



Universidad Nacional Mayor de San Marcos

Universidad del Perú. Decana de América
Facultad de Derecho y Ciencia Política
Escuela Profesional de Derecho

**La contribución del Tribunal Constitucional al
desarrollo del derecho a la consulta previa en el Perú**

TESIS

Para optar el Título Profesional de Abogado

AUTOR

Joel Martin CÁRDENAS LIZÁRRAGA

ASESOR

Dr. Carlos Augusto Leopoldo HERNANDEZ CAMPOS

Lima, Perú

2023



Reconocimiento - No Comercial - Compartir Igual - Sin restricciones adicionales

<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/>

Usted puede distribuir, remezclar, retocar, y crear a partir del documento original de modo no comercial, siempre y cuando se dé crédito al autor del documento y se licencien las nuevas creaciones bajo las mismas condiciones. No se permite aplicar términos legales o medidas tecnológicas que restrinjan legalmente a otros a hacer cualquier cosa que permita esta licencia.

Referencia bibliográfica

Cárdenas, J. (2023). *La contribución del Tribunal Constitucional al desarrollo del derecho a la consulta previa en el Perú*. [Tesis de pregrado, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Facultad de Derecho y Ciencia Política, Escuela Profesional de Derecho]. Repositorio institucional Cybertesis UNMSM.

Metadatos complementarios

Datos de autor	
Nombres y apellidos	Joel Martin Cárdenas Lizárraga
Tipo de documento de identidad	DNI
Número de documento de identidad	10196158
URL de ORCID	-----
Datos de asesor	
Nombres y apellidos	Carlos Augusto Leopoldo Hernández Campos
Tipo de documento de identidad	DNI
Número de documento de identidad	08243888
URL de ORCID	https://orcid.org/0000-0003-3367-8187
Datos del jurado	
Presidente del jurado	
Nombres y apellidos	Juan Gualberto Chávez Marmanillo
Tipo de documento	DNI
Número de documento de identidad	10282120
Miembro del jurado 1	
Nombres y apellidos	Krupskaya Rosa Luz Ugarte Boluarte
Tipo de documento	DNI
Número de documento de identidad	23955587
Miembro del jurado 2	
Nombres y apellidos	Juan Manuel Sosa Sacio
Tipo de documento	DNI
Número de documento de identidad	40690309
Miembro del jurado 3	

Nombres y apellidos	Pedro Enrique Bernui Ore
Tipo de documento	DNI
Número de documento de identidad	08204622
Datos de investigación	
Línea de investigación	E.1.2.5. Derecho Constitucional
Grupo de investigación	No aplica
Agencia de financiamiento	Sin financiamiento
Ubicación geográfica de la investigación	País: Perú Departamento: Lima Provincia: Lima Distrito: Los Olivos Urbanización: Santa Rosa del Naranjal Manzana y Lote: Mz. F1, Lote 5, 2do. Piso Calle: Psje. Salgado s/n Latitud: -11.980595° o 11°58'50.1" sur Longitud: -77.075256° o 77°04'30.9" oeste
Año o rango de años en que se realizó la investigación	Abril 2022 – Junio 2022
URL de disciplinas OCDE	Derecho https://purl.org/pe-repo/ocde/ford#5.05.01



UNIVERSIDAD NACIONAL MAYOR DE SAN MARCOS
(Universidad del Perú, DECANA DE AMÉRICA)
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA

**ACTA DE EXAMEN ORAL PRESENCIAL PARA EL OTORGAMIENTO
DEL TÍTULO PROFESIONAL DE ABOGADO CON PRESENTACIÓN
Y SUSTENTACIÓN DE TESIS**

N° 001

Reunido el Jurado Examinador, constituido por los señores profesores, doctores:

- 1.-PRESIDENTE: **Mg. JUAN GUALBERTO CHAVEZ MARMANILLO**
Dra. KRUPSKAYA ROSA LUZ UGARTE BOLUARTE
Dr. CARLOS AUGUSTO LEOPOLDO HERNANDEZ CAMPOS (ASESOR)
Mg. JUAN MANUEL SOSA SACIO
Abg. PEDRO ENRIQUE BERNUI ORE

El postulante al Título Profesional de Abogado, bachiller don:

Joel Martin Cárdenas Lizárraga

Procedió la sustentación de su Tesis, titulado:

**La contribución del Tribunal Constitucional al desarrollo del
derecho a la consulta previa en el Perú**

En la redacción de la pieza jurídica el graduando fue aprobado con la nota de:

QUINCE (15)

Concluida la prueba oral, se practicó la votación correspondiente, resultando el candidato:

Aprobado por unanimidad con la nota de (15) diecisiete
Y para constancia se le extiende la presente acta, en Lima a los QUINCE Días del mes de
MAYO del año 2023

Presidente del Jurado



UNIVERSIDAD NACIONAL MAYOR DE SAN MARCOS
Universidad del Perú. DECANA DE AMÉRICA
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA
Escuela Profesional de Derecho

INFORME DE EVALUACIÓN DE ORIGINALIDAD

IOTT N° 014-EPD-2022-FDCP/UNMSM

1. Facultad : FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA
2. Escuela : ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO
3. Autoridad académica que emite el informe de originalidad :
DIRECTOR DE LA ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO
4. Apellidos y Nombres de la autoridad académica:
Dr. CHEDORLAOMER RUBÉN GONZALES ESPINOZA
5. Operador del programa informático de similitudes:
SOFIA FELICIA MARTINEZ RAYMONDI
6. Documento evaluado (Tesis para Optar el Título Profesional de Abogado):
La contribución del Tribunal Constitucional al desarrollo del derecho a la consulta previa en el Perú
7. Autor del documento: **Joel Martín Cárdenas Lizárraga**
8. Fecha de recepción de documento : 23/06/2022
9. Fecha de aplicación del programa informático de similitudes : 09/09/2022
 - **Software utilizado: Turnitin**
10. Configuración del programa detector de similitudes
 - Excluye textos entrecorridos
 - Excluye bibliografía
 - Excluye cadenas menores a 40 palabras
11. Porcentaje de similitudes según programa detector de similitudes: **3% (tres por ciento)**
12. Fuentes originales de las similitudes encontradas (Detalles en el Anexo I):

La contribución del Tribunal Constitucional al desarrollo del derecho a la consulta previa en el Perú

INFORME DE ORIGINALIDAD

3%

INDICE DE SIMILITUD

3%

FUENTES DE INTERNET

1%

PUBLICACIONES

1%

TRABAJOS DEL ESTUDIANTE

13. Observaciones: Ninguna
14. Calificación de originalidad
 - **Documento cumple criterios de originalidad, sin observaciones.**
15. Fecha del Informe: 19 de setiembre de 2022



VºBº Director

Sofia Felicia Martínez Raymondi
Evaluador / DNI 07471620

AGRADECIMIENTOS

A mi querida esposa Elena y mis hijos Adrián Martín y César Francisco por su apoyo durante todo el trabajo realizado.

A mi asesor, el Dr. Augusto Hernández Campos por sus consejos, apoyo y tiempo dedicado, a quien, ante todo, considero un verdadero amigo.

ÍNDICE

CAPÍTULO PRIMERO

EI PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

I.	INTRODUCCIÓN	8
I.1.	INTRODUCCIÓN	8
I.2.	DESCRIPCIÓN DE LA REALIDAD PROBLEMÁTICA.....	9
I.3.	DEFINICIÓN DEL PROBLEMA	9
I.3.1.	“PROBLEMA GENERAL”	9
I.3.2.	“PROBLEMAS ESPECÍFICOS”	9
I.4.	OBJETIVOS.....	10
I.4.1.	“OBJETIVO GENERAL”	10
I.4.2.	“OBJETIVOS ESPECÍFICOS”	10
I.5.	JUSTIFICACIÓN E IMPORTANCIA DE LA INVESTIGACIÓN.....	10
I.5.1.	“JUSTIFICACIÓN”	10
I.5.2.	“IMPORTANCIA”	10
I.6.	LIMITACIONES DE LA INVESTIGACIÓN.....	11

CAPÍTULO SEGUNDO

MARCO TEÓRICO

II.	REVISIÓN DE LITERATURA	13
II.1.	MARCO TEÓRICO	13
II.2.	ANTECEDENTES.....	13
II.2.1.	“A NIVEL NACIONAL”	13
II.2.2.	“A NIVEL INTERNACIONAL”	14
II.3.	BASES TEÓRICAS	14
II.3.1.	“LOS DERECHOS FUNDAMENTALES	14
II.3.2.	“EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ”	15

II.3.2.1. “LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL”	15
II.3.2.2. “LA NATURALEZA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL”	15
II.3.2.3. “LAS FUNCIONES Y FINES DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL”	18
II.3.2.4. “LAS COMPETENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN LOS PROCESOS CONSTITUCIONALES”	20
II.3.2.5. “EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y LAS FUENTES DE DERECHO”	21
II.3.3. “EL DESARROLLO DEL DERECHO DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS EN EL PERÚ”	23
II.3.4. “FUNDAMENTOS DEL DERECHO A LA CONSULTA PREVIA”	25
II.3.4.1. “CULTURA”	25
II.3.4.2. “IDENTIDAD CULTURAL”	25
II.3.4.3. “PLURICULTURALIDAD, MULTICULTURALIDAD E INTERCULTURALIDAD”	28
II.3.4.4. “DE LA ASIMILACIÓN A LA INTERCULTURALIDAD”	34
II.3.4.5. “LOS DERECHOS COLECTIVOS”	35
II.3.4.6. “LA LIBRE DETERMINACIÓN”	36
II.3.4.7. “EL DERECHO A LA PARTICIPACIÓN INDÍGENA”	37
II.3.5. “EL DERECHO A LA CONSULTA PREVIA”	39
II.3.5.1. “DEFINICIÓN DE PUEBLO INDÍGENA”	39
II.3.5.2. “LOS PUEBLOS INDÍGENAS COMO SUJETOS DE DERECHO”	41
II.3.5.3. “EL CONVENIO Nº 169 Y EL DERECHO A LA CONSULTA PREVIA”	41
II.3.5.4. “EL DERECHO A LA CONSULTA PREVIA COMO REAFIRMACIÓN DE LOS DERECHOS COLECTIVOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS”	44
II.3.5.5. “CASOS ESPECIALES”	44
II.3.6. “A NIVEL INTERNACIONAL: SENTENCIAS DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS QUE DESARROLLAN EL DERECHO A LA CONSULTA PREVIA”	46
II.3.6.1. “CASO COMUNIDAD MAYANGA (SUMO) AWAS TINGNI VS. NICARAGUA. SENTENCIA DEL 31 DE AGOSTO DE 2001”	46
II.3.6.2. “CASO DEL PUEBLO SARAMAKA VS. SURINAM. SENTENCIA DEL 28 DE NOVIEMBRE DE 2007”	47

CAPÍTULO TERCERO

HIPÓTESIS, MÉTODOS Y ANÁLISIS DE DATOS

III. HIPÓTESIS Y VARIABLES	50
---	-----------

III.1. “HIPÓTESIS O SUPUESTOS HIPOTÉTICOS”	50
III.1.1. “HIPÓTESIS PRINCIPAL”	50
III.1.2. “HIPÓTESIS ESPECÍFICAS”	50
III.2. “SISTEMAS Y CATEGORÍAS DE ANÁLISIS”	50
IV. MATERIALES Y MÉTODOS	50
IV.1. “ENFOQUE DE LA INVESTIGACIÓN”	50
IV.2. “TIPO DE INVESTIGACIÓN”	51
IV.3. “DISEÑO DE INVESTIGACIÓN”	51
IV.4. “CREDIBILIDAD DE LA INVESTIGACIÓN”	51
IV.5. “SUJETOS DE ESTUDIO”	52
IV.6. “PROCEDIMIENTOS, TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN DE INFORMACIÓN”	52
IV.7. “ANÁLISIS DE DATOS”	52
IV.7.1. “LA CONTRIBUCIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL AL DESARROLLO DEL DERECHO DE LA CONSULTA PREVIA EN NUESTRO PAÍS”	52
IV.7.1.1. “STC. DEL EXP. N° 03343-2007-PA/TC”	53
IV.7.1.2. “STC. DEL EXP. N° 0022-2009-PI/TC”	58
IV.7.1.3. “STC. DEL EXP. N° 06316-2008-PA/TC”	67
IV.7.1.4. “STC. DEL EXP. N° 05427-2009-PC/TC”	71
IV.7.1.5. “STC. DEL EXP. N° 0025-2009-PI/TC”	77
IV.7.1.6. “STC. DEL EXP. N° 0024-2009-PI”	78
IV.7.1.7. “STC. DEL EXP. N° 02196-2014-PA/TC”	81
IV.7.1.8. “STC. DEL EXP. N° 01717-2014-PC/TC”	82
IV.7.1.9. “UN RECIENTE CAMBIO DE CRITERIO EN LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL”	86

CAPÍTULO CUARTO

RESULTADOS, DISCUSIÓN, CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

V. RESULTADOS	90
V.1. PRESENTACIÓN Y ANÁLISIS DE LOS RESULTADOS	90

V.1.1.	“ASPECTOS DE LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL QUE HAN CONTRIBUIDO AL DESARROLLO DEL DERECHO A LA CONSULTA PREVIA EN EL PERÚ”	90
V.1.2.	“ASPECTOS DE LAS SENTENCIAS QUE HAN DEVENIDO EN UN DESMEDRO DEL DESARROLLO DEL DERECHO A LA CONSULTA PREVIA EN EL PERÚ”	91
VI.	DISCUSIÓN	92
VI.1.	EN RELACIÓN AL PROBLEMA GENERAL DE LA TESIS	92
VI.1.1.	“SOBRE LOS ASPECTOS QUE HAN CONTRIBUIDO AL DESARROLLO DEL DERECHO A LA CONSULTA PREVIA EN EL PERÚ”	92
VI.1.2.	“SOBRE LOS ASPECTOS QUE HAN DEVENIDO EN UN DESMEDRO DEL DESARROLLO DEL “DERECHO A LA CONSULTA PREVIA EN EL PERÚ”	94
VI.1.3.	“EVALUACIÓN SOBRE EL PROBLEMA GENERAL DE LA TESIS”	100
VI.2.	EN RELACIÓN A LOS PROBLEMAS ESPECÍFICOS DE LA TESIS.....	100
VII.	CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.....	102
VII.1.	CONCLUSIONES.....	102
VII.2.	RECOMENDACIONES.....	104
	BIBLIOGRAFÍA.....	106

CAPÍTULO PRIMERO

CAPÍTULO PRIMERO

EL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

I. INTRODUCCIÓN

I.1. INTRODUCCIÓN

El “Derecho de los Pueblos Indígenas” se puede considerar como una especialidad del Derecho, caracterizada por su reciente formación y que se encuentra actualmente en pleno desarrollo. Así, un aspecto, aun poco estudiado, y menos reconocido es el rol que ha venido cumpliendo en años recientes el Tribunal Constitucional (TC), el cual, a través de varias sentencias emitidas desde el 2009 ha emitido criterios y/o lineamientos en relación al “derecho a la consulta previa”, uno de los derechos pertenecientes a los pueblos indígenas más conocido.

En ese sentido, el Convenio N° 169 de la “Organización Internacional de Trabajo” (OIT) es el instrumento que ha proporcionado los fundamentos para el desarrollo constitucional del “derecho a la consulta previa”.

La contribución del TC ha sido clave para el desarrollo de normas que han posibilitado la implementación del Convenio N° 169 en nuestro país, como es la Ley N° 29785, “Ley del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios, reconocido en el Convenio N° 169”, así como su Reglamento. La emisión de estas normas ha sido determinante para el desarrollo del “derecho a la consulta previa” en el Perú, habiendo ocurrido el primer proceso de consulta previa en el 2013 y hasta la fecha ha habido un aproximado de 70 procesos de consulta previa (Defensoría del Pueblo, 2022)¹. Sin embargo, esta contribución no ha sido uniforme, debido a que en estos últimos meses el TC ha emitido dos sentencias que han variado los criterios a través de los cuales el TC venía contribuyendo al desarrollo del “derecho a la consulta previa”².

Considerando, las marchas y contramarchas ocurridas, consideramos necesario evaluar cuál ha sido el aporte real efectuado en materia del “derecho a la consulta previa”. Además, sabiendo que existe desconocimiento sobre el rol que el TC ha tenido en estos temas, deseamos contribuir con el presente trabajo a un mayor conocimiento de la jurisprudencia que nuestro TC ha desarrollado sobre el particular.

Al respecto, la jurisprudencia forma parte de la fundamentación tanto de escritos, demandas, resoluciones y otros. Una falta de la misma, o peor aún, un incorrecto uso de la misma, contribuye a tener argumentos y/o fundamentos débiles, carentes muchas veces de un sólido respaldo jurídico.

El “Derecho de los Pueblos Indígenas”, como toda rama del Derecho, busca promover la convivencia pacífica de los ciudadanos y contribuir a una mayor paz social, por lo que, considerando que se trata de temas que pueden incidir directamente en el surgimiento de conflictos sociales, como ha ocurrido en muchos casos, consideramos que es especialmente importante que toda jurisprudencia que sea relevante sobre el particular, sea debidamente conocida y difundida.

Consideramos, entonces, que se debe estudiar, a profundidad, la contribución que las sentencias de nuestro TC ha venido realizando en procura de un mayor desarrollo del “Derecho

¹ Se encuentran actualmente en implementación un total de 11 procesos de consulta previa.

² Son las Sentencias del Exp. N° 1171-2019-PI/TC y del Exp. N° 03066-2019-PA/TC.

de los Pueblos Indígenas” en el Perú, específicamente al desarrollo del “derecho a la consulta previa”, y a la vez, debiendo existir un mayor trabajo de difusión de la misma. Esperamos que el presente trabajo contribuya al logro de estos fines.

I.2. DESCRIPCIÓN DE LA REALIDAD PROBLEMÁTICA

El Convenio N° 169 fue aprobado por el Perú a través de la Resolución Legislativa N° 26253 emitida el 2 de diciembre de 1993, entrando en vigencia para nuestro país el 2 de febrero de 1995³, sin embargo, no fue reglamentado a nivel interno sino hasta la emisión de la Ley N° 29785, “Ley del derecho a la consulta previa” el 06 de noviembre de 2011.

Durante todo este periodo, los operadores del derecho solían argumentar que la ausencia de reglamentación hacía inviable la aplicación de un proceso de consulta, amén de señalar otros argumentos como por ejemplo que en el caso del Perú, entendiéndose que nuestra población era mayoritariamente mestiza, no era posible aplicar un derecho que correspondía a pueblos indígenas.

Sobre el particular, la labor que realizó el TC durante estos años ha sido poco difundida, así, fue esta entidad la que a través de sus sentencias (siendo una de las primeras la “Sentencia del Exp. N° 03343-2007-PA/TC” en el 2009), instó al Congreso a que se emita una Ley que pueda permitir operativizar el proceso de consulta. Así, es clara la influencia que las sentencias del TC han tenido en la Ley y en su Reglamento. Además, los criterios y/o condiciones que el TC fue desarrollando mediante sus sentencias allanaron el camino para la implementación concreta del “derecho a la consulta previa”, y que esta pueda darse en forma real y efectiva, en esto también influyó las sentencias emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), cuyos aportes pueden observarse en las sentencias del TC.

Por otro lado, posteriormente a la emisión de esta Ley y su Reglamento, se han emitido sentencias que han desarrollado aún más este derecho, como por ejemplo, el criterio de que el diálogo intercultural debe darse a lo largo de todo el proceso de consulta y no solo durante una etapa de este proceso, estos criterios representan avances realizados por nuestro TC, y que aún no han sido plasmados en modificaciones de la “Ley del derecho a la consulta previa” o su Reglamento.

Si bien recientemente se han emitido sentencias (del “Exp. N° 1171-2019-PI/TC” y del “Exp. N° 03066-2019-PA/TC”) que han ido en desmedro de los criterios anteriormente emitidos por el TC en materia de este derecho, consideramos que ello es, más bien, una excelente oportunidad para poder sopesar de manera más desapasionada y eficiente el real aporte que el TC ha tenido en materia del “derecho a la consulta previa”.

I.3. DEFINICIÓN DEL PROBLEMA

I.3.1. PROBLEMA GENERAL

¿Cuál ha sido la contribución de las sentencias del Tribunal Constitucional al desarrollo del derecho a la consulta previa en el Perú?

I.3.2. PROBLEMAS ESPECÍFICOS

1. ¿Cuáles son las sentencias del Tribunal Constitucional que han tenido repercusión en el desarrollo del derecho a la consulta previa en el Perú?

³ De conformidad a lo expresado en el artículo 38 del Convenio N° 169.

2. ¿Cuál ha sido la influencia de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en las sentencias del Tribunal Constitucional relacionadas al derecho a la consulta previa en el Perú?

I.4. OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN

I.4.1. OBJETIVO GENERAL

Determinar y analizar cuál es la contribución de las sentencias del Tribunal Constitucional al desarrollo del derecho a la consulta previa en el Perú

I.4.2. OBJETIVOS ESPECÍFICOS

1. Establecer y analizar cuál es la contribución de las sentencias del Tribunal Constitucional al desarrollo del derecho al honor de los pueblos indígenas en el Perú.
2. Establecer y analizar cuál ha sido la influencia de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en las sentencias del Tribunal Constitucional relacionadas al desarrollo del derecho a la consulta previa en el Perú.

I.5. “JUSTIFICACIÓN E IMPORTANCIA DE LA INVESTIGACIÓN”

I.5.1. JUSTIFICACIÓN

Si consideramos que la democracia pretende resolver los conflictos que existen en nuestra sociedad, en muchos casos refiriéndonos a minorías como los pueblos indígenas, y que el Estado de Derecho (Rule of law, como se conoce en inglés), viene a ser el conjunto de normas que permiten que podamos vivir en sociedad, está claro que nuestro Estado debe siempre tomar en cuenta los mecanismos que protegen los derechos de minorías, como son las comunidades indígenas, nativas y campesinas y creemos; por tanto, resulta fundamental que se evalúe la forma como los diversos entes estatales, vienen contribuyendo al desarrollo del “Derecho de los Pueblos Indígenas” en nuestro país.

De esa manera, creemos que el TC, antes que otro ente, debe ser objeto de nuestro estudio, y, que, por tanto, sus sentencias deben ser analizadas, teniendo en cuenta su rol de intérprete máximo de nuestra Constitución, entre otras.

Asimismo, sabemos que los procesos de consulta previa involucran diversidad de intereses económicos no solo del Estado sino de terceros, por ejemplo, empresas concesionarias, creemos firmemente que dentro de esa relación se debe considerar también la protección de los intereses de los ciudadanos, especialmente de minorías largamente ignoradas, en el proceso de desarrollo económico que requiere nuestro país y para ello, que mejor que conocer los fundamentos, explicitados en muchos casos en las sentencias que se analizaron, por las cuales se produjeron, entre otros, los marcos normativos que hoy rigen los procesos de Consulta Previa.

I.5.2. IMPORTANCIA

La presente Tesis posee importancia desde un punto de vista académico al dar a conocer un aspecto poco tratado doctrinariamente como es el aporte relevante que las sentencias del TC han realizado y vienen realizando en relación a implementar el “derecho a la consulta previa” en nuestro país, lo cual, entre otros, se vio posteriormente reflejado en instrumentos normativos como son la “Ley del derecho a la consulta previa” y su Reglamento.

Este aporte no es menor, sino lo contrario, considerando además que el mencionado Tribunal es un órgano que vela por la aplicación debida de los derechos fundamentales contenidos en nuestra Carta Magna y sus sentencias son de naturaleza vinculantes, es decir, son de obligatorio cumplimiento.

I.6. “LIMITACIONES DE LA INVESTIGACIÓN”

Fueron las siguientes:

- 1) Se desconocía el número de sentencias que el TC había emitido en el periodo del 2009 al 2022 y, específicamente cuáles de ellas se relacionaban con el “derecho a la consulta previa”, eran datos de difícil acceso. Esta limitación recién se pudo superar al realizar la consulta respectiva al mismo TC a través de su Portal de Transparencia.⁴
- 2) Debido a que las sentencias del Exp. N° 1171-2019-PI/TC y del Exp. N° 03066-2019-PA/TC han sido emitidas recientemente, en noviembre del 2021 y enero del 2022, respectivamente, ha sido muy escasa la información bibliográfica que se pudo hallar sobre las mismas, por lo que en estos casos el análisis que hemos realizado se ha basado casi de forma exclusiva en lo que conocemos sobre el tema.
- 3) Si bien es cierto que en otros países como Ecuador y Colombia se ha trabajado el tema del “derecho a la consulta previa” considerando además de estos pueblos originarios a las comunidades afrodescendientes; así, relacionado a estas últimas no hemos encontrado suficiente información como para incluirla en la presente Tesis. Consideramos que esto se debe a que estas comunidades han tenido un desarrollo muy pequeño en nuestro país, si lo comparamos con otros países, de tal forma que no se han generado medidas administrativas y legislativas, en relación a estas últimas, que las pudiesen afectar, que pudiera tomar el gobierno central, y que justifiquen la posibilidad de ejecutar un proceso de consulta.

⁴ La consulta se hizo el 04.03.2022 mediante el pedido de información N° S0032-2022.

CAPÍTULO SEGUNDO

CAPÍTULO SEGUNDO

MARCO TEÓRICO

II. “REVISIÓN DE LITERATURA”

II.1. “MARCO TEÓRICO”

Viene a ser el producto del desarrollo de la perspectiva teórica. Este desarrollo viene a ser “un proceso de inmersión en el conocimiento existente y disponible”. (Hernández et al., 2014, p. 60)

En los acápite siguientes se desarrollará tanto los antecedentes, como las bases teóricas relacionadas a nuestro tema de estudio.

II.2. ANTECEDENTES

A continuación, detallamos los trabajos de investigación (Tesis) que han tratado el tema.

II.2.1. A NIVEL NACIONAL

Angles Yanqui, G. (2014), en su Tesis “Naturaleza y alcance constitucional del consentimiento en el derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas”, señala, entre otros, que “la jurisprudencia nacional y el reconocimiento constitucional de los derechos colectivos de los pueblos indígenas fue paulatino. El TC expresó dicho reconocimiento y reafirmación en las sentencias 00047-2004-AI/TC, 00025-2005-PI/TC, 00026-2005, 03343-2007-PA/TC, 0022-2009-TC y 01126-2011-HC/TC”. Este avance habría dado “inicio al pleno desarrollo legal del derecho a la consulta previa, y al reconocimiento de los derechos colectivos inmediatos de las poblaciones indígenas peruanas”.

Carhuatocto Sandoval, H. (2013) en “Los derechos constitucionales de los pueblos indígenas en aislamiento voluntario y en contacto inicial en el sector de hidrocarburos en el Perú” indica, entre otros, las posibles inconstitucionalidades que tendría la “normatividad sobre consulta previa vigente, especialmente teniendo en cuenta que sin una autoridad estatal indígena fuerte y autónoma, la legislación sobre protección de pueblos indígenas habría naufragado entre la desidia burocrática de los sectores responsables y la ausencia de voluntad política de los gobiernos de turno”.

De la Cuba Benites, A. (2017) en “La Consulta Previa y la Actividad Minera en el Perú”, expresa, entre otros, que la “aplicación del procedimiento de consulta previa no debe partir de posturas que busquen *a priori* suplir deficiencias o carencias que no fueron atendidas por el Estado –y que no constituyen de forma alguna obligación para los titulares mineros”.

Moyano García, M. E., Neira Lúcar, C. M., Remolino Rojas, L. E. (2017) en “La consulta previa del Reglamento de la Ley Forestal y Fauna Silvestre. Un análisis de la participación de los pueblos indígenas en la toma de decisiones” expresan que “la consulta previa del Reglamento de la Ley Forestal y de Fauna Silvestre ha promovido la participación de los pueblos indígenas a través de sus representantes. Este espacio ha permitido que aquellos aporten sus opiniones y puntos de vista (...)”.

Ramos Montes, C. (2017) en su Tesis titulada “Problemas y posibilidades de la coordinación en el sector público en el proceso de consulta previa del Proyecto de Ley Forestal y de Fauna Silvestre” expresa que “los factores de coordinación que dificultaron el proceso de consulta previa” son, entre otros, la falta de conocer al mismo.

Valdivia Linares, J. D. (2017) en “La Consulta Previa en el Perú: El estudio de los roles del Estado, los pueblos indígenas y las empresas privadas” señala que existe una gran debilidad institucional en el Estado, debido a que fue difícil que se logre el cumplimiento del Convenio N° 169. Existe poco interés de parte del Estado de “hacer partícipe del desarrollo a los pueblos indígenas”.

II.2.2. A NIVEL INTERNACIONAL

Granados Torres, Y. (2018) en “El derecho a la consulta de los pueblos indígenas en Costa Rica: análisis de casos” expresa, al tratar en torno a la “aplicación de la consulta previa”, que en Perú no se designa un órgano que pueda implementar este proceso, “sino que su función recae en el Viceministerio de Interculturalidad” (el cual forma parte del Ministerio de Cultura), no observándose una participación indígena en el mismo.

Vega Rodríguez, A. (2012) en “Consulta Previa a pueblos indígenas y tribales: Análisis y propuesta de legislación” expresa que el desarrollo de este derecho “se ha dado en lo interno con la jurisprudencia de la Corte Constitucional que ha sentado las bases para la exigibilidad del derecho a la consulta previa como un derecho colectivo, con características especiales”.

Herrera Rodríguez, N. M. (2014) en “La Ley del derecho a la consulta previa en el Perú y su Reglamento. La problemática de las comunidades campesinas y nativas” indica que el “ordenamiento constitucional peruano, tal como lo ha indicado el Tribunal Constitucional, reconoce que el derecho de los pueblos indígenas a la consulta previa es un derecho fundamental”.

II.3. BASES TEÓRICAS⁵

II.3.1. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

A lo largo de la presente Tesis nos referimos con frecuencia a los derechos fundamentales, siendo relevante el desarrollarlos. Así, Bustamante (2013) nos señala que la idea que tenemos acerca de los derechos fundamentales:

(...) se ha enriquecido debido a que no solo son concebidos como derechos subjetivos básicos de las personas para que cada una de ellas pueda alcanzar el máximo desarrollo posible de todas las dimensiones de su dignidad (la llamada dimensión subjetiva de los derechos), sino también como los elementos esenciales de todo ordenamiento jurídico que se precie de ser justo o, si se prefiere, de pertenecer a una sociedad bien ordenada: libre, abierta, plural y democrática (la llamada dimensión objetiva de los derechos). (p. 390)

⁵ Al respecto, Arias (2012) expresa que “Las bases teóricas implican un desarrollo amplio de los conceptos y proposiciones que conforman el punto de vista o enfoque adoptado, para sustentar o explicar el problema planteado”. (p. 107)

El TC ha desarrollado el tema en la “Sentencia del Exp. Nº 1417-2005-AA/TC”, en la cual expresa que el reconocer de forma positiva los derechos fundamentales es presupuesto para su exigibilidad tanto de parte del Estado como de parte de los propios particulares. (Fundamento 2)

En esa línea, si un derecho va a ser “considerado como fundamental”, tiene que cumplir, entre otras, propiedades formales, como es el hecho de que debe constar en la Constitución. (Bernal, 2015, pp. 1572-1574)

II.3.2. EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ

II.3.2.1. “LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL”

Acuña (2014) sostiene que “el desarrollo de un Estado de Derecho Constitucional llevó a la necesidad de garantizar la justicia constitucional”, y como parte de aquella aparece lo que se denominaría “jurisdicción constitucional”, la cual estaría “concebida como aquel conjunto de normas, órganos y procesos que tienen por finalidad garantizar la plena vigencia de la Constitución”. (p. 7)

Asimismo, Carpizo (2009) indica que la jurisdicción constitucional vendría a ser, “pese a sus debilidades, problemas y objeciones, el mejor sistema que se ha creado para resguardar la supremacía de la norma fundamental, para controlar a los demás poderes del Estado y para defender los derechos fundamentales”, sería entonces la mejor forma de defender el orden constitucional y democrático. (p. 1)

La “justicia constitucional” habría surgido, entonces, a manera de una “reacción ante la crisis del concepto clásico de Constitución, por lo que debe ser considerada como una manifestación del Estado Constitucional de Derecho, donde prima la tutela de los derechos fundamentales, la aceptación del principio de división de poderes (...)” (Acuña, 2014, p. 7)

II.3.2.2. “LA NATURALEZA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL”

Las características que tienen este tipo de tribunales, de conformidad a lo expresado por Pérez (1998), vendrían a ser constituirse como órgano de “interpretación definitiva y vinculante de la Constitución”; ser un “órgano jurisdiccional, aunque no integrado en el Poder Judicial”, “su competencia básica consiste en el control constitucional de las leyes”; y “sus competencias adicionales van en la misma dirección: protección de los derechos fundamentales, protección de la distribución territorial del poder y, protección de la división de poderes” (p. 925)

Por otro lado, siguiendo lo expresado por Landa (2011, pp. 17-60) en relación a la triple naturaleza que poseería este órgano, corresponde indicar lo siguiente:

a) Órgano constitucional

Es un “órgano que cuenta con reconocimiento y una configuración” determinados por la Constitución, la cual, en el caso peruano, en los artículos 201 y 202, “regula directamente las competencias del Tribunal Constitucional, abarcando asimismo su composición y estructura”. (Blume, 2015, p. 73)

Al respecto, Blume (2015, p. 74) indica que, según lo sostenido por el artículo 201 de la Carta Magna, la función más importante del TC es ser “el órgano de control de la Constitución”.

