

PERÚ:
CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD,
JUSTICIA INDÍGENA Y DERECHO DE CONSULTA

Bartolomé Clavero
Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Sevilla

“Cuando exista incompatibilidad entre una norma constitucional y otra de inferior jerarquía, el Juez debe preferir la primera, siempre que ello sea relevante para resolver la controversia y no sea posible obtener una interpretación conforme a la Constitución. 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”. Esta norma sobre *control difuso* de constitucionalidad se encuentra en el Código Procesal Constitucional peruano (art. VI). Es el término de referencia de una pregunta que se me formula desde Perú acerca de la posibilidad de que la jurisdicción indígena ejerza tal control de constitucionalidad. La sugerencia se efectúa expresamente en el contexto de los avatares actuales sobre la reglamentación del derecho de consulta.

Humberto Cordero Galdós, abogado con experiencia en este campo, es quien formula la cuestión: *“Quería aprovechar para preguntarte qué tan viable consideras que en el ejercicio de la jurisdicción indígena pueda aplicarse el denominado ‘control difuso’ de la constitucional de las leyes, reglamentos y otras normas. Sobre todo, en aquellos casos en que las mencionadas normas contravengan directamente las disposiciones constitucionales y los tratados internacionales relacionados directamente con el cabal ejercicio de los derechos especiales de los pueblos indígenas, afectando directamente tal ejercicio”*. Antes ha manifestado que comparte mi *“preocupación y desconcierto respecto de los desatinos y desvaríos que se constatan en el actual contexto del proceso de reglamentación de la reciente Ley de Consulta Previa en el caso peruano”*. Yo no sabría decirlo mejor: *desatinos y desvaríos*, unos desatinos y desvaríos que ahora en particular se acusan por el manejo oficial, por parte especialmente del Viceministerio de Interculturalidad, del proceso de reglamentación de la *Ley del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios Reconocido en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo*, pero desatinos y desvaríos que vienen en el

asunto de antes, tan de antes como del día dos de febrero de 1995, la fecha de entrada en vigor en Perú de dicho Convenio sobre Pueblos Indígenas, el Convenio que desde entonces requiere la garantía de la consulta, *con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento*, para todas las *medidas legislativas o administrativas* que puedan afectar directamente a los pueblos indígenas y sus derechos (art. 6)

Desde el día segundo del mes de febrero de 1995 todas las instituciones públicas peruanas, todas las del Estado sin excepción, han venido actuando como si el Convenio 169 no existiese o como si el mismo no fuese una norma en plena vigencia con rango además superior a ley habiendo de concurrir como mínimo a la *interpretación* de los derechos constitucionales en conformidad con la Constitución que se había promulgado poco antes, en 1993 (Disposición Final 4: “*Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú*”). Entre los años 1995 y 2000 puede entenderse, aunque no justificarse, dicha postura, pero más difícil resulta explicarla para el tiempo posterior de recuperación constitucional hasta hoy. La misma Constitución actual, la de 1993, vino en su momento a rebajar el perfil de la anterior, la de 1979, en el extremo del valor normativo de un ordenamiento internacional reduciéndolo a función interpretativa en todo lo sustancial que interesa a derechos (añádase el silencio sobre derecho internacional del art. 3: “*La enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno*”). Por esto digo que puede ser comprensible, aunque nunca justificable, aquella falta de consecuencia de las instituciones públicas con el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo. Así comenzaron los desatinos y desvaríos.

La Constitución no ha sido reformada en cuanto al valor normativo del derecho internacional, pero un giro se ha producido en 2004 por virtud del Código Procesal Constitucional y especialmente de su Título Preliminar, donde, con antelación al citado artículo sobre control difuso de constitucionalidad, se produce una significativa ampliación de los términos de referencia de la función interpretativa de los derechos humanos extendiéndoseles a la jurisprudencia internacional: “*El contenido y alcances*

de los derechos constitucionales protegidos por los procesos regulados en el presente Código deben interpretarse de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos, los tratados sobre derechos humanos, así como de las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según tratados de los que el Perú es parte” (art. V). La propia jurisprudencia del Tribunal Constitucional acompaña y refuerza: “Los tratados internacionales sobre derechos humanos de los que el Estado peruano es parte integran el ordenamiento jurídico. Dichos tratados no sólo conforman nuestro ordenamiento sino que, además, detentan rango constitucional”; la función interpretativa del mandato constitucional “contiene implícitamente una adhesión a la interpretación que de los mismos hayan realizado los órganos supranacionales de protección de los atributos inherentes al ser humano y, en particular, el realizado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos”; “las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos son vinculantes para todos los poderes públicos” y “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”.

