+de+Información+Indígena\)](http://www.servindi.org/actualidad/27568?utm_source=feedburner&utm_medium=email&utm_campaign=Feed:+Servindi+(Servicio+de+Información+Indígena)).

⁵ Mapa Etnolingüístico Oficial del Perú. Ministerio de Agricultura. Instituto Indigenista Peruano, 1994.

caracterizan a la población indígena o a los pueblos indígenas de nuestro país que, a 1993⁶, ascendían aproximadamente a 7,805,193 pobladores (representando aproximadamente el 35% de la población total nacional, distribuidos de la siguiente manera; campesinos 7,505,975 (96.2%) y nativos 299,218 (3.8%)).

¿Se necesita una Ley de Consulta Previa de Pueblos Indígenas en el Perú?

Según Jürgen Schuldt⁷, economista de la Universidad del Pacífico, al 31 de diciembre del año pasado se habían otorgado concesiones hidro carburíferas que abarcan 322.000 kilómetros cuadrados de la Amazonía peruana, y que equivalen al 41,2% del área total de la Amazonía. Añadía que actualmente se gestionan acuerdos técnicos de evaluación en 10 áreas adicionales, lo que llevaría el área total de concesiones o de contratos técnicos a 445.000 km cuadrados, el 57% de nuestra Amazonía. El punto es que estas concesiones cubren el 17% del sistema de áreas protegidas –de un total de 35– y más de la mitad de todas las tierras tituladas de las comunidades indígenas, a las que el gobierno había otorgado 1.232 títulos y que ahora vende o concesiona sin su consentimiento. Independientemente de la posición política que tengamos, no hay que ser adivino para suponer que si no se adoptan medidas efectivas inmediatas, esta situación generará nuevos conflictos.

De otro lado, el diario *La República* del día 27 de junio pasado, da cuenta de las declaraciones del Presidente de la CONFIEP, Ricardo Briceño, en el sentido que “*nuestro país debe establecer sus propias reglas de entendimiento con las comunidades indígenas y con sus auténticos representantes*”. Agrega este máximo representante que “*en el Perú ya se realizan consultas a las poblaciones antes de que una empresa inicie operaciones de exploración y explotación de recursos naturales*”. Sin embargo, estas declaraciones no se ajustan del todo a la realidad: por lo menos, eso no ocurrió en el caso de la Cordillera del Cóndor donde luego que el Estado acordó con los Pueblos Indígenas crear un Parque Nacional en la frontera con Ecuador a favor del pueblo Awajun (nos referimos a la zona de protección ecológica Reserva Nacional Ichigkat Muja), se incumplió dicho acuerdo, para favorecer a la Empresa Afrodita luego de que esta encontró oro en la zona, minando la confianza futura de dicha comunidad⁸

¿Ahuyenta la inversión extranjera y la gobernabilidad en el Perú, la realización de la Consulta Previa?

La cuarta observación del gobierno para observar la autógrafa de ley de Consulta aprobada por el Congreso, es que el procedimiento de consulta “*implica el riesgo de retrasar o detener el desarrollo del país*”. No obstante, las políticas operativas de la banca multilateral no sólo han reconocido el derecho a la consulta, sino que condicionan sus préstamos al respeto del mismo por el gobierno. Así por ejemplo, el Banco Mundial ha señalado que “*En todos los proyectos propuestos para financiamiento por el Banco que afectan a Pueblos Indígenas, el Banco exige que el prestatario lleve a cabo un proceso de consulta previa, libre e informada. El Banco sólo otorga financiamiento para el proyecto cuando las consultas previas, libres e informadas dan lugar a un*

⁶ IX censo Nacional de la Población de 1993. INEI. Ver: <http://www.inei.gob.pe/sic/index.asp>.

⁷ Ver *La República*, del 9 de marzo del 2010.

⁸ Informe CRÓNICA DE UN ENGAÑO. LOS INTENTOS DE ENAJENACION DEL TERRITORIO FRONTERIZO AWAJUN EN LA CORDILLERA DEL CONDOR A FAVOR DE LA MINERIA, Equipo de Investigación de ODECOFROC, IWGIA, 2009. Ver el <http://www.iwgia.org/graphics/Synkron-Library/Documents/publications/Downloadpublications/Books/cronica%20de%20un%20engano.pdf>

*amplio apoyo al mismo por parte de la comunidad*⁹. No se trata de una posición aislada. Similar postura tiene el Banco Interamericano de Desarrollo y la Corporación Financiera Internacional¹⁰.

En esa misma línea, el 26 de marzo del año en curso el Presidente de Colombia Álvaro Uribe aprobó una directiva presidencial donde ordena el respeto del derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas a todas las oficinas del Estado y del gobierno colombiano¹¹. Se trata de un presidente conservador (de derecha), que reconoce y hace de la consulta una política pública, y eso no ha significado ni poner en peligro la gobernabilidad o ahuyentar las inversiones como un sector conservador en el Perú sostiene.

Lo señalado por la banca multilateral y por el Presidente de Colombia tiene algo en común: es posible conciliar el respeto a los derechos de los pueblos indígenas y el desarrollo y la explotación de los recursos naturales, el respeto al derecho a la identidad cultural y el desarrollo y la explotación de los recursos. Ambos son bienes jurídicos constitucionales dignos de protección. La Corte Constitucional de Colombia¹² lo ha dicho en varias sentencias; se trata de armonizar ambas actividades. ¿Qué significa esto? Que las empresas mineras y de hidrocarburos respeten la opinión de las comunidades nativas, que no contaminen el medio ambiente y los recursos naturales que permiten la subsistencia de los pueblos indígenas, que compartan los beneficios de estas actividades, que respeten la cultura de los pueblos indígenas, que no les expropian sus tierras a través servidumbres mineras impuestas, etc.

El doble discurso del gobierno peruano

El gobierno tiene un doble discurso en relación con el derecho a la consulta previa, pues mientras ante la comunidad jurídica internacional reunida en la Conferencia Internacional del Trabajo en su 99 reunión realizada en Ginebra, anuncia la aprobación de la Ley de Consulta y su voluntad de respetar los derechos de los pueblos indígenas, a nivel interno, observa la ley e invoca argumentos deplorables. El gobierno no termina de entender que el Perú es objeto de atención especial por parte de la comunidad internacional en materia de cumplimiento y respeto de los derechos de los pueblos indígenas luego de los sucesos de Bagua. Y esa atención continúa; la mejor prueba es que ha sido el único país de los que han firmado y ratificado el Convenio 169 de la OIT, en ser invitado a exponer la situación del cumplimiento del referido tratado¹³.

⁹ Manual de Operaciones del Banco Mundial. Políticas operacionales. OP 4.10, julio del 2005, sobre Pueblos Indígenas <http://www.cnea.gov.ar/xxi/pramu/inforgal/pueblos%20indigenas.pdf>

¹⁰ Ver Banco Interamericano de Desarrollo. Políticas operativas sobre Pueblos Indígenas <http://idbdocs.iadb.org/wsdocs/getdocument.aspx?docnum=691246>; Corporación Financiera Internacional del Banco Mundial. Norma de Desempeño 7 sobre los Pueblos Indígenas [http://www.ifc.org/ifcext/sustainability.nsf/AttachmentsByTitle/pol_PerformanceStandards2006_PS7_Spanish/\\$FILE/PS_7_Spanish.pdf](http://www.ifc.org/ifcext/sustainability.nsf/AttachmentsByTitle/pol_PerformanceStandards2006_PS7_Spanish/$FILE/PS_7_Spanish.pdf). Podemos encontrar un cuadro comparativo en el siguiente documento del Centro de Recursos Jurídicos para los Pueblos Indígenas http://www.muqui.org/adjuntos/Cuadro_Comparativo_Políticas_Operativas_Indigenas.pdf. Éste fue proporcionado por Leonardo Crippa, en un seminario sobre derechos a la consulta organizado recientemente por la Red Muqui y otras organizaciones.

¹¹ Ver directiva en: <http://www.justiciaviva.org.pe/userfiles/Directiva%20presidencial%20No10001-1.pdf>.