La autonomía a la cual se estaría refiriendo el artículo 201 de la Constitución debe comprenderse en tres sentidos: i. “Como autonomía administrativa, es decir, la facultad que tiene el Tribunal para organizar su funcionamiento a nivel administrativo”; ii. “Como autonomía jurisdiccional, es decir, la facultad que tiene el Tribunal para resolver los procesos constitucionales sometidos a su conocimiento”; y, iii. “Como autonomía normativa, es decir, la facultad que tiene el Tribunal para reglamentar su propio funcionamiento (nivel interno) y para dictar reglas procesales a ser aplicadas por todos los operadores jurídicos, ante vacíos o deficiencias de la ley” (“nivel externo”, ya que el Tribunal es autónomo procesalmente). (Landa, 2011, pp. 22-23)

Por otro lado, el artículo 202 de nuestra Carta Magna indica las competencias propias del TC. Al respecto, Acuña (2014) observa que:

La Constitución le ha otorgado al Tribunal Constitucional la calidad de un órgano constitucional de especial importancia, pues a diferencia de otros órganos constitucionalidad (sic), el Tribunal Constitucional es considerado como su supremo intérprete, no porque la Constitución así lo declare (ya que expresamente no lo hace), sino porque su configuración dentro del ordenamiento jurídico y las competencias que se le asignan, determinan que, aunque no sea el único que interprete y controle la Constitución, es el último. (p. 15)

Queda claro entonces, la supremacía que tiene el TC sobre cualquier otro órgano del gobierno al tener el poder para realizar un debido control constitucional. (Acuña, 2014, p. 16)

b) Órgano jurisdiccional

Rocha (2015) indica que se trata de un Tribunal “encargado de ejercer la función jurisdiccional en defensa de la supremacía jurídica de la Constitución y de la tutela efectiva de los derechos fundamentales”. Este autor señala que en el trabajo desarrollado por el TC se observa “la resolución de procesos constitucionales, siendo que sus opiniones y criterios van a ser conocidos a través de las sentencias y resoluciones emitidas en el marco de dichos procesos” (pp. 74-75). Conforme lo expresa Zagrebelsky (2001), en estos procesos “parecen estar dos distintos tipos de bienes jurídicos objeto de tutela: los derechos constitucionales y la constitucionalidad del derecho objetivo”. (p. 409)

En ese sentido, el artículo 202 de nuestra Carta Magna reconoce al TC competencia para:

- Conocer en instancia única tanto los procesos de inconstitucionalidad contra las normas legales como los conflictos de competencia;
- Conocer en definitiva y última instancia las resoluciones judiciales denegatorias de los procesos constitucionales de hábeas corpus, amparo, hábeas data y la acción de cumplimiento.
- Conocer los conflictos de competencia, o de atribuciones asignadas por la Constitución, conforme a ley.

Acuña (2014) indica que el “hecho que la Constitución no haya comprendido al Tribunal Constitucional como un órgano integrante del Poder Judicial, no le priva de su naturaleza de órgano jurisdiccional”. Así tenemos que, “aun cuando el artículo 201 de la Constitución señala que el Tribunal es el órgano de control de la Constitución, no implica sólo la función constitucional de velar por la supremacía de la Constitución (...)”. (p. 17)

Asimismo, Prieto (2003) nos indica “que como órgano jurisdiccional, el Tribunal no sólo asume un control de constitucionalidad, sino también el respeto de los derechos fundamentales, precisando su contenido y estableciendo sus límites” (p. 217 y ss.).

En línea con lo expresado anteriormente, Martínez (1981) señala algunas razones para sostener la naturaleza jurisdiccional de estos tribunales, indicando, entre otras, la “sujeción de su función a un método jurídico de interpretación, el carácter reglado de la acción del TC en cuanto a la actividad de conocimiento jurídico y de oportunidad política, su actuación que opera sólo a instancia de parte”. (pp. 1794-1795)

Todas estas razones nos parecen sumamente pertinentes, podemos añadir que, considerando que se trata del primer intérprete de nuestra Carta Magna, la metodología de interpretación que el TC utilice va a ser especialmente fundamental.

c) Órgano político

Frente a la postura de ser en realidad un órgano jurisdiccional, existen “autores que defienden el carácter político de la jurisdicción constitucional” (Escobar, 2005, p. 609), quienes señalan que el objeto a interpretar, las normas constitucionales, “se caracterizan por su especial contenido político; y, de otra, la innegable trascendencia política de sus sentencias que, en tanto que controlan a los demás órganos constitucionales del Estado, dirimen sus conflictos y garantizan los derechos (...) de los ciudadanos”. (Losano, 1982, p. 94)

Así, por ejemplo, Blume (2015) nos indica que considerando la posición del TC como protector de la Carta Magna y, además, como quien defiende los derechos fundamentales, “se entiende que este órgano también ejerce un papel político en el sentido que va a velar por el cumplimiento de las limitaciones al poder político”. (p. 75)

Al respecto, Escobar expresa que la “doctrina italiana plantea que los tribunales constitucionales se han apartado del modelo jurisdiccional garante y guardián de presuntos valores constitucionales estables y relativamente permanentes para convertirse en mediador y moderador de conflictos sociales”. (2005, p. 610)

Aunque no se trata de una función normada, el rol del TC como ente resolutor de conflictos sociales se da en la práctica, siendo cada vez mayor la importancia de este rol, y que se expresa, entre otros, a través de la capacidad exhortativa con que cuenta este tribunal. Es inevitable que el TC tenga una dimensión política debido al nivel de los conflictos que le toca dirimir, y que, de una u otra forma, tienen una repercusión “directa en la vida de todos los ciudadanos”.

Para Landa (2011), esta “dimensión política” del TC se manifiesta a través de:

- i) La judicialización de la política, “es decir, el sometimiento a la jurisdicción constitucional de cuestiones que antes estaban libradas únicamente a los ámbitos de decisión política o actos de gobierno”; y,
- ii) “La creación judicial del Derecho, es decir, la impartición por parte de los jueces constitucionales de nuevas reglas jurídicas creadas a partir de la resolución de casos concretos”. (pp. 44-60)

El contenido político del TC parte, desde su génesis, considerando que es el Congreso, un órgano eminentemente político, el encargado de nombrar a los miembros del TC. Sin embargo, esto trae no pocas consecuencias para el TC y su funcionamiento, así tenemos que en entornos polarizados, como en el caso tanto de nuestro Congreso y Ejecutivo actuales, es sumamente difícil que se llegue a consensos en el Congreso para el nombramiento de los nuevos miembros de este TC.

II.3.2.3. LAS FUNCIONES Y FINES DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Acuña (2014) expresa que desde que apareció el TC en Austria en 1920, se tiene que los Tribunales Constitucionales han sido desarrollados con fines específicos, como son proteger la Carta Magna y, además, “los derechos fundamentales de la persona”. (pp. 11-12)

Habría que agregar que una mayoría sostiene que los Tribunales Constitucionales poseen, además, la misión de “controlar el ejercicio del poder del Estado”, debiendo ser considerados como “instituciones defensoras del régimen constitucional democrático”. (Acuña, 2014, p. 12)

Una muestra de la importancia de los fines propios del TC la hallamos al observar la forma como fue redactado el artículo III del Título Preliminar del “Código Procesal Constitucional” (CPC), el cual señala: “(...) el juez y el Tribunal Constitucional deben adecuar la exigencia de las formalidades previstas en este Código al logro de los fines de los procesos constitucionales.”

Concedores de los fines del TC, las funciones que le corresponderían serían las siguientes:

- a) “Es el supremo órgano de control e interpretación de constitucionalidad, por cuya razón se le considera un *poder constituyente constituido*, pues se encarga de declarar y establecer el contenido de los valores, principios y normas contenidos en la Constitución (acción hermenéutica e integradora)” (Acuña, 2014, p. 15). Sobre esto, el artículo 1 de la “Ley Orgánica del Tribunal Constitucional”, sostiene que el TC tiene la categoría de “órgano supremo de interpretación y control de la constitucionalidad”.
- b) “Cumple una función de racionalizar el ejercicio del poder público y privado, pues vela por el respeto y la protección de los derechos fundamentales de las personas naturales y jurídicas”. (Acuña, 2014, pp. 12-13)
- c) “Cumple el deber de integrar los vacíos normativos, de conformidad con el artículo 45 de la Constitución, por lo que tiene una función normativa”. (Acuña, 2014, pp. 12-13)
- d) “Cumple una función de componedor de conflictos sociales”. (Eto, 2011, pp. 191-199)
- e) Cumple una función normativa. (Exp. Nº 01907-2003-AA, Fundamento 20)
- f) Cumple una función propedéutica. (“Exp. Nº 0022-2009-PI/TC”, Fundamento 41)

A continuación desarrollaremos tanto la función normativa como la función propedéutica, considerando que éstas son las que en mayor medida se relacionan al tema tratado en nuestra tesis, así tenemos:

a) La función normativa del TC

El TC ha expresado que existen, al menos, dos razones para sostener que es participe también de la generación de actividad normativa (Exp. N° 01907-2003-AA, Fundamento 20):

- “Porque al tener la capacidad de dejar sin efecto las normas con rango de ley, por juzgarlas incompatibles con la Constitución (artículo 204 de la Constitución)”, las sentencias que dicta “en los procesos de inconstitucionalidad tienen fuerza de ley”, así la sentencia estimatoria “anula, por completo, la capacidad regulativa de las normas declaradas inconstitucionales” (“Exp. N° 0004-004-AI”, Fundamento 2). En esa línea, el artículo 103 de nuestra Carta Magna dispone que “(...) La ley se deroga solo por otra ley. También queda sin efecto por sentencia que declara su inconstitucionalidad”.
- “Porque, como Supremo Intérprete de la Constitución (...), en aplicación de los principios de presunción de constitucionalidad de las leyes y de interpretación conforme a la Constitución, ejerce un control sobre el contenido normativo de las disposiciones legales”. (Exp. N° 01907-2003-AA, Fundamento 20)

Como consecuencia de lo expresado, y con límites propios de sus funciones, el Tribunal posee además “la capacidad de innovar el ordenamiento jurídico” (Exp. N° 01907-2003-AA, Fundamento 21). Esto lo realiza, entre otros, a través de exhortaciones, así, por ejemplo, en el Fundamento 21 de la “Sentencia del Exp. N° 01907-2003-AA”, el TC expresa que se produjeron el dictado de Decretos Legislativos (N° 921 y 922) como consecuencia de la exhortación que el mismo TC había realizado en una de sus sentencias, la “Sentencia del Exp. N° 0010-2002-AI”. Siguiendo esa línea, el TC señala que las normas reglamentarias que tengan por objeto “dar cumplimiento a las sentencias dictadas” por el TC no significarían “desvirtuar o introducir condicionantes a los mandatos contenidos en las sentencias expedidas por este Colegiado. Tales disposiciones reglamentarias deben enmarcarse en los propios términos de la sentencia, esto es, sin lesionar los derechos de los contribuyentes que se vieron afectados”. (Exp. N° 01907-2003-AA, Fundamento 22)

Observamos, entonces, como las sentencias del TC han originado la emisión de normas de naturaleza reglamentaria, las cuales debían seguir los términos expresados por el mismo TC.

b) La función propedéutica⁶ u orientadora del TC

El artículo 14 de la actual Carta Magna sostiene “que la enseñanza de la Constitución y los derechos humanos” es obligatoria durante el proceso educativo⁷.

⁶ De conformidad a lo señalado por Pérez Porto, J. y María Merino (2021), se debe entender al término “Propedéutica” como “la instrucción o formación que se realiza a modo de preparación para” aprender una cierta materia.

7“Constitución Política del Perú”, artículo 14:

“(…) La formación ética y cívica y la enseñanza de la Constitución y de los derechos humanos son obligatorias en todo el proceso educativo civil o militar.”

Asimismo, Landa (2010) mencionó que, conforme al artículo VI⁸ del CPC, aprobado por la Ley N° 28237 (actualmente derogado y que ha sido reemplazado por la Ley N° 31307), la jurisprudencia del TC “cumple una función pedagógica o educativa, sin perjuicio del carácter interpretativo vinculante para los jueces, por cuanto el contenido, alcances (...) de los principios y valores constitucionales, así como de los derechos, son establecidos a través de sus resoluciones y sentencias”, con un fin orientador⁹. (p. 229)

Monroy (2009) sostiene que “(...) es la justicia constitucional la que tiene que iniciar una intensa función propedéutica que conduzca a la Comunidad, en la que están insertos todos sus protagonistas, a reconocer la necesidad de una sociedad igualitaria, solidaria y libre”. (p. 275)

El mismo TC al mencionar algunas pautas destinadas a configurar el proceso de consulta previa, ha expresado que su misma jurisprudencia cumple, entre otras, una finalidad propedéutica (Exp. N° 0022-2009-PI/TC, Fundamento 41).

Tomando en cuenta lo indicado por el artículo 14 de la Constitución¹⁰, corresponde señalar que el artículo VII del actual CPC, aprobado con la Ley N° 31307, atribuye a las sentencias del TC una función educativa, éstas vienen a ser guías de interpretación para los jueces y que la Sexta Disposición del CPC aprobado por la Ley N° 28237¹¹ se refiere a la obligación que tienen los centros educativos de impartir “cursos sobre derechos fundamentales y procesos constitucionales”. Podemos, entonces, concluir que el Estado debe cumplir con enseñar “la Constitución y los Derechos Humanos” y que esta obligación es de competencia del Ministerio de Educación.

Esta finalidad propedéutica está dirigida especialmente a los jueces; discrepamos, entonces con la opinión de quienes sostienen que el TC tiene una función propedéutica u orientadora que deba ser dirigida a la sociedad; si bien es cierto, tal hecho se produce en la práctica por las mismas actividades que realiza, no es uno de los fines que, formalmente, corresponda cumplir al TC.

II.3.2.4. “LAS COMPETENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN LOS PROCESOS CONSTITUCIONALES”

⁸ Artículo VI del CPC, aprobado por la Ley N° 28237 (actualmente derogado y reemplazado por la Ley N° 31307).- “Control Difuso e Interpretación Constitucional”

“(...)”

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.”

⁹ Sexta disposición final del CPC aprobado por la Ley N° 28237

“En todos los centros de enseñanza, de cualquier nivel, civiles, o militares, se impartirán cursos obligatorios sobre derechos fundamentales y procesos constitucionales.

Compete promover y supervisar esta tarea al Ministerio de Educación; a la Asamblea Nacional de Rectores, y a los Ministerios de Defensa y del Interior. El Ministerio de Justicia queda encargado de la labor de publicación y difusión de la Constitución y textos básicos conexos”.

¹⁰ “Constitución Política del Perú”

“Art. 14.- La formación ética y cívica y la enseñanza de la Constitución y de los derechos humanos son obligatorias en todo el proceso educativo civil o militar”.

¹¹ Actualmente derogado por la Ley N° 31307.

En base al artículo 202 de la Constitución se puede clasificar a los procesos constitucionales como (Acuña, 2014, p. 100):

- a) Procesos de tutela de derechos: Llamados también procesos constitucionales de la libertad, tienen por objeto la tutela jurisdiccional de los derechos fundamentales, estos son: proceso de habeas corpus, amparo, habeas data y proceso de cumplimiento (acción de cumplimiento).
- b) Procesos de control normativo: Denominados también procesos constitucionales orgánicos, tienen por objeto proteger jurídicamente la primacía de la Constitución respecto a las normas que tienen rango de Ley, en el caso del proceso inconstitucionalidad, y de la primacía de la Constitución y de la ley respecto al resto de normas de jerarquía inferior a la ley, en el caso del proceso de acción popular.
- c) Proceso de conflicto competencial: Que tiene por objeto la protección de las competencias que la Constitución y las leyes orgánicas atribuyen a los poderes del Estado (...) Está comprendido por el proceso de conflicto de competencias (...).

II.3.2.5. “EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y SU APOORTE A LAS FUENTES DEL DERECHO”

Blume (2015) sostiene, en relación a la sentencia constitucional, que ésta se caracteriza “por contener el pronunciamiento del juez acerca de si efectivamente tal vulneración ha ocurrido, incluso bajo la forma de una amenaza cierta e inminente”, y en caso ello haya ocurrido, “las medidas concretas a adoptarse a efectos de restituir al demandante en el pleno ejercicio del derecho constitucional vulnerado o amenazado”. (p. 96)

En ese sentido, de conformidad al artículo 27 del CPC, “las sentencias dictadas por los jueces constitucionales tienen prevalencia sobre las de otros órganos jurisdiccionales”. Este mismo artículo expresa que “para el cumplimiento de las sentencias y de acuerdo con el contenido específico del mandato y la magnitud del agravio constitucional, el juez debe velar porque la sentencia se cumpla según sus propios términos”.

Por otro lado, Landa (2010) señala que “las sentencias de inconstitucionalidad, los precedentes vinculantes y la jurisprudencia constitucional” emitidos por nuestro TC vendrían a ser, en diferente grado, fuentes del Derecho secundarias (p. 203).

a) “La sentencia de inconstitucionalidad”

Al respecto, nuestra actual Constitución expresa que “(...) La ley se deroga sólo por otra ley. También queda sin efecto por sentencia que declara su inconstitucionalidad”. Además, “no tiene efecto retroactivo la sentencia del Tribunal que declara inconstitucional, en todo o en parte, una norma legal” (artículo 103).

Esta declaración de inconstitucionalidad posee “efectos vinculantes” u obligatorios para todo el Estado, así, el carácter vinculante de esta sentencia “genera cosa juzgada constitucional en la medida en que sus consecuencias van más allá de los efectos de la cosa juzgada formal, toda vez que dicha sentencia es exigible (...)” (Bocanegra, 1982, pp. 232 y ss.).

Sobre el particular, Smend (1985) nos indica que con la emisión de este tipo de sentencia, se estaría interviniendo “directamente en la producción de las fuentes normativas del ordenamiento jurídico, puesto que declara la inconstitucionalidad de una norma legal —u otra de similar rango— con efectos generales, expulsándola definitivamente del ordenamiento jurídico” (pp. 62 y ss.)

Ahora bien, en relación a estas sentencias, el TC peruano ha ido estableciendo varias clasificaciones¹². (Exp. N° 010-2002-AI/TC, Fundamentos 26-35)

b) “El precedente vinculante”

Al respecto, el TC sostiene que:

El precedente constitucional vinculante es aquella regla jurídica expuesta en un caso particular y concreto que el Tribunal Constitucional decide establecer como regla general; y, que, por ende, deviene en parámetro normativo para la resolución de futuros procesos de naturaleza homóloga. (Exp. N° 0024-2003-AI/TC, Fundamentos)

Tenemos entonces que la obligatoriedad señalada por el precedente alcanza “no sólo a los demás poderes del Estado sino también a los particulares, pues lo que se establece en el caso que sienta precedente deberá aplicarse para casos idénticos”. (Landa, 2010, pp. 216-217)¹³

c) “La jurisprudencia constitucional”

El artículo VII del Título Preliminar del CPC, relacionado al principio *stare decisis*¹⁴, aunque con menos “intensidad que los precedentes vinculantes, establece el deber/poder – *können* - de los jueces de interpretar y aplicar las leyes, o toda norma con rango de ley y los reglamentos”, de conformidad con “la interpretación que de ellos realice el Tribunal Constitucional, en tanto supremo guardián e intérprete de la Constitución y de los derechos”. (Landa, 2010, p. 226)

¹² Al respecto, Landa (2010) sintetiza mencionando que:

La doctrina suele clasificar, de modo general, las sentencias del Tribunal Constitucional en: sentencias de especie y sentencias de principio. Las primeras surgen de la simple aplicación de las normas constitucionales y del bloque de constitucionalidad a un caso particular y concreto; siendo la labor del Tribunal meramente declarativa. Por el contrario, las sentencias de principio integran la jurisprudencia propiamente dicha, en la medida que interpretan el alcance y sentido de las normas constitucionales, colmando los vacíos normativos y forjando verdaderos precedentes vinculantes. (p. 207)

Adicionalmente, García (2008) expresa que el TC ha señalado dentro de las denominadas sentencias de principios algunas a las que ha calificado específicamente como institucionales e instructivas. (pp. 393 y ss.)

¹³ Moral (2003) nos indica que: “La existencia de un precedente se debe a un afán de lograr predictibilidad y seguridad jurídica, pues los justiciables, al saber cómo se ha resuelto un caso concreto, podrán predecir cómo se resolverá otro caso con las mismas características”. (p. 203 y ss.)

El efecto normativo de los precedentes vinculantes ha sido incorporado expresamente por el CPC, así, el artículo VI su Título Preliminar señala: “Las sentencias del Tribunal Constitucional que adquieren la autoridad de cosa juzgada constituyen precedente vinculante cuando así lo exprese la sentencia, precisando el extremo de su efecto normativo (...)”

¹⁴ Tal cual lo indica Londoño (2007), la doctrina del precedente consiste “a grandes rasgos en que las sentencias de las cortes de mayor jerarquía sientan pautas que deben seguirse en la solución de los casos presentados ante las cortes de rango menor. Estas pautas son denominadas precedentes”. (p. 60)

En esa línea, el propio TC expresa que:

(...) para la Constitución tanto el Poder Judicial como el Tribunal Constitucional son órganos constitucionales productores de la fuente de derecho denominada jurisprudencia (...). Consecuentemente, en nuestro sistema la jurisprudencia también es fuente de derecho para la solución de los casos concretos, obviamente dentro del marco de la Constitución y de la normatividad vigente. (Exp. N° 0047-2004-AI/TC, Fundamento 33)

Sobre el particular, Landa (2010) indica que, tal cual lo señala la Constitución, el “sentido vinculante de dicha doctrina está dirigido específicamente a los jueces; es decir que no se configura un efecto normativo *erga omnes*, que la haría exigible a cualquier órgano o persona”, sino específicamente para la judicatura ordinaria o especializada. (p. 227)

II.3.3. “EL DESARROLLO DEL DERECHO DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS EN EL PERÚ”¹⁵

Luego de la Independencia, se sucedieron una serie de hechos relevantes en torno al desarrollo del “Derecho de los pueblos indígenas”, así, el Libertador Simón Bolívar, quien había sido formado intelectualmente dentro del pensamiento liberal, y, en consecuencia con sus ideas, expidió varios decretos que incidieron directamente en la vida de los indígenas de la época. Éstos procuraban generar la transformación de la sociedad rural peruana, en base a la dinamización de la economía, asignando la propiedad privada de la tierra a los indios. Así, Bolívar expidió un Decreto Supremo en abril de 1824, el cual apuntaba “indirectamente a la disolución de la comunidad” campesina, por ser un obstáculo para la modernidad del país; fomentó el individualismo y liberalizó la “propiedad comunal de la tierra” a través de la venta de todas aquellas tierras comunales que sobraran luego de haberse realizado el reparto respectivo entre los indígenas. La estructura de tenencia se modifica grandemente a partir de entonces. (Robles, 2002, pp. 38-39)

Robles (2002) señala que buena parte de las propiedades parcelarias que hoy conocemos en las comunidades andinas, tienen su origen en el artículo 3 del decreto mencionado. La comunidad campesina como organización no se despojó de todas sus tierras debido a que este Decreto tuvo poco tiempo de vigencia y, a que la mayoría de indios prefirió mantener el régimen comunal de tierras de pastos y tierras de cultivos temporarios. Sin embargo, la privatización de tierras realizada por los mismos comuneros, por los tinterillos y por los gamonales avanzó, sobre todo en las tierras irrigables y en parte de las tierras de pastoreo. (p. 41)

¹⁵ Refiriéndonos a aquellos países que fuimos formados en base al territorio conquistado por los españoles de sus antiguos propietarios, situación aplicable también a nuestro país, el “inicio del Derecho como sistema de normas, proveniente de una cultura y tradición jurídica generó dos posturas marcadas entre los juristas” (Gálvez, 2012, p. 181):

- Aquella que considera la “existencia del Derecho Prehispánico (anterior a la llegada de los españoles) constituido por un conjunto de reglas o pautas sociales, económicas y jurídicas, de carácter consuetudinario, y que podríamos asociar con el proverbio latino: *ubi societas, ubi ius* (donde hay sociedad hay derecho)”.
- Otra, que “plantea el inicio del derecho a partir del Derecho Indiano porque además de consuetudinario era sobre todo escrito, postura en la cual se adscriben la mayoría de autores peruanos”.

Es necesario mencionar que la reincorporación de los “Derechos de los Pueblos Indígenas” se dio mediante hechos puntuales, así podemos mencionar en orden cronológico, tal cual lo indica Gálvez (2012):

- Incorporación en la Carta Magna de 1920 de “las tierras de las comunidades de indígenas”, a las cuales se otorgó personería jurídica y protección sobre las mismas.
- Con el gobierno de Augusto B. Leguía se creó “la Oficina de Asuntos Indígenas” con la finalidad de que se supervise las labores con estos pueblos.
- En el Código Penal Peruano de 1924 se establecieron las tipificaciones de los delitos considerando las funciones de los pobladores, esto tomando en cuenta a las diferentes culturas existentes en el país.
- El Convenio N° 107 (adoptado por la OIT en 1957), el cual se refería a la “protección e integración” de estas comunidades.
- Con el Gobierno Revolucionario de la Fuerza Armada, se realizó un “sistema de redistribución de tierras” junto con la Reforma Agraria (junio de 1969).
- Con la “Ley de Comunidades Nativas y de Promoción Agropecuaria de Regiones de Selva y Ceja de Selva”, Decreto Ley N° 20653 emitido en 1974, se generó una real modificación en las etnias amazónicas “al asignarse facultad jurisdiccional al gobierno comunal para que resolviera conflictos y controversias en materia civil por mínima cuantía y faltas originadas entre los miembros de una Comunidad Nativa en materia penal, con el carácter de cosa juzgada” (Gálvez, 2012, p. 190); entre otras.

Si bien los hechos anteriormente mencionados responden a diferentes causales, creemos que, en síntesis, son tres los factores principales que determinan la lenta pero constante reincorporación de derechos a las comunidades indígenas en nuestra legislación. La característica común de estos tres factores es que son de naturaleza externa y autónoma unos de otros. Estos son:

- a) El desarrollo de los derechos humanos a nivel mundial. Este desarrollo se origina a raíz de diversos factores, sin embargo, el más importante de ellos es la II Guerra Mundial. Este conflicto significó un antes y un después en mucho, así tenemos, entre otros, que a su término aparece la “Organización de las Naciones Unidas”, organismo internacional que desde su concepción impone el reconocer y defender los derechos humanos. La guerra sirvió para validar empíricamente aquellas concepciones ideológicas que desde el siglo XVIII (algunos autores manifiestan aún, antes) indicaban que la humanidad vista como un ente colectivo solo podría sobrevivir y avanzar si es que desaparecían, entre otras, todas aquellas diferencias de índole normativo y formal que en la práctica originaban que unos pocos se consideraran superiores a otros.
- b) El muy rápido desarrollo obtenido por los medios de comunicación social. Sobretudo, su gran masificación, ha permitido que situaciones que antes estaban confinadas a un ámbito local o, a lo más, al conocimiento tardío e inoportuno de las cúpulas gobernantes a nivel mundial, pues pasen a ser rápidamente de conocimiento público. Uno se pregunta, por ejemplo, si hechos continuados durante un determinado período de tiempo como el genocidio armenio u otros a nivel local como los que a modo de ficción narra Ciro Alegria

en su conocida novela “El Mundo es Ancho y Ajeno”, hubieran sucedido, al nivel en que se produjeron si es que hubieran sido de público conocimiento en su momento.

- c) El modelo económico imperante. La actual concepción económica que predomina en extensas regiones del mundo, de tendencia liberal, es de temprana existencia, fruto de las corrientes filosóficas liberales que han surgido a partir del Siglo XVIII, siendo una de las características básicas de esta concepción, el considerar todo y a todo(s) como recursos. Sobre esta base ideológica se posiciona el actual modelo económico, una de cuyas manifestaciones es la explotación de los recursos naturales (llámese minerales, agua, gas, entre otros) con el fin de lograr beneficios económicos. A través de nuevas técnicas y procesos se ha logrado cada vez una mayor eficiencia extractiva. Todo esto ha propiciado que el número de conflictos con los pueblos indígenas se incremente teniendo en cuenta que es, justamente, en el territorio de estas comunidades donde se encuentran muchos de estos recursos naturales.

Adicionalmente a los tres factores arriba mencionados, consideramos que el rol de la jurisdicción constitucional ejercido por los Tribunales Constitucionales, en este caso, el TC peruano es, en la actualidad, un factor sumamente importante para reconocer los derechos de estas comunidades. Así por ejemplo, sus sentencias ha ido señalando en diversas oportunidades el derrotero que debe seguir el debate legislativo.

II.3.4. “FUNDAMENTOS DEL DERECHO A LA CONSULTA PREVIA”

II.3.4.1. CULTURA

La cultura, o mejor dicho, la idea de ella, ha sido definida por Lamo de Espinosa (1995) “como el conjunto de maneras de obrar, pensar o sentir específicas a un grupo humano”. Se trataría, entonces, “de repertorios de conducta, aparentemente regulados por conjuntos de normas relativamente unificadas e integradas, y sustentadas por un conjunto jerárquico de valores que supuestamente legitiman y hacen comprensibles y razonables esas normas (...) y las prácticas que a ellas responden”. (p. 15)

En esa línea, Tylor (1977) entiende como cultura a un “todo complejo que incluye el conocimiento, las creencias, el arte, la moral, las leyes, las costumbres y cualesquiera otros hábitos y capacidades adquiridos por el hombre en cuanto miembro de una sociedad”. (p. 19)

Con una mirada muy general, Kymlicka (1996) trata acerca de la “cultura societal”, afirmando que se refiere a aquella “cultura que proporciona a sus miembros unas formas de vida significativas a través de todo el abanico de actividades humanas, incluyendo la vida social, educativa, religiosa, recreativa y económica, abarcando las esferas pública y privada”. (p. 112)

La cultura “se gesta al interior de los diversos grupos a los que el ser humano se une por diversas afinidades: ideológicas, de clase, de credo, de origen territorial, de origen étnico, de edad, de sexo, etc. En estos grupos se generan y comparten modos de ser y hasta un lenguaje propio”, los cuales son parte de la cultura. (Zuñiga y Ansión, 1997, p. 5)

II.3.4.2. IDENTIDAD CULTURAL

La identidad cultural vendría a ser, entonces, “la ubicación propia y del otro en referencia a una cultura, la clasificación de un sujeto como perteneciente a un grupo que se supone tiene una específica cultura”. (Lamo de Espinosa, 1995, p. 65)

Si bien es cierto, es indudable la naturaleza social y/o colectiva de la “idea de cultura”, esta última “posee una dimensión individual, de aceptación de su existencia y de su valor, y por tanto de subjetividad, que necesariamente se proyecta sobre la noción de identidad cultural”. (De Asís, 2009, p. 92)

Al respecto, en la “Sentencia del Exp. N° 0006-2008-PI/TC” se desarrolla con mayor profundidad y, de forma separada, tanto al “derecho a la identidad cultural” como el “derecho a la identidad étnica”. A pesar de que tratan ambos acerca de “conceptos jurídicos indeterminados”, deberían ser entendidos tanto como propia de un conjunto social, así como por “expresión cultural general” (Exp. N° 0006-2008-PI/TC, Fundamento 19).

De forma similar se expresa el TC en el Fundamento 19 de esta misma sentencia:

Por un lado se trata de la identidad de los grupos étnicos, es decir, de “(...) aquellas características, cualesquiera que puedan ser que, al prevalecer dentro del grupo y distinguirlo de los demás, nos inclinan a considerarlo un pueblo aparte. Para el hombre de la calle un pueblo es el equivalente de lo que el informado llama un grupo étnico” (citado de la pág. 34 de Estado y Nación, de Benjamín Azkin); y, por otro, de la identidad cultural general, esto es, de la identidad de todo grupo social que se genera en el proceso histórico de compartir experiencias y luchas sociales comunes para autodefinirse como pueblo. Por ello, puede afirmarse que entre identidad cultural e identidad étnica existe una relación de género a especie. (Subrayado nuestro)

Observamos entonces, como el TC está determinando dos puntos importantes: a) Tanto la “identidad cultural” como la “identidad étnica” son conceptos jurídicos indeterminados y b) “Existe una relación de género a especie entre la identidad cultural” y la “identidad étnica en relación a los pueblos indígenas”.

En esa línea, se debe mencionar el artículo 27 del “Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos”, el cual expresa:

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

Además, aunque en la “Sentencia del Exp. N° 0042-2004-AI/TC” el TC ya había indicado que nuestra Carta Magna consagra la protección de dos tipos de patrimonio: el cultural material y el cultural inmaterial; en el Fundamento 27 de la “Sentencia del Exp. N° 0006-2008-PI/TC” el TC profundiza en los conceptos anteriormente vertidos al señalar que:

La identidad que se construye a través de representaciones o manifestaciones culturales concretas o materiales, expresa una doble dimensión de la cultura. Por un lado, constituye expresión de la “obra cultural” de un pueblo o grupo social, como puede ser un monumento, una construcción, un telar, o una determinada práctica social etc.; y, por otro, también expresa la “identidad emotiva”, es decir, tiene la virtud de lograr adhesiones a partir de su constitución como expresión cultural de un grupo social.

En esa línea, en la “Sentencia del Exp. Nº 0042-2004-AI/TC” el TC sobre la naturaleza de la identidad cultural, menciona que: “la identidad cultural de los grupos sociales y, de las personas en general, se construye a partir de un conjunto de percepciones de carácter objetivo- subjetivo, respecto a una serie elementos culturales y de representación”. (Fundamento 28)

Por otro lado, y tal cual lo reconoce el mismo TC, la Constitución estaría consagrando la protección de los tipos de patrimonio: el cultural inmaterial, es decir el mismo derecho a la identidad étnica y cultura, por un lado, así como también el cultural material, es decir, los yacimientos, restos arqueológicos, monumentos, entre otros. Así, el Fundamento 21 de la “Sentencia del Exp. Nº 0042-2004-AI/TC” señala que:

En el primer caso, la Constitución (artículo 2, inciso 19) alude al patrimonio cultural inmaterial; en el supuesto del artículo 21, hace referencia, como es evidente, al patrimonio cultural material. Para el caso concreto, es pertinente señalar que el patrimonio cultural inmaterial son aquellos usos, representaciones, expresiones, conocimientos y técnicas que las comunidades, los grupos y, en algunos casos, los individuos reconocen como parte integrante de su patrimonio cultural.

Este patrimonio cultural inmaterial, que se transmite de generación en generación, es recreado constantemente por las comunidades y grupos en función de su entorno, su interacción con la naturaleza y su historia, infundiéndoles un sentimiento de identidad y continuidad, y contribuyendo así a promover el respeto de la diversidad cultural y la creatividad humana. (Subrayado nuestro).

En el Fundamento 102 de la “Sentencia del Exp. Nº 0020-2005-PI/TC” y “0021-2005-PI/TC (acumulados)”, se señala que, de conformidad con la “Convención sobre la protección del patrimonio mundial cultural y natural”:

(...) el patrimonio cultural material abarca monumentos, grupos de edificios (...), aquellos bienes que sean la manifestación de un intercambio considerable de valores humanos durante un determinado período o en un área cultural específica, en el desarrollo de la arquitectura, las artes monumentales, la planificación urbana o el diseño paisajístico.