En lo que toca en concreto al Convenio 169, más acompaña y más refuerza precisamente la jurisprudencia referida de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, esa jurisprudencia que ha de concurrir a la formación del paradigma del control de constitucionalidad según el propio Tribunal Constitucional. Pone justamente especial énfasis en la garantía de la consulta y, para determinados casos, en el requisito de consentimiento: “cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala que tendrían un mayor impacto (...), el Estado tiene la obligación, no sólo de consultar (...), sino también debe obtener el consentimiento libre, informado y previo” indígena; “el Estado debe adoptar las medidas legislativas, administrativas o de otra índole que sean necesarias para reconocer y garantizar el derecho del pueblo (indígena) a ser efectivamente consultado, según sus tradiciones y costumbres, o en su caso, el derecho de otorgar o abstenerse de otorgar su consentimiento previo, libre e informado, respecto de los proyectos de desarrollo o inversión que puedan afectar su territorio”. Para sentar esta jurisprudencia la Corte Interamericana de Derechos Humanos invoca no sólo el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, sino también la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, la cual considera otros casos de consentimiento necesario, como los de

desplazamiento territorial, operaciones tóxicas y actividades militares, además del caso de los proyectos de desarrollo (arts. 10, 29, 30 y 32), así como contempla el derecho de reparación por cualquier afectación de derechos materiales o culturales sin el debido consentimiento indígena (arts. 11.2 y 28.1). Consulta mediante, el requisito del consentimiento es regla, no excepción.

Todo esto obliga de forma directa a las instituciones públicas peruanas, a todas ellas, con ley o sin ley, con reglamento o sin reglamento. Todo esto también significa que, si hay ley con su reglamento, la una, la ley, debe atenerse al Convenio 169 y el otro, el reglamento, ha de sujetarse a la ley sólo en la medida en la que la misma se atenga al Convenio 169 o, en otro caso, para lo que no sea así, ha de desarrollar directamente este instrumento internacional que forma parte del parámetro de constitucionalidad. No sólo la justicia, sino todos los poderes públicos deben actuar constitucionalmente. Dicho de otro modo, no sólo a la justicia le corresponde controlar la constitucionalidad. Este control debe ser permanente y cotidiano para todas las instituciones públicas respecto a sus propias actuaciones. El poder ejecutivo no está obligado a atenerse a extremos inconstitucionales de una ley en el momento de reglamentarla o aplicarla. Si esa ley es a su vez reglamentaria, como en el caso de la Ley de Consulta respecto al Convenio 169, y la inconstitucionalidad puede con ello resultar más flagrante, el caso todavía resulta más claro. Su reglamento puede y debe plantearse no sólo respecto a la norma legislativa, sino también en relación al instrumento internacional. De otra forma, los elementos no claramente constitucionales de la ley contaminarían al reglamento.

Que la *Ley del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios Reconocido en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo* presenta aspectos de discordancia con la norma que reconocidamente reglamenta y que también deja abierta cuestiones, como la decisiva del consentimiento, no puede implicar que su reglamento deba mantener lo primero y pueda decidir sobre lo segundo. Para lo uno como para lo otro, lo que debe es atenerse al Convenio 169 conforme a la interpretación vinculante de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. La actual propuesta oficial de Reglamento hace exactamente lo contrario, tal y como si la Ley sustituyera al Convenio y como si no hubiera cuestión de constitucionalidad. En estas circunstancias, se plantea la cuestión de qué hacer. ¿Qué hacer ante el empeño del Gobierno por aprovechar una Ley deficiente para imponer un Reglamento más deficiente todavía? Pues no soy ciudadano peruano, no corresponde que me introduzca en el terreno de la

política, pero hay respuestas posibles en el campo del derecho que no están tomándose en consideración. Aquí, frente a desatinos y desvaríos, entra la justicia, incluso, como se nos ha sugerido, la justicia indígena. A ello vamos.