¹² Revisar, por ejemplo la sentencia de la Corte Constitucional de Colombia T-769-09. En esta resolución el tribunal señala que “la exploración y explotación de los recursos naturales en los territorios nativos hace necesario armonizar dos intereses contrapuestos: la necesidad de planificar el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales en los referidos territorios para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución (art. 80 Const.); y la de asegurar la protección de la integridad étnica, cultural, social y económica de las comunidades indígenas y afrodescendientes que ocupan dichos territorios, es decir, de los elementos básicos que constituyen su cohesión como grupo social y que, por lo tanto, son el sustrato para su mantenimiento”. Luego, agrega que “La exploración y explotación de los recursos naturales en estos territorios protegidos, debe hacerse compatible con la protección que el Estado debe dispensar a la integridad social, cultural y económica de las comunidades nativas, integridad que como se ha visto antes configura un derecho fundamental para la comunidad, por estar ligada a su subsistencia como grupo humano y como cultura. Y precisamente, para asegurar dicha subsistencia se ha previsto, cuando se trate de realizar la explotación y exploración de recursos naturales en su hábitat, la participación de la comunidad en las decisiones que se adopten para autorizar dicha actividades”.

¹³ Ver las páginas 108 y ss. del Informe que puede ser encontrado en: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---

La fuerza normativa de la sentencia No. 00022-2009-PI/TC¹⁴

Muchos sectores del movimiento de derechos humanos y del movimiento a favor de los derechos de los pueblos indígenas lamentan la observación a la autógrafa de la Ley de Consulta Previa de los Pueblos Indígenas. Sin embargo, estos sectores no han reparado que la sentencia 00022-2009-PI/TC ha desarrollado un marco normativo fundamental para la implementación del derecho a la consulta.

Dos normas fundamentan su fuerza normativa. En primer lugar, el artículo 82 del Código Procesal Constitucional, que señala de forma clara y precisa que *“Las sentencias del Tribunal Constitucional en los procesos de inconstitucionalidad y las recaídas en los procesos de acción popular que queden firmes tienen autoridad de cosa juzgada, por lo que vinculan a todos los poderes públicos y producen efectos generales desde el día siguiente a la fecha de su publicación”* (subrayado nuestro). En segundo lugar, los párrafos 2do y 3ero del artículo VI del Título Preliminar del Código procesal Constitucional, disposiciones que desarrollan la doctrina jurisprudencial.

“Artículo VI.

[...]

Los Jueces no pueden dejar de aplicar una norma cuya constitucionalidad haya sido confirmada en un proceso de inconstitucionalidad o en un proceso de acción popular”.

[...]

Los Jueces interpretan y aplican las leyes o toda norma con rango de ley y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional”. (Subrayado nuestro).

En relación con el segundo párrafo del artículo (a diferencia de lo que ocurre en una sentencia estimatoria en un proceso de inconstitucionalidad), en un proceso que confirma la constitucionalidad de la norma cuestionada, *“la ratio decidendi juega un papel más decisivo a la hora de ejecutar el fallo porque el precepto cuestionado no queda invalidado y expulsado del ordenamiento jurídico, sino que se confirma su constitucionalidad y consecuente vigencia, por lo que se hace necesario saber con cual significado y alcance la mantiene”*¹⁵.

En el caso de la sentencia recaída en el Exp. No. 00022-2009-PI/TC, tal como se desprende del segundo punto del fallo, estamos ante una sentencia interpretativa¹⁶. Lo normal en un proceso de inconstitucionalidad es que la norma cuestionada mantenga su fuerza jurídica como la tenía antes del proceso; sin embargo, no siempre ocurre eso. Puede suceder que luego de la sentencia que declara infundada la demanda de inconstitucionalidad, el precepto cuestionado varíe también en el significado de su vigencia. Ello ocurre cuando en el fallo (tal como ocurre en esta sentencia), se ha establecido que determinado precepto es constitucional siempre y cuando se le interprete según un criterio hermenéutico, previamente establecido, en alguno de los fundamentos jurídicos de la sentencia cuestionada.

¹⁴ Para analizar la fuerza normativa de la jurisprudencia del TC, puede revisarse la siguiente bibliografía: Luis Castillo Córdova, *El Tribunal Constitucional y su dinámica jurisprudencial*, Palestra, Lima, 2008; Ana Laura Magaloni Kerpel, *El precedente constitucional en el sistema jurídico norteamericano*, Mc Graw Hill, Madrid, 2001; Edgar Carpio Marcos (coordinador) *Estudios al Precedente Constitucional*, Palestra, 2007, Leonor Moral Soriano, *El precedente judicial*, Marcial Pons, Madrid, 2002; y Diego Eduardo López Medina, *El derecho de los jueces*, 2da edición, Legis, Bogotá, 2006.

¹⁵ Luis Castillo Córdova, *El Tribunal Constitucional y su dinámica jurisprudencial*, Palestra, Lima, 2008, pág. 118.

¹⁶ La constitucionalidad de las sentencias interpretativas ha sido desarrollado en: “En defensa del Tribunal Constitucional: 10 razones jurídicas para resguardar sus potestades interpretativas”, Justicia Viva, Lima 2006, págs. 15 y ss. Ver: http://www.justiciaviva.org.pe/publica/10_razones.pdf

Para Gascón Abellán y García Figueroa, las sentencias interpretativas son aquellas que no anulan el texto de la ley en la medida en que admitan alguna interpretación conforme a la Constitución¹⁷. Una norma sólo deberá ser declarada inconstitucional cuando no admita una interpretación conforme a la Constitución, de manera que ha de conservarse en la medida en que sea susceptible de una interpretación constitucionalmente adecuada¹⁸. Para estos autores, las sentencias interpretativas son formalmente desestimatorias de la demanda de inconstitucionalidad, pero sustancialmente estimatorias de ella. Esto es así porque en ellas se determina, o bien qué interpretaciones son legítimas desde la perspectiva constitucional, o bien cuáles deben rechazarse, y de este modo se delimitan o se señalan las interpretaciones de la ley constitucionalmente inaceptables, es decir, se circunscriben las posibilidades interpretativas del precepto legal impugnado o cuestionado¹⁹.

Para Díaz Revorio, las sentencias interpretativas tienen como característica esencial común el entender que parte del contenido normativo es inconstitucional, sin que dicha inconstitucionalidad afecte al texto²⁰. En definitiva, entenderemos por sentencias interpretativas a aquéllas en que se confirma la constitucionalidad de la ley impugnada siempre que se interprete la misma en el sentido establecido por el juez constitucional. Como señala Castillo Córdova, esa manera de interpretar la ley cuestionada se manifestará en una *ratio decidendi*. En ese caso, el operador jurídico necesitará acudir a ella para saber qué es lo que realmente queda vigente²¹.

El tercer párrafo del artículo VI antes referido ha establecido que los jueces deben de interpretar y aplicar toda norma con rango legal y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación que de los mismos haya establecido las sentencias constitucionales²². Tres reglas se deducen de este 3er párrafo (Castillo Córdova). En primer lugar, confirma la vinculación de los jueces del Poder Judicial a las razones suficientes o *ratio decidendi* que se expresen en una sentencia de inconstitucionalidad, lo cual se concluía del segundo párrafo. En segundo lugar, confirma también la vinculación a las razones suficientes no declaradas como precedentes vinculantes en el resto de procesos constitucionales. Y en tercer lugar, el 3er párrafo del artículo VI del TP, dispone no sólo la vinculación de los jueces a las interpretaciones del TC contenidas en la *ratio decidendi* sino también a las contenidas en las razones subsidiarias u *obiter dicta*.

3. Análisis de las reglas vinculantes establecidas en la sentencia No. 00022-2009-PI/TC

3.1.- Reconocimiento de algunos principios vinculantes sobre el marco interpretativo del derecho a la consulta

Lo primero que hace la sentencia es definir el marco o el campo de interpretación del derecho a la consulta, siguiendo un poco la experiencia de Colombia. Dos sentencias podemos señalar como antecedentes de aquélla: la recaída en el exp. N° 0042-2004-AI/TC, y en menor medida, la del exp. N° 03343-2007-PA/TC.