Adicionalmente, el TC señala que:

(...) el patrimonio natural material, comprende formaciones físicas, biológicas y geológicas excepcionales, hábitat de especies animales y vegetales amenazadas, y zonas que tengan valor científico, de conservación o estético (artículo 2º), así, entre estos bienes se encuentran fenómenos naturales extraordinarios o áreas de una belleza natural y una importancia estética excepcionales, aquellos que contienen el hábitat natural más representativo para la conservación in situ de la diversidad biológica, incluyendo los que alberguen especies amenazadas que posean un valor universal excepcional. (Exp. Nº 0020-2005-PI/TC y 0021-2005-PI/TC (acumulados), Fundamento 102)

Como ejemplo podemos señalar que, mediante la “Sentencia del Exp. Nº 0020-2005-PI/TC” y “0021-2005-PI/TC (acumulados)”, el TC realiza un detallado análisis acerca de “las potencialidades del patrimonio cultural inmaterial para el caso de la planta de la hoja de coca”, señalando sus potencialidades. (Fundamento 108)

Finalmente, es importante mencionar lo que se sostiene en el Fundamento 42 de la “Sentencia del Exp. Nº 01126-2011-PHC/TC”, en la cual se indica que la “protección a la propiedad de la tierra comunal permite el desarrollo de la identidad cultural de las comunidades nativas y campesinas, puesto que brinda un espacio material indispensable para el sostenimiento de la comunidad.”

II.3.4.3. PLURICULTURALIDAD, MULTICULTURALIDAD E INTERCULTURALIDAD

De forma muy frecuente “se utilizan como sinónimos los términos de pluriculturalidad, multiculturalidad e interculturalidad, cuando son tres maneras distintas de entender la diversidad” de culturas existentes en nuestro país. Corresponde realizar una diferenciación de los mismos. (“Programa Buen Gobierno y Reforma del Estado del Perú” [PBGyRE], 2012, p. 9, como se citó en Valiente T., 2012)

a) La multiculturalidad

Significa la presencia de diversas culturas dentro de un mismo territorio. La “noción de multiculturalidad representa las realidades geohistóricas, políticas, sociales y culturales de las sociedades indígenas de América Latina”, siendo asimismo “evidente que las principales formas culturales de las comunidades indígenas se han desarrollado a partir de los intercambios con las sociedades dominantes de los estados nacionales. Estos intercambios han producidos por relaciones generalmente violentas”¹⁶. (Quilaqueo, D., & Torres, H., 2013). Así tenemos que el Fundamento 14 de la “Sentencia del Exp. 1126-2011-PA/TC” señala que:

Desde la perspectiva multicultural, la idea de una nación conformada por una única y exclusiva cultura homogénea debe de repensarse. Lo multicultural implica la aceptación de distintas culturas, manifestaciones culturales y distintas actitudes de ser y entender lo que es ser peruano, del desarrollo de la libre personalidad, de la visión comunitaria de las costumbres que provienen de la experiencia histórica, religiosa y étnica; y que informa a su manera y en su singularidad peculiar la identidad nacional en todas sus variantes.

En relación al Estado, el TC expresa que “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”. (“Exp. Nº 0042-2004-AI/TC”, numeral 3 del acápite 1 del inciso VI)

Existe, entonces, desde un punto de vista político, el desafío aún pendiente que tienen los sucesivos gobiernos en nuestro país de dar la importancia necesaria a una identidad nacional propia, peruana, en base a un pensamiento multisectorial, de respeto por las diversas culturas existentes en el Perú.

Podemos expresar que el “reconocimiento de una ciudadanía multicultural en el marco de democracias liberales emerge como alternativa a la ciudadanía cívica, basada en la individualización de derechos”. (Cairo, C. D., & Rozo, E., 2006, p. 112)

¹⁶ Por otro lado, a nivel ideológico, el multiculturalismo vendría a ser “el respeto a las diversas culturas y la organización social de forma que existan las mismas posibilidades para participar por parte de sus miembros integrantes”. (Solanes, A., 1998, pp. 131 y 133)

De Asís nos señala que, al desarrollar el multiculturalismo, en “un sentido genérico, es posible diferenciar dos grandes tipos de utilidades que podríamos identificar como descriptivas y normativas”. Entonces, tenemos que a partir de “un punto de vista descriptivo”, el multiculturalismo sirve al referirnos “a una situación de hecho, como puede ser la convivencia de diferentes culturas y prácticas sociales en un determinado territorio. Desde un punto de vista normativo, el término multiculturalismo se utiliza para exponer un juicio valorativo (...)” entonces. Asimismo, considerando un “planteamiento normativo es posible diferenciar entre multiculturalismo en sentido estricto y el interculturalismo” (De Asís, 2009, p. 92-93). Este último concepto lo desarrollaremos a continuación.

b) Pluralidad cultural y/o el pluralismo cultural

De Asís (2009) expresa que “el modelo pluricultural o pluralista sostiene la posibilidad de convivencia entre grupos étnicos desde el respeto e incluso desde la promoción de la diferencia. Básicamente, estas políticas son las que suelen identificarse con el término integración en sentido estricto” (p. 86). Asimismo, Pérez (2000) indica que el pluralismo cultural viene a ser “el reconocimiento de una realidad plural de tradiciones e instituciones políticas y culturales”. (p. 105)

El pluralismo es uno de los valores constitucionales que forma parte del principio democrático (“Exp. N° 0020-2005-PI/TC y 0021-2005-PI/TC (acumulados)”, Fundamento 100). En esa línea, “las culturas societales en el seno de una democracia liberal moderna son inevitablemente pluralistas”, considerando que están conformados “tanto de cristianos como de musulmanes, tanto de judíos como ateos; tanto de heterosexuales como homosexuales; tanto de profesionales urbanos como de trabajadores rurales; tanto de conservadores como socialistas”, etc. (“Kymlicka”, 2003, p. 39)

Por otro lado, en el ámbito interno, y en relación a nuestra actual Constitución, el Fundamento 14 de la “Sentencia del Exp. N° 02765-2014-PA/TC” señala que:

La Constitución de 1993 ha reconocido la existencia de una pluralidad de culturas en el Perú, dotándolas, a todas ellas, de similar importancia. En ese sentido, el artículo 2.19 es una clara muestra de que, en el modelo nacional, se respeta la pertenencia a cualquier etnia o cultura, siempre que las mismas se desenvuelvan dentro del marco permitido por la Constitución.

Sobre el particular, Häberle (2000) expresa que:

El hecho que la Constitución de 1993 reconozca el derecho fundamental de las personas a su identidad étnica y cultural, así como la pluralidad de las mismas, supone que el Estado social y democrático de Derecho está en la obligación de respetar, reafirmar y promover aquellas costumbres y manifestaciones culturales que forman parte de esa diversidad y pluralismo cultural, pero siempre que ellas se realicen dentro del marco de respeto a los derechos fundamentales, los principios constitucionales y los valores superiores que la Constitución incorpora, tales como la dignidad de la persona humana (artículo 1 de la Constitución), la forma democrática de Gobierno (artículo 43) y la economía social de mercado (artículo 58). (p. 34)

En esa misma línea, “este reconocimiento del elemento cultural que está en su contenido, permite señalar que la Constitución no se limita sólo a ser un conjunto de textos jurídicos o un mero compendio de reglas normativas”. (Haberle, 2000, pp. 34-35)

Como sostiene el mismo TC, en el Fundamento 1 de la “Sentencia del Exp. N° 0042-2004-AI/TC”, la Constitución:

(...) consagra, en primer lugar, el derecho fundamental de las personas a su identidad étnica y cultural, y, en segundo lugar, cuando impone al Estado la obligación de reconocer y proteger dicha identidad y pluralismo, está reconociendo que el Estado peruano se caracteriza, precisamente, tanto por su pluralidad étnica, así como por su diversidad cultural. (Subrayado nuestro)

Entonces, la pluralidad étnica y, además, la diversidad cultural caracterizarían al “Estado Social y Democrático de Derecho”. Así, siguiendo el desarrollo realizado por el TC, debe resaltarse el reconocimiento que la Constitución realiza sobre la perspectiva a nivel social de la persona, la cual permitiría “afirmar que la Constitución no solo es *ratio*, sino también *emotio*” (“Exp. N° 0042-2004-AI/TC”, Fundamento 2). Es decir, las constituciones han previsto, aparte de lo racional, la existencia de una dimensión emocional o “irracional”. En este mismo Fundamento, el TC indica que “Es precisamente en atención a esta dimensión emocional que la Constitución reconoce las diversas manifestaciones culturales que realizan las personas ya sea individualmente o como miembros de una comunidad más amplia y diversa culturalmente.”

Debido a esta *emotio* (dimensión emocional), el TC señala que debe ponerse en importancia la tolerancia “como valor superior y principio rector de un sistema democrático” (“Exp. N° 0042-2004-AI/TC”, Fundamento 3). El mencionado valor es muy importante porque, como lo señala el TC en ese mismo fundamento, citando a Hans Kelsen (1977), el poder ejercido por la mayoría debe presuponer una oposición, que debe ser reconocida de forma legítima desde una perspectiva política, e incluso protegida a través de instituciones que deben garantizar “un mínimo de posibilidades de existencia y acción” a las diversas minorías (Citado en “Exp. N° 0042-2004-AI/TC”, Fundamento 3).

Así, nuestro TC resalta que, por ejemplo, para el caso de la hoja de coca, en tanto su uso tradicional:

Determina una identidad socio cultural entre esta planta y un importante sector de la población, toda política orientada a su regulación, no puede perder de vista esta innegable realidad, que debe ser afrontada sobre la base de un amplio conocimiento de sus particulares dimensiones y no bajo la influencia de iniciativas nacionales o extranjeras carentes de identificación con el tema. (Exp. N° 0020-2005-PI/TC y 0021-2005-PI/TC (acumulados), Fundamento 101).¹⁷

¹⁷ “Sentencia del Exp. N° 0020-2005-PI/TC” y “0021-2005-PI/TC (acumulados)”, Fundamento 101.

Por otro lado, si bien en la “Sentencia del Exp. 042-2004-AI/TC” se resaltaba la tolerancia como valor de un sistema democrático, en la “Sentencia de los Exp. 0020-2005-PI/TC y 0021-2005-PI/TC (acumulados)” se menciona, además, que dentro del “principio democrático residen valores constitucionales”, tales como (además del pluralismo ya mencionado) “el respeto por la costumbre, idiosincrasia y cosmovisión ajena”, lo cual viene a ser un notable esfuerzo del TC para que no existan dudas en relación al compromiso que el Estado debe tener sobre el respeto de la idiosincrasia de una minoría, como vienen a ser los pueblos indígenas (“Exp. N° 0020-2005-PI/TC y 0021-2005-PI/TC (acumulados)”, Fundamento 100). En ese fundamento se señala:

El hecho de que por efecto de la diversidad cultural constitucionalmente reconocida, diversos rasgos espirituales y materiales se concreten en grupos minoritarios, no puede ser razón válida para desconocer o, peor aún, menoscabar sus legítimas manifestaciones. Por el contrario, cuando al acto apoyado en el principio mayoritario acompaña el avasallamiento, éste pierde su valor de neutralidad, y prevalecen lo (sic) valores contramayoritarios de la Constitución, como la igualdad (inciso 2 del artículo 2º) y el pluralismo (inciso 19 del artículo 2º, artículo 43º y artículo 60º) para recomponer el equilibrio constitucional del que el poder tiende a desvincularse.

Asimismo, al tratar el tema de la identidad cultural, el TC ha expresado que:

(...) también es concebida como un conjunto de manifestaciones y rasgos culturales de diversa índole, que cumple las funciones simultáneas de caracterizar a una sociedad o un grupo social, es decir, de imprimirle cualidades que posibiliten su propio reconocimiento como grupo que vive e interactúa en un contexto y tiempo determinado, así como de identificar las diferencias frente a los demás grupos sociales, por la constatación de que no comparten de modo total o parcial dichas manifestaciones o rasgos culturales. (Exp. N° 0006-2008-PI/TC, Fundamento 25)

Por otro lado, si bien tenemos que, en sentencias anteriores el TC ha mencionado las características de tolerancia y de diversidad (especialmente como diversidad cultural), es recién en el Fundamento 27 de la “Sentencia del Exp. N° 3343-2007-PA/TC” en que el TC sostiene a la “tolerancia a la diversidad” como un:

Valor inherente al texto constitucional, lo que debe comprenderse, a su vez, como una aspiración de la sociedad peruana. En tal sentido, los individuos no pueden ser arbitrariamente diferenciados perjudicándoseles por motivos basados, entre otros, por su opinión, religión o idioma.

El TC no proscribe la homogeneización, lo entiende como necesaria para nuestra Constitución y desarrollo de una sociedad peruana, pero siempre considerando el “respeto a la diversidad cultural” que existe en nuestro país, diversidad que tiene su origen en la variedad de naciones que conviven dentro de nuestro país.

En este punto, corresponde tratar acerca del derecho a la igualdad¹⁸, el cual entraña una necesaria diferenciación positiva, así tenemos, que si bien todos somos iguales ante las normas,

¹⁸ El derecho a la igualdad, ya fue ampliamente desarrollado por el TC, así tenemos por ejemplo, el Fundamento 20 de la “Sentencia del Exp. N° 0009-2007-PI/TC” donde se señala:

es indispensable que para que esto se cumpla, que la misma ley prevea tratamientos distintos a minorías específicas, en este caso nos referimos a las comunidades indígenas.

Si bien, en principio, tal diferenciación no es deseable, sin embargo, se hace necesaria e imprescindible si es que deseamos que el derecho a la igualdad tenga una presencia universal y no sola para unos cuantos. Esto mismo lo expresa el TC al referirse a la denominada “fuerza homogeneizadora”.

El pluralismo cultural, “no debe confundirse con el relativismo cultural, es decir, con el mito de que todas las formas culturales poseen idéntico valor” (Pérez, 2000, p. 105). Lo aquí expresado va en la línea de lo señalado por Kymlicka, quien en relación a la ciudadanía multicultural se refirió a los “derechos diferenciados en función del grupo”. (Kymlicka, 1996, 46)

Se torna así valioso el rescatar las ventajas de las formas de vida de muchas de estas culturas, tratándose de un tema que requiere ser estudiado en mayor profundidad.

Kymlicka señala que es totalmente “posible que las políticas del gobierno estimulen el mantenimiento de dos o más culturas societales en un mismo país”. (2003, p. 41)

c) La interculturalidad

La interculturalidad trata de “no reabsorber cosmovisiones y racionalidades diferenciadas en un código común de lenguaje” de una sola cosmovisión, sino que debería servir para referirnos a otro mundo distinto y posible; de uno creado en base a una amplia “diversidad cultural e identidades diferenciadas”. (Leff, 2004, p. 14). Vendría a ser un tipo de respuesta en base a las normas frente a la realidad que ya existe debido al multiculturalismo. (Solanes, A., 1998, pp. 131 y 133)

Dentro del debate que se abre en torno a la interculturalidad se encuentran dos perspectivas que, “por un lado, intentan naturalizar y armonizar las relaciones culturales a partir de la matriz hegemónica y dominante” (como puede ser el Estado a nivel global) “y, por el otro, perspectivas que denuncian el carácter político, social y conflictivo de estas relaciones”. (Walsh, 2002, p. 116)

c.1) El diálogo intercultural

Vargas (2016) expresa que, en base a aportes académicos, el diálogo intercultural “se ha entendido no solo como un escenario de encuentro entre culturas que dialogan, sino como un intercambio en condiciones de equidad”, en el cual el proceso y sus condiciones son definidas por quienes intervienen en éste (pp. 98-99).

Viene a ser “un tipo de diálogo que parte del reconocimiento de los saberes indígenas que se suman al conocimiento científico. Cuestiona la existencia de una vía única para llegar al conocimiento”. (Quilaqueo, D., & Sartorello, 2018, p. 57)

c.2) ¿Por qué un enfoque de interculturalidad?

(...) La igualdad como derecho fundamental está consagrada por el artículo 2º de la Constitución de 1993, de acuerdo al cual: “(...) toda persona tiene derecho (...) a la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole”. Contrariamente a lo que pudiera desprenderse de una interpretación literal, estamos frente a un derecho fundamental que no consiste en la facultad de las personas para exigir un trato igual a los demás, sino a ser tratado de igual modo a quienes se encuentran en una idéntica situación.

La “democracia requiere de políticas interculturales que atraviesen todos los sectores” y que estas sirvan para fortalecer a la comunidad, entendida como “ciudadanía intercultural”. (PBGyRE, 2012, p. 15)

Asimismo, tenemos que la “aplicación de un enfoque intercultural debería permitir que el reconocimiento de la identidad cultural de cada grupo humano se traduzca en acciones concretas que impidan diversas formas de discriminación y exclusión”. (PBGyRE, 2012, p. 20)

En esa línea, Cunningham (2018) señala que “el objetivo de las políticas públicas no debe apuntar sólo a alcanzar beneficios individuales, para cada una de las personas que integran los colectivos de los pueblos originarios”. Además, estas políticas “deben ser funcionales a la conservación y potenciación de los valores culturales, las formas organizativas y demás características de los pueblos indígenas”. (p. 36)

Todas las culturas tienen diferentes valoraciones de sus objetivos y perspectivas de desarrollo y que, por tanto, requieren una serie de derechos diferenciados (tal cual lo propone Kymlicka) que deben llegar a todos. Al haber existido una marginación histórica, pues correspondería lógicamente que existan derechos diferenciales. Es indudable que el enfoque intercultural es el más recomendado para sociedades como la peruana donde existen variedad de culturas (como lo señala Cunningham, entre otros).

Debemos tener en cuenta que “la aplicación de un enfoque de interculturalidad debería conducir a que el reconocimiento de la identidad cultural enriquezca la gobernabilidad democrática”, considerando que demanda que todas las partes, con sus características de cultura propias, puedan participar al momento de tomarse las decisiones que les afectan. (PBGyRE, 2012, p. 16)

c.3) La ciudadanía cultural

En base al concepto del enfoque de interculturalidad es que surge el de la ciudadanía intercultural, el cual se “refiere fundamentalmente a una forma local de conceptualizar el tipo de ciudadanía deseable desde lo local” hacia lo externo, todo dentro de un enfoque de multiculturalidad. (Cairo, C. D., & Rozo, E., 2006, p. 113)

d) Comparaciones útiles

A modo de síntesis de lo señalado en los párrafos anteriores, a continuación se puede observar las tres formas de abordar las diferencias a nivel cultural (PBGyRE, 2012, p. 10):

ABORDAJE	MULTICULTURALISMO	PLURALISMO CULTURAL	MULTICULTURALIDAD
“Reconocimiento de las diferencias culturales”	“Se reivindican las diferencias culturales”	“Se reconocen las diferencias culturales con consecuencias jurídicas y políticas”	“Establece relaciones de confianza, reconocimiento mutuo, comunicación efectiva, diálogo, aprendizaje, intercambio”
“Manera de ver las asimetrías e injusticias”	“Intercultural: se visibiliza las culturas injustamente menospreciadas”	“Intercultural: se visibiliza las relaciones de poder injustas entre las culturas”	“Se desarrollan competencias para comunicarse en contextos de relación con otras culturas”

“Políticas para promover los derechos de los grupos culturales”	“Acciones afirmativas para favorecer la igualdad de oportunidades en el acceso a los servicios del Estado”. Aquí nos referimos a la tan mencionada inclusión.	“Acciones transformativas de las estructuras políticas, sociales y económicas del Estado para la plena participación de todos los grupos”	“Igualdad en el ejercicio de derecho y acceso a oportunidades. Orden político que reconozca pluralidad del Estado, democracia inclusiva y participativa”
“Modelo de Estado”	“Estado monocultural”	“Estado pluricultural”	“Estado pluricultural”
“Tipo de relación que se promueve entre las culturas”	“Coexistencia respetuosa, sin intercambio”	“Intercambio, enriquecimiento y transformación mutua”	“Renovación del pacto social y la construcción de una cultura política común a partir de un diálogo intercultural en las esferas públicas de la sociedad civil”

Fuente: PBGyRE, 2012, p. 10

Lo mencionado, vendrían a ser niveles que se van superando a través del tiempo, tal es así que ahora se habla del diálogo intercultural.

II.3.4.4. DE LA ASIMILACIÓN A LA INTERCULTURALIDAD

Vargas (2016) expresa que la “diversidad cultural del país está reconocida desde nuestra Constitución y en diversas normas y políticas”; pero aún queda la pregunta de cómo se debe abordar esa diversidad de culturas e identidades. (p. 77)

La gran mayoría de las democracias liberales son de naturaleza multinacional o poli étnico, o ambas cosas a la vez y existe el reto de colocar esas “diferencias nacionales y étnicas de una manera estable y moralmente defendible”. (Kymlicka, 1996, 46, como se citó en Gutmann, 1993)

Sobre el particular, el Fundamento 7 de la “Sentencia del Exp. 2765-2014-PA/TC” señala que:

(...) en el pasado, siempre se trató desde el Estado de homogenizar a la sociedad y crear un único sistema de valores, lo cual se plasmó, por ejemplo, con la existencia de leyes que perseguían a los integrantes de ciertos colectivos debido a sus creencias religiosas o por sus afiliaciones políticas. Esta etapa de uniformización también se podía advertir en los distintos procesos de asimilación de culturas, en la que una creencia dominante o hegemónica trataba de absorber al resto. De este modo, se estimó que la mejor forma de tutelar los derechos era a través del fomento de un único sistema de valores que estandarice las conductas. Se caía, así, en un autoritarismo cultural.

Sánchez (2016) señala que en la noción unidimensional del Estado Nación, “subyace una intención homogeneizante y etnocéntrica (occidental), en detrimento de las naciones, pueblos indígenas y minorías, que se sienten obligados a asumir un derrotero que del todo no es suyo”. El referido autor indica que en América Latina no se cree que esta noción haya sido desarrollada “para atender la diversidad profunda existente en nuestros países multinacionales, multiculturales y multiconfesionales”. (p. 56)

En 1960, el Estado suscribe el Convenio N° 107 referido a la “protección e integración de las poblaciones indígenas”. Gálvez (2012) expresa que el mismo denotaba la falta de empatía con la cultura partiendo de que “las poblaciones indígenas se encontraban en un atraso”. (p. 189)

Sobre el particular, Merino y Lanegra (2013) señalan que el enfoque que inspiró el Convenio N° 107 fue el de asimilación, el “cual consideraba que dicha estrategia era la mejor forma de lograr que dichos grupos participasen en el proceso de desarrollo de los países que habitaban”. (p. 13)

Este Convenio N° 107 buscaba la “integración de los pueblos indígenas, entendiendo que estos tenderían a desaparecer con la modernización”; y, por tanto, se debería buscar su conformación hacia la comunidad que predomina. (Assies, 2009, p. 93).

En la década de los setenta, en el momento en que la “ONU empezó a examinar la situación de los pueblos indígenas y tribales con mayor detalle, y cuando los pueblos indígenas empezaron a hacerse más visibles en el ámbito internacional, el enfoque del Convenio 107 fue objeto de cuestionamientos” (Merino y Lanegra, 2013 y Assies, 2009). Así, de conformidad a una “Comisión de Expertos” que fue convocada por el Consejo de Administración de la OIT (1986), se habría concluido “que el enfoque integracionista del Convenio” ya no era conveniente de aplicar en la actualidad. (Merino y Lanegra, 2013, p. 9)

En esa línea, el Fundamento 15 de la “Sentencia del Exp. N° 01126-2011-HC/TC” expresa que:

(...) una visión que pretenda la integración considerando las diferencias culturales o que plantee estrategias de tolerancia por ciudadanías diferenciadas, es más respetuosa de las realidades e identidad cultural y étnica de los pueblos indígenas. La premisa de la que se parte es que deben dejarse atrás perspectivas que situaban a los pueblos indígenas como culturas de menor desarrollo y valía y pasar a reconocerlas como iguales, con el mismo valor y legitimidad que la llamada cultura dominante. Ello es un proceso que requerirá un cambio progresivo de las instituciones democráticas del Estado y la sociedad.

Por otro lado, el Fundamento 8 de la “Sentencia del Exp. N° 02765-2014-HC/TC” expresa que:

(...) en la actualidad se reconoce la libertad de diferir. Se ha promovido, de esta forma, un sistema de carácter dialógico en el que las distintas creencias y culturas tienen algo que aportar. En efecto, la noción de lo que podría entenderse por “vida buena” o “justicia” ostenta tantos significados como culturas existen. Esto ha generado, a su vez, una visión pluralista de la sociedad que reconoce la presencia de distintos sistemas de creencias y de valores.

Se producen movilizaciones indígenas, siendo una de sus consecuencias la emisión del Convenio N° 169 (Assies, 2009, p. 93) en junio de 1989.

Este Convenio, aprobado por el Perú el 2 de diciembre de 1993, propugna justamente todos estos cambios. Adicionalmente, la primera sentencia del TC que trató a profundidad el cambio de paradigma de asimilación a interculturalidad fue la “Sentencia del Exp. N° 0042-2004-AI/TC”, misma que fue emitida el 13 de abril de 2005, tenemos entonces que es indudable la influencia que tuvo el Convenio N° 169 en la opinión jurídica no solo de los tribunales judiciales sino del mismo TC.

II.3.4.5. LOS DERECHOS COLECTIVOS

Como definición podemos indicar que “los derechos colectivos son aquellos que buscan el reconocimiento de una realidad colectiva, cuyos derechos pertenecen a una comuna, pueblo o nacionalidad como sujetos jurídicos” (Tibán, 2011, p. 100).

La teoría de los derechos colectivos “ha constituido uno de los aspectos fundamentales de la evolución política y social del mundo (qué otra cosa es sino la pugna establecida entre el liberalismo y el marxismo)”. (Molina, 2011, p. 54)

Al respecto, Molina (2011) menciona que “no se puede tratar al individuo como sujeto de derechos humanos generales, desvinculado de su grupo primario. (...), la complementariedad con los derechos individuales es clave para una solución integral de los derechos”. (p. 57)

Estos derechos “incluyen el reconocimiento de sus historias, lenguas, identidades y culturas distintas, pero también de su derecho colectivo a las tierras, territorios y recursos naturales que tradicionalmente han ocupado y usado, así como el derecho a su conocimiento tradicional, poseído colectivamente”. (Lizama, 2011, p. 82)

II.3.4.6. LA LIBRE DETERMINACIÓN

Rivero (2012) señala que “la ausencia del Estado en la vida cotidiana de sujetos colectivos como las comunidades nativas, en muchos casos les significa la posibilidad de mantener sus modos de vida, aun con las carencias económicas” que eso puede significar. (p. 234)

En el caso peruano tenemos que, adicionalmente a la cultura dominante, que es occidental y también mestiza, existen también culturas minoritarias, como pueden ser la aimara o las amazónicas, las cuales eligen vivir como comunidades políticas diferenciadas, autogobernándose “sobre la base de su lengua y territorio”. (Sánchez, 2016, p. 62)

El derecho de la libre determinación para el caso de estas comunidades supondría entonces “una respuesta al devenir de la relación desarrollada entre ellos y las tendencias ideológicas que han regido históricamente sobre Estados como el peruano”. (Rivero, 2012, p. 234)

En esa línea, el artículo 3 de la “Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas” expresa:

Artículo 3

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.

Asimismo, el artículo 1 del “Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos” y del “Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales” sostiene lo siguiente:

1. Todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación. En virtud de este derecho establecen libremente su condición política y proveen asimismo a su desarrollo económico, social y cultural.
2. Para el logro de sus fines, todos los pueblos pueden disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales, sin perjuicio de las obligaciones que derivan de la cooperación económica internacional basada en el principio del beneficio recíproco, así como del derecho internacional. En ningún caso podrá privarse a un pueblo de sus propios medios de subsistencia.
3. Los Estados Partes en el presente Pacto, incluso los que tienen la responsabilidad de administrar territorios no autónomos y territorios en fideicomiso, promoverán el ejercicio del derecho de libre determinación, y respetarán este derecho de conformidad con las disposiciones de la Carta de las Naciones Unidas.

Las comunidades indígenas consideran este derecho como uno “central reconocido a escala internacional. A su vez, el ejercicio del derecho a la libre determinación complementa al ejercicio de otros derechos” (“Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas”, 2013, p. 5), como sería según nuestro entender, el derecho que llamamos, la consulta previa.

En lo referente a un derecho relacionado, al derecho propio de estos pueblos a gobernarse ellos mismos (a tener autonomía), en el artículo 4 de la “Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas” se sostiene: “los pueblos indígenas, en ejercicio de su derecho a la libre determinación, tienen derecho a la autonomía o al autogobierno en las cuestiones relacionadas con sus asuntos internos y locales, así como a disponer de medios para financiar sus funciones autónomas”. Asimismo, estas comunidades poseen el derecho, conforme al artículo 34 de la Declaración, a “promover, desarrollar y mantener sus estructuras institucionales y sus propias costumbres, espiritualidad, tradiciones, procedimientos, prácticas y, cuando existan, costumbres o sistemas jurídicos (...)”.

II.3.4.7. EL DERECHO A LA PARTICIPACIÓN INDÍGENA¹⁹

Gálvez (2012) señala que la redacción de la Constitución de 1979 fue una “oportunidad para que los legisladores introdujeran la participación como derecho en forma incipiente y gradual”, como se observaba en el artículo 16 de esta Constitución y que fue transcrito en la Constitución de 1993 (artículo 2, numeral 17), la misma que se implementó “a nivel administrativo, al plantearse la modificación de la demarcación política regional, y a nivel de control de la actividad pública, con la participación directa o por intermedio de representantes”. (p. 192)

Artículo 2: Toda persona tiene derecho:

(....)

17. A participar, en forma individual o asociada, en la vida política, económica, social y cultural de la Nación. Los ciudadanos tienen, conforme a ley, los derechos de elección, de remoción o revocación de autoridades, de iniciativa legislativa y de referéndum.

Por otro lado, la “Sentencia del Exp. Nº 03343-2007-PA/TC” cita la Resolución Ministerial Nº 159-2000-PROMUDEH en la cual se expresa que la identidad étnica comprende, entre otros: “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”. (Fundamento 30)²⁰

El artículo 6 del Convenio Nº 169 sostiene que los gobiernos, además, deben:

Establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente, por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población, y a todos los niveles en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan.

¹⁹ Creemos necesario mencionar al derecho a la participación indígena debido a que se relaciona íntimamente con el “derecho a la consulta previa”, entre otros, ambos desarrollados por el Convenio Nº 169.

²⁰ Erróneamente en esta sentencia se señala que el derecho a la identidad étnica comprende el párrafo citado, cuando la Resolución Ministerial citada menciona únicamente al concepto de identidad étnica, no al derecho en sí.

Existen, entonces, dos conceptos claramente diferenciados. El relacionado al derecho a la participación, tal cual lo expresa nuestra Constitución, que se refiere al derecho que tiene todo “ciudadano a participar en la vida política de nuestro país”. Y, por otro lado, tenemos a la “Sentencia del Exp. N° 03343-2007-PA/TC”, así como lo que señala el artículo 6 del Convenio N° 169, las cuales desarrollan el derecho a la participación, en relación a los pueblos indígenas, derecho que tienen estos pueblos a poder ser partícipes en la determinación de decisiones que son propias de instituciones y organismos estatales sobre a las políticas y los programas que sean de su interés. Se trata entonces de dos derechos diferentes y que no deben ser en modo alguno confundidos.²¹

Al respecto, el artículo 7 del Convenio N° 169 señala que los pueblos que tengan interés “deberán participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente”.

Adicionalmente, el artículo 23 de la “Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas” expresa:

Los pueblos indígenas tienen derecho a determinar y a elaborar prioridades y estrategias para el ejercicio de su derecho al desarrollo.

En particular, los pueblos indígenas tienen derecho a participar activamente en la elaboración y determinación de los programas de salud, vivienda y demás programas económicos y sociales que les conciernen y, en lo posible, a administrar esos programas mediante sus propias instituciones.

Gómez (2018) indica que el derecho al desarrollo (entiéndase, indígena) busca crear condiciones en lo económico “y social para un adecuado ejercicio del derecho de autodeterminación” de estos pueblos (p. 46). Es pertinente mencionar que el Convenio N° 169 trata acerca de la “dimensión colectiva inherente a la cosmovisión indígena relativa a su relación con la tierra y al derecho de propiedad sobre ella, aspectos fundamentales para un adecuado desarrollo de los pueblos indígenas”. Este es un desarrollo que se refiere de forma obligada a la relación tan especial que mantienen con sus territorios. (Gómez, 2018, p. 44)

El derecho de estos pueblos “a participar en los asuntos que les conciernen es un derecho” poco conocido y escasamente debatido (Snoeck, 2013, p. 2). Muy pocos autores resaltan el derecho a la participación; así tenemos que la mayoría de autores se centran únicamente en el “derecho a la consulta previa”. Consideramos que falta una mayor difusión del derecho a la participación.

La CEACR, entre otros, indica que el “derecho a la consulta previa”, y el derecho a la participación de los pueblos indígenas constituyen “la piedra angular del Convenio N° 169” (CEACR, 2010, p. 9), tratándose de “mecanismos que aseguran que los pueblos indígenas puedan decidir sobre sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo y controlar su propio desarrollo económico, social y cultural”. (Snoeck, 2013, p. 2)

²¹ Sobre el particular trataremos con mayor detalle en el acápite IV.7.1.1. de la presente Tesis cuando analicemos los aportes realizados por la “Sentencia del Exp. N° 03343-2007-PA/TC”.

Por otro lado, el Relator Especial considera tres aspectos principales del derecho a la participación indígena y que se refieren a la “adopción de decisiones por parte de actores externos” a estas comunidades (Snoeck, 2013, p. 3) (ONU, 2010, pp. 13 y 14):

- i. La participación de los pueblos indígenas en la adopción de decisiones en el **ámbito internacional** (ej. foros internacionales, negociación de tratados, organizaciones internacionales, instituciones financieras internacionales);
- ii. La participación de los pueblos indígenas en **la vida pública general** del Estado, mediante las elecciones y otros derecho políticos (ej. referéndum, revocatoria, etc.), por lo cual los Estados deben adoptar medidas especiales (ej. cuotas de representación en el Congreso de la República, Consejos regionales o locales);
- iii. La **participación** de los pueblos indígenas en la adopción de decisiones por parte de actores estatales **acerca de medidas que afectan sus derechos o intereses**.

Este último aspecto (iii), comprendería al derecho a la consulta, mismo que representa una garantía de que estos pueblos participen en la realización de medidas que les afecten. (Snoeck, 2013, p. 3)

En esa misma línea, Anaya (2012) señaló que “la obligación estatal de celebrar consultas con los pueblos indígenas es una medida especial para garantizar el derecho de tales pueblos a participar en la adopción de decisiones públicas que puedan afectar sus derechos e intereses de una manera diferenciada” (p. 9), con lo que vemos como, para el mencionado autor, el “derecho a la consulta previa”, tendría su génesis en el derecho a la participación de los pueblos indígenas.