Digo que hay respuestas que no están tomándose en consideración porque, ante la propuesta de Reglamento que empeora la Ley, está proponiéndose, de una parte, el cambio de la Ley, mediante ya su reforma por el Congreso, ya su impugnación ante el Tribunal Constitucional. Son dos caminos inciertos y, además, tal vez innecesarios. Una vez que existe la Ley con la virtud de introducir en la agenda el derecho de consulta, si la misma es en efecto deficiente, puede y debe hacerse valer su carácter reglamentario respecto a una norma de entidad constitucional, el Convenio 169, para que sea ésta la que por fin se aplique, como debiera estar haciéndose desde hace más de quince años. El Reglamento puede y debe serlo del Convenio y de la Ley conjuntamente, resolviendo contradicciones y completando lagunas. Para cuanto se aleje de esta línea estrictamente constitucional en la actuación del Ejecutivo, se tiene a la justicia. Se tiene no sólo al Tribunal Constitucional, sino a todo el sistema judicial con todas sus posibilidades de control difuso de constitucionalidad y de corrección por lo tanto de Ley y Reglamento de Consulta conforme a Convenio y a jurisprudencia interamericana.

Son posibilidades que, si no se tienen ante la vista en lo que respecta al valor constitucional del Convenio 169, es tal vez porque sigue pesando la perspectiva no exactamente constitucionalista que se formó en los años pocos constitucionales del lustro entre 1995 y 2000. Esto es algo que parece enquistado en los estudios universitarios y que también afecta neurálgicamente por supuesto a jueces y juezas de dicha formación, por lo que el camino del control difuso de constitucionalidad resulta un tanto aventurado, no menos incierto que el del Tribunal Constitucional, el cual está resistiéndose a la aplicación consecuente de su entendimiento de la integración del orden constitucional al caso del derecho de consulta. En todo caso, ante actuaciones políticas o empresariales lesivas del mismo, ahí se tiene la posibilidad de acudir a la justicia más cercana con argumentos constitucionales que vayan abriendo el camino a la efectividad del Convenio 169.

La justicia más cercana es la propia justicia indígena o equivalente, como la de rondas campesinas. Ahí llega la pregunta: “*¿Qué tan viable consideras que en el ejercicio de la jurisdicción indígena pueda aplicarse el denominado control difuso en defensa de los derechos de los pueblos indígenas y en particular del derecho de consulta que constituye*

su garantía principal? El Código Procesal Constitucional no hace excepción alguna en lo que respecta a la competencia judicial de control de constitucionalidad ni en la Constitución la hay. Toda la justicia tiene esta competencia y la justicia indígena es justicia, para ella misma desde luego, pero también para la propia Constitución: *“Las autoridades de las Comunidades Campesinas y Nativas, con el apoyo de las Rondas Campesinas, pueden ejercer las funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial de conformidad con el derecho consuetudinario, siempre que no violen los derechos fundamentales de la persona. La ley establece las formas de coordinación de dicha jurisdicción especial con los Juzgados de Paz y con las demás instancias del Poder Judicial”* (art. 149). La coordinación se ha producido en los términos de ecualización con la justicia de paz sin tomarse en cuenta que ambas cuentan con competencia de control de constitucionalidad y que por lo tanto deben también coordinarse hasta con el Tribunal Constitucional. Un Código Procesal Constitucional reformado habría de ocuparse.

Mientras tanto, no hay razón para entender que tanto la justicia de paz como la justicia indígena estén privadas de competencia en el ámbito del control difuso de constitucionalidad. No hay razón para no acudir a la propia justicia indígena en defensa del derecho de consulta impugnándose las normas que aparentemente cubran actuaciones de toda índole que conculquen tal derecho. No se arguya que la parte indígena sería entonces juez además de parte, pues, con este argumento, la justicia del Estado también sería siempre justicia de parte.

(Originalmente publicado en <http://clavero.derechosindigenas.org>)