Reiteración del principio del Estado Pluricultural y Pluriétnico

¹⁷ Gascón Abellán, Marina y Alfonso García Figueroa: *La argumentación en el Derecho: Algunas cuestiones fundamentales*. Lima: Editorial Palestra, 2003, pág. 280.

¹⁸ *Ibidem*.

¹⁹ *Ibidem*.

²⁰ Díaz Revorio, Javier: *Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional. Significado, tipología, efectos y legitimidad. Análisis especial de las sentencias aditivas*. Valladolid: Editorial Lex Nova, 2001, pág. 287.

²¹ Luis Castillo Córdova, Op. Cit., pág. 120.

²² *Ibidem*, pág. 139.

El TC reitera el reconocimiento del principio del Estado *Pluricultural* y *Pluriétnico*, pues reconoce que nos encontramos ante uno de esta naturaleza, lo que se traduce en un principio constitucional vinculante. No es la primera vez que lo invoca, ya antes había reconocido la pluralidad étnica y cultura²³ y en otra oportunidad hizo referencia al *Estado Pluricultural y Pluriétnico*. Esto último lo podemos encontrar en la sentencia N°. 0042-2004-AI/TC (f.j. 1).

Reiteración del valor de tolerancia y respeto a la diversidad

En realidad, este principio fue desarrollado en la sentencia del exp. N° 0020-2005-AI (f.j. 100), aun cuando en aquella oportunidad el TC hablaba del *principio de tolerancia y respeto de la diversidad*. Este Tribunal fija como contenido de este principio el que los “*individuos no pueden ser arbitrariamente diferenciados perjudicándoseles por motivos basados, entre otros, por su opinión, religión o idioma*” (f.j. 3). Luego, agrega que “*toda fuerza homogeneizadora que no respete o que amenace las singularidades de las personas identificables bajo algún criterio de relevancia constitucional debe ser erradicada*” (f.j. 3). Finalmente, añade que todo ello contribuye a “*construir una unidad sobre la base de la diversidad, contemplando el derecho a la igualdad como protector de diferentes manifestaciones de la personalidad del ser humano*” (f.j. 3).

Nuestra crítica a este principio es que la diferencia cultural, más que tolerarla o soportarla, es un elemento que aporta riqueza. Cuando se dice que la diferencia cultural hay que tolerarla, parecería que estaríamos ante un lastre pesado con el cual hay que cargar ineluctablemente. Como el propio TC ha señalado, “*la multiculturalidad del Estado peruano, no debe significar un lastre para lograr la identidad nacional, sino un desafío constitucional en la medida que se debe tener en consideración el valor de la diversidad cultural. En efecto, se puede señalar que “la diversidad cultural es valiosa, tanto en el sentido cuasiestético de que crea un mundo más interesante, como porque otras culturas poseen modelos alternativos de organización social que puede resultar útil adaptar a nuevas circunstancias*” (Exp N° 00042-2004-AI, f.j. 2).

Carlos Giménez señala que un punto central para comprender el pluralismo cultural, es que se parte de la afirmación que la diversidad cultural no es un problema ni una carga atávica, sino muy por el contrario, es buena y positiva por enriquecedora. Esto significa, que no sólo no hay que rechazarla tratando de hacer homogénea la sociedad, sino que hay que respetarla, aprovecharla, celebrarla. Se trata en otras palabras, de dar espacio y lugar a todas estas experiencias. Para Giménez, se trata de la denominada y defendida “*celebración de la diferencia*”, una propuesta de suma y no de resta; todas las expresiones culturales, étnicas, religiosas, lingüísticas, están llamadas a estar presentes en la comunidad sociopolítica, a desarrollarse sin represión, libremente²⁴.

Reconocimiento del principio de la concepción pluralista de la Constitución

Para el TC, la Constitución, “*erigida sobre el reconocimiento de la dignidad de la persona, del que emanan los principios de libertad, igualdad y solidaridad, debe ser concebida desde una concepción pluralista que tutele las diferentes formas de percibir y actuar en la realidad*” (f.j. 3).

²³ Cfr. Exp. N° 0042-2004-AI/TC, f.j. 1, 2 y 21.a y Exp. N° 0044-2004-AI/TC; 0020-2005-AI, 42.

²⁴ Carlos GIMÉNEZ ROMERO, “*Pluralismo, Multiculturalismo e Interculturalidad. Propuesta de clarificación y apuntes educativos*”, Educación y Futuro, núm. 8, abril 2003, Madrid, Centro de Enseñanza Superior en Humanidades y Ciencias de la Educación “Don Bosco”, pág. 7.

Se trata de un reconocimiento escueto pero importante, y tiene relación (y materializa) el principio de respeto de la interculturalidad.

El reconocimiento tácito del principio de la Constitución cultural

Si bien en la sentencia N°. 00022-2009-PI/TC no se hace mención al principio de la “Constitución Cultural”, se desarrolla en el f.j. 4. Se trata del campo de interpretación al que debe recurrirse cada vez que se interprete una norma referida a lo cultural. En este ámbito normativo, encontramos “*el artículo 2, inciso 19, de la Constitución, que establece del derecho a la identidad étnica y cultural, el artículo 89 que establece que además del castellano, también son idiomas oficiales el quechua, el aimara y las demás lenguas aborígenes en las zonas donde predominen. Por su parte, el artículo 89, reconoce la autonomía organizativa, económica y administrativa a las comunidades nativas, así como la libre disposición de sus tierras, reiterándose de igual forma la obligación del Estado de respetar su identidad cultural. A su vez, el artículo 149, permite que las comunidades nativas y campesinas puedan aplicar su derecho consuetudinario, ejercitando funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito de territorial, siempre que no vulneren derechos fundamentales*”.

Para el TC, “*si bien se reconoce el respeto de la diversidad y el pluralismo cultural, ello se efectuará siempre que se materialicen “dentro del marco de respeto a los derechos fundamentales, los principios constitucionales y los valores superiores que la Constitución incorpora, tales como la dignidad de la persona humana (artículo 1 de la Constitución), la forma democrática de Gobierno (artículo 43) y la economía social de mercado (artículo 58)” (f.j. 4). Es relevante mencionar también que el artículo 191 de la Constitución prescribe que la ley establecerá porcentajes mínimos para hacer accesible la representación de género, comunidades campesinas y nativas, y pueblos originarios en los Consejos Regionales y Concejos Municipales. Concluye el TC señalando que “con ello, los pueblos indígenas -término utilizado en el Derecho internacional- han sido proveídos con herramientas legales que buscan proteger su existencia y su cosmovisión” (f.j. 4).*

Se trata de un concepto traído por la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia, la que a su vez lo toma de la doctrina italiana. En efecto, la expresión “Constitución cultural” tiene su origen en la doctrina italiana, utilizada para comprender “*el conjunto de normas y principios constitucionales que aseguran a las personas la satisfacción real y efectiva de sus necesidades en el campo de la cultura, la ciencia, el medio ambiente y el disfrute del patrimonio histórico y artístico*”²⁵.

Este concepto es introducido por nuestro TC en la sentencia 0042-2004-AI/TC (f.j. 1). En aquella oportunidad, el Tribunal señaló en relación con las normas constitucionales referida a lo cultural, que “*Estas disposiciones constitucionales, junto con la dignidad humana –como premisa antropológica–, constituye la dimensión principal del contenido cultural de nuestra Constitución, es decir, el conjunto de rasgos distintivos espirituales y materiales, intelectuales y afectivos que caracterizan a una sociedad o a un grupo social; el cual abarca, además de las artes y las letras, los modos de vida, las maneras de vivir juntos, los sistemas de valores, las tradiciones y creencias*”. En una posterior sentencia, precisará el “*respeto al ámbito cultural de la Constitución, también denominado Constitución Cultural*” (Exp. N° 0003-2008-PI/TC f.j. 5).