Las dimensiones que tendría el derecho a la participación indígena (interna y externa) pueden resumirse en el siguiente Cuadro:

“Derecho General”	“Dimensión”	“Derechos Específicos”
“Participación indígena”	“Interna”	“Autogobierno/Autonomía Justicia Indígena”
	“Externa”	“Participación a nivel internacional”
		“Participación en la vida pública: Derechos Electorales, Participación Directa”
		“Participación acerca de medidas que afectan sus derechos o intereses. Garantía: Consulta Previa”

Fuente: Elaborado en base al Cuadro 1 del Informe “El Derecho a la Participación de los pueblos indígenas en los asuntos que les conciernen”. (Snoeck, 2013, p. 4)

II.3.5. “EL DERECHO A LA CONSULTA PREVIA”

II.3.5.1. DEFINICIÓN DE PUEBLO INDÍGENA

Los “propios pueblos indígenas se han opuesto a la adopción de una definición formal en el plano internacional, insistiendo en la necesidad de preservar la flexibilidad y respetar el deseo y el derecho de cada comunidad indígena a su autodefinición”. (Asia Pacific Forum [APF], 2013, p. 7).

Al respecto, Merino y Lanegra sostienen que “el término indígena identifica a aquel pueblo que es originario del país de que se trata, aludiendo, por lo tanto, a una larga permanencia en el territorio que en la actualidad forma parte de determinado Estado u organización política”. (Merino y Lanegra, 2013, p. 8)²²

Entre los factores que las organizaciones internacionales y los juristas contemporáneos “han considerado pertinentes para la comprensión del concepto de indígena”, tenemos los siguientes (ONU, (1996), p. 19):

- (a) la prioridad en el tiempo por la que respecta a la ocupación y el uso de determinado territorio;
- (b) la perpetuación voluntaria de la distinción cultural, que puede incluir los aspectos del idioma, la organización social, la religión y los valores espirituales, los modos de producción, las leyes e instituciones;
- (c) la conciencia de la propia identidad, así como su reconocimiento por otros grupos, o por las autoridades estatales, como una colectividad distinta; y
- (d) una experiencia de sometimiento, marginación, desposeimiento, exclusión o discriminación, independientemente de que estas condiciones persistan o no.

Estos “factores señalados no constituyen ni pueden constituir una definición exhaustiva. Más bien, representan factores que pueden encontrarse, en mayor o menor grado, en diferentes regiones y en diferentes contextos nacionales y locales”. (ONU, 1996, p. 19)

No se trata de una discusión baladí el tratar de definir a los “pueblos indígenas”, ya que, el “derecho a la consulta previa” tiene su génesis a en el Convenio N° 169, por lo que es de la mayor relevancia el conocer la definición que, sobre el particular, ha desarrollado este Convenio, teniendo siempre presente que lo estipulado en el mismo no pretende definir, ni tampoco identificar o incluso delimitar los elementos que conformarían la definición de “pueblo indígena”. Así, el artículo 1 de este Convenio expresa:

1. El presente Convenio se aplica: a) a los pueblos tribales en países independientes, cuyas condiciones sociales, culturales y económicas les distingan de otros sectores de la colectividad nacional, y que estén regidos total o parcialmente por sus propias costumbres o tradiciones o por una legislación especial; b) a los pueblos en países independientes, considerados indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conservan todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas.
2. La conciencia de su identidad indígena o tribal deberá considerarse un criterio fundamental para determinar los grupos a los que se aplican las disposiciones del presente Convenio.

²² En la actualidad el término “pueblo” es profusamente utilizado por muchos actores políticos con la finalidad, entre otras, de dar legitimidad a sus argumentaciones.

Este artículo, entonces, establece un conjunto de criterios que sirven para identificar a quienes nos referimos por “pueblos indígenas” y, por tanto, nos ayudan a conocer quiénes corresponde ser sujetos del “derecho a la consulta previa”.

II.3.5.2. “LOS PUEBLOS INDÍGENAS COMO SUJETOS DE DERECHO”

La categoría de sujeto de derecho se utiliza por “a ciencia jurídica para designar los entes a los cuales es posible imputar derechos y obligaciones, o relaciones jurídicas”. (Guzmán, 2002, 151)

Chuecas (2006), sostiene que el “reconocimiento de la preexistencia étnica, cultural y jurídica de los pueblos peruanos, introduce una nueva visión de lo pluriétnico y lo multicultural en un texto constitucional”. Asimismo, expresa que los indígenas habrían sido “desconocidos como sujetos de derechos hasta mediados del siglo pasado” (p. 1). De esto último se puede colegir que las luchas reivindicativas de estos pueblos son muy recientes, en realidad.

Iriarte (2012) al tratar el tema de los derechos colectivos, sostiene la importancia de que existan sujetos de Derecho colectivo, así indica que “mediante el reconocimiento y la garantía de los derechos individuales no se puede defender de manera efectiva intereses de naturaleza colectiva; así, se hace necesario un reconocimiento de los entes colectivos como auténticos titulares de derechos”. (p. 220)

La posibilidad de poder reconocer una titularidad colectiva de los derechos humanos representa un tema polémico. Se trata de una cuestión sobre la que se ha debatido y mucho, particularmente a través del Convenio N° 169, así como la “Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas” (Molina, 2011, p. 55). Es especialmente importante mencionar a estas normas porque, entre otras de origen internacional, éstas tienen como público objetivo a estos pueblos originarios. Adicionalmente, el Fundamento 4 de la “Sentencia del Exp. N° 6316-2008-PA/TC” señala que cualquier tipo de persona, sea natural o jurídica, está en la capacidad de presentar acciones de garantía para poder defender la protección jurisdiccional de sus derechos.

A nivel nacional, normas más recientes, tienen como sujeto de derecho directo a estas comunidades, así tenemos a la Ley N° 29785, “Ley del derecho a la consulta previa”, entre otras. En ese sentido, el artículo 67 del nuevo CPC (julio de 2021) indica lo siguiente en relación a la legitimación y representación para el proceso de cumplimiento: “Tratándose de la defensa de derechos con intereses difusos o colectivos, la legitimación corresponderá a cualquier persona”²³, en la misma línea de las otras normas anteriormente mencionadas.

II.3.5.3. “EL CONVENIO N° 169 Y EL DERECHO A LA CONSULTA PREVIA”

Al respecto, Merino y Lanegra (2013) señalan que el Convenio N° 169 “ingresa directamente al reconocimiento de derechos colectivos y del derecho de los pueblos indígenas a definir sus propias prioridades para el desarrollo, siempre en el marco de los Estados en los cuales viven” (p. 13). Ya hemos visto como el Convenio N° 107 propugnaba una cultura de asimilación. Merino y Lanegra nos señalan que durante la década de los setenta, cuando la ONU procuraba la revisión

²³ El artículo 40 del antiguo CPC aprobado mediante la Ley N° 28237) reconocía también algo similar, así señalaba:

“Puede interponer demanda de amparo cualquier persona cuando se trate de amenaza o violación del derecho al medio ambiente u otros derechos difusos que gocen de reconocimiento constitucional, así como las entidades sin fines de lucro cuyo objeto sea la defensa de los referidos derechos”.

del estado situacional de estos pueblos con mayor detalle, y cuando estos pueblos indígenas se hicieron más visibles, la forma del enfoque del Convenio N° 107 fue materia de críticas, así, en 1989 se adoptó el Convenio N° 169, el cual abandonó el enfoque de la “asimilación” o “integración” de estos pueblos a la sociedad hegemónica, propios del Convenio N° 107. (Merino y Lanegra, 2013, p. 14)

Por otro lado, la libre determinación²⁴, vendría a ser la base de la consulta debido a que:

(...) su objetivo no consiste únicamente en promover un acuerdo o consentimiento entre el Estado y los Pueblos indígenas, lo cual es una cuestión básicamente procedimental, sino que su objetivo sustancial reside en garantizar que los pueblos indígenas, como sujetos de derecho, participen plenamente en la toma de decisiones sobre su vida y futuro, y tengan capacidad de influenciar en las instituciones y estructuras del Estado para equilibrar las condiciones para el ejercicio de sus derechos. (Centro Amazónico de Antropología y Aplicación Práctica [CAAAP], 2017, p. 9)

Es relevante mencionar, siguiendo a Assies (2009), que, a pesar de sus limitaciones, el Convenio N° 169, éste trae cambios como son (p. 93):

- 1) Un patente rechazo a las políticas asimilacionistas,
- 2) La incorporación de nuevos conceptos a nivel jurídico “como el uso del término pueblos indígenas, en clara alusión al derecho a la libre determinación de los pueblos en el derecho internacional”,
- 3) “La incorporación del concepto de territorio”,
- 4) “El derecho a la autoidentificación”,
- 5) “El derecho a la debida consulta (previa) sobre proyectos y programas de desarrollo que los afectan”.
- 6) “Reconoce la vigencia de los métodos consuetudinarios de resolver conflictos y de las instituciones indígenas”.

El “derecho a la consulta previa” sería un derecho colectivo que poseen estas comunidades originarias, viene a constituir “el diálogo intercultural” que debe producirse entre el Estado y estas comunidades. (“Ministerio de Cultura” [MINCUL], 2015, p. 10)

Asimismo, en el Fundamento 21 de la “Sentencia del Exp. N° 6316-2008-PA/TC” se expresa, sobre la consulta previa, que cuando la forma de pensar de las comunidades nativas se traducen en las determinaciones que les afectarían a ellos mismos, se estaría “preservando de este modo su cultura, sus costumbres y formas de vida y su propia identidad”, con lo cual se hace patente como la consulta previa coadyuva al respeto, a reconocer y al fortalecimiento cultural de estos pueblos originarios.

La finalidad de este derecho es alcanzar acuerdos en torno a las determinaciones legislativas o medidas administrativas que podrían “afectar los derechos colectivos de los pueblos” (MINCUL, 2015, p. 10)

²⁴ Sobre la cual ya hemos tratado en el acápite II.3.4.6 de la presente Tesis.

Viana (2016) expresa que la consulta previa es también el resultado de un camino paralelo, más político que jurídico, a través del cual los sujetos colectivos indígenas han insistido en el reconocimiento de su subjetividad política. La mezcla de prácticas jurídicas y políticas al ejercer el “derecho a la consulta” ha forzado a gobiernos a concertar con ellos y a respetar a sus autoridades. (p. 21)

El Convenio Nº 169 estipula, aunque de manera aún general, la forma cómo debe concretizarse este derecho, así expresa el artículo 6 de este Convenio lo siguiente:

1. Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán:
 - a) consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente;
 - (...)
2. Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas.

Al respecto, la “Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas” señala en su artículo 19 sostiene que:

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.

En relación a las consultas, esta misma norma sostiene en su artículo 32 que:

(...) 2. Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por conducto de sus propias instituciones representativas a fin de obtener su consentimiento libre e informado antes de aprobar cualquier proyecto que afecte a sus tierras o territorios y otros recursos, particularmente en relación con el desarrollo, la utilización o la explotación de recursos minerales, hídricos o de otro tipo.

Asimismo, el artículo 8 del Convenio Nº 169 expresa que “Al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario”.

En línea con lo anteriormente citado, y en relación con el tipo de consultas, la “intención de los redactores del Convenio era que la obligación de consultar” signifique que (“Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones” [CEACR], 2010, p. 11):

1. las consultas deben ser formales, plenas y llevarse a cabo de buena fe; debe producirse un verdadero diálogo entre los gobiernos y los pueblos indígenas y tribales (...);
2. tienen que establecerse mecanismos apropiados a escala nacional y ello debe realizarse de una forma adaptada a las circunstancias;
3. tienen que llevarse a cabo consultas a través de instituciones representativas de los pueblos indígenas y tribales en relación con las medidas legislativas y administrativas;
4. deben llevarse a cabo consultas con el objetivo de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento sobre las medidas propuestas.

Asimismo, la CEACR señala que las “consultas no implican un derecho de veto ni su resultado será necesariamente alcanzar un acuerdo o lograr el consentimiento”. (CEACR, 2010, p. 11)

II.3.5.4. “EL DERECHO A LA CONSULTA PREVIA COMO REAFIRMACIÓN DE LOS DERECHOS COLECTIVOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS”

En línea con la necesaria reafirmación de los derechos de naturaleza colectiva de estos pueblos, Molina indica que:

En tiempos recientes y particularmente en América Latina, los pueblos y naciones indígenas optaron por reivindicar sus derechos fundamentales colectivos, de preservación de sus identidades, organizaciones, lenguas, culturas e instituciones. La historia contemporánea no se puede entender sin ese fenómeno político de enorme importancia e impacto social que es el nacionalismo que, como ideología política para la conquista del poder, se apoya incuestionablemente en los derechos colectivos de las naciones. (Molina, 2011, p. 56)

Con la suscripción del Convenio N° 169 y sus subsiguientes ratificaciones, otros países siguieron la misma pauta y comenzaron a desarrollar “conceptos sobre pluriculturalidad y multiétnicidad, la noción de pueblos y estipulaciones sobre autoridades y jurisdicción indígena así como tierras ancestrales o tradicionalmente ocupadas” (Assies, 2009, 94), entre otros.

Al respecto, los derechos colectivos, han sido puestos en valor a través de diversos reconocimientos realizados a nivel internacional, entre ellos destaca el Convenio N° 169. Creemos que se ha adoptado una posición intermedia, debido a que el reconocimiento realizado a través del Convenio N° 169 se guarda bien de no afectar la soberanía de las naciones, defendida a partir de una óptica liberal. Se puede señalar, entonces, que tanto los derechos individuales como los colectivos se complementan si es que recordamos que un principio básico de la posición liberal es la dignidad del ser humano. En consecuencia, podemos concluir que las posiciones señaladas por los derechos humanos y los derechos colectivos se complementan, no se contraponen²⁵, lo que, entre otros, nos llevaría a señalar que el “derecho a la consulta previa” reafirma los derechos colectivos de estos pueblos.

El horizonte abierto por el Convenio N° 169 ha contribuido, junto con los ideales de las agrupaciones indígenas, la “Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas”, el “proyecto de Declaración de la Organización de Estados Americanos” (OEA), así como la jurisprudencia de distintos tribunales americanos, lentamente, a que se incrementen y fortalezcan “los derechos de estos pueblos a nivel constitucional”, todo lo cual, lleva a que los derechos de estos pueblos constituyan “un derecho emergente”. (Assies, 2009, 94-95)

II.3.5.5. CASOS ESPECIALES

Existen casos especiales tratados por el Convenio N° 169, así tenemos:

a) “Cuando pertenecen al Estado los recursos del subsuelo”

²⁵ Sobre el particular se puede observar por ejemplo, lo señalado por Waldo Albarracín Sánchez (2011) en “La protección de los derechos de los pueblos indígenas en el derecho internacional” en “Los Derechos Individuales y Derechos Colectivos en la Construcción del Pluralismo Jurídico en América Latina”. (pp. 81-82).

Sobre el particular, el artículo 15 del Convenio N° 169 sostiene:

1. 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.

2. En caso de que pertenezca al Estado la propiedad de los minerales o de los recursos del subsuelo, o tenga derechos sobre otros recursos existentes en las tierras, los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados, y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras. Los pueblos interesados deberán participar siempre que sea posible en los beneficios que reporten tales actividades, y percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades. (Subrayado nuestro)

Merino y Lanegra (2013) sostienen que nos encontramos frente a una “manifestación concreta de la regla general según la cual el Estado debe garantizar que los pueblos indígenas sean consultados sobre los temas susceptibles de afectarlos”, considerando que la consulta tendría como meta el alcanzar el “consentimiento libre e informado” (p. 30). A pesar que podría parecer que una vez establecido el “derecho a la consulta previa”, sería redundante señalar que son de aplicación a aquellos casos que tienen relación con la propiedad de los recursos del subsuelo, consideramos que es importante que el mismo Convenio establezca que estas comunidades pueden:

- a) “Participar en los beneficios” que significarían este tipo de actividades, y
- b) “Percibir una indemnización” por los daños sufridos.

b) “El caso excepcional del necesario traslado de los pueblos indígenas”

Sobre este tema, el artículo 16 del Convenio N° 169 señala que:

1. A reserva de lo dispuesto en los párrafos siguientes de este artículo, los pueblos interesados no deberán ser trasladados de las tierras que ocupan. 2. Cuando excepcionalmente el traslado y la reubicación de esos pueblos se consideren necesarios, sólo deberán efectuarse con su consentimiento, dado libremente y con pleno conocimiento de causa. Cuando no pueda obtenerse su consentimiento, el traslado y la reubicación sólo deberá tener lugar al término de procedimientos adecuados establecidos por la legislación nacional, incluidas encuestas públicas, cuando haya lugar, en que los pueblos interesados tengan la posibilidad de estar efectivamente representados. 3. Siempre que sea posible, estos pueblos deberán tener el derecho de regresar a sus tierras tradicionales en cuanto dejen de existir las causas que motivaron su traslado y reubicación. 4. Cuando el retorno no sea posible, tal como se determine por acuerdo o, en ausencia de tales acuerdos, por medio de procedimientos adecuados, dichos pueblos deberán recibir, en todos los casos posibles, tierras cuya calidad y cuyo estatuto jurídico sean por lo menos iguales a los de las tierras que ocupaban anteriormente, (...) 5. Deberá indemnizarse plenamente a las personas trasladadas y reubicadas por cualquier pérdida o daño que hayan sufrido como consecuencia de su desplazamiento”.

Si bien es cierto que el Convenio N° 169 no prohíbe totalmente el “traslado y la reubicación de los pueblos indígenas”, sí procura establecer garantías para que no se vayan a producir abusos y/o despojos de tierras sin resarcimiento alguno.

El respectivo dialogo intercultural que eventualmente se produciría en este caso, podría implicar el reconocer derechos de estas comunidades, como “el derecho de regresar a sus tierras tradicionales en cuanto dejen de existir las causas que motivaron su traslado y reubicación” (numeral 3 del artículo 16), “el derecho a recibir tierras cuya calidad y estatuto jurídico sean por lo menos iguales a las tierras que ocupaban anteriormente” (numeral 4 del artículo 16), y a ser indemnizados por cualquier daño o pérdida sufrida (numeral 5 del artículo 16).

c) “Sobre la enajenación de las tierras de los pueblos indígenas”

Al respecto, el artículo 17 del Convenio N° 169 expresa lo siguiente:

1. Deberán respetarse las modalidades de transmisión de los derechos sobre la tierra entre los miembros de los pueblos interesados establecidas por dichos pueblos.
2. Deberá consultarse a los pueblos interesados siempre que se considere su capacidad de enajenar sus tierras o de transmitir de otra forma sus derechos sobre estas tierras fuera de su comunidad.

El Convenio N° 169 enfatiza especialmente el hecho de que la enajenación de las tierras pertenecientes a estos pueblos, se pone de relieve el vínculo cultural que los une dentro de su territorio. El mencionado proceso evitaría entonces posibles abusos que podrían producirse en perjuicio de estos pueblos.

II.3.6. “A NIVEL INTERNACIONAL: SENTENCIAS DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS QUE DESARROLLAN EL DERECHO A LA CONSULTA PREVIA”

Son dos las sentencias de la CIDH que, como veremos posteriormente, son mencionados en las sentencias emitidas por nuestro TC y que analizamos en esta Tesis: el “Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tigni vs. Nicaragua” y el “Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam”.

Según lo expresado por Berreondo (2004):

(...) se ha producido una evolución a lo largo de más de 80 años de normas y principios de derechos humanos particulares aplicables a las circunstancias y al tratamiento de los pueblos indígenas. Un elemento central de estas normas y principios es el reconocimiento de que la garantía del pleno y efectivo goce de los derechos humanos de los pueblos indígenas exige considerar su situación y experiencia históricas, culturales, sociales y económicas. (pp. 55-56)

A continuación, revisaremos cada una de estas sentencias.

II.3.6.1. “CASO COMUNIDAD MAYANGA (SUMO) AWAS TINGNI VS. NICARAGUA. SENTENCIA DE 31 DE AGOSTO DE 2001”

Esta sentencia es conocida por el reconocimiento que realiza del derecho al territorio que tendrían estos pueblos. Adicionalmente, la “Comisión Interamericana de Derechos Humanos” planteó sobre este caso “que la omisión de los Estados a consultar deriva en la violación de otros derechos humanos”. (Alva, 2010, p. 2615)

Así, en el párrafo 156 de esta sentencia (emitida el 31 de agosto de 2001) se menciona:

(...) al ignorar y rechazar la demanda territorial de la Comunidad y al otorgar una concesión para aprovechamiento forestal dentro de la tierra tradicional de la Comunidad sin consultar su opinión, «el Estado violó una combinación» de los siguientes artículos consagrados en la Convención: 4 (Derecho a la Vida), 11 (Protección de la Honra y de la Dignidad); 12 (Libertad de Conciencia y de Religión), 16 (Libertad de Asociación); 17 (Protección a la Familia); 22 (Derecho de Circulación y de Residencia); y 23 (Derechos Políticos).

Se reconoce así la naturaleza de garante que tiene el “derecho a la consulta previa” de otros tantos derechos fundamentales que corresponden a estos pueblos.

Así tenemos, entre otros, “que los Estados violan los derechos territoriales de los pueblos indígenas cuando autorizan el uso y aprovechamiento de las tierras indígenas o realizan concesiones para que terceros se beneficien sin consultar previamente a los pueblos indígenas y tener su consentimiento”. (Berreondo, 2004, p. 61)

Como lo señala Berreondo (2004), después de esta sentencia, “independientemente de la existencia o no de un título de propiedad”, nadie podría utilizar tierras de estos pueblos, sin que antes se haya realizado un proceso de consulta y contar con el respectivo consentimiento. (p. 62)

Al respecto, es especialmente importante mencionar lo que se sostiene en el Fundamento 149 de esta misma Sentencia, la cual expresa:

Entre los indígenas existe una tradición comunitaria sobre una forma comunal de la propiedad colectiva de la tierra, en el sentido de que la pertenencia de ésta no se centra en un individuo sino en el grupo y su comunidad. Los indígenas por el hecho de su propia existencia tienen derecho a vivir libremente en sus propios territorios; 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.

En suma, se trata acerca del respeto a como observan y sienten el mundo y su ambiente que poseen estos pueblos, así como del reconocimiento a su identidad cultural, como ya vimos anteriormente.

II.3.6.2. “CASO DEL PUEBLO SARAMAKA VS. SURINAM. SENTENCIA DE 28 DE NOVIEMBRE DE 2007”

En el párrafo 177 de esta Sentencia, se sostiene que “(...) [El Estado] debe establecer las condiciones judiciales y administrativas necesarias para garantizar la posibilidad de reconocimiento de su personalidad jurídica, a través de la realización de consultas con el pueblo Saramaka, con pleno respeto a sus costumbres y tradiciones (...)”.

Es decir, la CIDH considera que “el respeto a la cultura de los pueblos indígenas” es el factor que, materializa la consecución de estos procesos.

Asimismo, la CIDH expresó que estas comunidades deben conseguir el título de sus territorios “a fin de garantizar el uso y goce permanente” de sus tierras. Para ello, el territorio de estos pueblos debe ser delimitado a través de procesos realizados no solo a dichos pueblos, sino a los pueblos vecinos. (Pueblo de Saramaka vs. Surinam, Fundamento 115)

Adicionalmente, la Corte señaló algunos criterios necesarios para la consulta, así indica: El Estado tiene el deber de realizar consultas de manera activa a estos pueblos “según sus costumbres y tradiciones”, y a partir de “las primeras etapas del plan de desarrollo o inversión” y no solo al requerirse la conformidad de estos pueblos, “el aviso temprano” proporcionaría la posibilidad de que se pueda discutir al interior de estos pueblos y así poder dar la mejor respuesta posible al Estado, la comunicación siempre debería ser permanente, y el Estado se debe asegurar de que la comunidad conozca los posibles “riesgos ambientales y de salubridad”, entre otros, con el objetivo de que se pueda aceptar la planificación de desarrollo que se proponga. (“Pueblo de Saramaka vs. Surinam”, Fundamento 133)

De esta manera, la CIDH sostuvo:

(...) cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala que tendrían un mayor impacto dentro del territorio de Saramaka, el Estado tiene la obligación, no solo de consultar a los Saramakas, sino también debe obtener el consentimiento libre, informado y previo de estos, según sus costumbres y tradiciones. (Pueblo de Saramaka vs. Surinam, Fundamento 134)

En esta misma sentencia del “Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam”, la CIDH “estableció que los integrantes de los pueblos indígenas y tribales tenían el derecho de ser titulares de los recursos naturales que tradicionalmente habían usado en su territorio”. (“Exp. Nº 03343-2007-PA/TC”, Fundamento 36)

CAPÍTULO TERCERO

CAPÍTULO TERCERO

HIPÓTESIS, MÉTODOS Y ANÁLISIS DE DATOS

III. “HIPÓTESIS Y VARIABLES”

III.1. “HIPÓTESIS O SUPUESTOS HIPOTÉTICOS”

III.1.1. HIPÓTESIS PRINCIPAL

Existen una serie de criterios y/o temas desarrollados por el Tribunal Constitucional que permiten afirmar que las sentencias del Tribunal Constitucional han contribuido de forma importante al desarrollo del derecho a la consulta previa en el Perú. Entre otros, esta contribución ha sido determinante para la emisión de la “Ley del derecho a la consulta previa” y su Reglamento.

III.1.2. HIPÓTESIS ESPECÍFICAS

1. Se ha podido identificar, tal cual se desarrolla en la presente Tesis, aquellas sentencias del Tribunal Constitucional que han tenido repercusión en el desarrollo del derecho a la consulta previa en el Perú
2. La influencia de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en las sentencias del Tribunal Constitucional relacionadas al desarrollo del derecho a la consulta previa en el Perú ha sido relevante.

III.2. SISTEMAS Y CATEGORÍAS DE ANÁLISIS

El sistema de categorías de análisis que utilizaremos en nuestro trabajo será el siguiente:

No.	Categoría	Definición
1	“Las sentencias del Tribunal Constitucional en materia del derecho a la consulta previa”	Vienen a ser aquellas sentencias emitidas por el TC referidas al “derecho a la consulta previa” y que son relevantes al haber expresado los criterios de este Tribunal en relación al tema en estudio.
2	“El derecho a la consulta previa”	Tomando como base lo estipulado en el Convenio N° 169.

IV. MATERIALES Y MÉTODOS

A continuación, desarrollaremos lo referido a los materiales y métodos de la investigación, así tenemos:

IV.1. ENFOQUE DE LA INVESTIGACIÓN

La presente Tesis es desarrollada con un enfoque cualitativo. Para la elección de este enfoque hemos seguido lo señalado por Aranzamendi (2015, p. 148), quien expresa que la “investigación cualitativa está orientada principalmente hacia la descripción y la comprensión de una situación o fenómeno”²⁶. La presente Tesis se realiza considerando primordialmente el razonamiento inductivo²⁷.

IV.2. “TIPO DE INVESTIGACIÓN”

Según el nivel de análisis, nuestra investigación corresponde al tipo descriptivo-explicativa.

Al respecto, por investigación descriptiva, debemos entender a aquella que “busca especificar propiedades y características importantes de cualquier fenómeno que se analice”; así, en este tipo de investigación, se evalúa la información en base a los conceptos o las variables bajo estudio (Hernández et al., 2014, p. 92). Considerando que estamos analizando casos, existe un trabajo descriptivo que se debe realizar en la presente tesis, de selección y evaluación de información.

Por otro lado, la investigación explicativa es aquella en la “cual el investigador formula preguntas acerca de las causas de los fenómenos en estudio, tratando de identificar relaciones de causalidad” (Sánchez et al., 2018, p. 80). Se desarrollará una investigación de tipo explicativa considerando que es la que nos proporcionaría los mejores resultados tomando en cuenta que estamos revisando, evaluando y, posteriormente, extrayendo conclusiones en base a lo expresado en sentencias emitidas por nuestro TC.

Asimismo, desde una perspectiva flexible, o abierta, nuestra investigación es de tipo dogmático analítica, considerando que, en base a la jurisprudencia emitida por el TC podremos discernir aquellas sentencias que han contribuido al desarrollo del “derecho a la consulta previa”, así como evidenciar posibles problemas de incoherencia sistemática.

IV.3. DISEÑO DE INVESTIGACIÓN

Considerando el enfoque cualitativo de nuestra Tesis, su diseño es de naturaleza flexible y adaptado a las circunstancias de nuestro estudio (Hernández et al, 2014, p. 468). Así, nuestro diseño es no experimental y a la vez retrospectivo²⁸.

IV.4. CREDIBILIDAD DE LA INVESTIGACIÓN

Se trata de uno de los criterios que comúnmente se utilizan para evaluar la calidad científica de un estudio cualitativo²⁹. (Castillo, E. & Vásquez, M. L., 2003, p. 165)

Nuestra investigación posee este criterio y por tanto es válida, para tal efecto podemos argumentar lo siguiente:

1. Nuestro trabajo está basado en el análisis de sentencias del TC, documentos de público conocimiento, teniendo siempre el cuidado metodológico de señalar el párrafo en el cual se encuentra el texto bajo análisis por lo que sería muy fácilmente auditable por cualquiera que desee revisar nuestro trabajo.

²⁶ El enfoque cualitativo es el que mejor se adecua para investigar dentro de las ciencias jurídicas y sociales. (Castro, 2019, p. 17)

²⁷ Siguiendo este tipo de razonamiento, se partirá de la conjunción de detalles descriptivos para ir conformando un patrón general. (Castro, 2019, p. 47)

²⁸ Debido a que tratamos acerca de fenómenos jurídicos que han ocurrido.

²⁹ Otros criterios vendrían a ser la auditabilidad y la transferibilidad

2. Se analiza material tangible y fácilmente verificable, las sentencias del TC, material que en sí mismo representa ya una interpretación desarrollada por los miembros del TC. Esta interpretación sirve de guía y es una garantía que evita posibles distorsiones en nuestro análisis, fruto de nuestras creencias y/o opiniones personales, que nos podrían llevar a determinar conclusiones sesgadas.
3. No hemos limitado nuestro trabajo a aquellas sentencias en las cuáles fácilmente se reconoce que respaldan una posición a favor o en contra del desarrollo del “derecho a la consulta previa”, sino que hemos procurado analizar todas aquellas sentencias que han señalado criterios relevantes en torno a este derecho, objeto de nuestro estudio, sin considerar *a priori* el sesgo de los mismos.
4. Hemos contado con un Asesor quien no labora como docente de los cursos de “Derecho Internacional Público” y de “Derecho Internacional de los Derechos Humanos”, los cuales tratan, entre otros, acerca del tema de nuestra tesis, sino además enseña el curso de “Metodología de la Investigación”, por lo que su apoyo ha sido de la mayor importancia no solo para la revisión y pulcritud de la presente Tesis, sino como garantía de su credibilidad.

IV.5. SUJETOS DE ESTUDIO

Los sujetos de estudio³⁰ sobre los cuales recae nuestro trabajo vienen a ser los pueblos indígenas, conforme con las características señaladas en el Convenio N° 169, ya que son ellos a quienes alcanza el “derecho a la consulta previa”.

IV.6. “PROCEDIMIENTOS, TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN DE INFORMACIÓN”

Para la realización de nuestro trabajo realizaremos el análisis de sentencias emitidas por el TC y que versan en relación al “derecho a la consulta previa”. Así, considerando el enfoque cualitativo de nuestra Tesis, del universo de sentencias emitidas por el TC relacionadas a este derecho, utilizaremos una muestra no probabilística o dirigida³¹ de ellas, considerando la relevancia y el aporte que las mismas han tenido al desarrollo de este derecho en nuestro país. Se tratarían de una “muestra homogénea”, considerando que en ésta las unidades que se van a seleccionar poseen las mismas características. (Hernández et al, 2014, p. 388)

La técnica que utilizaremos para recolectar la información será la de análisis documental, teniendo en cuenta que durante nuestro trabajo se analizará jurisprudencia emitida por el TC relacionada al “derecho a la consulta previa”.

Los instrumentos que, entonces, utilizaremos serán la ficha de análisis documental y la ficha bibliográfica.

IV.7. ANÁLISIS DE DATOS

IV.7.1. “LA CONTRIBUCION DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL AL DESARROLLO DEL DERECHO A LA CONSULTA PREVIA EN NUESTRO PAÍS”

³⁰ Sobre el particular, los sujetos de estudio “son aquellas personas o grupos de personas que forman parte de los colectivos cuyas características, opiniones, experiencias, condiciones de vida, entre otros rasgos y atributos cobran interés particular para investigaciones con enfoque cuantitativo o cualitativo”. (Mata, 2021)

³¹ Este tipo de muestras son aquellas guiadas por uno o varios propósitos, y en las cuales los elementos elegidos dependen de las “razones relacionadas con las características de la investigación”. (Hernández et al, 2014, p. 387).

Con el fin de poder analizar la contribución del TC al desarrollo del Derecho de los Pueblos Indígenas en el Perú hemos considerando pertinente trabajar sobre las sentencias emitidas durante un periodo de 14 años, desde el 2009 hasta el presente 2022, centrándonos en aquellas que han tratado con mayor profundidad este derecho. Para ellos hemos revisado las sentencias emitidas por el TC, utilizando la misma base de datos del TC, así como la consulta directa que hemos podido realizar al mismo TC a través de su Portal de Transparencia³². Fruto del trabajo realizado, hemos podido identificar un total de ocho (08) sentencias, que a nuestro entender, son fundamentales y constituyen jurisprudencia que ha coadyuvado al desarrollo del derecho a la consulta previa en nuestro país; y, además, hemos identificado un total de hasta veintisiete (27) temas de especial relevancia propios de este derecho, que de forma directa han sido desarrollados por estas sentencias, entre estos figuran no solo derechos, sino principios e incluso temas de carácter procesal de primera importancia, que han contribuido a desarrollar este derecho y los cuales mencionamos en el acápite V.1.1. de la presente Tesis.

Por otro lado, es menester señalar que, en fechas recientes, se han expedidos hasta dos sentencias (Exp. N° 1171-2019-PI/TC del 18 de noviembre de 2021 y Exp. N° 03066-2019-PA/TC del 20 de enero de 2022) que representan un cambio de criterio en la posición adoptada por el TC durante más de diez años. Este cambio de criterio, a todas luces, va en contra de la jurisprudencia que el mismo TC había desarrollado anteriormente en materia del derecho a la consulta previa³³. En un siguiente capítulo, desarrollaremos la posición que tenemos respecto a estas dos últimas sentencias.

A continuación procederemos a analizar las sentencias mencionadas.

IV.7.1.1. “SENTENCIA DEL EXP. N° 03343-2007-PA/TC”³⁴

El reconocimiento a nivel constitucional de los tratados internacionales relacionados a los derechos humanos

En relación al reconocimiento de la valía de los tratados internacionales, la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la nuestra Carta Magna expresa que “las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú”.

A nivel de la jurisprudencia del TC, ha habido una evolución en el tratamiento dado a los tratados internacionales sobre derechos humanos. Así, mientras en el Fundamento 22 de la “Sentencia del Exp. N° 0047-2004-AI/TC” se señala que “nuestro sistema de fuentes normativas reconoce que los tratados de derechos humanos sirven para interpretar los derechos y libertades reconocidos por la Constitución. Por tanto, tales tratados constituyen una especie de parámetro de constitucionalidad en materia de derechos y libertades”, posteriormente ese criterio se amplió. En el Fundamento 26 de la “Sentencia del Exp. N° 0025-2005-PI/TC” se sostiene,

³² La consulta se realizó el 04.03.2022 mediante el pedido de información N° S0032-2022.

³³ En el acápite VI.1.2. desarrollaremos la posición que tenemos al respecto.

³⁴ Emitida el 20 de febrero de 2009

consideramos con buen criterio, que “los tratados internacionales sobre derechos humanos no sólo conforman nuestro ordenamiento sino que, además, ostentan rango constitucional”³⁵.

En relación específica con el Convenio N° 169, la “Sentencia del Exp. N° 03343-2007-PA/TC” señala que:

(...) su contenido pasa a ser parte del Derecho nacional, tal como lo explicita el artículo 55 de la Constitución, siendo además obligatoria su aplicación por todas las entidades estatales. Por consiguiente, en virtud del artículo V del Título Preliminar del CPC, 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. (Fundamento 31)

Cuando se indica que los tratados internacionales complementan “las cláusulas constitucionales sobre pueblos indígenas”, el TC está enfatizando la naturaleza constitucional que poseen estos tratados, y, por tanto, los derechos allí contenidos.

Entonces, mientras en un principio el TC señalaba que los tratados de derechos humanos servían “para interpretar los derechos y libertades reconocidos por la Constitución”, posteriormente el TC afirma que estos tratados son parte de nuestro Derecho a nivel constitucional. Este reconocimiento permite concluir que los derechos mencionados en el Convenio N° 169, como son el “derecho a la consulta previa” y, también, el derecho a la participación, entiéndase indígena, son derechos fundamentales que tienen rango constitucional y que, por lo tanto, pueden acceder a la tutela constitucional.

Las bases del Derecho a la Consulta Previa y la Libre Autodeterminación³⁶

El Fundamento 32 de la “Sentencia del Exp. N° 03343-2007-PA/TC” expresa la manera tal cual se habría desarrollado el “derecho a la consulta previa”, así:

Es de resaltar que las situaciones jurídicas de ventaja y de desventaja son reconocidas a los grupos étnicos, tomando en cuenta la realidad y las concepciones que ellos guardan sobre el mundo que los rodea. Así, a partir de ello, se debe disponer una tutela adecuada a su contexto y necesidades.

Al respecto, el TC se refiere acerca de la discriminación positiva, elemento intrínseco del derecho a la igualdad, el cual implica una tolerancia a las diferencias como bien ha desarrollado el mismo TC en algunas sentencias. En línea con lo que ya hemos visto anteriormente, aquí el TC está tratando acerca de lo que Kymlicka ha mencionado como “derechos diferenciados”, lo cual viene a ser la base para empezar a trabajar un enfoque de interculturalidad³⁷.

³⁵ Como hemos mencionado previamente, en torno a la acción de inconstitucionalidad, la misma procede también contra tratados, considerando que se trata de normas que poseen un nivel legal, y para el supuesto en que su contenido contravenga nuestra Carta Magna.

³⁶ Los términos Libre Determinación y Libre Autodeterminación suelen utilizarse como sinónimos.

³⁷ En la presente tesis hemos desarrollado lo relacionado al enfoque de interculturalidad en el acápite II.3.4.3.

Por otro lado, el TC expresa que las bases del “derecho a la consulta previa” se encuentran en: i) La “concepción que los pueblos indígenas tienen sobre la tierra”, y ii) La libre determinación. (“Exp. Nº 03343-2007-PA/TC”, Fundamento 33)

En relación a lo primero, el TC manifiesta en la mencionada Sentencia que:

La relación entre los pueblos indígenas y la tierra resulta ser una manifestación singular de tales pueblos, en consecuencia, el artículo 13 de la Convención 169 establece que el término “tierras”, para el caso de los pueblos indígenas, incluye el concepto de “territorio” ya que la unidad de la comunidad a su territorio excede la noción de propiedad patrimonial. Se piensa así en un dominio espiritual y cultural de la tierra. (Exp. Nº 03343-2007-PA/TC, Fundamento 32).

Asimismo, en el mismo Fundamento 32 anteriormente mencionado, el TC cita la sentencia del “Caso de la Comunidad Awas Tingni vs. Nicaragua” en la cual se señala que:

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. (Caso de la Comunidad Awas Tingni vs. Nicaragua, Fundamento 149)

Esta relación con las tierras, estaría definiendo la manera cómo se llegó a reconocer el derecho a la libre autodeterminación de estas comunidades (Exp. Nº 03343-2007-PA/TC, Fundamento 32). Así, el TC desarrolla un concepto al señalar que esta libre autodeterminación viene a ser:

(...) la capacidad de los pueblos indígenas de organizarse de manera autónoma, sin intervenciones de índole política o económica por parte de terceros, y la facultad de aplicar su derecho consuetudinario a fin de resolver los conflictos sociales surgidos al interior de la comunidad, siempre que en el ejercicio de tal función no se vulneren derechos fundamentales de terceros, de los cuales el Estado es garante, por ser guardián del interés general y, en particular, de los derechos fundamentales. (Exp. Nº 03343-2007-PA/TC, Fundamento 32)

La “Sentencia del Exp. Nº 03343-2007-PA/TC” fue emitida el 19 de febrero de 2009. En el acápite II.3.4.6. de la presente Tesis, se señaló, entre otros, lo expresado por la “Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas”, y, además, en el artículo 1 del “Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos” y del “Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales” en relación a la libre determinación y que, si tomamos en cuenta la fecha de emisión de estos documentos, se puede concluir que lo allí argumentado ha sido considerado en sus sentencias por nuestro TC.

La relación del Derecho a la Participación y el Derecho a la Consulta Previa

El TC señala que el “derecho a la consulta previa viene a ser una concretización también del artículo 2.17 de la Constitución”. (“Exp. Nº 03343-2007-PA/TC”, Fundamento 33)³⁸

³⁸ Al respecto, y tal cual ya señalamos en el acápite II.3.4.7. de la presente Tesis, siguiendo lo indicado por Snoeck, el “derecho a la consulta previa” viene a ser una garantía del derecho a la participación indígena

Consideramos que existe un error en lo señalado por el TC en el Fundamento 33 de esta sentencia, debido a que el derecho a la participación que se menciona en nuestra Constitución tiene como objetivo a toda la población (Snoeck, 2013, p. 5); en cambio, el “derecho a la consulta previa” se refiere a, fundamentalmente, un derecho colectivo, clasista, el cual concierne exclusivamente a los pueblos indígenas y/o afrodescendientes. Otra diferencia vendría a ser el hecho de que el derecho a la participación está basado en el reconocimiento que posee cualquier ciudadano de poder “participar en la vida política, económica, social y cultural de la Nación, lo cual es una declaración muy general, en cambio, el derecho a la participación indígena”, tal cual lo indica el Convenio N° 169, es muy específico y reconoce la obligación que tiene el Estado de hacer realidad “la participación de los pueblos indígenas en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente”.

Adicionalmente, el TC menciona que existe una intención de materializar el contenido del Convenio N° 169 (“Exp. N° 03343-2007-PA/TC”, Fundamento 37) mediante, por ejemplo, el “Decreto Supremo N° 012-2008-EM”, el cual “regula lo referente a la participación ciudadana para la realización de actividades de hidrocarburos” pero, sin embargo, el Tribunal indica que:

(...) es claro que no existe una norma general que desarrolle los alcances, detalles, condiciones y vinculatoriedad del derecho de consulta establecido en el tratado internacional citado. Dicha tarea se encuentra, desde luego, en manos del Legislativo, quien tendrá que elaborar la regulación del caso a fin de hacer realmente viable y efectiva la obligación internacional asumida, en todos los ámbitos en donde intervengan los pueblos indígenas. (Exp. N° 03343-2007-PA/TC, Fundamento 40)

Entonces, el TC está asumiendo un papel además de intérprete, de promotor de la legislación que estaría haciendo falta a fin de hacer efectivo todo aquello en lo que se ha comprometido el Estado. Con toda seguridad, el TC ha sido uno de los más importantes promotores para la emisión de la “Ley del derecho a la consulta previa”, como su Reglamento, y otras normas relativas.

Condiciones para la realización del proceso de consulta y la obligación de alcanzar el consentimiento

En el Fundamento 34 de esta Sentencia, el TC expresa:

Es interesante enfatizar, (...) que los Gobiernos deberán establecer procedimientos mediante los cuales se pueda consultar a los pueblos interesados “antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existente en sus tierras.” De igual forma, (...) los pueblos indígenas deberán participar en los beneficios de tales actividades y si se ven dañados debido a tales actividades, podrán solicitar una indemnización equitativa. Con ello se pretende armonizar la dinámica entre los pueblos indígenas y otros agentes sociales y económicos.³⁹

(2013, p. 3). Y, como ya desarrollamos, el derecho a la participación general difiere del derecho a la participación indígena.

³⁹ Aquí se está refiriendo al artículo 15 del Convenio N° 169.

En base a lo anterior, en el Fundamento 35 de esta última sentencia, el TC señala “que la consulta debe realizarse antes de emprender cualquier proyecto relevante que pudiera afectar la salud de la comunidad nativa o su hábitat” natural. Es más, para el momento en que se emitió esta Sentencia, el TC asume una función reglamentaria y señala que a fin de materializar la consulta se debe brindar a la comunidad nativa: “la información relativa al tipo de recurso a explotar, las áreas de explotación, informes sobre impacto ambiental, además de las posibles empresas que podrían efectuar la explotación del recurso”.

Asimismo, se sostiene en el Fundamento 35 de esta misma Sentencia que:

(...) estos elementos servirían para que al interior del grupo étnico se inicien las reflexiones y diálogos sobre el plan a desarrollar. Esta información tendrá que entregarse con la debida anticipación para que las reflexiones que puedan surgir sean debidamente ponderadas. Una vez superada esta etapa se podrá dar inicio a la etapa de participación propiamente dicha, en la que se buscará la dinámica propia del diálogo y el debate entre las partes. Finalmente, la consulta planteada a la comunidad nativa tendrá que ser realizada sin ningún tipo de coerción que pueda desvirtuarla.

En esta Sentencia, también, se resalta el hecho que la Corte Interamericana ha recogido estos criterios en el “Caso del Pueblo de Saramaka vs. Surinam”. (“Exp. N° 03343-2007-PA/TC”, Fundamento 36)

Posteriormente, la importancia de la entrega de información ha sido recogida por la “Ley del derecho a la consulta previa”, la cual, en el literal g) del artículo 4, indica:

Información oportuna. Los pueblos indígenas u originarios tienen derecho a recibir por parte de las entidades estatales toda la información que sea necesaria para que puedan manifestar su punto de vista, debidamente informados, sobre la medida legislativa o administrativa a ser consultada. El Estado tiene la obligación de brindar esta información desde el inicio del proceso de consulta y con la debida anticipación.

De otra forma, el numeral 18.1 del artículo 18 del “Reglamento de la Ley del derecho a la consulta previa” indica que es en la “Etapa de información”, corresponde quienes promueven este proceso, el proporcionar los datos necesarios a estos pueblos “desde el inicio del proceso de consulta, sobre los motivos, implicancias, impactos y consecuencias de la medida legislativa o administrativa”.

En torno al proceso mismo, el artículo 8 de la “Ley del derecho a la consulta previa”, recoge en gran parte lo indicado por el TC, así expresa que sus etapas son, entre otras: “a) Identificación de la medida legislativa o administrativa que debe ser objeto de consulta; (...) d) Información sobre la medida legislativa o administrativa; (...) f) Proceso de diálogo entre representantes del Estado y representantes de los pueblos indígenas u originarios”.

En ese sentido, en el Fundamento 36 de la “Sentencia del Exp. N° 03343-2007-PA/TC”, el TC resalta el trabajo implementado por la CIDH para desarrollar este derecho, así, este organismo expresa que en el caso de planes de inversión de gran envergadura que impactaran en sus territorios, no solamente se “debe garantizar la realización de un proceso de consulta sino que se debe obtener el consentimiento” de estos pueblos. Para casos así, no procedería la

inexistencia del llamado “veto de los pueblos indígenas”, el cual existe normalmente para procesos en que se deba consultar medidas administrativas y legislativas tal cual hemos desarrollado anteriormente.

IV.7.1.2. “SENTENCIA DEL EXP. 0022-2009-PI/TC”⁴⁰

Se trata de una de las que mayor desarrollo realiza en torno al “derecho a la consulta previa”. Es especialmente importante porque se emite en un momento en que se producía en el país, a nivel político, un debate en relación al tema de estas comunidades, así, menos de un mes antes el Congreso había aprobado la “Autógrafa de la Ley del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios”⁴¹. En relación a ello, el TC expresa que “importa un avance importante en la tutela del derecho a la consulta”. (“Exp. N° 0022-2009-PI/TC”, Fundamento 11)

En relación a la ausencia de una norma que regule el “derecho a la consulta previa”

En el Fundamento 12 de la “Sentencia del Exp. N° 0022-2009-PI/TC”, el TC sostiene:

(...) no es un argumento constitucionalmente válido excusar la aplicación de derechos fundamentales debido a una ausencia de regulación legal o infra legal. Ello sería dejar en manos de la discrecionalidad estatal el cumplimiento de los derechos fundamentales, posición que riñe con el Estado Constitucional del Derecho en la que la Constitución vincula a toda la sociedad, incluyendo a los órganos constitucionales o a los llamados Poderes de Estado. Desde esta perspectiva, la naturaleza programática o aplicativa no tienen mayor incidencia puesto que lo concreto es que debido a una omisión normativa se deniega el ejercicio de una serie de derechos (sic) fundamentales a un sector de la sociedad. Más aun, en el caso de compromisos internacionales, deben tenerse presente los artículos 26 y 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados⁴².

Adicionalmente a lo señalado por el TC en relación a que no es una justificación para la falta de aplicación de derechos fundamentales el hecho de que exista una falta de normativa legal o infralegal, consideramos importante resaltar que, aunque indirectamente, el TC se está refiriendo al “derecho a la consulta previa” indicando que pertenece a la tipología de los derechos fundamentales⁴³, lo cual reviste a este derecho de características especiales como, la exigibilidad, entre otras⁴⁴. Además, el TC critica, indirectamente también el hecho que, hasta el momento en que se emitió esta sentencia aún no existiría una norma que desarrolle el proceso

⁴⁰ Emitida el 9 de junio de 2010.

⁴¹ Después de haberse producido una serie de observaciones de parte del Poder Ejecutivo, esta Ley, con el N° 49785 fue promulgada el 6 de setiembre de 2011, entrando en vigencia 90 días después.

⁴² “Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, 23 de mayo de 1969”:

(...)

“26. *Pacta sunt servanda*. Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe.

27. El derecho interno y la observancia de los tratados. Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46”.

⁴³ Esto ocurre aquí por primera vez, anteriormente el T.C. señalaba simplemente “el derecho a la consulta previa”, sin hacer mención a su naturaleza de derecho fundamental.

⁴⁴ Que se desarrollará en el acápite IV.7.1.6. de la presente Tesis.

de la consulta previa, el cual lo encontramos estipulado en un tratado internacional que ya fue ratificado hace varios años por el Perú.

Desarrollo del derecho a la consulta previa

Seguidamente, el TC expresa en la “Sentencia del Exp. N° 0022-2009-PI/TC” que a través de este Congenio “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” (“Exp. N° 0022-2009-PI/TC”, Fundamento 14). Se trataría de beneficiar a estos pueblos con derechos que son de disfrute del resto de la colectividad nacional.

Aquí, una vez más, el TC se está refiriendo al derecho a la igualdad (que implica en sí, una diferenciación) y, por tanto, a la tolerancia de la diversidad, categorías ya tratadas por el TC en otras oportunidades. Debemos añadir, que el Convenio N° 169, si bien no pretende (y tampoco podría) poner a estos pueblos por encima del resto de la población, si pone al alcance de estos pueblos instrumentos⁴⁵ que no corresponden al resto de la sociedad. Esta “diferencia” debe ser entendida como una forma de suplir la carencia histórica que estos pueblos han tenido en materia del reconocer sus derechos fundamentales de los que sí gozaban el resto de la población. Sobre el particular, el TC menciona lo siguiente:

Los pueblos indígenas han existido desde antes de la aparición del Estado peruano, sin embargo, su presencia no ha significado su visibilidad o inclusión efectiva en las políticas de desarrollo. Debe de tenerse presente entonces el olvido histórico que estas poblaciones han padecido a fin de poder comprender no solo a los pueblos indígenas en sí, sino también a la normativa elaborada a fin de tutelar su particular realidad sociológica, cultural, política y económica. (Exp. N° 0022-2009-PI/TC, Fundamento 14) (Subrayado nuestro)

Este reconocimiento de la realidad por la que han pasado los pueblos indígenas, así como del tratamiento jurídico que la diversa normativa les ha brindado, es sumamente importante porque denota la preocupación que el TC tiene sobre el tema y que procura alcanzar siempre las mejores soluciones sobre el tema.

Así, relacionado de manera directa al derecho de consulta, el cual está señalado en el art. 6 del Convenio N° 169, el TC expresa que “es una de las herramientas más importantes que tienen los pueblos indígenas. Es en realidad una verdadera garantía jurídica que permite en muchos sentidos tutelar a los intereses de los pueblos indígenas”. (“Exp. N° 0022-2009-PI/TC”, Fundamento 15)

La importancia del diálogo intercultural

⁴⁵ Como son el “derecho a la consulta previa” y el derecho a la participación.

En la “Sentencia del Exp. N° 0022-2009-PI/TC” (Fundamento 17), el TC expresa en relación al Convenio N° 169 que “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”.

El TC resalta que un último objetivo de aquellos criterios ya señalados en el artículo 6 del Convenio N° 169 para la ejecución de este proceso es el desarrollo del diálogo intercultural, lo que, como ya hemos visto anteriormente, representa el nuevo enfoque con el cual el Estado peruano busca interrelacionarse ahora con los pueblos indígenas.

Asimismo, el TC sostiene que lo pretendido por el Convenio N° 169 viene a ser “una reivindicación en clave de inclusión”. Así, expresa que:

(...) siendo grupos minoritarios, en diversas ocasiones han sido ignorados y violentados por traficantes informales, industriales sin escrúpulos y por el propio Estado. En tal sentido, 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 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. (Exp. N° 0022-2009-PI/TC, Fundamento 18)

En ese orden de ideas, en el Fundamento 24 de la “Sentencia del Exp. N° 0022-2009-PI/TC” se indica que el objetivo del Convenio N° 169 es institucionalizar el dialogo intercultural⁴⁶.

Por otro lado, tenemos que el artículo 3 de la “Ley del derecho a la consulta previa” expresa que el objeto de este proceso es el logro de una forma de “acuerdo (...) entre el Estado y los pueblos indígenas u originarios a través de un diálogo intercultural que garantice su inclusión en los procesos de toma de decisión del Estado y la adopción de medidas respetuosas de sus derechos colectivos”. Así se manifiesta el literal e) del artículo 5 del “Reglamento de la Ley del derecho a la consulta previa”, al indicar que el acuerdo o consentimiento que se alcanzaría mediante el “derecho a la consulta previa” se debe lograr justamente a través del diálogo intercultural.

El TC señala la importancia de integrar lo pluricultural, a diferencia de patrones antiguos, como ya vimos, en los cuales predominaba la asimilación.

El derecho a la consulta no implica un “derecho de veto de los pueblos indígenas”

Si bien se trata de un aspecto que no realiza una contribución en beneficio de los derechos de los estos pueblos, de todas maneras, consideramos necesario, señalar lo que el TC ha expresado

⁴⁶ Al respecto, en el acápite II.3.4.3. de la presente Tesis, hemos desarrollado ya el tema del diálogo intercultural y de la importancia que tiene para este proceso de consulta.

sobre la posibilidad de que el “derecho a la consulta” pueda o no significar la posibilidad de constituirse en “un derecho de veto” propio de estos pueblos. En el Fundamento 24 de la “Sentencia del Exp. N° 0022-2009-PI/TC”, se señala:

De la lectura del artículo 6 y 15 del Convenio N.° 169 no se desprende que los pueblos indígenas gocen de una especie de “derecho de veto”. Es decir, la obligación del Estado de consultar a los pueblos indígenas respecto de las medidas legislativas o administrativas que les podría afectar directamente, 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. Lo que explica tal artículo es que tal finalidad debe orientar, debe ser el objetivo de la consulta. De ello se infiere que un proceso de consulta en el que se determine que no se pretende alcanzar tal finalidad, podrá ser cuestionado. Debe afirmarse que no fluye de los artículos del convenio que los pueblos indígenas gocen de un derecho de veto. (Subrayado nuestro)

En el Fundamento 25 de esta Sentencia, se sienta una posición, así se indica que: “(...) 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”. Es clara la posición del TC, no existe un “derecho a veto”, así, el TC justifica su interpretación al señalar que:

Si bien es legítimamente exigible la tutela de los pueblos indígenas, también es cierto que esta realización debe concretarse dentro de los márgenes del Bien Común, concepto nítidamente establecido en la Constitución como destino fundamental de la actividad del Estado, solo sometido al principio de protección de la dignidad de la persona. (Exp. N° 0022-2009-PI/TC, Fundamento 25)

Al respecto, en relación al Bien Común corresponde indicar que “es introducido por primera vez en la Constitución Política del Perú de 1993 cuyo artículo 70 dispone el ejercicio de la propiedad en armonía con el bien común” (Páucar, 2019, p. 300). Belotti (2014) nos indica que se “tratan de recursos que pertenecen a todos y cada uno a la vez, y que se comparten en tanto son de una comunidad definida precisamente a partir de la relación con ellos.” (p. 47)

Sobre el particular, Páucar (2019) señala, que se trata de:

(...) un bien auténtico de la comunidad, que busca satisfacer las necesidades de la humanidad en los aspectos espiritual, moral y físico. Garantiza su paz, su cultura y todo aquello que lo requiera en su vivencia cotidiana. Asimismo, se denomina común porque trasciende a la sociedad en general. (p. 301)

Como consecuencia, el concepto del Bien Común, por su mismo status constitucional, se encuentra, según lo entiende nuestro TC, en un nivel superior a la tutela que se debe proporcionar al “derecho a la consulta previa” que poseen estas comunidades.

Entonces, teniendo presente que ningún derecho es absoluto, el gobierno mantiene su derecho de realizar la emisión de una medida sobre la cual los pueblos indígenas no estén de acuerdo,

siempre y cuando sea patente y verificable que se realizó el proceso de consulta y que éste fue realizado con total buena fe por las entidades promotoras del proceso. Es, sin embargo, necesario indicar que de producirse lo anterior, habría graves consecuencias sociales y políticas para el gobierno de turno, por lo que consideramos que el gobierno, desde un punto de vista eminentemente práctico, se va a guardar siempre de tomar una posición que vaya radicalmente en desmedro de los intereses de estas comunidades.

Por otro lado, es importante mencionar que lo manifestado por el TC fue recogido por el “Reglamento de la Ley del derecho a la consulta previa”, el cual, en el literal d) del artículo 5 señala que “las consultas deben realizarse con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento sobre las medidas administrativas o legislativas propuestas. No obstante, el no alcanzar dicha finalidad no implica la afectación del derecho a la consulta”.

Aunque lo expresado por el Reglamento no es claro en torno a la “afectación del derecho a la consulta”, se infiere que trata acerca de que sino se logra el acuerdo o consentimiento, ese hecho, no podría servir, de modo alguno, como argumento para señalar que se ha afectado el proceso a través del que se buscó concretar el “derecho a la consulta previa” de estas comunidades.

Características del “derecho a la consulta previa”

En la “Sentencia del Exp. Nº 0022-2009-PI/TC”, el TC desarrolla las más importantes características del “derecho a la consulta”, las cuales serían (Exp. Nº 0022-2009-PI/TC, Fundamento 27):

a) “La Buena Fe”: Este principio tendría como fin el “(...) 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”.

En ese sentido, el literal c) del artículo 4 de la “Ley del derecho a la consulta previa” recoge “el principio de buena fe” al cual se ha referido el TC, señalando que los organismos estatales deben valorar las opiniones de estas comunidades en un “clima de confianza y respeto mutuo”.

Se está trazando el camino para la posterior reglamentación del proceso de consulta; así, el TC ya trata el tema de las etapas elementales que debe tener el proceso de consulta. Todas estas etapas fueron desarrolladas en esta Ley, en la cual se menciona etapas como la “identificación de la medida legislativa o administrativa que debe ser objeto de consulta”, el proceso de dialogo entre quienes representan al Estado y quienes representan a estos pueblos originarios, así como la determinación que se tomará.

La aplicación de este principio buscaría el impedir, por ejemplo, que se evite que la información relacionada a la afectación de los pueblos indígenas llegue a ser conocida por éstos o que se evite la realización de la consulta.

b) “Flexibilidad”: El Fundamento 31 de la “Sentencia del Exp. N° 0022-2009-PI/TC” el TC expresa la importancia de que durante proceso de consulta se tomen en cuenta las diferencias. Asimismo, el TC sostiene que “las medidas a consultar tienen (...) diversos alcances, siendo por ello pertinente ajustar a cada proceso de consulta al tipo de medida, sea administrativa o legislativa que se pretende consultar.” Así, el TC indica que:

(...) el principio de flexibilidad tendría que entrar a tallar en la intensidad de la consulta cuando esta sea realizada en un contexto de exploración y cuando se pretende la explotación. Si bien en ambos casos procede la consulta, no es menos cierto que en principio la intervención será mayor con la explotación que con la exploración”. (Exp. N° 0022-2009-PI/TC, Fundamento 32)

Se observa que para este Tribunal es importante señalar que se deben realizar procesos de consulta tanto para la etapa de exploración como de explotación. Adicionalmente, en el Fundamento 32 de la “Sentencia del Exp. N° 0022-2009-PI/TC”, se menciona que de existir una mayor intensidad de intervención, entonces debería haber un mayor escrutinio cuándo se revisa el proceso de consulta y que, en esa situación, debiera existir más participación de parte de los pueblos que sean afectados de manera directa.

Sobre el particular, debemos mencionar que, una vez más, lo expresado por el Tribunal ha sido recogido por el Congreso, así el literal d) del artículo 4 de la “Ley del derecho a la consulta previa” señala que “la consulta debe desarrollarse mediante procedimientos apropiados al tipo de medida legislativa o administrativa que se busca adoptar, así como tomando en cuenta las circunstancias y características especiales de los pueblos indígenas u originarios involucrados”. Esto es justamente lo que, con anterioridad había expresado el TC en la “Sentencia del Exp. N° 0022-2009-PI/TC”.

c) “Objetivo de alcanzar un acuerdo”: El TC expresa “que lo que se pretende con el proceso de consulta es que se lleve a cabo un verdadero diálogo intercultural”, lo cual es correcto como medio para alcanzar un fin (“Exp. N° 0022-2009-PI/TC”, Fundamento 33), y si uno revisa lo expresado por el art. 6 del Convenio N° 169 allí se menciona un fin, el buscar “llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento”. Por consulta uno entiende, realizar una serie de preguntas, evaluar el resultado y obtener un acuerdo, lo cual no sería la finalidad del “derecho a la consulta previa”, según a lo expresado por el TC, el cual solo menciona que la finalidad vendría a ser el alcanzar el diálogo intercultural. Por otro lado, en el Fundamento 34, la “Sentencia del Exp. N° 0022-2009-PI/TC” se señala que existe “la responsabilidad de los pueblos indígenas de plantear organizaciones que puedan detectar previamente al dictado de las medidas administrativas o legislativas susceptibles de afectarlos directamente, y por lo tanto, plantear al órgano estatal pertinente que se lleve a cabo la consulta”. Si bien es pertinente (más aun, se espera) que el TC exprese su opinión legal, consideramos que lo correcto sería indicar que estos pueblos poseen el derecho de organizarse para los fines señalados, mas no así la responsabilidad, lo que se entendería, erradamente, como que tendrían que cumplir una obligación.

Asimismo, lo señalado por el Convenio N° 169 ha sido recogido por los legisladores, quienes, han sostenido en el artículo 3 de la “Ley del derecho a la consulta previa”, que el objeto de la consulta es, justamente “alcanzar un acuerdo o consentimiento entre el Estado y los pueblos

indígenas u originarios respecto a la medida legislativa o administrativa que les afecten directamente, a través de un diálogo intercultural”.

d) “Transparencia”: Conforme al Fundamento 35 de la mencionada Sentencia, “el principio de transparencia es inherente al proceso de consulta”. Señala el TC que comprende lo siguiente:

1. Poner en conocimiento de los pueblos indígenas las modificaciones que podrían afectarlos.
2. Establecer cuáles serían las consecuencias de tales medidas, sean estas positivas o negativas.
3. Se debe conocer cuáles van a ser las metodologías de la consulta, así como las normas pertinentes que sustenten las medidas.
4. La documentación relevante tendría que ser traducida a fin de garantizarse plenamente su comprensión.
5. Tomar en cuenta las costumbres de cada pueblo indígena evaluando la mejor metodología aplicable para cada caso.

Lo mencionado por el TC es muy importante y denota un esfuerzo, entre otros, en resguardar la idiosincrasia de estos pueblos. Debemos recordar el contexto en que se expide esta “Sentencia del Exp. N° 0022-2009-PI/TC” que es uno anterior a la expedición de instrumentos legales que salvaguarden el “derecho a la consulta”. Así, por ejemplo, en línea con lo anteriormente señalado, el literal i) del artículo 3 del Reglamento de esta Ley señala que, “en el caso de actos administrativos, el proceso de consulta (...) se realiza a través de sus organizaciones representativas locales, conforme a sus usos y costumbres tradicionales, asentadas en el ámbito geográfico donde se ejecutaría el acto administrativo”.

e) “Implementación previa del proceso de consulta”: En el Fundamento 36 de la “Sentencia del Exp. N° 0022-2009-PI/TC” se señala que esta consulta debe realizarse:

En forma previa a la toma de la decisión. Y es 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.

Se pretende dar contenido a lo expresado en el numeral 2 del artículo 6 del Convenio N° 169 en el cual se indica que la finalidad de la consulta es llegar a un “acuerdo”. Ese vendría a ser el principal poder que el “derecho a la consulta” estaría proporcionando a estos pueblos debido que si bien, como ya se mencionó, este derecho no implica la capacidad de veto para estos pueblos, sí comprende la obligatoriedad de arribar “a un acuerdo”, y eso solo podría lograrse si, entre otros, la consulta es realizada previamente a tomar decisiones.

El momento de realización del proceso de consulta previa es, entonces, de suma importancia, y lo expresado por el TC, se puede observar incluso en fechas muy recientes, así tenemos como,

según lo expresado por el artículo 3-A de la “Resolución Ministerial Nº 403-2019-MINEM-DM”⁴⁷, misma que precisa los “casos de los procedimientos administrativos del subsector minero en los que corresponde realizar el proceso de Consulta Previa”. La “etapa de identificación de pueblos indígenas u originarios” puede iniciarse hasta antes de que se presente a la Dirección General de Minería la solicitud de aprobación de, entre otros, la “autorización para inicio/reinicio de las actividades de desarrollo, preparación, explotación (incluye plan de minado y botaderos) en concesiones mineras metálicas, no metálicas, y modificatorias”.

El contenido constitucionalmente amparado del derecho a la consulta previa

En el Fundamento 37 de la “Sentencia del Exp. Nº 0022-2009-PI/TC” se expresa 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. 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

En torno al tercer supuesto previamente mencionado, el TC en el Fundamento 40 de la “Sentencia del Exp. Nº 0022-2009-PI/TC” señala que “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” (subrayado nuestro).

Sobre el particular, hubiese sido conveniente que el TC ya en su “Sentencia del Exp. Nº 0022-2009-PI/TC” de una referencia más clara sobre qué tipo de “recursos” podría presentar el afectado, pues ya se han presentado casos de incumplimiento de acuerdos; así tenemos, que “en la consulta previa realizada sobre la aprobación de la categorización de la Zona Reservada Sierra del Divisor como Parque Nacional, los pueblos consultados llegaron a diversos acuerdos con el Estado. Sin embargo, durante varios meses el Estado retrasó (...) la implementación de dichos acuerdos”. Debido a lo acontecido, se solicitó, entre otros, que intervenga la Defensoría del Pueblo. Así, esta institución presentó una acción de amparo contra el Ejecutivo. Poco tiempo después el gobierno emitió la norma respectiva concediendo lo solicitado. (Defensoría del Pueblo, 2017, p. 81)

Consideraciones en relación al proceso de consulta previa

El TC señala algunas pautas que son indispensables para que se pueda implementar con toda claridad el proceso de consulta, entre otras: “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”, “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”,

⁴⁷ Del 18 de diciembre de 2019.

se concluiría con 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”. (Exp. N° 0022-2009-PI/TC, Fundamento 41)

Las entidades estatales han tomado en cuenta cada una de las consideraciones anteriormente mencionadas. Así tenemos que, en relación al primer punto, con bastante retraso, ciertamente, las entidades que promueven los procesos de consulta previa, han venido identificando cuáles son las acciones administrativas que normalmente realizan y que pueden afectar directamente a algún pueblo indígena. Sobre el particular, se han emitido las siguientes normas:

- a) La Resolución Ministerial N° 403-2019-MINEM-DM⁴⁸, la cual precisa “los casos de los procedimientos administrativos del subsector minero en los que corresponde realizar el proceso de Consulta Previa”.
- b) La Resolución Ministerial N° 365-2017-MC⁴⁹, que aprueba “los procedimientos internos del Ministerio en los que corresponde efectuar procesos de consulta previa a pueblos indígenas u originarios en la medida que se advierta afectación directa a sus derechos colectivos”.

Podrían darse algunos supuestos debido a los cuales la entidad no determine que tal o cual medida afecta a un pueblo indígena como podría ser, por ejemplo, el simple desconocimiento del Convenio N° 169, entre otros, por lo que, de modo alguno, se podría señalar que con las Resoluciones mencionadas, se cierra el tema de posibles procesos de Consulta Previa en las mismas.

Este tema en particular ya fue desarrollado por la “Ley del derecho a la consulta previa”, la cual, en su artículo 8 sostiene que la primera etapa del proceso de consulta debería ser la “Identificación de la medida legislativa o administrativa que debe ser objeto de consulta”. Adicionalmente, en el artículo 17 del Reglamento de esta norma se indica que “las entidades promotoras de la medida administrativa o legislativa objeto de consulta deben entregarla a las organizaciones representativas de los pueblos indígenas que serán consultados”, por lo que vemos que se cumple lo sostenido por el TC en el sentido de que los pueblos indígenas deben ser, efectivamente, notificados de la medida a producirse (Etapa de publicidad de la medida).