Reiteración del contenido del derecho a la identidad étnica

²⁵ Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-639/09. Ver http://www.corte.constitucional.gov.co/relatoria/2009/c-639-09.htm#_ftn37

Éste es un punto valioso en la sentencia, a pesar que lo que hace es recurrir a su propia jurisprudencia. Reitera la diferencia entre el derecho a la identidad cultural y a la identidad étnica, desarrolladas en el Exp. N° 0006-2008-PI/TC (f.j. 21). Lo también importante, es que nos recuerda que en anterior sentencia (03343-2007-PA/TC) ya precisó el contenido del derecho a la identidad étnica, recogiendo para ello una norma reglamentaria (Resolución Ministerial N.º 159-2000-PROMUDEH)²⁶. Este desarrollo es importante, pues el derecho a la consulta será entendido como una manifestación del derecho a la identidad cultural.

Reiteración del principio del Estado Social y Democrático de Derecho

Éste es otro de los principios fundamentales indispensables para entender el derecho a la identidad cultural. Nos referimos al reconocimiento del *principio del Estado Social y Democrático de Derecho*²⁷. Al momento de hacer referencia al derecho a la identidad lo menciona, sin embargo, no lo utiliza suficientemente a pesar de su pertenencia.

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*”. (Exp. N° 00042-2004-AI, f.j. 1).

3.2.- Reconocimiento de reglas vinculantes sobre las fuentes de derecho aplicables al derecho a la consulta

²⁶ “el conjunto de valores, creencias, instituciones y estilos de vida que identifican a un Pueblo Indígena, Comunidad Campesina o Comunidad Nativa” y que tal derecho comprende: “a. El derecho a decidir sobre su propio desarrollo. b. El respeto a sus formas de organización. c. El derecho a ser escuchados y consultados en forma previa a toda acción o medida que se adopte y que pueda afectarles. d. El derecho a participar en la formulación, diseño, ejecución, monitoreo y evaluación de los planes, programas y proyectos de desarrollo nacional, regional o local que pueda afectarles. [...]” (subrayado agregado).

²⁷ En esta misma sentencia el TC añade que “la Constitución de 1993 ha adoptado un modelo de Estado social y democrático de Derecho y no por un Estado liberal de Derecho [...] 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 [...] 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”. (exp N° 00042-2004-AI, f.j. 1). “Ahora bien, el hecho que la Constitución de 1993 reconozca el derecho fundamental de las personas a su identidad étnica y cultural, así como la pluralidad de las mismas, supone que el Estado social y democrático de Derecho está en la obligación de respetar, reafirmar y promover aquellas costumbres y manifestaciones culturales que forman parte de esa diversidad y pluralismo cultural, pero siempre que ellas se realicen dentro del marco de respeto a los derechos fundamentales, los principios constitucionales y los valores superiores que la Constitución incorpora, tales como la dignidad de la persona humana (artículo 1 de la Constitución), la forma democrática de Gobierno (artículo 43) y la economía social de mercado (artículo 58)”. (Exp. N° 00042-2004-AI, f.j. 2)

Un punto clave en esta sentencia es el reconocimiento de la fuerza normativa de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (DNUDPI) y del Convenio 169 de la OIT.

Reconocimiento de la fuerza normativa moral y persuasiva de la DNUDPI

En relación con el primero, el TC concluye que *“El contenido de la declaración no es de vinculación obligatoria, lo que no implica que no tenga ningún efecto jurídico. Las declaraciones representan aquellas metas y objetivos a los que la comunidad internacional se impone. Son lo que en el derecho internacional se conoce como soft law, esto es, una guía que sin dejar de tener un efecto jurídico, no termina por vincular obligatoriamente a los Estado, representando su contenido un código de conducta sin que sean legalmente vinculantes”* (f.j. 8).

Reiteración del reconocimiento del rango constitucional del Convenio 169 de la OIT y de su función normativa e interpretativa

Sin embargo, lo más importante es la reiteración del reconocimiento primero del rango constitucional del Convenio 169 de la OIT –cosa que ya había hecho antes en la sentencia 03343-2007-PA/TC (f.j. 31) como muy lo señala el TC–, y luego el reconocimiento de la doble función de este convenio en relación con las cláusulas constitucionales, la función normativa, como límite material y la función interpretativa, en la medida en que viene a complementar el contenido constitucional de los derechos protegidos.

Inaplicabilidad de norma que contradiga el Convenio 169 de la OIT

El TC afirma de forma categórica que *“sin lugar a dudas que la normativa del Convenio N.º 169, forma parte del parámetro constitucional, por lo que si una norma de rango inferior la contraviene esta tendría que ser declarada inconstitucional. En consecuencia, argumentaciones como las planteadas por el Ejecutivo, deben ser desestimadas”* (f.j. 10).

Reconocimiento de la aplicabilidad inmediata del Convenio 169 aún cuando no haya sido reglamentada

Uno de los aportes del TC se encuentra en lo referido a la fuerza normativa inmediata y directa de los derechos fundamentales que no han sido desarrollados legislativamente. En efecto, el Tribunal precisa que *“no es un argumento constitucionalmente válido excusar la aplicación de derechos fundamentales debido a una ausencia de regulación legal o infra legal. Ello sería dejar en manos de la discrecionalidad estatal el cumplimiento de los derechos fundamentales, posición que riñe con el Estado Constitucional del Derecho en la que la Constitución vincula a toda la sociedad, incluyendo a los órganos constitucionales o a los llamados Poderes de Estado”* (f.j. 12).

Añade que *“la naturaleza programática o aplicativa no tienen mayor incidencia puesto que lo concreto es que debido a una omisión normativa se deniega el ejercicio de una serie de derecho fundamentales a un sector de la sociedad”* (f.j. 12). Finalmente, precisa de forma contundente que *“la omisión en la regulación de algún mandato ius fundamental contenido en un tratado internacional tampoco habilita al Estado a incumplir con las obligaciones emanadas de él. En todo*

caso, frente al vacío o deficiencia de la ley los entes jurisdiccionales no pueden dejar de administrar justicia (art. 139, inciso 8 de la Constitución). Desde luego, ello coloca al juez que debe aplicar dicha norma en una situación delicada y compleja, por cuanto, tendrán que configurar los elementos y requisitos del derecho sobre la base de situaciones concretas” (f.j. 13).

Reconocimiento del inicio de la fuerza vinculante del Convenio 169 de la OIT

Si bien lo dice en la parte de las etapas del proceso de consulta de la sentencia materia de análisis, es necesario destacarlo. En efecto, en el f.j. 41 de la sentencia el TC reconoce algo que es capital: *“Si bien el Convenio N.º 169 está vigente en nuestro país desde 1995, su aplicación no ha sido asumida por el Estado de manera regular. De otro lado, no se han presentado ante esta instancia litigios en los que se discuta este derecho”* (f.j. 41). Esto es importante al momento de analizar la situación jurídica de (por ejemplo) las medidas administrativas emitidas luego de la entrada en vigencia del Convenio 169 de la OIT, y que no fueron consultadas. Piénsese en las concesiones mineras que actualmente violan derechos de las comunidades campesinas y nativas. El problema no es la aplicación retroactiva del convenio 169 de la OIT. Se trata del sistemático incumplimiento del derecho a la consulta, violación que es continuada toda vez que los efectos de estas violaciones aún se manifiestan y surten efectos en el presente.

3.3.- Reconocimiento y desarrollo de reglas vinculantes sobre el derecho a la consulta previa

3.3.1.- Reconocimiento de reglas que promueven la integración de lo pluricultural

El TC reconoce un conjunto de principios relacionado con la integración de lo pluricultural, todos ellos relevantes para orientar la interpretación de las normas constitucionales y legales relacionadas con los pueblos indígenas.