El TC señala también, que “se debe brindar un plazo razonable para que los pueblos indígenas” se formen una posición al respecto. En el “Reglamento de la Ley del derecho a la consulta previa” los legisladores dan un paso adicional al señalar que en lugar de proporcionar un periodo de tiempo para que estos pueblos tengan una posición, lo que se debe hacer es pasar a una Etapa de información, misma que durará entre 30 y 60 días calendario y durante la cual los promotores deberán dar todos los datos necesarios a “los pueblos indígenas y a sus representantes, desde el inicio del proceso de consulta, sobre los motivos, implicancias, impactos y consecuencias de la medida legislativa o administrativa”.

Por otro lado, si bien es cierto que el mismo Convenio N° 169 expresa que el “derecho a la consulta previa” es de aplicación a aquellas comunidades afectados de forma directa, el TC no

⁴⁸ Del 18 de diciembre de 2019.

⁴⁹ Del 28 de setiembre de 2017.

indica la forma o da alguna pauta en relación a cómo se distinguiría aquellos pueblos indígenas afectados “directamente” de aquellos otros que siendo afectados lo serían solo de forma indirecta.

Asimismo, es interesante como el TC en el Fundamento 41 de la “Sentencia del Exp. Nº 0022-2009-PI/TC” reconoce la verdadera naturaleza de este derecho al llamarlo “negociación”; así, se indica que en el caso de que estos pueblos rechazarán lo propuesto, se iniciaría una segunda etapa de negociación.

El Reglamento de la Consulta Previa desarrolla con mayor detalle lo señalado por el TC, al indicar que durante “la etapa de evaluación interna”, la promotora presentará una propuesta y, en caso las comunidades indígenas presenten modificaciones y/o aportes a la misma, estos podrán servir para empezar “la etapa de diálogo”.

Es importante tener en cuenta que para que una segunda etapa de negociación tenga sentido se requeriría realizar alguna concesión adicional, ofrecer algo que no se haya ofrecido en la primera etapa de negociación, caso contrario carecería de objeto⁵⁰ realizar una segunda etapa de negociación si es que no se tiene algo nuevo que conceder.

En aquel caso de que no se logre un consenso, el “Reglamento de la Ley del derecho a la consulta previa”, en su numeral 23.3, artículo 23, determina que, de dictarse “la medida objeto de consulta, corresponde a dicha entidad adoptar todas las medidas que resulten necesarias” con el propósito de garantizar “los derechos colectivos de estos pueblos indígenas”; recogiendo así lo manifestado por el TC en el Fundamento 41 de la citada Sentencia.

IV.7.1.3. “SENTENCIA DEL EXP. Nº 06316-2008-PA/TC”

Desarrollo del proceso de consulta previa

La “Sentencia del Exp. Nº 06316-2008-PA/TC”⁵¹ amplía los criterios sobre la forma como el TC había venido tratando la puesta en marcha del “derecho a la consulta previa”. Así en el Fundamento 15 de la “Sentencia del Exp. Nº 06316-2008-PA/TC”, el TC señala que en el caso de los pueblos en aislamiento voluntario, este “derecho a la consulta previa” se extiende “a las comunidades, autoridades, asociaciones y demás entidades representativas de las comunidades aledañas o colindantes, a fin de garantizar su derecho a la participación en la toma de decisiones”. En este mismo Fundamento, además, el TC expresa: “la interpretación que debe hacerse en este sentido debe ser la más amplia posible, en procura de alcanzar la legitimidad social indispensable para que las actividades extractivas se realicen en forma pacífica y con la anuencia de las comunidades y sus organizaciones”.

Este es un aspecto desarrollado a profundidad por el TC, ya que si bien en el Reglamento de la Consulta Previa, en su disposición novena, se realiza la modificación del artículo 35 del Decreto

⁵⁰ E incluso podría ser considerado como acto contrario al Principio de Buena Fe.

⁵¹ Si bien es cierto la “Sentencia del Exp. Nº 06316-2008-PA/TC” tiene fecha de emisión del 11 de noviembre de 2009 y la “Sentencia del Exp. Nº 0022-2009-PI/TC” tiene como fecha de emisión al 9 de junio de 2010, consideramos que la “Sentencia del Exp. Nº 0022-2009-PI/TC” fue emitida antes que la “Sentencia del Exp. Nº 06316-2008-PA/TC” siguiendo lo señalado en la Revista Peruana de Derecho Constitucional Nº 5, p. 9, en la cual se indica que esta última sentencia fue emitida el 30.06.2010.

Supremo N° 008-2007-MIMDES, indicándose que “corresponde al Viceministerio de Interculturalidad adoptar o coordinar las medidas necesarias con los sectores del Régimen Especial Transectorial de Protección, a fin de garantizar los derechos del pueblo en aislamiento o contacto inicial”. En el Reglamento no se llega a normar lo señalado por el TC, el cual realiza una interpretación muy amplia procurando siempre alcanzar la mayor legitimidad social posible.

Lo que se expresa en el artículo 6 del Convenio N° 169. Hasta esta Sentencia, en relación a los sujetos afectados, el TC había señalado que el “derecho a la consulta previa” era propio de aquellos pueblos de naturaleza indígena directamente perjudicados por alguna medida legislativa y/o administrativa; en cambio, a partir de esta Sentencia, el TC asume un criterio más extenso al interpretar que:

Quando el Convenio se refiere a los “pueblos interesados”, tal categoría comprende no sólo a las comunidades directamente afectadas o establecidas en los territorios objeto de explotación y/o exploración, sino que también involucra a las comunidades colindantes, a sus organizaciones, y desde luego, a sus autoridades más representativas. (Exp. N° 06316-2008-PA/TC, Fundamento 17)

Hay que notar que si bien el TC realiza una interpretación amplia de la categoría “pueblos interesados” en el sentido de que se debe incluir no solo a los pueblos indígenas directamente afectados por la medida sino también a las comunidades colindantes; sin embargo, lo que el TC está haciendo es limitar lo señalado por una categoría mucho más amplia aún: “pueblos interesados”, a través de un criterio geográfico, cuando en realidad, por diversas razones un pueblo indígena cualesquiera puede tener legítimo interés en relación a una medida destinada a afectar a otro pueblo indígena y no encontrarse necesariamente dentro de la zona geográfica directa ni aledaña del pueblo indígena afectado.

Asimismo, el TC sostiene que pueden ser objeto de consulta tanto las actividades de exploración como de explotación. Ello fue recogido por el “Reglamento de la Ley del derecho a la consulta previa”, el cual en su artículo 6 expresa:

De acuerdo a lo establecido en el artículo 15 del Convenio 169 de la OIT y en el artículo 66 de la Constitución Política del Perú; y siendo los recursos naturales, incluyendo los recursos del subsuelo, Patrimonio de la Nación; es obligación del Estado Peruano consultar al o los pueblos indígenas que podrían ver afectados directamente sus derechos colectivos, determinando en qué grado, antes de aprobar la medida administrativa señalada en el artículo 3, inciso i) del Reglamento que faculte el inicio de la actividad de exploración o explotación de dichos recursos naturales en los ámbitos geográficos donde se ubican el o los pueblos indígenas, conforme a las exigencias legales que correspondan en cada caso. (Subrayado agregado)

Por otro lado, en el Fundamento 18 de la “Sentencia del Exp. N° 06316-2008-PA/TC”, el TC expresa que “el derecho de consulta es un derecho habilitante para la garantía de los demás derechos que se reconoce a las comunidades, porque les permite espacios para el diálogo y la inclusión en los proyectos que tendrán directa implicancia en el territorio donde se asientan”. Al respecto, si bien es cierto, que el número de “derechos de los pueblos indígenas” no puede

ser contabilizado (se trataría de un número abierto), el TC pudo haber aprovechado el presente caso para mencionar algunos casos de los otros derechos que tienen estos pueblos.

Lo sostenido en este Fundamento 18 es, efectivamente, correcto pero solo en parte puesto que si bien está claro que el “derecho a la consulta previa” implica una negociación, ser escuchado, esto solo se refiere a la medida pasible de ser consultada; para que este derecho se configure como una “garantía de los demás derechos” reconocidos a estos pueblos sería necesario que, primero, se cumpla el requisito de que la consulta previa se refiera a algunas medidas que pudieran vulnerar algunos de esos otros derechos, sin embargo aún en el supuesto caso que la medida vulnere algún derecho de los pueblos indígenas, con toda seguridad el pueblo indígena podría interponer directamente algún escrito en salvaguarda del derecho afectado, como podría ser, por ejemplo una acción de amparo.⁵²

En esta misma “Sentencia del Exp. Nº 06316-2008-PA/TC” también, el TC profundiza en relación a lo sostenido en la “Sentencia del Exp. Nº 03343-2007-PA/TC”, en lo concerniente a “que la libre autodeterminación sirve de base para la configuración del derecho a la consulta previa”. Asimismo, señala que:

Quando nuestra propia ley fundamental reconoce a la consulta previa como el mecanismo de participación que le permite a las comunidades nativas decidir sobre cuáles son las prioridades en su proceso de desarrollo y preservación de su cultura, está promoviendo, de un lado, la participación ciudadana en el ejercicio del poder político y, por otro, está permitiendo que las opiniones de las comunidades nativas se traduzcan, real y efectivamente, en las decisiones que se pudieran tomar con relación a ellas mismas, preservando de este modo su cultura, sus costumbres y formas de vida y su propia identidad. (Exp. Nº 06316-2008-PA/TC, Fundamento 21)

Al respecto, si bien es cierto nuestra Constitución reconoce la autonomía de estos pueblos (llamándolos “comunidades campesinas y nativas”), entre otros, “en lo económico y administrativo”,⁵³ ésta no reconoce directamente que la consulta previa sea un “mecanismo de participación que permite a las comunidades nativas decidir sobre cuáles son las prioridades en su proceso de desarrollo y preservación de su cultura”, según lo anteriormente mencionado por el TC. Probablemente, con el párrafo anterior, el Tribunal se quería referir al hecho de que el “derecho a la consulta previa” ha sido reconocido “como derecho fundamental” a nivel constitucional a partir de la ratificación que nuestro país ha hecho del Convenio Nº 169.

Sobre el particular, es preciso recordar que el derecho a la consulta previa se puede entender como un derecho garante del derecho a la participación de los pueblos indígenas, el cual viene a ser un derecho con características particulares propias, con una génesis propia, y que es

⁵² Realizamos esta afirmación sin tener en cuenta aún el cambio de criterio expresado por el Tribunal Constitucional en las recientes Sentencias del “Exp. Nº 1171-2019-PI/TC” (noviembre de 2021) y del “Exp. Nº 03066-2019-PA/TC” (enero de 2022), en las cuales, entre otros, se sostiene que el “derecho a la consulta previa” no se trataría de un “derecho fundamental”.

⁵³ Artículo 89 de la Constitución sobre las “Comunidades Campesinas y Nativas”

distinto del derecho a la participación que está señalado en el numeral 2.17 del artículo 2 de la Carta Magna.⁵⁴

Señalar que el derecho a la consulta previa es una herramienta que permite que los pueblos indígenas decidan sobre “cuáles son las prioridades en su proceso de desarrollo y preservación de su cultura” es correcto, pero con grandes limitaciones. Debemos recordar que el proceso de consulta previa solo se efectiviza cuando existe una medida, como puede ser el producto de un procedimiento administrativo, que va a afectar a las comunidades. Si es que confiamos únicamente en la consulta previa para determinar “cuáles son las prioridades en su proceso de desarrollo y preservación de su cultura”, sería reconocer que únicamente cuando se va a producir un proceso, entre otros, de consulta es cuando se puede decidir sobre estas prioridades, afirmación que no considera al derecho a la participación indígena; así tenemos que el artículo 7 del Convenio N° 169 indica que los pueblos interesados: “deberán participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente”.

Asimismo, el TC señala en el Fundamento 26 de la “Sentencia del Exp. N° 06316-2008-PA/TC” que el hecho de haber dado en concesión unos lotes sin haber realizado un proceso de consulta habría originado que el Estado haya causado afectación al derecho a la participación previsto en el numeral 17 del artículo 2 de la Constitución. Aquí, como ya hemos señalado, el Estado se refiere al derecho a la participación señalada en la Constitución. Nuestra posición es que debería referirse, más bien, al derecho a la participación indígena que es un derecho diferente al señalado expresamente por la Constitución, como señalamos en el acápite II.3.4.7. de la presente Tesis.

Por otro lado, si bien es cierto el TC empieza señalando que es el Estado el ente que afectó el derecho de participación, finaliza expresando que ni las empresas ni el Estado han podido fundamentar la implementación de “mecanismos de participación activa de las comunidades involucradas, con relación a dichos lotes de explotación de hidrocarburos” (Exp. N° 06316-2008-PA/TC, Fundamento 26). Parecería que se quisiera asignar algún nivel de responsabilidad a las empresas en el tema de la participación de las comunidades, cuando es el Estado el único que podría implementar la participación de estas comunidades en las medidas que las afecten.

En el caso del Exp. N° 06316-2008-PA/TC lo que se cuestionaba era que el Estado había firmado Contratos de Licencia de Exploración y Explotación desconociendo derechos de los pueblos que se encontrarían en la zona y, adicionalmente, que el hecho de establecer estos lotes se efectuó sin realizar un proceso de consulta a ninguna institución representativa de estos pueblos.

El TC tenía dos caminos para resolver el caso de la “Sentencia del Exp. N° 06316-2008-PA/TC”:

- 1) Declarar la nulidad de la concesión otorgada y asumir las consecuencias, generalmente económicas, que aquello conllevaría.
- 2) Declarar que, principalmente en salvaguarda del principio de buena fe, corresponde mantener la medida tomada y más bien realizar un proceso de consulta previa de forma gradual.

⁵⁴ Este aspecto ya lo hemos tratado en el acápite II.3.4.7. de la presente Tesis.

Se tomó el segundo camino, así, el TC realizó una ponderación y concluyó que el derecho a la consulta previa debe ser “puesto en práctica de forma gradual por parte de las empresas involucradas y bajo la supervisión de las entidades competentes” (Exp. N° 06316-2008-PA/TC, Fundamento 30). La consecuencia de que no se hayan realizado procesos de consulta de forma previa a la emisión de la medida legislativa o administrativa vendría a ser la afectación a un tercero, en este caso a la empresa concesionaria, ya que con posterioridad al establecimiento de los lotes, la empresa siguió con una serie de trámites y/o procedimientos.

Consideramos que son dos las principales críticas que se pueden hacer a esta sentencia:

a) El derecho a la consulta previa, tal cual fue desarrollado por el Convenio N° 169 involucra que estas consultas debían ser realizadas por el Estado. Al respecto, el TC señaló que debía ser llevado a cabo por las empresas interesadas y con la supervisión de las entidades correspondientes, es decir, el TC trasladó la obligación de realizar la consulta previa a las empresas involucradas. Se está, por tanto, en este caso, “liberando” al Estado de su responsabilidad de ente promotor de todo proceso de consulta, tal cual lo especifica claramente en el Convenio N° 169.

b) El objetivo del proceso de consulta previa viene a ser consultar (entiéndase, negociar) la emisión de alguna medida que perjudique a estos pueblos. El objetivo máximo al que podría aspirar el pueblo indígena del caso en cuestión es que la empresa les otorgue algunos beneficios económicos (que incluso podrían no tener relación directa alguna con la concesión otorgada por el Estado y sobre la cual se estaría consultando). El pueblo indígena iría a esta consulta y/o negociación sabiendo que la medida asumida por el Estado será inderogable, e incluso, inmodificable puesto que el TC ha declarado como válidos todos los actos realizados entre la empresa y el Estado con posterioridad a la adjudicación de dichos lotes en los años 1995 y 1999. El margen de negociación que tendrían las comunidades indígenas, sería, en la práctica, ínfimo, gestándose entonces la posibilidad de un posterior conflicto social.

IV.7.1.4. “SENTENCIA DEL EXP. N° 05427-2009-PC/TC”

Consecuencias, a nivel social, de la ausencia normativa de un proceso de Consulta Previa

La “Sentencia del Exp. N° 05427-2009-PC/TC” fue emitida el 23 de agosto de 2010 y es de suma importancia por el derecho a la consulta previa. En este caso, la Asociación Interétnica de Desarrollo de la Selva (AIDSESP) presenta un recurso de agravio constitucional, pretendiendo que el Ministerio de Energía y Minas (MINEM) realice la adecuación de sus normas al texto del Convenio N° 169. Así tenemos que la ausencia de un mecanismo para operativizar la consulta previa es un hecho que marcó el delicado conflicto social en el cual, durante las últimas décadas, se habría encontrado inmerso el país debido a la “falta de capacidad institucional para armonizar los derechos y legítimos intereses de estas comunidades y el interés estatal también legítimo de promoción de la inversión privada”. (Exp. N° 05427-2009-PC/TC, Fundamento 33)

El TC señala en base a lo que ha desarrollado a través de su jurisprudencia que (Exp. N° 0022-2009-PI/TC, Fundamentos 19-41) en materia del derecho de consulta y su procedimiento, el MINEM “cuenta con los elementos mínimos para llevar adelante la reglamentación exigida” (Exp. N° 05427-2009-PC/TC, Fundamento 40). Señala además que el MINEM tiene una

obligación lo suficientemente clara y concreta de cumplir con lo previsto en el Convenio, considerando que este mismo (en su artículo 15):

(...) ha especificado como un ámbito especial donde debe llevarse a cabo el procedimiento de consulta aquel donde los pueblos indígenas puedan verse afectados como consecuencia de proyectos de exploración o explotación⁵⁵ de recursos naturales en sus tierras, ámbito de actuación que se encuentra bajo la competencia funcional del Ministerio de Energía y Minas demandado. (Exp. N° 05427-2009-PC/TC, Fundamento 41)

En esta sentencia, el TC reitera lo expresado en el Fundamento 11 de la “Sentencia del Exp. N° 0022-2009-PI/TC” en el sentido de que al haber “pasado ya quince años desde la suscripción del Convenio N° 169 de la OIT”, el Estado aprobó el Convenio N° 169 mediante la Resolución Legislativa N° 26253, del 2 de diciembre de 1993, siendo vigente desde el 2 de febrero de 1995, habría transcurrido un tiempo razonable como para que el MINEM emita normativa “específica que reglamente el procedimiento necesario para llevar a cabo, de modo adecuado, el derecho a la consulta previa”. Esto es especialmente importante, si consideramos que “dicha ausencia normativa ha ocasionado y vienen ocasionando un delicado conflicto social en nuestro país”. (Exp. N° 05427-2009-PC/TC, Fundamento 43). Asimismo, el TC expresa que esta ausencia de legislación concerniente a este derecho:

(...), ha minusvalorado considerablemente los derechos de los pueblos indígenas de nuestro país y ha desencadenado no pocos conflictos sociales con saldos más que lamentables. (...) en el momento más álgido del conflicto sucedido en la localidad de Bagua, los pueblos indígenas de la Amazonía enarbolaron como uno de sus principales reclamos la derogación de los decretos legislativos dictados por el Poder Ejecutivo (...). (Exp. N° 05427-2009-PC/TC, Fundamento 45)

En esa línea, en el Fundamento 45 de la “Sentencia del Exp. N° 05427-2009-PC/TC”, el TC señala hasta siete hechos, anteriores a los conflictos ocurridos en la localidad de Bagua y en los cuales se manifestó el reclamo por la falta de implementación de un proceso de consulta.

La reflexión y crítica realizada por el TC al rol desempeñado por las autoridades en un conflicto social que a todas luces puede evitarse, lo podemos hallar en el Fundamento 47 de esta Sentencia, el cual expresa que “no puede admitirse nuevamente bajo contexto alguno que un conflicto social de esta dimensión escale al punto de violencia al que llegó, por el hecho de no haberse implementado un derecho fundamental recogido en un tratado internacional”.

El TC indica que el conflicto en Bagua se habría originado debido a la “protesta de los pueblos indígenas contra la aprobación de determinadas medidas legislativas implementadas sin la consulta previa e informada exigida por el Convenio” y, además, por el pedido de estos pueblos

⁵⁵ Ya hemos tratado “acerca de las actividades de exploración y explotación” al revisar la “Sentencia del Exp. N° 06316-2008-PA/TC”.

de que se emita la normativa necesaria para implementar lo dispuesto por el Convenio N° 169 relacionado a este derecho. (Exp. N° 05427-2009-PC/TC, Fundamento 46)

Este Tribunal reconoce entonces el importantísimo rol que un proceso de consulta bien desarrollado puede significar dentro de la resolución de conflictos sociales y más aún, para poder evitar el surgimiento de éstos.

Asimismo, el TC en el Fundamento 48 de la “Sentencia del Exp. N° 05427-2009-PC/TC” menciona un total de siete conflictos en ciernes y protagonizados por pueblos indígenas, los cuales requerirían de la “pronta actuación normativa e institucional de la entidad demandada, en lo relativo a la implementación del derecho a la consulta”. El TC resalta, así, la relación existente entre la inacción del Estado en implementar la consulta previa con los conflictos sociales que podrían suscitarse.

En la “Sentencia del Exp. N° 05427-2009-PC/TC”, el TC concluye:

a) Que el MINEM “ha incurrido en un supuesto de incumplimiento parcial de su deber de reglamentar el derecho a la consulta” y le ordena que emita “en el marco de sus competencias, un reglamento especial que regule el derecho a la consulta previa e informada a los pueblos indígenas respetando los principios que dicho tratado establece”. (“Exp. N° 05427-2009-PC/TC”, Fundamento 64)

b) Exhortando “al Poder Legislativo a que, dentro de sus competencias establecidas en el artículo 108 de la Constitución, cumpla con su obligación de desarrollar legislativamente el derecho a la consulta de los pueblos indígenas reconocido en el Convenio N° 169 de la OIT”. (“Exp. N° 05427-2009-PC/TC”, Fundamento 68)

c) Declarando, “en aplicación del principio de colaboración y cooperación de poderes, la obligación de desarrollo legislativo y los principios esenciales a tener en cuenta en la emanación de la norma que dé finalmente cumplimiento al derecho a la consulta a los pueblos indígenas”, al referirse a las obligaciones derivadas directamente del Convenio N° 169 y a las que hace mención entre los Fundamento 27 a 37 de la “Sentencia del Exp. N° 0022-2009-PI/TC”. (“Exp. N° 05427-2009-PC/TC”, Fundamento 69)

Considerando que parte de las funciones del TC comprende el control de la Constitución (art. 201), corresponde destacar la imposición por parte del TC de medidas cuando éstas sean necesarias. En este caso, en salvaguarda del “derecho fundamental a la consulta previa”.

Es sumamente fuerte la crítica que realiza el TC a las autoridades estatales, más aun, cuando expresa que las decisiones de las mismas “solo se legitiman en la medida que respeten el ámbito de garantías ius-fundamentales” establecidas por nuestra Carta Magna o que se “hubieran reconocido en tratados internacionales sobre derechos humanos”. (Exp. N° 05427-2009-PC/TC, Fundamento 47)

El “derecho a la consulta previa”, derecho fundamental y sus finalidades

Si bien es cierto en el Fundamento 12 de la “Sentencia del Exp. N° 0022-2009-PI/TC”, como hemos observado en párrafos anteriores, el TC ya había manifestado, aunque de forma indirecta, que el derecho a la consulta previa era un “derecho fundamental”, es en los

Fundamentos 46 y 47 de la “Sentencia del Exp. Nº 05427-2009-PC/TC”, en los cuales el TC indica de forma directa que nos encontramos frente a un derecho fundamental, lo cual es importantísimo, pues eso significaría que este derecho se encontraría en la cima de los derechos constitucionales señalados en la Carta Magna, en el mismo nivel en que se encuentran los derechos a la vida o a la libertad y, por tanto, que las acciones previstas por nuestro ordenamiento con la finalidad de defender este tipo de derechos le serían totalmente aplicables.

En este sentido, el TC sostiene que el “derecho a la consulta previa”:

(...) permite que a través del diálogo intercultural los pueblos indígenas sean tomados en cuenta al momento de la adopción de medidas que puedan afectar sus derechos o intereses. Dicha interacción tiene como finalidad incluir a un grupo humano históricamente postergado en el proceso de toma de decisiones públicas, y simultáneamente, busca otorgarle al Estado (o, eventualmente, al particular) aquella legitimidad que sus decisiones requieren para gozar de sostenibilidad en el tiempo. De esta forma, se garantiza que el desarrollo económico impulsado legítimamente desde el Estado, no se contraponga, sino antes bien, se armonice con el derecho de los pueblos indígenas a su bienestar y desarrollo. (Exp. Nº 05427-2009-PC/TC, Fundamento 57)

La falta de legitimidad en las políticas estatales ha originado que fracasen muchas medidas y/o Programas del Estado, por lo que el Estado debe comprender que el rol que cumple el proceso de consulta previa es sumamente importante, con el objetivo de poder materializar las políticas estatales.

Asimismo, en el Fundamento 58 de la “Sentencia del Exp. Nº 05427-2009-PC/TC” se señala que para que la finalidad del derecho a la consulta previa se cumpla, en la forma en que el mismo Convenio:

Se requiere que el procedimiento mismo de la consulta satisfaga algunos presupuestos básicos que permitan configurarlo como un verdadero proceso dialógico orientado hacia la gestación de acuerdos bienintencionados entre las partes. En ese sentido, resulta imperioso que la consulta se encuentre precedida por una etapa de información y diálogo, la cual debe estar presidida por principios tales como la buena fe o la transparencia, de modo tal que se creen las condiciones mínimas necesarias para llevar a cabo un verdadero diálogo intercultural.

Lo sostenido por el TC, y mencionado en el párrafo anterior, ha sido recogido, entre otras normas, tanto por el artículo 3 de la “Ley del derecho a la consulta previa” como por el literal e) del artículo 5 de su Reglamento. Es relevante que el TC indique que las decisiones que tome el Estado requieren de legitimidad para ser sostenibles en el tiempo, así vemos como el TC está asumiendo un rol cada vez más protagónico en procura de la necesaria paz social. No debemos olvidar que aún se encontraba muy presente lo ocurrido aproximadamente un año antes, el 5 de junio de 2009 durante el denominado Baguazo.

Los principios y etapas indispensables mencionados por el TC fueron posteriormente tratados en esta misma Ley (en sus artículos 4 y 8, respectivamente).

Evaluación de la normativa emitida por el MINEM

En el Fundamento 61 de la “Sentencia del Exp. N° 05427-2009-PC/TC” el TC procede a revisar las normas que había emitido el MINEM, como justificación de haber estado cumpliendo con el Convenio N° 169, así evalúa las siguientes normas: “Decreto Supremo N° 042-2003-EM, Resolución Ministerial N° 535-2004-MEM/DM, Decreto Supremo N° 015-2006-EM, Decreto Supremo N° 012-2008-EM, Decreto Supremo N° 020-2008-EM, Decreto Supremo N° 028-2008-EM, Resolución Ministerial N° 304-2008-MEM-DM y la Resolución Ministerial N° 571-2008-MEM-DM”.

El TC concluye que estas normas:

- a) Estaban limitadas a proporcionar “talleres informativos” con las comunidades, convirtiéndose éstas en simples oyentes de lo que se les señalaba. Así, ninguna de estas normas “ha logrado desarrollar idóneamente el derecho a la consulta previa” tal cual lo expresa el Convenio N° 169. (“Exp. N° 05427-2009-PC/TC”, Fundamento 62)
- b) No tratan exclusivamente sobre estos pueblos sino que las mismas están dirigidas de forma general a cualquier población afectada, lo cual es cuestionable al no cumplirse lo señalado por el Convenio N° 169. (“Exp. N° 05427-2009-PC/TC”, Fundamento 63)

La distinción entre el derecho a la consulta previa y el derecho a la participación

Es de la mayor importancia que el TC realice una distinción entre el “derecho a la consulta previa” y el derecho a la participación ciudadana, así señala que:

Mientras que el derecho a la consulta garantiza que la opinión de los pueblos indígenas sea tomada en cuenta antes de adoptarse una decisión que pueda afectarles, el derecho a la participación ciudadana hace posible la libre intervención de las personas en el ámbito político, económico, social y cultural de la nación. Es por eso que el propio Convenio N° 169 regula por separado este último derecho en sus artículos 6º, inciso b) y 7º. (Exp. N° 05427-2009-PC/TC, Fundamento 62)

El TC en sentencias anteriores había tenido una posición diferente sobre el particular, señalando que la consulta era una manera de llevar a la práctica el derecho a la participación señalado en el numeral 2.17 del artículo 2 de nuestra Carta Magna.

Si bien es un avance, lo consideramos aun limitado, debido a que no es exacto señalar que el Convenio N° 169 regula la participación ciudadana en sus artículos 6, inciso b) y 7. Como ya hemos desarrollado anteriormente en la presente Tesis, lo que regula el Convenio es el así llamado derecho a la participación indígena, mismo que también es recogido en la “Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas”. No fue nunca el propósito del Convenio N° 169 regular el derecho a la participación tal cual lo entiende el numeral 2.17 nuestra Carta Magna, anteriormente citado, el cual, y como el mismo TC lo da a conocer, se trata de un derecho de naturaleza general, el cual posibilita, efectivamente, “la libre intervención de las personas en el ámbito político, económico, social y cultural de la nación”. La verdadera esencia del derecho a la participación, entendiéndose de los indígenas, se encuentra en el mismo Convenio N° 169, así, el literal b del artículo 6 del Convenio sostiene lo siguiente:

1. Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán: (...) b) establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente, por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población, y a todos los niveles en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan;

Observamos entonces que el derecho a la participación de estos pueblos, al igual que el “derecho a la consulta previa”, viene a ser un derecho clasista, debido a que se hace una clara diferenciación entre este tipo de pueblos y otras porciones de la ciudadanía; se trata entonces de un derecho dirigido a un sector muy particular de la población, “los pueblos indígenas u originarios”, tratándose de un derecho de naturaleza colectiva y diferente del derecho a la participación al cual alude nuestra Constitución. La diferenciación se hace aún más clara si es que observamos lo expresado por el artículo 7 del Convenio Nº 169, el cual expresa varias ventajas que tienen estos pueblos y de las cuales carecen el común de los ciudadanos, como son:

1. Los pueblos interesados deberán tener el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural. Además, dichos pueblos deberán participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente.

2. El mejoramiento de las condiciones de vida y de trabajo y del nivel de salud y educación de los pueblos interesados, con su participación y cooperación, deberá ser prioritario en los planes de desarrollo económico global de las regiones donde habitan. (..).

3. Los gobiernos deberán velar por que, siempre que haya lugar, se efectúen estudios, en cooperación con los pueblos interesados, a fin de evaluar la incidencia social, espiritual y cultural y sobre el medio ambiente que las actividades de desarrollo previstas puedan tener sobre esos pueblos (...).

4. Los gobiernos deberán tomar medidas, en cooperación con los pueblos interesados, para proteger y preservar el medio ambiente de los territorios que habitan. (Subrayado nuestro).

Son, entonces, varias las ventajas que tienen únicamente los pueblos indígenas, correspondiendo al Estado liderar la efectivización de las mismas.

Por otro lado, el derecho a la consulta no garantiza que los puntos de vista de estas comunidades sean considerados previamente a la adopción de una determinación que les afecte (estos pueblos no poseen el derecho de prohibir las decisiones de los diferentes organismos estatales); sí, en cambio, garantiza que las opiniones de estas comunidades sean escuchadas. Debemos recordar que la Administración Pública mantiene el poder de decisión en relación a si la medida

legislativa y/o administrativa cuestionada deberá ser tomada en cuenta o no; sin embargo, el hecho que la consulta ponga de manifiesto la notoria disconformidad de los pueblos indígenas con alguna medida propuesta por el gobierno, pues le sería sumamente complicado al Estado el promulgar una medida sobre la cual públicamente estos pueblos se encontrarían en desacuerdo. El emitir tal medida así implicaría un gran desgaste político y podría ser el origen de un conflicto social que produciría desestabilización social, consecuencias todas estas, indeseables para cualquier gobierno.

IV.7.1.5. “SENTENCIA DEL EXP. 0025-2009-PI/TC”⁵⁶

Evaluación de la aplicación del derecho a la consulta previa

Con esta sentencia, el TC, en relación a “una posible afectación de los derechos de los pueblos indígenas” de parte de la Ley N° 29338 (la cual trata acerca de recursos hídricos), expresó que se trata de “una norma de alcance general que sólo” indirectamente significaría que pueda afectar a estos pueblos (Exp. N° 0025-2009-PI/TC, Fundamento 28). Asimismo, añade que el hecho de:

(...) que la Ley cuestionada no tenga por destinatarios exclusivos a los pueblos indígenas, o que ella abstractamente considerada no afecte directamente sus derechos e intereses colectivos, no quiere decir que en su aplicación concreta puedan desencadenarse afectaciones directas o preverse que esto pueda ocurrir. Tampoco quiere decir que una desestimación de esta demanda de inconstitucionalidad impida que tales afectaciones directas derivadas de la aplicación de la Ley 29338, antes de ser ejecutadas, deban obligatoriamente ser consultadas a los pueblos indígenas. (Exp. N° 0025-2009-PI/TC, Fundamento 31)

Si bien es cierto que el TC, finalmente indica que la Ley N° 29338, norma cuestionada, no afectaría “directamente a los pueblos indígenas”, tiene la precaución en indicar que “existe la posibilidad de que los pueblos indígenas” puedan recurrir contra alguna posible afectación que pueda suceder debido al cumplimiento de esta normativa.

En relación a los Derechos Colectivos

El TC expresa en el Fundamento 25 de la “Sentencia del Exp. N° 0025-2009-PI/TC” que aunque “no corresponde determinar, cuando una medida afecta directamente los derechos colectivos de los pueblos indígenas”; no sería complicado distinguirlas debido a que comprenderían “cualesquiera medidas estatales (administrativas o legislativas) cuyo efecto sea el menoscabar, perjudicar, influir desfavorablemente o provocar una alteración directa en los derechos e intereses colectivos de los pueblos indígenas.”

Entonces, el análisis acerca de cómo se afectan los derechos colectivos de los pueblos indígenas, debe ser, realizado para cada caso en concreto.

⁵⁶ Emitida el 17 de marzo de 2011

Planteada la necesidad de determinar a qué con los referimos con derechos colectivos, con posterioridad, en el literal f. del artículo 3 del “Reglamento de la Ley del derecho a la consulta previa”, se desarrolla su concepto, indicándose que son:

Derechos que tienen por sujeto a los pueblos indígenas, reconocidos en la Constitución, en el Convenio N° 169 de la OIT, así como por los tratados internacionales ratificados por el Perú y la legislación nacional. Incluye, entre otros, los derechos a la identidad cultural; a la participación de los pueblos indígenas; a la consulta; a elegir sus prioridades de desarrollo; a conservar sus costumbres, siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos; a la jurisdicción especial; a la tierra y el territorio, es decir al uso de los recursos naturales que se encuentran en su ámbito geográfico y que utilizan tradicionalmente en el marco de la legislación vigente-; a la salud con enfoque intercultural; y a la educación intercultural.