Principio de la inclusión, antes que de la asimilación de los pueblos indígenas a la cultura dominante

Este principio viene directamente del Convenio 169 de la OIT, e implica un cambio de paradigma contenido en el Convenio 107 de la OIT “sobre poblaciones indígenas y tribunales en países independientes”, adoptado en 1957²⁸. En palabras del TC, *“Con el Convenio N.º 169 de la OIT se pretende erradicar modelos de desarrollo que pretendían la asimilación de los pueblos indígenas a la cultura dominante. Con ello no se pretende situar a los pueblos indígenas en una posición de superioridad frente al resto de la población, sino, que los pueblos indígenas se vean beneficiados efectivamente con los derechos fundamentales que han sido reivindicados en favor del grueso de la sociedad”* (f.j. 14).

Más adelante, el Tribunal señala que lo que se *“pretende es una reivindicación en clave de inclusión de los pueblos indígenas”* (f.j. 18). Añade que *“con el reconocimiento de su identidad, la inclusión pretende la integración de los pueblos indígenas de una manera más justa, respetando la singularidad de su manera de expresar y demostrar su ciudadanía. Esta pretensión no se enmarca dentro de perspectivas de desintegración de lo desigual o atomización, sino más bien de la*

²⁸ Como señala uno de los considerandos del Convenio 169 de la OIT: “Considerando que la evolución de derecho internacional desde 1957 y los cambios sobrevenidos en la situación de los pueblos indígenas y tribales en todas las regiones del mundo hacen aconsejable adoptar nuevas normas internacionales en la materia, a fin de eliminar la orientación hacia la asimilación de las normas anteriores”. (Subrayado nuestro).

integración de lo pluricultural. Así, reconociendo la herencia cultural de los pueblos indígenas, el convenio pretende que estos puedan desarrollarse no solo como miembros de un pueblo indígena sino también como miembros de la nación peruana. En suma, el diálogo intercultural que es exigido por este convenio es el elemento que atraviesa dicho cuerpo normativo, persiguiendo con ello ya no la subordinación de una identidad dentro de otra, sino el respeto de las diversas manifestaciones culturales” (f.j. 18).

Una crítica que podemos hacerle al TC en esta parte es que no cita el principio de protección de las minorías en situación de desventaja, plasmado en el artículo 59° de la Constitución: “*El Estado brinda oportunidades de superación a los sectores que sufren cualquier desigualdad*”.

Reconocimiento del principio de la protección de los derechos para garantizar la subsistencia de los pueblos indígenas

En el f.j. 14, el TC reconoce que “*la protección otorgada por el convenio se centra en elementos necesarios e indispensables para la conservación y garantía de la existencia de los pueblos indígenas*”. Este principio será desarrollado ampliamente por la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia, cuando precisa que la autonomía es una herramienta para asegurar la subsistencia de los pueblos indígenas.

Reconocimiento del principio del diálogo intercultural

El TC pone mucho acento en este punto. Este Tribunal reconoce que el derecho a la consulta tiene un norte: concretar el diálogo intercultural. Según el TC, “*El mandato establecido en el artículo 6 es uno de carácter general que pretende propiciar y materializar el diálogo intercultural en todos los diferentes estratos de intervención estatal sobre la situación jurídica de los pueblos indígenas*” (f.j. 17). En realidad, detrás del diálogo intercultural, existe implícito el reconocimiento del principio de interculturalidad, el cual curiosamente no ha sido invocado por el TC a pesar de tener cobertura constitucional. Tampoco lo reconoció al momento de precisar el contenido de la *Constitución Cultural* en el f.j. 4.

La perspectiva intercultural recogida en la Constitución en el artículo 17²⁹, exige mirar a las otras culturas de manera diferentes; exige partir de que todas las culturales son iguales en derechos y dignidad, pero al mismo tiempo, en que están llamadas a interactuar en forma positiva³⁰ y no a encerrarse. Esto exige, entonces, superar una mirada confrontacional o de desconfianza hacia el otro para asumir un horizonte de respeto, de diálogo, lo que se condice (por ejemplo) con la obligación de coordinar entre la justicia comunal y la justicia estatal que el artículo 149 de nuestra Carta Política establece. Estamos, en realidad, ante el principio de interculturalidad que debe orientar la interpretación de normas legales³¹ y que aún no ha sido desarrollado jurídicamente en sede nacional.

3.3.2.- Establecimiento de reglas para definir la afectación directa a los pueblos indígenas

²⁹ Si bien el artículo 17 de la Constitución está pensado más para la educación y por eso se habla de educación intercultural, ello no obsta para restringir la perspectiva intercultural a lo educativo. Lo intercultural se irradia a toda la Constitución, y en consecuencia, debe ser tenido en cuenta al momento de interpretarse la Constitución.

³⁰ Carlos Giménez, op. Cit., pág. 5.

³¹ Cfr. Esther Sánchez Botero, Reflexiones en torno de la jurisdicción especial indígena en Colombia, en; Revista IIDH, Edición Especial sobre Derecho Indígena, Enero-junio 2005, pág. 238. Ver en especial cuando desarrolla la interculturalidad como principio para el reconocimiento del pluralismo jurídico.

Éste es un punto fundamental en la implementación del derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas. Como bien señala el TC en el f.j. 19, es sencillo precisar cuándo una medida administrativa afecta directamente a los pueblos indígenas, sin embargo, no es sencillo precisar cuándo las medidas legislativas los afectan. Ciertamente, no nos podemos pasar la vida consultando todo, pues ello comprometería la gobernabilidad y el ejercicio de la función de gobierno. Como reconoce el TC en el f.j. 20, *“una ley de alcance general que pretende regular la conducta de todos los ciudadanos peruanos, y no particularmente la conducta de los miembros de los pueblos indígenas no implicaría una afectación directa a estos. Si bien, podría generar una modificación en la situación jurídica de los pueblos indígenas esto sería como consecuencia o efecto indirecto de la norma”*.

El TC distingue tres tipos de medidas legislativas, *“aquellas dirigidas exclusivamente a regular aspectos relevantes de los pueblos indígenas, en donde la consulta será obligatoria, por afectarles directamente. Y de otro lado, normas de alcance general, que podrían implicar una afectación indirecta a los pueblos indígenas. El tercer tipo de medida legislativa es aquella en la que determinados temas que involucren una legislación de alcance general, requiera establecer, en algunos puntos referencias específicas a los pueblos indígenas”* (f.j. 21). Añade en relación con este último supuesto, que *“En tales casos, si es que con dichas referencias normativas se modifica directamente la situación jurídica de los miembros de los pueblos indígenas, sobre temas relevantes y de una manera sustancial, es claro que tales puntos tendrán que ser materia de una consulta”*(f.j. 21).

Finalmente, el TC también reconoce como regla, la obligación de consultar a las comunidades adyacentes. Precisa este tribunal que *“Debe comprenderse que no solo serán consultados aquellos pueblos indígenas en cuyo territorio se llevarán a cabo las actividades, sino por ejemplo, también los pueblos indígenas inmediateamente adyacentes a dicho lugar y que sean susceptibles de ser afectados”* (f.j. 23).

3.3.3.- La diferencia entre el derecho a la consulta y el derecho al veto

Éste es un tema clave que no es entendido suficientemente por el poder político, y como consecuencia, despierta mucha confusión y resistencia. La respuesta tampoco es sencilla de comprender. Una cosa es que la consulta con los pueblos indígenas deba estar orientada y tener como finalidad lograr un acuerdo entre el Estado, y otra muy diferente es señalar que la opinión de los pueblos indígenas, en el caso que no haya acuerdo sea vinculante, es decir, que sea de cumplimiento obligatorio para el Estado. Lo primero tiene cobertura en el artículo 6 del Convenio 169 de la OIT, lo segundo no. Ciertamente, si es que el Estado y las empresas se ponen de acuerdo, este es vinculante y es de cumplimiento obligatorio para ambas partes.

En palabras del TC, el derecho a la consulta *“no les otorga la capacidad impedir que tales medidas se lleven a cabo. Si bien en el último párrafo del artículo 6 del Convenio se expresa que la consulta debe ser llevada a cabo “con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas”, ello no implica una condición, que de no ser alcanzada significaría la improcedencia de la medida”* (f.j. 24). Más adelante, añade que *“es obligatorio y vinculante llevar a cabo el proceso de consulta, asimismo, el consenso al que arriben las partes será vinculante, sin embargo, ello no implicará que el pueblo indígena pueda evitar la aplicación de las normas sometidas a consulta por el hecho de no estar de acuerdo con el acto administrativo o legislativo”* (f.j. 25).

Dos críticas se pueden hacer al TC en esta parte. Primero, que la no existencia del derecho al veto en realidad responde al hecho que el gobierno ha sido elegido para gobernar y los pueblos indígenas no. Asimismo, la promoción de la inversión por parte del gobierno es expresión y materialización de esta función de gobierno y de dirección política, la cual tiene cobertura normativa en el artículo 118 inciso 3 de la Constitución³². A esto, hay sumar el artículo 59 que establece que “*El Estado estimula la creación de riqueza y garantiza la libertad de trabajo y la libertad de empresa, comercio e industria*”, y lo establecido en el artículo 44 también de la Constitución cuando precisa que “*Son deberes primordiales del Estado [...] promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación [...] Asimismo, es deber del Estado [...] promover [...] el desarrollo*”. Todas ellas, brindan cobertura normativa a la explotación de los recursos naturales, y todas ellas deben ser adecuadamente ponderadas con el derecho a la consulta.

La otra crítica, es que no dice nada sobre la excepciones a la regla de la no vinculatoriedad de la opinión de los pueblos indígenas, es decir la inexistencia del derecho al veto, cuando está en juego la subsistencia de determinado pueblo indígena.

3.3.4.- Reconocimiento de principios que orientan la realización de la Consulta Previa

El TC a partir del artículo 6 del Convenio 169 de la OIT, de la jurisprudencia comparada y del desarrollo doctrinario, extrae un conjunto de características que muy bien pueden ser reconducidos a principios jurídicos constitucionales, que son parte del contenido jurídico constitucional protegido del derecho a la consulta. Para el TC estos son “a) la buena fe, b) la flexibilidad, c) objetivo de alcanzar un acuerdo, d) transparencia; y, e) implementación previa del proceso de consulta” (f.j. 26). En realidad, lo que hace el Estado es reiterar y reafirmar la fuerza normativa de éstos y, explicitar que ellos adquieren la forma de principios jurídicos.

En efecto, hay que insistir que si bien son características, ello no es óbice para reconocer que tienen la fuerza normativa de principios jurídicos constitucionales. Como señala el TC, “*Estas características son también principios orientadores, así, en caso de presentarse vacíos en la legislación se tendrá que proceder en virtud de estos principios con el objetivo de maximizarlos. De igual forma, si estos elementos se encuentran ausentes, la afectación del derecho de consulta se tendrá que comprender como una de tipo arbitraria y por lo tanto inconstitucional*” (f.j. 26).

Principio constitucional de buena fe

El TC precisa en el f.j. 27 que el principio de buena fe “*conforma el núcleo esencial del derecho a la consulta*” y que “*debe ser comprendido como aquel que busca evitar actitudes o conductas que pretendan la evasión de lo acordado, interferir u omitir cooperar con el desarrollo de la otra parte o la falta de diligencia en el cumplimiento de lo acordado*”. Añade luego que “*Con él se permite excluir una serie de prácticas, sutiles, implícitas o expresas, que pretendan vaciar de contenido el derecho de consulta. Tales prácticas están vedadas tanto para el Estado como para los pueblos indígenas o cualquier otro particular que intervenga en el proceso de consulta*”. Finalmente, el TC reconoce que este principio despliega sus efectos normativos no solo al inicio sino que llega hasta la propia implementación, “*Este principio debe verse concretado en las tres etapas elementales en que puede estructurarse el proceso de consulta, a saber: 1) determinación de la afectación directa, 2) la consulta en sentido estricto, y 3) la implementación de la medida. El respeto del principio de buena fe debe ser materializado a lo largo de estas tres etapas*” (f.j. 27).

³² “Artículo 118°. Corresponde al Presidente de la República:
[...] 3. Dirigir la política general del Gobierno”

La utilidad de este principio se verificará cuando por ejemplo, se intente cumplir con la simple formalidad de la consulta y no exista real intención de llegar a un acuerdo, cuando se intente burlar la buena fe de los pueblos indígenas, y se hagan (por ejemplo) talleres informativos haciéndoseles pasar como procesos de consulta. Como señala el TC “*Sería bastante fútil generar un espacio de discusión y diálogo intercultural, cuando lo que en el fondo se pretende es simplemente la mera apariencia de cumplimiento de la norma, sin que se recaiga en lo sustancial de la misma*” (f.j.28)

Principio constitucional de la flexibilidad

El TC sustenta este principio así: “*Debido a la diversidad de pueblos indígenas existentes y la diversidad de sus costumbres, inclusive entre unos y otros, es importante que en el proceso de consulta estas diferencias sean tomadas en cuenta*” (f.j. 31). En realidad, lo que busca este principio es evitar posiciones rígidas que no tomen en cuenta la profunda heterogeneidad tanto de los pueblos indígenas como de la naturaleza de las normas a ser consultadas.

Principio constitucional de la finalidad de alcanzar un acuerdo

El TC ha establecido que “*Con la finalidad no solo de obtener acuerdos que signifiquen garantizar los legítimos intereses de los pueblos indígenas como la preservación de la calidad ambiental de su territorio, de sus diversas actividades económicas y culturales, en su caso de la justa compensación e incluso, la completa adecuación a nuevos modos de vida; sino en especial al concepto de coparticipación en el disfrute de la riqueza obtenida por la industria ubicada dentro del territorio de determinados pueblos indígenas, los que deberán resultar notoriamente beneficiados*” (f.j. 33).

Este principio será muy importante pues en muchas normas reglamentarias se intentará sostener que la finalidad de la consulta es tomar conocimientos de las posibles implicancias de las medidas a adoptarse y que afectan a los pueblos indígenas. En efecto, el decreto supremo N° 028-2008-EM y el N° 012-2008-MEM son incompatibles con el derecho a la consulta reconocido en el artículo 6 del Convenio 169 de la OIT, toda vez que reconocen que la finalidad de la consulta no es lograr el acuerdo y el consentimiento como lo señala el Convenio 169, sino conocer si los intereses de estos serán afectados.

El primer párrafo del artículo 4 del Decreto Supremo N° 028-2008-EM señala que: “*El derecho a la consulta [...], se ejerce y se implementa en el sub sector minero, a través del proceso de participación ciudadana que regula el presente Reglamento. En tal sentido, los mecanismos de participación ciudadana a implementar deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de conocer, con anterioridad al inicio y realización de la actividad minera, si los intereses de los pueblos indígenas o comunidades campesinas que habitan en el área de influencia de las actividades mineras proyectadas son resguardados y en qué medida*”. (Subrayado nuestro).

Igual ocurre con el artículo 2.1. del Título Preliminar del decreto supremo 012-2008-EM, que establece que “*La consulta es una forma de Participación Ciudadana que tiene por objeto determinar si los intereses de las poblaciones que habitan en el área de influencia directa de un proyecto de Hidrocarburos podrían verse afectados, a efectos de que antes de emprender o autorizar cualquier programa de actividades, se conozca y analice las principales preocupaciones manifestadas respecto a los posibles impactos sociales, económicos, ambientales y culturales que podrían generarse a partir de su elaboración y/o ejecución*”. (Subrayado nuestro).

Principio constitucional de transparencia

Según el TC, este principio obliga al Estado que *“en cuanto se establezca que determinadas medidas pueden afectar directamente a los pueblos indígenas, estas deben ser puestas en conocimiento de dichos pueblos”* (f.j. 35). Ello no basta, agrega el TC que *“También es importante que se establezca cuales van a ser las consecuencias de tales medidas, sean estas positivas o negativas. Es importante también que se conozcan cuales van a ser las metodologías de la consulta, así como las normas pertinentes que sustenten la medida”* (f.j. 35). Añade que *“El principio de transparencia también implica que la documentación relevante tendría que ser traducida a fin de que la comprensión de los mismos pueda garantizarse como plenitud. También se tendrán que tomar en cuenta las costumbres de cada pueblo indígena, evaluando la mejor metodología aplicable para cada caso en concreto”* (f.j. 35).