IV.7.1.6. SENTENCIA DEL EXP. N° 0024-2009-PI⁵⁷

La necesidad de reglamentación infralegal

En el Fundamento 6 de la “Sentencia del Exp. N° 0024-2009-PI” se señala la naturaleza especial de este derecho al indicarse que “es un derecho colectivo que se reconoce a los pueblos especificados en el artículo 1.1 del Convenio 169 de la OIT. Por ello requiere de procedimientos apropiados a través de las instituciones representativas de los pueblos indígenas”.

El TC enfatiza la importancia de la realización de procedimientos que permitan la concretización de este derecho. Considerando que para cuando esta sentencia es emitida, ya se encontraban vigentes la “Ley del Derecho de Consulta Previa”, como su Reglamento, el TC se estaría refiriendo a la expedición de normas de menor categoría, es decir, de Resoluciones Ministeriales, Ordenanzas, entre otros.

El desarrollo realizado por el TC coadyuvó, entonces, a que se dicten toda una serie de normas relativas al “derecho a la consulta previa. Hemos podido identificar las siguientes normas:

No.	No. de Norma	Nombre	Fecha Publicación	Sector
1	“RESOLUCION MINISTERIAL N° 250-2009-TR”	“Designan representantes del Ministerio ante la Mesa 3: Consulta Previa a los Pueblos Indígenas Amazónicos, cuyo objetivo es: Analizar los mecanismos de consulta del Convenio N° 169 de la OIT”	“9 de septiembre de 2009”	“MINISTERIO DE TRABAJO Y PROMOCIÓN DEL EMPLEO”

⁵⁷ Emitida el 26 de julio de 2011

2	"LEY Nº 29785"	"Ley del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios, reconocido en el Convenio Nº 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT)"	"7 de septiembre de 2011"	"CONGRESO DE LA REPÚBLICA"
3	"DECRETO SUPREMO Nº 001-2012-MC"	"Reglamento de la Ley Nº 29785, Ley del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios reconocido en el Convenio Nº 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT)"	"3 de abril de 2012"	"CULTURA"
4	"RESOLUCION MINISTERIAL Nº 001-2012-VMI-MC"	"Crean, respecto al Proceso de Consulta Previa establecido en la Ley Nº 29785, los Registros de Intérpretes de Lenguas Indígenas u Originarias y de Facilitadores"	"24 de agosto de 2012"	"CULTURA"
5	"ORDENANZA Nº 002 GOBIERNO REGIONAL AMAZONAS-CR"	"Reconocen e implementan el derecho a la Consulta Previa e Informada a los Pueblos Indígenas en el ámbito de la jurisdicción y competencias del Gobierno Regional de Amazonas"	"18 de mayo de 2013"	"GOBIERNO REGIONAL DE AMAZONAS"
6	"RESOLUCION VICEMINISTERIAL Nº 010-2013-VMI-MC"	Aprueban "Procedimiento del derecho de petición de los Pueblos Indígenas para la inclusión en un proceso de consulta previa o para la realización del mismo, en el Ministerio de Cultura"	"12 de diciembre de 2013"	"CULTURA"
7	"ORDENANZA Nº 003 GOBIERNO REGIONAL AMAZONAS-CR"	"Reconocen e implementan el derecho a la consulta previa e informada a los Pueblos Indígenas u originarios, en el ámbito de la jurisdicción y competencias del Gobierno Regional de Amazonas"	"15 de febrero de 2014"	"GOBIERNO REGIONAL DE AMAZONAS"
8	"ORDENANZA Nº 016-2013-GRSM-CR"	"Reconocen Derecho a la Consulta Previa, Libre e Informada a los Pueblos Indígenas asentados en el ámbito de la jurisdicción, atribuciones y competencias del Gobierno Regional de San Martín"	"16 de abril de 2014"	"GOBIERNO REGIONAL DE SAN MARTÍN"
9	"RESOLUCION MINISTERIAL Nº 110-2016-MEM-DM"	"Autorizan transferencia de recursos destinados a financiar gastos de actividades para identificación de pueblos indígenas y sus organizaciones territoriales en ámbitos de su interés, la facilitación de procesos de diálogo intercultural en procesos de consulta previa o participación y el proceso de consulta previa a los pueblos indígenas u originarios"	"19 de marzo de 2016"	"ENERGÍA Y MINAS"
10	"RESOLUCION MINISTERIAL Nº 365-2017-MC"	"Aprueban procedimientos internos del Ministerio en los que corresponde efectuar procesos de consulta previa a pueblos indígenas u originarios en la medida que se advierta afectación directa a sus derechos colectivos"	"29 de septiembre de 2017"	"CULTURA"

11	“RESOLUCION MINISTERIAL N° 403-2019-MINEM-DM”	“Precisan los casos de los procedimientos administrativos del subsector minero en los que corresponde realizar el proceso de Consulta Previa y modifican TUPA de la Dirección General de Minería”	“19 de diciembre de 2019”	“ENERGÍA Y MINAS”
12	“RESOLUCION PRESIDENCIAL N° 136-2020-SERNANP”	Aprueban el “Protocolo para el proceso de la consulta previa en el proceso de establecimiento de Áreas Naturales Protegidas por el Estado” y el “Protocolo para articular el proceso de la consulta previa con la modificación de la zonificación de las áreas naturales protegidas en el marco del proceso de actualización del Plan Maestro”	“9 de septiembre de 2020”	“SERVICIO NACIONAL DE AREAS NATURALES PROTEGIDAS POR EL ESTADO”
13	“ORDENANZA N° 167-2019-CR-GRC.CUSCO”	“Disponen reconocer e implementar la Consulta Previa, libre e informada, a que tienen derecho los Pueblos Indígenas u Originarios, Comunidades Campesinas y Comunidades Nativas”	“27 de febrero de 2021”	“GOBIERNO REGIONAL DEL CUSCO”
14	“RESOLUCION MINISTERIAL N° 254-2021-MINEM-DM”	“Modifican la R.M. N° 403-2019-MINEM-DM, que estableció los Procedimientos Administrativos del Subsector Minero sujetos a Consulta Previa”	“24 de julio de 2021”	“ENERGÍA Y MINAS”

Criterios relacionados a la forma de aplicar el “derecho a la consulta previa”

Al respecto, el TC sostiene que la “exigibilidad del derecho a la consulta se encuentra vinculada a la entrada en vigencia en nuestro ordenamiento jurídico del Convenio N° 169 de la OIT, esto es, el 2 de febrero de 1995” (Exp. N° 0024-2009-PI, Fundamento 7). Este es un punto especialmente importante porque durante mucho tiempo existió la crucial interrogante de saber desde cuándo nuestro TC como supremo intérprete constitucional consideraba vigente al Convenio N° 169. Por otro lado, el TC expresa que, a partir de la emisión de la “Sentencia del Exp. N° 0022-2009-PI/TC” se tienen criterios que cumplen la finalidad de solucionar aquellos casos relacionados a este derecho (lo cual de modo alguno afecta la fecha de vigencia del Convenio N° 169 en nuestro país).

En el Fundamento 8 de la “Sentencia del Exp. N° 0024-2009-PI”, el TC expresa que por mandato derivado de la “Sentencia del Exp. N° 5427-2009-PC/TC” se publica el “Decreto Supremo N° 023-2011-EM, Aprueban Reglamento del Procedimiento para la Aplicación del Derecho de Consulta a los Pueblos Indígenas para las Actividades Minero Energéticas”⁵⁸. Es de destacar, entonces, como los mandatos del TC lograron que el MINEM asuma su responsabilidad constitucional “máxime si es en este sector donde se producen la mayor cantidad de medidas que pueden afectar directamente a los pueblos indígenas (como las actividades relacionadas a explotación minera e hidrocarburífera)” (Exp. N° 0024-2009-PI, Fundamento 8). Entonces, el TC ha tenido una política de claro apoyo dirigida a lograr que este derecho se concrete.

⁵⁸ Norma derogada por la Tercera Disposición Complementaria Final de la Ley N° 29785, “Ley del derecho a la consulta previa”, publicada el 07 septiembre 2011.

Por otro lado, en el caso relacionado a la “Sentencia del Exp. N° 0024-2009-PI”, tenemos que, de forma particular, el Procurador Público de la Presidencia del Consejo de Ministros había criticado que este Convenio N° 169 pudiese ser aplicado indicando que en nuestra país se tenía “una población mestiza” (Exp. N° 0024-2009-PI, Fundamento 11), entendiéndose, ya no indígena. En esa línea, el TC se muestra tajante al sostener que la aplicación del Convenio corresponde a aquellos “pueblos que detentan las características que allí se señala, independientemente de si éstos son de población nacional mayoritaria (o no)”. (Exp. N° 0024-2009-PI, Fundamento 13)

Finalmente, en esta sentencia se menciona el valor que como norma tiene la “Declaración de Derechos de los Pueblos Indígenas”, indicándose que la misma, si bien carece de fuerza vinculante, debe ser considerada del tipo *soft law*, es decir, como “una guía de principios respecto de los cuales los Estados no tienen ninguna obligación jurídica, pero que se considera que deberían observar a modo de criterios persuasivos”. (Exp. N° 0024-2009-PI, Fundamento 14)

IV.7.1.7. “SENTENCIA DEL EXP. N° 02196-2014-PA/TC”⁵⁹

Reconocimiento legal y personería jurídica de las comunidades campesinas y nativas

El TC sostiene que aunque el artículo 89 de la Carta Magna no alude explícitamente a los “pueblos indígenas u originarios”, luego de realizar una interpretación unitaria del mismo, puede concluir que nuestra Carta Magna “reconoce a las comunidades campesinas y nativas existencia legal y personería jurídica sin someter su existencia a inscripción o formalidad alguna, es decir, las reconoce como personas jurídicas”. (Exp. N° 02196-2014-PA/TC, Fundamento 4)

Asimismo, el TC sostiene que para determinar la naturaleza de un pueblo como indígena, se deben tomar en consideración los criterios que sobre el particular determina el Convenio N° 169 y no otros. Indica (en alusión a lo expresado en el artículo 89, anteriormente mencionado, en relación a “las comunidades campesinas y nativas”), que:

Puede darse el caso, en estricto, de que haya comunidades campesinas o nativas que no formen parte de un pueblo indígena u originario, así como pueblos indígenas u originarios que no estén organizados en comunidades. Esta situación es recogida normativamente por la Ley 29785, que, en su artículo 7 señala que las comunidades campesinas o andinas y las comunidades nativas o pueblos amazónicos pueden ser identificados también como pueblos indígenas u originarios, conforme a los criterios señalados en el presente artículo. (Exp. N° 02196-2014-PA/TC, Fundamento 5)

El TC añade “que la inscripción registral de los pueblos indígenas u originarios”, por tanto, únicamente estaría sujeta únicamente a cumplir los criterios objetivos y subjetivos mencionados en el Convenio N° 169 (Exp. N° 02196-2014-PA/TC, Fundamento 7). Y, además concluye indicando que ya que “los pueblos indígenas u originarios tienen existencia legal y personería jurídica directa, el acto administrativo de inscripción resulta declarativo y no constitutivo”. (Exp. N° 02196-2014-PA/TC, Fundamento 11)

⁵⁹ Emitida el 21 de agosto de 2019

IV.7.1.8. “SENTENCIA DEL EXP. N° 01717-2014-PC/TC”⁶⁰

Este caso se refiere a un recurso de agravio constitucional interpuesto por el Instituto de Defensa Legal del Ambiente y el Desarrollo Sostenible Perú (IDLADS) contra la resolución de fecha 21 de noviembre de 2013, emitida por la Sexta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, que señaló que era “improcedente” la demanda de cumplimiento interpuesta por IDLADS contra el MINEM, con el objeto “de que la Resolución Ministerial 350-2012-MEM/DM, (...) que aprueba los procedimientos administrativos en los que corresponde realizar el proceso de Consulta Previa, la oportunidad en la que será realizada y la Dirección a cargo”, pueda someterse a consulta con la finalidad de cumplir lo señalado en el Convenio N° 169 y en la Ley N° 29785, “Ley del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios”. (Exp. N° 01717-2014-PC/TC, Antecedentes, p. 3)

La acción de amparo, vía correcta para exigir la no aplicación de normas autoaplicativas⁶¹

En ese sentido, en la “Sentencia del Exp. N° 01717-2014-PC/TC”, y en relación a un alcance específico que tendría la acción de amparo, se sostiene que:

Para el Tribunal Constitucional, la demanda de cumplimiento del Convenio N° 169 de la OIT y de la Ley 29785, era improcedente, por cuanto lo que realmente pretendía la parte recurrente era cuestionar la validez de la Resolución Ministerial 350-2012-MEM/DM, lo que es ajeno al objeto y finalidad del proceso de cumplimiento. No obstante, reconvirtió la demanda de cumplimiento por una de amparo, tras advertir la posible afectación al derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas u originarios. (Exp. N° 01717-2014-PC/TC, Antecedentes, p. 3)

El TC añade que, según lo indicado en el artículo 3 del CPC⁶², este tipo de acción “procede contra normas autoaplicativas”, y en este caso nos encontraríamos frente a una norma de este tipo, debido a que el supuesto normativo de la norma cuestionada, por sí mismo, incide directamente en la esfera subjetiva de los individuos. (Exp. N° 01717-2014-PC/TC, Fundamentos 16 y 17)

Si bien es cierto que se cuestiona que la referida Resolución Ministerial habría sido emitida sin realizar un proceso de consulta previa en torno la misma; el TC de forma lógica y acertada, concluye que antes de ello, en este caso, lo que se está solicitando es la inaplicación de esta norma, por lo que no corresponde demandar a través de una acción de cumplimiento, sino de una “acción de amparo”, de “tutela de derechos constitucionales”. Ante todo, primaría la no aplicación de la norma sobre la exigencia del cumplimiento de un proceso de consulta previa.

La consulta previa y el derecho a la participación indígena

⁶⁰ Emitida el 8 de junio de 2021.

⁶¹ Al respecto, en los Fundamentos 3 y 4 de la “Sentencia del Exp N° 4677-2004-PA/TC” se señala que norma autoaplicativa (también llamada auto ejecutiva o de eficacia inmediata) “es aquella cuya aplicación resulta inmediata e incondicionada una vez” que es vigente. Es decir, “son normas que no requieren actos de desarrollo o ejecución para desplegar sus efectos”.

⁶² Refiriéndose al CPC aprobado por la Ley N° 28237, Código actualmente derogado y cuyo contenido es el mismo que el señalado en el artículo 8 del nuevo CPC (aprobado por la Ley N° 31307).

En el Fundamento 25 de la “Sentencia del Exp. N° 01717-2014-PC/TC” se menciona que “La consulta previa coadyuva a que las comunidades indígenas participen en la elaboración e implementación de las medidas administrativas o legislativas que los afecten directamente.”

Lo expresado por el TC es correcto pero solo de forma muy indirecta, como ya hemos visto anteriormente, la consulta previa es una garantía del derecho a la participación indígena, el cual se menciona también, en el Convenio N° 169. Es el Estado, el cual debe procurar, a través de medidas efectivas que estos pueblos sean parte de la “elaboración e implementación de las medidas administrativas o legislativas que los afecten directamente”.

Responsabilidad del Órgano encargado del proceso de Consulta Previa

En el Fundamento 35 de la Sentencia del Exp. N° 01717-2014-PC/TC se indica que:

El órgano a cargo de la consulta previa debe garantizar que el procedimiento de consulta previa se realice teniendo en cuenta las características y los principios del derecho a la consulta previa. Para ello, entre otras medidas, debe facilitar el diálogo entre las partes; coordinar de manera efectiva y eficiente con todos los sectores involucrados; coordinar la protección efectiva de los líderes y comunidades indígenas o nativas (...).

Las dos primeras responsabilidades (“facilitar el diálogo entre las partes” y “coordinar de manera efectiva y eficiente con todos los sectores involucrados”) ya han sido desarrolladas tanto en la Ley como en el Reglamento de la Consulta Previa, en cierta medida. Por otro lado, es muy relevante que el TC señale como una obligación del Estado al brindar protección efectiva, ya que es conocido que los líderes, así como quienes forman parte de las comunidades indígenas o nativas es posible que corran riesgos por su accionar durante el proceso de consulta; y, también, que se haya encargado al órgano encargado del proceso de consulta previa la canalización de las demandas realizadas por estos pueblos, con los entes competentes, porque no siempre esta entidad tiene competencia para poder decidir sobre las muy diversas demandas que realizan las comunidades indígenas. Se debe tener en cuenta siempre que el proceso de consulta responde a un tipo de negociación donde se busca la igualdad de las partes.

La consulta es permanente durante la elaboración e implementación de la medida

El Fundamento 43 de la Sentencia del Exp. N° 01717-2014-PC/TC indica que “la consulta previa no se limita a un solo momento, pues se debe mantener abierto el diálogo constante durante todo el proceso de elaboración e implementación de la medida administrativa o legislativa.”

Esto es un avance significativo porque al no constreñir la consulta a un solo momento, lo que se está logrando es que la consulta se transforme en un proceso de diálogo permanente que se iniciaría durante la etapa de elaboración de la medida (por lo que antes que hablar de un proceso de consulta previa, estaríamos hablando del derecho a la participación indígena) y que continuaría durante toda la etapa de implementación de la medida administrativa.

Se trata de un avance sumamente importante en el alcance de este derecho porque de esta forma se estaría logrando que el pueblo indígena consienta en torno a la medida que se estaría tomando. Por tanto, se hace necesaria la modificación tanto de la “Ley del derecho a la consulta previa” como de su Reglamento, porque en ellos, se trata acerca de etapas definidas, siendo en

la denominada “etapa de diálogo” únicamente, en la cual se produciría el denominado diálogo intercultural.

Por otro lado, en el Reglamento se trata acerca de varias garantías que tienen las personas que representan a estas comunidades, como son cubrir gastos de traslados, alimentación, alojamiento, el uso de intérpretes, entre otros. Sería necesario que se modifique el Reglamento y que se consideren a estas garantías desde el momento de la elaboración hasta la implementación de la medida, tal cual lo indica el Fundamento 43 de la Sentencia del Exp. N° 01717-2014-PC/TC.

Adicionalmente, en el Fundamento 51, el TC señala que:

De una interpretación conforme con el contenido del derecho a la consulta previa, y teniendo en cuenta el principio *pro persona*, que obliga a interpretar las normas que consagran derechos fundamentales en sentido amplio, el extremo de la Resolución Ministerial 209-2015-MEM/DM que determina la oportunidad de la consulta previa, debe entenderse como un proceso en el que se mantengan abiertos los canales de diálogo durante todo el seguimiento del proyecto, plan, obra o programa.

El TC reitera entonces que el proceso de consulta previa no se da en un único momento, sino que corresponde a un proceso en el cual las vías de diálogo deberían mantenerse abiertos “durante todo el seguimiento” de la medida.

Necesidad de contar con plazos razonables durante el proceso de consulta previa

En el Fundamento 47 de la “Sentencia del Exp. N° 01717-2014-PC/TC” se indica que:

La realización de la consulta previa requiere, entre otros elementos, de la organización de la comunidad indígena u originaria de cara a su participación real y efectiva en la consulta. Para ello, es necesario que se les otorgue plazos razonables a fin de que puedan tomar acuerdos en su comunidad (lo que se relacionaría con su estructura política, social e incluso jurídica).

En relación a los plazos, ya el numeral 19.1 del artículo 19 del “Reglamento de la Ley del derecho a la consulta previa” advierte que:

Las organizaciones representativas del o los pueblos indígenas y sus representantes deben contar con un plazo razonable en consideración de la naturaleza de la medida con el fin de realizar un análisis sobre los alcances e incidencias de la medida legislativa o administrativa y sobre la relación directa entre su contenido y la afectación de sus derechos colectivos, calidad de vida y desarrollo de los pueblos indígenas.

Adicionalmente, el numeral 19.3 del artículo 19 de este Reglamento indica que acabado el proceso de evaluación interna, quienes representan a estos pueblos deberán entregar un documento en el cual se indique que se encuentran conformes con la medida, o, en su defecto, presentar su “propuesta acerca de lo que es materia de consulta”.

Observamos, entonces, que ya el “Reglamento de la Ley del derecho a la consulta previa” consideró lo mencionado por el TC, sin embargo, en este Reglamento no se indica cual es el

plazo que tienen los pueblos indígenas para evaluar de forma interna las medidas, por lo que el TC debió aprovechar esta oportunidad y señalar cual es el plazo que se debe tomar en cuenta o, la forma como se debe calcular este plazo; más allá de mencionar que se les deba dar “plazos razonables”.

Obligación de otorgar medidas compensatorias a los pueblos indígenas

Adicionalmente, en el Fundamento 47 de la Sentencia del Exp. N° 01717-2014-PC/TC se indica la necesidad de que se otorgue a estos pueblos medidas compensatorias “para reforzar su posición, a fin de que se realice un diálogo real entre iguales en el proceso de consulta (lo que promovería la igualdad material, la cual incidiría en su estatus social)”.

No queda claro a qué se refiere esta sentencia al mencionar la emisión de estas medidas compensatorias en beneficio de estos pueblos. Existen diferentes interpretaciones sobre lo mencionado por el TC en relación a las denominadas medidas compensatorias. Así, Quispe (2021) menciona que el TC ya, a través del Fundamento 33 de la “Sentencia del Exp. N° 022-2009-PI/TC” había indicado que los pueblos indígenas debían recibir una “justa compensación y coparticipación en el disfrute de la riqueza obtenida como consecuencia de la actividad extractiva” (p. 4). Por otro lado, Barnaby (2021) indica que: “Estas medidas compensatorias están referidas a otorgar las condiciones materiales suficientes para cumplir de manera real y efectiva con las etapas de información y evaluación interna. Esto responde a las dificultades que suelen tener las organizaciones indígenas para participar en los procesos de consulta, (...)”.

Cualquiera de las dos interpretaciones mencionadas podría ser válida, por lo que el TC ha debido ser más explícito sobre lo que ha querido decir. Sin embargo, sea cual fuese su real parecer, si los pueblos indígenas deban recibir compensaciones y coparticipación en el disfrute de las riquezas obtenidas o, se trate de darles mejores condiciones materiales para que se realicen efectivamente las etapas de evaluación, se trata de avances en mejora de la posición de estos pueblos con miras siempre de lograr el éxito del posterior dialogo intercultural.

Sobre el particular, somos de la opinión que el TC se refería a que se debería brindar condiciones materiales suficientes con el fin de completar con éxito las “etapas del proceso” del derecho de consulta previa, considerando que ya el numeral 2 del artículo 15 del Convenio N° 169 considera que estas comunidades indígenas podrían participar de los beneficios que puedan reportar, entre otros, la actividad de explotación.

“En relación a los procedimientos administrativos en los que corresponde realizar la consulta previa”

El Fundamento 55 de la “Sentencia del Exp. N° 01717-2014-PC/TC” expresa que “reducir la consulta previa a determinados procedimientos administrativos, involucraría excluir de la consulta alguna otra medida administrativa que pudiera afectar directamente a las comunidades indígenas u originarias”.

En ese sentido, en el Fundamento 56 de esta Sentencia, se expresa las dificultades que podrían ocurrir en el supuesto de que se restrinja el proceso de consulta a un listado acotado de procesos administrativos, señala que ello:

(...) incumpliría con la obligación constitucional de consultar cada vez que se prevean medidas administrativas que afecten de manera directa a las comunidades indígenas u originarias. Asimismo, considerar taxativamente la identificación de los procedimientos administrativos inobservaría el principio *pro persona*, que obliga a interpretar en sentido amplio las normas que consagran derechos fundamentales, pues reduciría el espectro de medidas que puedan ser objeto de consulta previa. Aunado a ello, la interpretación restrictiva también contravendría el fundamento del principio democrático, pues las comunidades indígenas no podrían participar, mediante la consulta previa, en la adopción de toda medida que los afecte directamente.

Finalmente, al respecto el TC concluye que “(...) la identificación de los procedimientos administrativos dispuesta en la Resolución Ministerial N° 209-2015-MEM/DM, no puede ser interpretada en un sentido restringido, sino en uno amplio, de conformidad con el contenido del derecho a la consulta previa” (“Exp. N° 01717-2014-PC/TC”, Fundamento 58), siguiendo lo señalado en el Convenio N° 169.

Si bien es cierto, el TC ha expresado que la norma cuestionada no infringe derechos constitucionales, sí indica que la misma debe ser interpretada de forma amplia, y no restrictiva. Así, los pueblos indígenas no verán limitados sus derechos ya que existiría la obligación de que toda medida que los afecte deba serles consultada, esto, independientemente del hecho que la misma se encuentre o no listada en la Resolución Ministerial que identifica los procedimientos administrativos que requieren la implementación de este proceso.

IV.7.1.9. UN RECIENTE CAMBIO DE CRITERIO EN LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Mediante las Sentencias del “Exp. N° 1171-2019-PI/TC” del 18 de noviembre de 2021 y del “Exp. N° 03066-2019-PA/TC” del 20 de enero de 2022, el TC ha variado algunos de sus criterios anteriormente señalados en torno al tema de la consulta, entre otros.

Seguidamente mencionaremos aquellos aspectos relacionados al “derecho a la consulta previa”, propios de estas dos sentencias, para posteriormente mencionar porqué consideramos que estos fallos debieran ser corregidos.

a) “SENTENCIA DEL EXP. N° 1171-2019-PI/TC”⁶³

En este caso, la Federación de la Nacionalidad Achuar del Perú (FENAP) interpuso demanda de amparo en contra del Gobierno regional de Loreto, Perupetro y el Ministerio de Cultura, mediante la cual solicitaba, entre otros, que se declare la “existencia de una vulneración al derecho a la consulta y consentimiento previo, libre e informado” del pueblo indígena u originario Achuar.

⁶³ Emitida el 18 de noviembre de 2021.

Esta demanda fue declarada improcedente con el voto de cuatro magistrados: Ferrero Costa, Miranda Canales, Blume Fortini y Sardón de Taboada.

Considerando que cada uno de estos magistrados emitió votos singulares justificando la improcedencia de la demanda, mencionaremos a continuación aquellos relacionados al “derecho a la consulta previa”.

Voto Singular del Magistrado Miranda Canales

El magistrado Miranda Canales expresó respecto a la anulación y reversión de las concesiones que la accionante debe precisar:

(...), entre otras cuestiones, los pueblos indígenas afectados, las provincias geográficamente involucradas, distritos, anexos del territorio nacional donde se ha omitido realizar la consulta, determinar el radio de influencia; no obstante, el territorio y la titulación no se encuentran acreditados. Esta situación no permite analizar no solo la exigencia de observar el derecho fundamental a la consulta previa, sino evaluar la legitimidad (o ilegitimidad) constitucional de las razones, tras el posible incumplimiento del derecho invocado por las partes. (Subrayado nuestro)

La posición del Magistrado Miranda Canales fue la de declarar improcedente esta demanda, entre otros, porque la demandante no había acreditado estar en posesión y/o propiedad de los terrenos sobre los cuales se argumentaba que se habían violentado derechos. Sin embargo, el mencionado Magistrado no cuestionó que la consulta previa fuera un “derecho fundamental”, es más, lo mencionó así tal cual en su voto singular.

Voto Singular del Magistrado Ferrero Costa

El Magistrado Ferrero Costa manifiesta que la demanda debe ser declarada improcedente porque:

(...) las pretensiones de la actora no son susceptibles de ser dilucidadas y atendidas en el marco de un proceso de amparo en la medida en que el objeto de este es restituir derechos fundamentales conculcados o, en su defecto, poner punto final a eventuales amenazas a ellos. Y no tiene carácter constitutivo, que es lo que en buena cuenta pretende la actora al solicitar que, como consecuencia de un pronunciamiento estimatorio, se le reconozca personalidad jurídica al pueblo Achuar y a sus órganos representativos, se la declare propietaria del territorio que ocupa y de los recursos naturales que se encuentran dentro y que se declare la nulidad de las concesiones o cualquier otro derecho otorgado a terceros dentro de su territorio.

El Magistrado Ferrero enfatiza el hecho de que la finalidad del amparo es el restablecimiento del poder ejercer un derecho de naturaleza constitucional, por lo quien recurre a esta acción debe ser o haber sido, “hasta antes de la lesión, titular del derecho”, caso contrario, no podría hablarse de algún tipo de restablecimiento de derechos.

“Votos Singulares de los Magistrados Sardón de Taboada y Blume Fortini”

Respecto al “derecho a la consulta previa”, el Magistrado Sardón de Taboada, señala lo siguiente:

- El “derecho a la consulta previa” deriva directamente del Convenio N° 169. Sin embargo, este convenio fue aprobado por el Perú el 26 de noviembre de 1993, cuando aún no estaba vigente la actual Constitución, la cual entró en vigor recién el 31 de diciembre de 1993.
- Para que se agregue un derecho fundamental a la Constitución, ello debe realizarse conforme al procedimiento previsto para la reforma constitucional. No se puede aceptar la incorporación de derechos fundamentales a la Constitución de otra forma.
- La Constitución no establece que los tratados sobre derechos humanos tengan necesariamente rango constitucional. Tienen solo rango legal. Esto se desprendería de la lectura conjunta del artículo 200, inciso 4; los artículos 56 y 57; y, la Cuarta Disposición Final y Transitoria.

Por su parte, el Magistrado Blume Fortini declara que corresponde que en este caso se declare la improcedencia, considerando “que el derecho a la consulta previa emana del Convenio N° 169, el cual no le otorga el carácter de derecho fundamental, por lo que no puede inferirse que se trate de un derecho de tal dimensión y menos que tenga rango constitucional”.

b) “SENTENCIA DEL EXP. N° 03066-2019-PA/TC”⁶⁴

En este caso, las Comunidades Campesinas Chila Chambilla y Chila Púcara presentaron un recurso de agravio constitucional, a través del cual solicitaban que se deje sin efecto las resoluciones con las que se emitió el título de concesión minera no metálica “Chilachambilla 1” y “Chilachambilla 2”, en razón de estar “sobrepuestas al territorio de las comunidades campesinas demandantes”. Expresan, entre otros, que estas medidas contravienen el “derecho a la consulta previa” y a la libre determinación de los pueblos, a la identidad cultural y religiosa. Esta Sentencia fue declarada Improcedente con el voto de los Magistrados Ferrero Costa, Sardón de Taboada y Blume Fortini.

Los criterios expresados por el TC para declarar este caso como improcedente coinciden con los del Fundamento de Voto emitido por el Magistrado Blume Fortini para el caso de la “Sentencia del Exp. N° 1171-2019-PI/TC”, ya anteriormente mencionado, y en el cual se señalaba, principalmente, que el este derecho no podía ser considerado un derecho fundamental.

Es interesante observar que el Magistrado Ferrero Costa no cuestionó la naturaleza de derecho fundamental del “derecho a la consulta previa”, sino sostuvo que el Convenio N° 169, contempla la consulta “a los pueblos interesados” previamente a la ejecución de actividades de “exploración y explotación”, pero no antes de la concesión. Fue por este motivo que el mencionado Magistrado emitió voto de improcedente.

⁶⁴ Emitida en enero de 2022.

CAPÍTULO CUARTO

CAPÍTULO CUARTO

RESULTADOS, DISCUSIÓN, CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

V. “RESULTADOS”

V.1. “PRESENTACIÓN Y ANÁLISIS DE LOS RESULTADOS”

Hemos dividido los resultados en dos partes, mencionando aquellos que han contribuido de forma positiva al desarrollo del “derecho a la consulta previa” en el Perú y, además, los que han ido en desmedro de la misma.

V.1.1. “ASPECTOS DE LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL QUE HAN CONTRIBUIDO AL DESARROLLO DEL DERECHO A LA CONSULTA PREVIA EN EL PERÚ”

Los aspectos analizados del acápite IV.7.1.1. al acápite IV.7.1.8. de la presente Tesis y que representan contribuciones positivas para el fortalecimiento y desarrollo del “derecho a la consulta previa” serían las siguientes:

No.	Sentencia	Tema
1	“03343-2007-PA/TC”	“El reconocimiento a nivel constitucional de los tratados internacionales relacionados a los derechos humanos”
2	“03343-2007-PA/TC”	“Las bases del derecho a la consulta previa y la libre autodeterminación”
3	“03343-2007-PA/TC”	“La relación del derecho a la participación y el derecho a la consulta previa”
4	“03343-2007-PA/TC”	“Condiciones para la realización del proceso de consulta y la obligación de alcanzar el consentimiento”
5	“0022-2009-PI/TC”	“En relación a la ausencia de una norma que regule el derecho a la consulta previa”
6	“0022-2009-PI/TC”	“Desarrollo del derecho a la consulta previa”
7	“0022-2009-PI/TC”	“La importancia del diálogo intercultural”
8	“0022-2009-PI/TC”	“Características del derecho a la consulta previa”
9	“0022-2009-PI/TC”	“El contenido constitucionalmente amparado del derecho a la consulta previa”
10	“0022-2009-PI/TC”	“Consideraciones en relación al proceso de consulta previa”
11	“06316-2008-PA/TC”	“Desarrollo del proceso de consulta previa”

12	"05427-2009-PC/TC"	"Consecuencias, a nivel social, de la ausencia normativa de un proceso de consulta previa"
13	"05427-2009-PC/TC"	"El derecho a la consulta previa, derecho fundamental y sus finalidades"
14	"05427-2009-PC/TC"	"Evaluación de la normativa emitida por el MINEM"
15	"05427-2009-PC/TC"	"La distinción entre el derecho a la consulta previa y el derecho a la participación"
16	"0025-2009-PI/TC"	"Evaluación de la aplicación del derecho a la consulta previa"
17	"0025-2009-PI/TC"	"En relación a los derechos colectivos"
18	"0024-2009-PI"	"La necesidad de reglamentación infralegal"
19	"0024-2009-PI"	"Criterios relacionados a la aplicación del derecho a la consulta previa"
20	"02196-2014-PA/TC"	"Reconocimiento legal y personería jurídica de las comunidades campesinas y nativas"
21	"01717-2014-PC/TC"	"La acción de amparo, vía correcta para exigir la no aplicación de normas autoaplicativas"
22	"01717-2014-PC/TC"	"La consulta previa y el derecho a la participación indígena"
23	"01717-2014-PC/TC"	"La consulta es permanente durante la elaboración e implementación de la medida"
24	"01717-2014-PC/TC"	"Necesidad de contar con plazos razonables durante el proceso de consulta previa"
25	"01717-2014-PC/TC"	"Obligación de otorgar medidas compensatorias a los pueblos indígenas"
26	"01717-2014-PC/TC"	"En relación a los procedimientos administrativos en los cuales corresponde realizar la consulta previa"

V.1.2. "ASPECTOS DE LAS SENTENCIAS QUE HAN DEVENIDO EN UN DESMEDRO DEL DESARROLLO DEL DERECHO A LA CONSULTA PREVIA EN EL PERÚ"

Los cuestionamientos realizados al "derecho a la consulta previa" vendrían a ser principalmente:

- a) El "derecho a la consulta previa no es un derecho fundamental". No se trataría de este tipo de derecho porque no se tendría rango constitucional, la única forma de agregar un derecho a la Constitución es a través de una reforma constitucional y,

- b) El “derecho a la consulta previa” proviene del Convenio N° 169, y éste no tiene rango constitucional, solo legal. Y, considerando que este derecho la consulta previa no tiene un contenido constitucionalmente protegido, para su defensa no correspondería iniciar un proceso constitucional a través de una acción de amparo.