Principio constitucional de implementación previa del proceso de consulta

Este principio está referido a la oportunidad en que se realiza la consulta. Señala el TC que ésta debe llevarse a cabo en forma previa a adoptarse la medida a consultar. En efecto, este Tribunal señala que es necesario que *“la consulta se lleve a cabo en forma previa a la toma de la decisión”* (f.j. 36). Sustenta ello en que *“la idea esencial de la inclusión de los pueblos indígenas en la discusión del proyecto de la medida administrativa o legislativa es que puedan plantear sus perspectivas culturales, con la finalidad de que puedan ser tomadas en cuenta. La consulta es una expectativa de poder, de influencia en la elaboración de medidas que van a tener un impacto directo en la situación jurídica de los pueblos indígenas. Trasladar esta consulta a un momento posterior a la publicación de la medida elimina la expectativa de la intervención subyacente en la consulta”* (f.j. 36).

Añade que ello *“Además generaría que la consulta se lleve a cabo sobre los hechos consumados, pudiendo relevarse con esto una ausencia de buena fe. En todo caso, las condiciones de los hechos pueden determinar ciertas excepciones, aunque estas siempre serán revisadas bajo un examen estricto de constitucionalidad debido a la sospecha que tales situaciones generan”* (f.j. 36).

No se tratan de afirmaciones irrelevantes. En nuestro país de forma inconstitucional la legislación reglamentaria sólo admite la consulta previa a partir de la exploración en el caso de la minería y de la negociación en el caso de hidrocarburos. En efecto, el Decreto Supremo N° 028-2008-EM y el Decreto Supremo N° 012-2008-MEM son incompatibles con el derecho a la consulta, toda vez que reconocen la posibilidad de realizar la consulta con los pueblos indígenas, no al inicio de la actividad minera y de hidrocarburos como corresponde con el carácter “previo” de la consulta y con la propia naturaleza y esencia de la consulta, sino cuando éste ya se inició, lo cual violenta el principio de oportunidad de la consulta de ésta.

Lo “previo” hace alusión precisamente a que esta consulta debe hacerse desde el inicio y no cuando ya se viene implementado las medidas administrativas que afectan a los pueblos indígenas. Para James Anaya, Relator Especial de Naciones Unidas sobre la Situación de los Derechos y Libertades Fundamentales de los Indígenas³³, uno de los Principios Internacionales Aplicables a la Consulta es el que precisa que la consulta debe realizarse con carácter “previo”. Según este, *“toda consulta realizada en virtud del Convenio 169 de la OIT y otras normas internacionales aplicables debe llevarse a cabo con anterioridad a la adopción de la medida a ser consultada, incluyendo medidas legislativas”*. Según han confirmado los órganos de control de la OIT, las reuniones posteriores a la

³³ Relator Especial de Naciones Unidas sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, “Principios internacionales aplicables a la consulta en relación con la reforma constitucional en materia de derechos de los pueblos indígenas en Chile”, 24 de abril de 2009. Ver en: <http://www.politicaspUBLICAS.net/panel/re/docs/393.html?task=view>

tramitación de dicha medida legislativa no cumplen con los requisitos establecidos en el Convenio 169³⁴. Asimismo, dichos órganos han interpretado que el requisito de consulta previa implica “*que las comunidades afectadas sean involucradas lo antes posible en el proceso*”³⁵.

La Declaración de Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas en su artículo 19 es del mismo parecer: “*Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por medio de sus instituciones representativas antes de adoptar y aplicar medidas legislativas o administrativas que los afecten, a fin de obtener su consentimiento libre, previo e informado*”. (Subrayado nuestro). En esa misma línea se ha manifestado la Corte IDH³⁶, cuando ha establecido que “*se debe consultar con [los pueblos indígenas] en las primeras etapas del plan...y no únicamente cuando surja la necesidad de obtener la aprobación de la comunidad*”.

3.3.5.- La determinación del contenido constitucional protegido del derecho a la consulta

Es otro de los aportes de esta sentencia, cuando establece que el contenido constitucionalmente protegido de este derecho importa “*i) el acceso a la consulta, ii) el respeto de las características esenciales del proceso de consulta; y, iii) la garantía del cumplimiento de los acuerdos arribados en la consulta*” (f.j. 37). Añade que no forma parte del contenido de este derecho el veto a la medida legislativa o administrativa o la negativa de los pueblos indígenas a realizar la consulta.

Quizá el primer supuesto es el más afectado sistemáticamente en nuestro país. Como dice el TC, “*resulta evidente que si se cumple la condición establecida en el convenio, esto es, si se prevé que una medida legislativa o administrativa será susceptible de afectar directamente a algún pueblo indígena y no se realiza la consulta, es manifiesto que el derecho de consulta sería pasible de ser afectado*” (f.j. 38). Añade el TC que en relación con el segundo supuesto, que “*debe comprenderse que si la consulta se lleva a cabo sin que se cumpla con las características esenciales establecidas es evidente que se estaría vulnerando el derecho de consulta*” (f.j. 39). Finalmente, en relación con el tercer supuesto, el TC precisa que éste “*si es que una vez alcanzado el acuerdo, posteriormente este es desvirtuado, los afectados podrán interponer los recursos pertinentes a fin de que se cumpla con los acuerdos producto de la consulta. Y es que en tales casos, el principio de buena fe se habrá visto afectado*” (f.j. 40).

3.3.6.- La determinación de reglas sobre las etapas del proceso de consulta

El TC define un conjunto de reglas en relación con las etapas del proceso de consulta. Éstas son las siguientes:

- “i) El inicio de todo el proceso será la determinación de la medida legislativa o administrativa que puede ser susceptible de afectar directamente a un pueblo indígena. Esta tarea debe ser realizada por la entidad que está desarrollando tal medida.*
- ii) En segundo lugar se deben determinar todos los pueblos indígenas posibles de ser afectados, a fin de notificarles de la medida y de la posible afectación.*

³⁴ Informe del Comité establecido para examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por Colombia del Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169), presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por la Central Unitaria de Trabajadores (CUT) [en adelante, “Reclamación – Colombia”], GB.276/17/1; GB.282/14/3 (1999), párr. 90 (énfasis añadido). Citado por James Anaya.

³⁵ *Ibidem*.

³⁶ Caso del Pueblo Saramaka v. Surinam, *supra*, párr. 134.

- iii) *Una vez notificados los sujetos que intervendrán, se debe brindar un plazo razonable para que los pueblos indígenas puedan formarse una opinión respecto la medida. Luego tendrá que pasarse a la negociación propiamente dicha.*
- iv) *Si es que el pueblo indígena se encuentra de acuerdo con la medida entonces, concluye la etapa de negociación.*
- v) *De lo contrario, si es que el pueblo indígena rechaza la medida propuesta precluye una primera etapa de negociación. Con ello se pretende hacer visible los puntos sobre los cuales existe disconformidad” (f.j. 41).*

3.3.7.- Reglas jurídicas vinculantes sobre el derecho de los pueblos indígenas, en relación a sus tierras y sus territorios

También el TC desarrolla un conjunto de reglas jurídicas sobre los derechos de los pueblos indígenas sobre sus territorios y tierras, toda vez que es el principal derecho afectado de los pueblos indígenas. La razón de ello es que la norma cuestionada, es decir el decreto legislativo N.º 1089, regula el Régimen Temporal Extraordinario de Formalización y Titulación de Predios Rurales.

El principio de la obligación jurídica del Estado de delimitar los territorios indígenas

De conformidad con los artículos 13y 15 del Convenio 169 de la OIT, el TC establece la obligación del Estado para que *“refuerce y dinamice las labores de limitación de los territorios indígenas a fin de brindar una apropiada protección jurídica a los pueblos indígenas, mediante la concretización de los derechos de propiedad de los territorios que cada comunidad ocupa”* (f.j. 44). Pero va más allá. Establece que esta adecuada delimitación contribuirá a proteger y cautelar la seguridad jurídica. Según este Tribunal, la delimitación promovería *“la seguridad jurídica puesto que al momento de lotizar o emprender estudios y acciones con miras a desarrollar la exploración y explotación de recursos naturales se tendría una adecuada perspectiva de la realidad y de cuáles son los pasos necesarios a fin de llevar a cabo ese tipo de procesos sin vulnerar derechos fundamentales de los pueblos indígenas”* (f.j. 44).

Principio de la interpretación constitucional intercultural de las normas civiles de propiedad

El TC señala la necesidad de tener en cuenta, que *“en virtud del principio de unidad de la Constitución y el principio de unidad integradora, [...] el resultado de la interpretación constitucional debe considerar la identidad indígena de quien detenta la propiedad y tomar en cuenta sus costumbres”* (f.j. 45). Así por ejemplo, el TC frente a un caso relativo a territorio indígena, *“no pueden aplicarse criterios propios de un contexto urbano, dejando a un lado la costumbre de los pueblos indígenas, puesto que ello devendría en una posible vulneración del derecho fundamental de tales pueblos y de sus integrantes. Esto se explica en parte por el tipo de relación existente entre los pueblos indígenas y el territorio ancestral en el que habitan”* (f.j. 46). En este caso, establece en concordancia con lo establecido en el artículo 14 del Convenio 169 de la OIT que *“El abandono de territorios por los Pueblos Indígenas debe ser interpretado en calve intercultural”*.

3.3.7.- Reconocimiento de la obligación de compartir los beneficios de las actividades consultadas

Finalmente, lo que hace el Tribunal Constitucional en realidad es desarrollar jurisprudencialmente lo establecido en el artículo 15 inciso 2 del Convenio 169 de la OIT, donde se precisa que “Los pueblos interesados deberán participar siempre que sea posible en los beneficios que reporten tales actividades, y percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades.”

La premisa del TC es importante: “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” (f.j. 52). A continuación señala de forma lúcida que “la obligación del Estado no debe remitirse al pago de un justiprecio, sino que debe ir más allá, hacia un beneficio compartido. No basta pues con que se les otorgue nuevas tierras de igual extensión y calidad, sino que los pueblos indígenas deben beneficiarse de la explotación que se lleva a cabo en sus territorios ancestrales originales de los que fueron separados, garantizando con ello no solo la continuidad de su existencia sino el mejoramiento de la calidad de vida. Solo así puede comprenderse justificada la expropiación de tierras indígenas, de lo contrario, los miembros de tales pueblos podrán recurrir a las vías legales pertinentes a fin de tutelar sus derechos. De igual forma tendrá que considerarse ello cuando la indemnización sea consecuencia de intervenciones sobre propiedad de los pueblos indígenas tales como la servidumbre” (f.j. 52)

Este desarrollo jurisprudencial del TC es fundamental, al señalar una pista importante de exigibilidad de derechos de los pueblos indígenas cada vez que sean vulnerados sus tierras y sus territorios.

4. La regla aplicada en el caso concreto: la inaplicación de la norma cuestionada a los pueblos indígenas por no haber sido consultada

El TC opta por una sentencia interpretativa. Concluye, que en la medida en que el decreto legislativo cuestionado excluye de su aplicación explícitamente a los pueblos indígenas en el reglamento de aplicación del decreto legislativo cuestionado, no era exigible la consulta.

En efecto, el TC precisa que “observándose que la norma bajo cuestionamiento permite interpretar que los alcances de su articulado excluyen a los Pueblos Indígenas, es de esta manera en que debe ser comprendida o interpretada la norma. En este sentido, y solo de esta manera la norma sería constitucional, puesto que la regulación no recae sobre los Pueblos Indígenas” (f.j. 56). En otras palabras, “la norma bajo análisis es constitucional en tanto se excluya de su aplicación a los pueblos indígenas, de otra forma, la norma habría tenido que ser sometida a un proceso de consulta” (f.j. 56).

Se “considera que al no haberse determinado que las normas del presente decreto legislativo sean susceptibles de afectar directamente a los pueblos indígenas, al no ser los pueblos indígenas sujetos pasivos de la norma, no resulta necesario llevar a cabo el proceso de consulta. Por lo tanto, la demanda debe ser desestimada por no haberse vulnerado el derecho de consulta con el Decreto Legislativo N.º 1089” (f.j. 58).

Nosotros consideramos que el decreto legislativo sí estuvo pensado también para las comunidades campesinas y nativas inicialmente; sin embargo, será reglamentariamente cuando se excluya a los pueblos indígenas. En efecto, si uno revisa el decreto legislativo, uno advierte que si bien no lo dice expresamente, sí está referida y afecta en forma directa a los pueblos indígenas. Estamos ante una norma que crea un régimen temporal extraordinario, y permite acciones de formalización de oficio

y un procedimiento especial de titulación. Consideramos que se viola no sólo el derecho a la consulta de los pueblos indígenas, si los derechos a la tierra y al territorio, a la identidad, al uso de los recursos naturales, etc. Sin embargo la exclusión, tal como lo advierte el TC, ocurre en el reglamento, concretamente en el artículo 3 inciso 1 y en el artículo 15.

5. Los temas ausentes en la sentencia del TC

Varios son los temas ausentes sobre los cuales guardó silencio el TC. No vamos a desarrollarlos, sólo los mencionaremos.

En primer lugar, las excepciones al carácter no vinculante del derecho a la consulta. Tanto la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Samaraka vs. Surinam* en caso que se ponga en peligro la subsistencia de los pueblos indígenas, como el Convenio 169 de la OIT en el artículo 16 inciso 2, en el caso de desplazamientos, establecen que no bastará con la consulta. Será necesario obtener el consentimiento de los pueblos indígenas.

Otro tema es la desnaturalización del derecho a la consulta por las normas reglamentarias expedidas por el Ministerio de Energía y Minas, que regulan la participación ciudadana en materia de minería y de hidrocarburos. Estos desnaturalizan la consulta en su finalidad, su oportunidad y su naturaleza. Otro tema ausente es la situación jurídica de las medidas administrativas, expedidas luego de la entrada en vigencia del Convenio 169 de la OIT y que no fueron consultadas. Se deben suspender todas esas concesiones, deben ser consultadas. ¿Qué ocurre cuando además violan estas medidas inconsultas, los derechos de los pueblos indígenas?

Y de conformidad con la jurisprudencia vinculante de la Corte IDH, explicar en qué casos no se puede disponer de los territorios de los pueblos indígenas. Nos referimos a lo casos en que se ponga en peligro la subsistencia y/o la sobrevivencia de los pueblos indígenas; y finalmente, en la necesidad de la reglamentación del derecho a la consulta por los gobiernos locales y regionales.

6. Comentario final

A pesar que aparentemente la sentencia nos pueda parecer contraria a los derechos de los pueblos indígenas (al declarar infundada la pretensión), es importante al plantear un conjunto de reglas y principios que orientan y regulan la implementación del derecho a la consulta, muchos de cuyos temas fueron abordados por la autógrafa observada por el gobierno). Se trata de un pronunciamiento relevante que desarrolla el derecho a la consulta, que tiene fuerza normativa equivalente a una ley y que vincula a todos los poderes públicos.

El fundamento de ello está en el artículo 82 del Código Procesal Constitucional (Ley N° 28237), que regula la fuerza de la cosa juzgada en procesos de inconstitucionalidad, y el 2do y 3er párrafo del artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.

Como podemos observar, el Tribunal Constitucional a través de esta sentencia proporciona herramientas legales indispensables para la implementación del derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas. Hemos sido críticos respecto de muchas sentencias del TC, sin embargo, en este caso se ha de reconocer que se trata de un aporte sustancial. Lo ideal es contar con una Ley de Consulta, pero independientemente del trámite que siga la observación del Congreso respecto de la autógrafa, el desarrollo jurisprudencial del derecho a la consulta, tal como ocurre en Colombia, podría cubrir el vacío temporal al que la observación de la autógrafa contribuye.