VI. DISCUSIÓN

VI.1. EN RELACIÓN AL PROBLEMA GENERAL DE LA TESIS

En relación al problema general de la presente Tesis:

¿Cuál ha sido la contribución de las sentencias del Tribunal Constitucional al desarrollo del derecho a la consulta previa en el Perú?

Se elaboró la siguiente hipótesis principal:

Existen una serie de criterios y/o temas desarrollados por el Tribunal Constitucional que permiten afirmar que la contribución de las sentencias del Tribunal Constitucional al desarrollo del derecho a la consulta previa en el Perú ha sido positiva. Entre otros, esta contribución ha sido determinante para la emisión de la Ley del derecho a la consulta previa y su Reglamento.

VI.1.1. “SOBRE LOS ASPECTOS QUE HAN CONTRIBUIDO AL DESARROLLO DEL DERECHO A LA CONSULTA PREVIA EN EL PERÚ”

Hemos podido comprobar que, a través de un total de hasta 8 sentencias emitidas desde el 2009 a la actualidad, el Tribunal Constitucional ha desarrollado temas de la mayor importancia, en relación al desarrollo del “derecho a la consulta previa”, como son:

- El reconocimiento a nivel constitucional de “los tratados internacionales en materia de derechos humanos”.
- Las bases para implementar el “derecho a la consulta previa”.
- La necesidad que el Congreso emita una norma que regule el “derecho a la consulta previa” debido a su obligación de desarrollo legislativo.
- Las condiciones y consideraciones necesarias para el proceso de consulta.
- La obligación no solo únicamente de realizar el proceso de consulta, sino de “obtener el consentimiento libre, informado y previo” de estos pueblos “según sus costumbres y tradiciones”, en aquellos planes de desarrollo que les afecten.
- La ausencia de regulación legal no puede ser justificación de la no aplicación de los derechos fundamentales.
- Los procesos de consulta deben permitir la realización de un “diálogo intercultural”.
- Al reconocerse la identidad de estas comunidades, se “pretende la integración de los pueblos indígenas” con mayor justicia. Se trata de integrar lo pluricultural.
- El diálogo intercultural busca el “respeto de las diversas manifestaciones culturales”.
- Las características del “derecho a la consulta previa” (como son: “la Buena Fe, la flexibilidad, el objetivo de alcanzar un acuerdo, la transparencia y la implementación previa del proceso de consulta”).

- El contenido amparado en la Constitución del “derecho a la consulta previa” (“el acceso a la consulta, el respeto de las características esenciales del proceso de consulta y la garantía del cumplimiento de los acuerdos arribados en la consulta”)
- La necesidad de que exista, entre otras, una etapa de negociación.
- El alcance de la consulta incluye “no solo a las comunidades directamente afectadas en los territorios objeto de explotación y/o exploración”, sino también a los pueblos próximos.
- Pueden ser objeto de consulta tanto la exploración como la explotación.
- El “derecho a la consulta” habilita a la consecución de otros derechos que se reconocen a estos pueblos.
- El “derecho a la consulta previa” viene a ser un derecho fundamental.
- Existen conflictos en ciernes que requieren una “pronta actuación normativa e institucional” de parte de la institución que debe llevar adelante la implementación del “derecho a la consulta previa”.
- El “derecho a la consulta previa permite que a través del diálogo intercultural, los pueblos indígenas sean tomados en cuenta al momento de la adopción de medidas que puedan afectar sus derechos o intereses”. Otorga la legitimidad que las decisiones de Estado necesitan para que gocen de permanencia con el transcurrir del tiempo y evita el desarrollo de futuros conflictos.
- La distinción que existe del “derecho a la consulta previa” con el “derecho a la participación”.
- En torno a los “derechos colectivos de los pueblos indígenas”.
- Criterios concernientes al ejercicio del “derecho a la consulta previa”, por ejemplo, la “exigibilidad del derecho a la consulta” que guarda relación con el inicio de la vigencia del Convenio Nº 169 en nuestro país.
- La “Declaración de Derechos de los Pueblos Indígenas” debe ser considerada como soft law, como guía de principios.
- El reconocer a estas comunidades como personas jurídicas está condicionado únicamente al cumplimiento de los requisitos expresados en el Convenio Nº 169.
- La acción de amparo, vía correcta para exigir la no aplicación de normas autoaplicativas.
- La entidad a cargo de la consulta previa debería, entre otros, facilitar el diálogo, “coordinar la protección efectiva de los líderes y comunidades indígenas o nativas que se encuentren en peligro por su participación en el procedimiento de consulta previa, y canalizar las demandas realizadas por las comunidades indígenas”.
- La consulta es permanente durante la elaboración e implementación de la medida. Se debe mantener el dialogo constante.
- Obligación de otorgar medidas compensatorias a estas comunidades.
- Imposibilidad de limitar la consulta previa a un listado acotado de procedimientos administrativos.

En esta Tesis se ha desarrollado cada uno de estos temas, todos los cuales han contribuido al desarrollo del “derecho a la consulta previa” en nuestro país. Como ya mencionamos aquellas

sentencias que fueron emitidas por el Tribunal anteriormente a la emisión de la “Ley de la consulta previa” así como de su Reglamento han contribuido de manera manifiesta al desarrollo tanto de estas dos normas, sirviendo así para la ejecución de más de 70 procesos de consulta previa durante estos últimos años (Defensoría del Pueblo, 2022).

VI.1.2. “SOBRE LOS ASPECTOS QUE HAN DEVENIDO EN UN DESMEDRO DEL DESARROLLO DEL DERECHO A LA CONSULTA PREVIA EN EL PERÚ”

Sin embargo, a través de las Sentencias del “Exp. N° 1171-2019-PI/TC” (noviembre 2021) y del “Exp. N° 03066-2019-PA/TC” (enero 2022), el TC ha variado un par de los criterios anteriormente señalados en torno a la consulta previa en un sentido que, a todas luces, significa un retroceso sobre la misma jurisprudencia previamente emitida por el TC.

En base a lo señalado en el acápite IV.7.1.9. de la presente Tesis, a nuestro entender, los criterios que han variado vendrían a ser:

- El Convenio N° 169 “no tiene rango constitucional”.
- El “derecho a la consulta previa” no se trata de un derecho fundamental. Entonces, para la defensa de este derecho no corresponde iniciar un proceso constitucional a través de una acción de amparo.

En general, consideramos que lo expresado por el TC en estas dos últimas sentencias mencionadas va en contra de su misma jurisprudencia sostenida a lo largo de años, siendo contradictorio con lo que nuestra misma Constitución establece.

A continuación pasaremos a evaluar los aspectos contenidos en la misma y que tienen que ver con el “derecho a la consulta previa”, enfatizando en la jurisprudencia que el mismo TC ha venido desarrollando al respecto.

a) Respetto al rango constitucional del Convenio N° 169, entre otros Tratados sobre Derechos Humanos, de conformidad a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional⁶⁵

El Fundamento 61 de la “Sentencia del Exp. N° 00047-2004-AI/TC” señala que “las normas constitucionales y las normas con rango constitucional” involucran, aparte de la Carta Magna y las leyes de reforma constitucional, a los “Tratados de derechos humanos”. Además, tenemos que en el Fundamento 26 de la “Sentencia del Exp. N° 0025-2005-PI/TC” y “0026-2005-PI/TC (acumulados)”, se afirma que “los tratados internacionales sobre derechos humanos no sólo conforman nuestro ordenamiento sino que, además, ostentan rango constitucional”.

Sobre el particular, en el Fundamento 29 de la sentencia anteriormente citada, se indica que según al artículo 3 de nuestra Carta Magna:

(...) el catálogo de derechos constitucionales no excluye "otros de naturaleza análoga" o que "se fundan" en determinados principios fundamentales del ordenamiento constitucional. Es decir, existe otro conjunto de derechos constitucionales que está comprendido tanto por "derechos de naturaleza análoga" como por los que se infieren de los principios fundamentales.

⁶⁵ En el acápite IV.7.1.1. de la presente Tesis, al analizar lo que se sostiene en la “Sentencia del Exp. N° 03343-2007-PA/TC”, hemos tratado como esta sentencia contribuyó en reconocer que los tratados internacionales sobre “derechos humanos tienen rango constitucional”, tal cual se manifiesta en el Fundamento 26 de la “Sentencia N° 0025-2005-PI/TC y 0026-2005-PI/TC (acumulados)”.

Son parte de estos derechos “de naturaleza análoga”, los tratados internacionales sobre derechos humanos en los cuales nuestro país viene a ser una de las partes y que forman parte de nuestro ordenamiento. Consecuentemente estos tratados, expresan derechos de naturaleza “constitucional”. (“Exp. N° 0025-2005-PI/TC y 0026-2005-PI/TC acumulados”, Fundamento 30)

Esta posición se fortalece al considerar el artículo 57 de nuestra Constitución, el cual expresa que: “Cuando el tratado afecte disposiciones constitucionales debe ser aprobado por el mismo procedimiento que rige la reforma de la Constitución, antes de ser ratificado por el Presidente de la República”. Así, podemos concluir que si la reforma constitucional es el mecanismo que se debe utilizar cuando alguna disposición del tratado afecte disposiciones señaladas en la Constitución, eso se debe a que las disposiciones señaladas por estos tratados tienen, efectivamente, rango constitucional.

De la misma forma se puede mencionar a la Cuarta Disposición Final y Transitoria de nuestra Carta Magna, la cual señala, en relación a la forma de interpretar los derechos fundamentales, que: “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”. Entonces, si estos instrumentos del derecho internacional se utilizan para interpretar los derechos fundamentales señalados en nuestra Carta Magna, es, justamente, porque estos instrumentos (entre otros, los “tratados internacionales sobre derechos humanos”) poseen, efectivamente, “rango constitucional”.

El mismo TC, refiriéndose a los “tratados internacionales de derechos humanos”, había señalado:

El rango constitucional que detentan trae consigo que dichos tratados están dotados de fuerza activa y pasiva propia de toda fuente de rango constitucional; es decir, *fuerza activa*, conforme a la cual estos tratados han innovado nuestro ordenamiento jurídico incorporando a éste, en tanto derecho vigente, los derechos reconocidos por ellos, pero no bajo cualquier condición, sino a título de derechos de rango constitucional. Su *fuerza pasiva* trae consigo su aptitud de resistencia frente a normas provenientes de fuentes infraconstitucionales, es decir, ellas no pueden ser modificadas ni contradichas por normas infraconstitucionales e, incluso, por una reforma de la Constitución que suprimiera un derecho reconocido por un tratado o que afectara su contenido protegido. Los tratados sobre derechos humanos representan en tal sentido límites materiales de la propia potestad de reforma de la Constitución. (Exp. N° 0025-2005-PI/TC y 0026-2005-PI/TC acumulados, Fundamento 33)

En consecuencia, no solo estos tratados han incorporado al ordenamiento legal peruano los derechos reconocidos por ellos, sino, adicionalmente, estos mismos derechos contienen una fuerza de resistencia tal que no puedan ser modificados y/o limitados por, incluso, el mecanismo de reforma constitucional.⁶⁶

⁶⁶ Un ejemplo de cómo estos “tratados de derechos humanos tienen rango constitucional”, lo encontramos en la “Sentencia del Exp. N° 0025-2005-PI/TC” y “0026-2005-PI/TC (acumulados)”, en la cual observamos que en relación al “derecho de acceso a la función pública”, el TC se pronunció en el sentido de que se trataba de un derecho fundamental porque se encontraba estipulado en la “Convención Americana sobre Derechos Humanos” y en el “Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos”. (Fundamentos 34-37)

Tomando como base lo señalado anteriormente en relación al fundamento 33 de la “Sentencia del Exp. Nº 0025-2005-PI/TC” y “0026-2005-PI/TC (acumulados)”, en el Fundamento 9 de la “Sentencia del Exp. 0022-2009-PI/TC” se indica, en relación al Convenio Nº 169, que teniendo en consideración al artículo V del Título Preliminar del CPC, este Convenio vendría “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.”

Debemos considerar, además, que los derechos constitucionales que gozan de protección mediante los procesos normados en el CPC deben:

(...) interpretarse de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos, los tratados sobre derechos humanos, así como con las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según tratados de los que el Perú es parte. En caso de incompatibilidad entre una norma convencional y una constitucional, los jueces preferirán la norma que más favorezca a la persona y sus derechos humanos. (Instituto de Defensa Legal, 2022)

Tenemos entonces que, de conformidad a la jurisprudencia del TC, y, en base a “una interpretación sistemática” de la Carta Magna, las normas constitucionales involucran, además a los “tratados internacionales sobre derechos humanos”.

Por tanto, el reconocimiento del rango constitucional que tendría un tratado, en este caso el Convenio Nº 169, “implica que sus derechos se incorporan al ordenamiento constitucional”. (Ruíz, 2022)

Por otro lado, como parte del Fundamento del Voto Singular del Magistrado Sardón de Taboada correspondiente a la “Sentencia del Exp. Nº 1171-2019-PA/TC”, se cuestiona el hecho de que el Convenio Nº 169 fue aprobado por el Perú⁶⁷ “antes de que entrara en vigor la Constitución” actual. Si bien es correcto lo mencionado por el Magistrado, es menester tomar en consideración que el mencionado Convenio, se ratificó recién en enero de 1994 por el Poder Ejecutivo y fue hecho de conocimiento de la OIT mediante el depósito de ratificación el 2 de febrero de 1994. Este Convenio “entró en vigor 12 meses después de la fecha en que nuestro país registró la ratificación, esto es, desde el 2 de febrero de 1995, de acuerdo al artículo 38.3 del Convenio” y según lo indicado en el Fundamento 23 de la “Sentencia del Exp. Nº 0025-2009-PI/TC”. Se puede concluir entonces, que aunque el Convenio Nº 169 fue aprobado por el Perú antes de la entrada en vigor de nuestra Carta Magna, este Convenio recién entra en vigor en febrero de 1995, es decir, posteriormente al inicio de la vigencia de la Carta Magna de 1993.

Adicionalmente, es necesario recordar la existencia de varios “tratados internacionales en materia de derechos humanos”, los cuales nuestro Estado ha aprobado y que han sido ratificados con anterioridad al inicio de la vigencia de nuestra última Carta Magna. Así, tal cual lo señalan García Belaunde, D. y Palomino Manchego, J. F. (2013), el Estado ha reconocido “como parte de su ordenamiento jurídico y vinculante para los funcionarios, autoridades o ciudadanos”, entre otros, los siguientes “tratados internacionales de derechos humanos”:

a) “Declaración Universal de los Derechos Humanos (aprobada por resolución legislativa 13282 del 24 de diciembre de 1959)”.

⁶⁷ Según lo señalado por la Resolución Legislativa Nº 26253.

- b) “Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (aprobada en la Novena Conferencia Interamericana de Bogotá de 2 de mayo de 1948)”.
- c) “Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (aprobado por decreto ley 22128 del 28 de marzo de 1978)”.
- d) “Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (aprobado por decreto ley 22129 del 11 de julio de 1978 y Constitución de 1979)”.
- e) “Convención Americana de Derechos Humanos o «Pacto de San José» por haberse discutido y sancionada en la capital de Costa Rica (aprobada por decreto ley 22231 de 11 de julio de 1978 y Constitución de 1979)”.
- f) “Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (aprobada por resolución legislativa 23432 de 4 de junio de 1979)”.
- g) “Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes (aprobada por resolución legislativa 24815 de 12 de junio de 1988)”.
- h) “Convención sobre los Derechos del Niño (aprobada por resolución legislativa 25278 de 3 de agosto de 1990)”. (p. 228)

Así, si bien es cierto que el Convenio N° 169 fue aprobado antes de la entrada en vigor de nuestra Carta Magna, ello no significa, de modo alguno, que el mencionado Convenio carecería de rango constitucional. Al respecto, se debe tomar en cuenta que en el Fundamento 27 de la “Sentencia del Exp. N° 0025-2005-PI/TC” y “0026-2005-PI/TC (acumulados)”, se resalta el hecho de que el artículo 105 de la anterior Constitución ya reconocía “jerarquía constitucional a los tratados internacionales de derechos humanos”; y que, aunque la Constitución vigente no menciona literalmente lo mismo, se puede arribar a esa misma conclusión a partir de “una interpretación sistemática de sus disposiciones”.

El TC lo expresa muy claramente, así, en el Fundamento 23 de la “Sentencia del Exp. N° 5427-2009-PI/TC” se sostiene el rango constitucional de este Convenio, y que justamente por ello, existía la obligación estatal de desarrollarlo normativamente. Es más, en este Fundamento se señala que:

(...) tras dicha obligación, se encuentra la garantía de los derechos fundamentales de un grupo que goza de especial protección constitucional como los pueblos indígenas y que se presenta además como de gran relevancia constitucional, dado el delicado conflicto social que en los últimos años ha estado nuestro país por la falta de capacidad institucional para armonizar los derechos y legítimos intereses de estas comunidades y el interés estatal también legítimo de promoción de la inversión privada.

Podemos concluir, en consecuencia, que la jurisprudencia del TC reconoce que el Convenio N° 169 posee rango constitucional.

Junto con el reconocimiento del rango constitucional que tendría el Convenio N° 169, aunado a ello, un tema muy importante es el relacionado al Control de Convencionalidad y lo que sobre el particular nos señala la jurisprudencia de la CIDH. Así, García Belaunde, D. y Palomino Manchego, J. F. (2013) señalan que el “control de convencionalidad presupone la interrelación de los tribunales nacionales y los tribunales internacionales en materia de derechos humanos”. Esta interrelación puede producirse tanto a nivel internacional y nacional. Al nivel “interno, esta modalidad se despliega en sede nacional, y se encuentra a cargo de los magistrados locales”. Y

la misma comprende la “obligación de verificar la adecuación de las normas jurídicas internas que aplican en casos concretos, a la CADH (y otros instrumentos internacionales en el área de los derechos humanos), y a los estándares interpretativos que la Corte ha formulado a través de su jurisprudencia.” (p. 224)

Como sabemos, el TC, entre otros, expresó que el “derecho a la consulta” vendría a ser “un derecho fundamental reconocido a los pueblos indígenas en un tratado internacional” (Exp. N° 5427-2009, Fundamento 46). Además, este mismo Tribunal ha expresado que:

Los derechos fundamentales reconocidos por nuestra Constitución, deben ser obligatoriamente interpretados de conformidad con los tratados y los convenios internacionales sobre derechos humanos ratificados por el Perú y en concordancia con las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según tratados de los que el Perú es parte (Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución y artículo V del Título Preliminar del CPC).

En tal sentido, el ejercicio interpretativo que realice todo órgano jurisdiccional del Estado (o que desempeñe funciones materialmente jurisdiccionales), para determinar el contenido constitucionalmente protegido de los derechos fundamentales, debe estar obligatoriamente informado por las disposiciones de los tratados internacionales de derechos humanos y por la interpretación de las mismas realizada por los tribunales internacionales sobre derechos humanos a través de sus decisiones. (Exp. N° 01458-2007-PA/TC, Fundamento 3)

Considerando lo señalado por el TC en los dos párrafos anteriores, podemos concluir que la jurisprudencia de la CIDH debería siempre considerarse al momento de emitir pronunciamiento en relación a derechos fundamentales, como es el “derecho a la consulta previa”.

Al respecto, en el Fundamento 211 de la “Sentencia de 08 de octubre de 2015 sobre el Caso Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus Miembros Vs. Honduras, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas”, la CIDH advierte “la relevancia de la debida interpretación de la legislación y aplicación del control de convencionalidad, a la luz de la jurisprudencia de la Corte y estándares internacionales aplicables, a fin de garantizar los derechos de la propiedad colectiva indígena y tribal.” (Subrayado nuestro)

En el Fundamento 346 de esta última sentencia, la CIDH recuerda que para “la interpretación de la normativa aplicable en materia indígena, los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles, están en la obligación de ejercer un control de convencionalidad” teniendo “en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última (sic) de la Convención Americana”. (Subrayado nuestro)

De conformidad al Fundamento 311 de la Sentencia sobre el “Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas”, existe la obligación “cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana de Derechos Humanos”, de que quienes juzgan estén sometidos a esta Convención.

Siguiendo lo señalado en esta sentencia mencionada, se debe “tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.”⁶⁸ Esta Interpretación la realiza la CIDH a través de su jurisprudencia.

Habiendo quedado clara la obligación de parte del TC de verificar que se debe tomar en consideración lo señalado por la jurisprudencia emitida por la CIDH, corresponde revisar lo expresado por esta última en torno a la naturaleza del “derecho a la consulta previa”.

Así tenemos que en el Fundamento 222 de la sentencia anteriormente citada sobre el “Caso Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus Miembros Vs. Honduras. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas”, se señala refiriéndose a la reglamentación realizada por Honduras y que contravendría el “derecho a la consulta previa”, que:

(...) dicha regulación carecería de la precisión necesaria de los estándares analizados sobre el derecho a la consulta, particularmente con lo señalado en Caso Pueblo Saramaka Vs. Suriname y Caso del Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador, según los cuales la consulta debe realizarse en las primeras etapas del proyecto; es decir, de forma previa a la autorización programas de prospección o exploración con las salvedades antes expuestas (...). No obstante, la Corte ha señalado que la consulta además de constituir una obligación convencional es también un principio general del derecho internacional, que los Estados deben de cumplir, independientemente de que esté regulada expresamente en su legislación, (...). (Subrayado nuestro)

Podemos concluir indicando que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional hasta antes de la emisión de las Sentencias de los “Exp. N° 1171-2019-PI/TC” y “Exp. N° 03066-2019-PA/TC” había reconocido que derechos fundamentales (como sería el “derecho a la consulta previa”), se deben interpretar según los “tratados sobre derechos humanos” que tienen ratificación en nuestro país. Asimismo, la misma CIDH ha indicado que aquellos órganos encargados de administrar justicia, a todo nivel, se encuentran obligados a tomar en cuenta las interpretaciones realizadas por la CIDH a través de su jurisprudencia.

Consideramos que con el tiempo el TC rectificará la posición señalada en estas dos sentencias mencionadas y seguirá su anterior camino de desarrollo de del “derecho a la consulta previa”.

b) En relación a que el “derecho a la consulta previa” no es un derecho fundamental, y que por tanto, para su defensa no correspondería iniciar un proceso constitucional a través de una acción de amparo.

En el Fundamento 46 de la “Sentencia del Exp. N° 5427-2009-PI/TC” se señala que el “derecho a la consulta” expresado en el Convenio N° 169 vendría a ser un “derecho fundamental reconocido a los pueblos indígenas en un tratado internacional”. Por otro lado, en el Fundamento 20 de la “Sentencia del Exp. N° 00025-2009-PI/TC”, el TC ha subrayado el valor constitucional de este derecho, así como su relación con los otros derechos que encontramos en la Constitución⁶⁹.

⁶⁸ Algo similar se señala en la “Sentencia del 26 de septiembre de 2006 sobre el Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)”.

⁶⁹ Tal cual lo señala el Magistrado Espinosa-Saldaña Barrera en el Fundamento de su Voto singular correspondiente a la “Sentencia del Exp. N° 3066-2019-PA/TC”.

En esa misma línea, considerando el derecho constitucional comparado en América Latina y la jurisprudencia de la CIDH, la consulta previa se enmarcaría en el rango de los derechos fundamentales, cuya precisión puede variar según el criterio interpretativo de cada órgano judicial interno o supranacional. (Cerqueira, 2017, p. 69)

Tenemos entonces, que, considerando que este derecho es, efectivamente, un derecho constitucional, es totalmente correcto afirmar que en aquellos casos en que se vulnere el mismo, correspondería iniciar una acción de amparo, según lo regulado en el actual CPC.

VI.1.3. EVALUACIÓN SOBRE EL PROBLEMA GENERAL DE LA TESIS

Entonces, si bien es cierto que debido a las sentencias de los Exp. N° 1171-2019-PI/TC y N° 03066-2019-PA/TC, se ha producido un evidente retroceso en el desarrollo que el Tribunal Constitucional venía realizando en torno al “derecho a la consulta previa”, es también cierto que la jurisprudencia constante y sostenida emitida por este Tribunal desde el 2009 hasta el 2021 ha contribuido al desarrollo de este derecho.

Considerando siempre que el Derecho, como disciplina de estudio, no responde a la lógica de las denominadas ciencias exactas, podemos concluir que, tomando todas las sentencias importantes que han sido emitidas por el TC en relación a este derecho, existe una contribución relevante del Tribunal Constitucional en favor del desarrollo del “derecho a la consulta previa” en el Perú, habiéndose comprobado la hipótesis general presentada.

VI.2. EN RELACIÓN A LOS PROBLEMAS ESPECÍFICOS DE LA TESIS

En relación al problema específico 1 de la presente Tesis:

¿Cuáles son las sentencias del Tribunal Constitucional que han tenido repercusión en el desarrollo del derecho a la consulta previa en el Perú?

Se elaboró la “hipótesis específica 1”:

Se ha podido identificar, tal cual se desarrolla en la presente Tesis, aquellas Sentencias del Tribunal Constitucional que han tenido repercusión en el desarrollo del “derecho a la consulta previa” en el Perú

En relación a la “hipótesis específica” planteada, se ha podido identificar que las siguientes sentencias han contribuido al desarrollo del “derecho a la consulta previa” en nuestro país:

- Sentencia del Exp. N° 03343-2007-PA/TC (20 de febrero de 2009).
- Sentencia del Exp. N° 0022-2009-PI/TC (17 de junio de 2010).
- Sentencia del Exp. N° 06316-2008-PA/TC (30 de junio de 2010).
- Sentencia del Exp. N° 05427-2009-PC/TC (23 de agosto de 2010).
- Sentencia del Exp. N° 0025-2009-PI/TC (17 de marzo de 2011).
- Sentencia del Exp. N° 0024-2009-PI (26 de julio de 2011).
- Sentencia del Exp. N° 02196-2014-PA/TC (21 de agosto de 2019).
- Sentencia del Exp. N° 01717-2014-PC/TC (8 de junio de 2021).

Adicionalmente, también se ha podido identificar las siguientes sentencias que han tenido impacto negativo en el desarrollo de este derecho:

- Sentencia del Exp. N° 1171-2019-PI/TC de fecha 18 de noviembre de 2021.

- Sentencia del Exp. N° 03066-2019-PA/TC de fecha 20 de enero de 2022.

Por tanto, sostenemos que se ha podido comprobar nuestra hipótesis en relación al problema específico 1.

Asimismo, en relación al problema específico 2 de la presente Tesis:

¿Cuál ha sido la influencia de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en las sentencias del Tribunal Constitucional relacionadas al derecho de la consulta previa en el Perú?

Se planteó la hipótesis específica 2:

La influencia de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en las sentencias del Tribunal Constitucional relacionadas al desarrollo del derecho a la consulta previa en el Perú ha sido relevante.

En relación a la hipótesis planteada, revisando la jurisprudencia del TC revisada, se ha podido identificar hasta 02 Sentencias de la CIDH que han influido en los pronunciamientos de nuestro Tribunal Constitucional, así tenemos:

- a) “Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tigni vs. Nicaragua”

Este caso es mencionado en la Sentencia del Exp. N° 03343-2007-PA/TC, en esta se indica que, cuando el artículo 13 del Convenio N° 169 se refiere al término “tierras” en relación a los pueblos indígenas, en realidad se estaría refiriendo a “un dominio espiritual y cultural de la tierra”. (Exp. N° 03343-2007-PA/TC, Fundamento 32)

Asimismo, se observa que el TC analiza, entre otros, el derecho a la libre autodeterminación, señalando que el mismo tiene su base en lo sostenido por la CIDH, expresando que para estos pueblos, el poseer la tierra no se centra en una persona en particular, sino en su pueblo, y que, por tanto, los indígenas por el hecho mismo de su existencia tienen el derecho a vivir libremente, en su propio territorio. Lo fundamental es reconocer el íntimo vínculo que tienen estos pueblos con sus tierras, y que esta relación “debe de ser reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica” (Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tigni vs. Nicaragua, Fundamento 149).

Lo anterior sirve de base para que el TC exprese que, tanto la libre determinación, como la concepción que estos pueblos tienen respecto a sus tierras, vienen a ser la “base para la configuración y sustento del derecho a la consulta previa”. (Exp. N° 03343-2007-PA/TC, Fundamento 33)

- b) “Caso del Pueblo de Saramaka vs. Surinam”

Sobre el particular, en la Sentencia del Exp. N° 03343-2007-PA/TC, se menciona algunos criterios que habrían sido recogidos en la Sentencia del “Caso del Pueblo de Saramaka vs. Surinam”, así expresa:

- “Los pueblos indígenas tienen el derecho a decidir sobre sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo” (Exp. N° 03343-2007-PA/TC, Fundamento 34). Así, deben “participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo susceptibles de afectarles directamente” (Convenio N° 169, artículo 7).

- “Los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados, y en qué medida, (...)”. (Convenio N° 169, artículo 15)
- “La consulta debe realizarse antes de emprender cualquier proyecto relevante que pudiera afectar la salud de la comunidad nativa o su hábitat natural. Para ello debe brindársele la información relativa al tipo de recurso a explotar (...)” (“Exp. N° 03343-2007-PA/TC”, Fundamento 35). Esta información debe entregarse con la debida anticipación. Luego se iniciará “la etapa de participación propiamente dicha, en la que se buscará la dinámica propia del diálogo (...). Finalmente, la consulta planteada a la comunidad nativa tendrá que ser realizada sin ningún tipo de coerción que pueda desvirtuarla”. (“Exp. N° 03343-2007-PA/TC”, Fundamento 35)
- “Los integrantes de los pueblos indígenas tienen derecho de ser titulares de los recursos naturales que han usado” tradicionalmente. (Exp. N° 03343-2007-PA/TC, Fundamento 36)

Asimismo, para el caso de “planes de desarrollo o de inversión a gran escala (...), el Estado tiene la obligación, no solo de consultar a los Saramakas, sino también debe obtener el consentimiento libre, informado y previo de estos, según sus costumbres y tradiciones” (“Pueblo de Saramaka vs. Surinam”, Fundamento 134, citado en el Exp. N° 03343-2007-PA/TC, Fundamento 36)

El TC, entonces, considera en sus decisiones los criterios establecidos por la CIDH, por tanto, sostenemos que se ha podido comprobar nuestra hipótesis en relación al problema específico 2.

VII. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

VII.1. CONCLUSIONES

1. El Convenio N° 169 viene a ser el instrumento que ha proporcionado los fundamentos para el desarrollo constitucional del “derecho a la consulta previa”. Ha sido aprobado por el Perú con Resolución Legislativa N° 26253 del 02 de diciembre de 1993, entrando en vigor desde el 2 de febrero de 1995.
2. El Tribunal Constitucional cumple, entre otros, una función normativa al emitir nuevas guías interpretativas que en un inicio no eran atribuidas a las materias que eran sometidas a su análisis. Asimismo, posee la capacidad de innovar a través de exhortaciones pudiendo originar así, por ejemplo, la emisión de normas reglamentarias cumple, además, una función propedéutica u orientadora dirigida no solo a los operadores del Derecho, sino, en la práctica, a la comunidad en general.
3. Las sentencias de inconstitucionalidad, así como los precedentes vinculantes y la jurisprudencia constitucional representan fuentes del Derecho secundarias, lo cual, significa, además, que sus determinaciones son de obligatorio cumplimiento, en diferentes grados, para el Estado y la ciudadanía en general.
4. Luego de la independencia se inició un proceso de incorporación lenta, pero progresiva de derechos a estos pueblos indígenas. Las causas de esta incorporación fueron, fundamentalmente, la evolución de los derechos humanos a nivel mundial, la veloz modernización de los medios de comunicación social, y la generación de conflictos basados en un modelo económico más liberal.

5. La evolución de los “derechos de los pueblos indígenas”, sea a nivel nacional como internacional se ha producido considerando pasos sucesivos que, uno tras otro, han permitido que este derecho tenga cada vez un mayor desarrollo nutriéndolo de contenido para que, finalmente, se concretice en la emisión del Convenio N° 169.
6. Los enfoques a través de los cuales los sucesivos gobiernos han tratado de relacionarse con los pueblos indígenas han ido variando muy rápidamente en estas últimas décadas, así, se pasó de la pluralidad cultural a la multiculturalidad, y de esta última, a la interculturalidad. La interculturalidad vendría a ser el enfoque a través del cual se busca construir relaciones basadas en el diálogo intercultural, equitativas, entre miembros de universos culturales diferentes. Para alcanzar el enfoque intercultural propugnado por el Estado, la herramienta utilizada por el Estado ha sido principalmente el dialogo intercultural.
7. El Convenio N° 107 adoptado en 1957 viene a ser el “primer instrumento” que trata acerca de la protección que deben tener los pueblos indígenas. Sin embargo, este Convenio tenía un enfoque eminentemente asimilacionista, el cual rápidamente comenzó a ser fuertemente cuestionado hasta ser, finalmente superado por el Convenio N° 169, adoptado por la OIT en junio de 1989. Así, el Convenio N° 169 es redactado en base a un enfoque de interculturalidad, enfoque propio y exclusivo de los pueblos indígenas y, a través del cual desarrolla principalmente dos derechos: “el derecho a la consulta y el derecho a la participación” (entiéndase, indígena).
8. Teniendo en consideración que la génesis del “derecho a la consulta” puede ser hallada en el Convenio N° 169 y que éste puede ser aplicado a los pueblos indígenas, se torna fundamental conocer los criterios que, al respecto, ha señalado la CIDH. De acuerdo a éstos, se debe considerar como pueblo indígena a los pueblos, en la actualidad, que son descendientes de comunidades que radicaban en territorios que, posteriormente, fueron colonizados (por ejemplo, territorios pertenecientes a culturas prehispánicas), y que, además, tienen conciencia de su identidad indígena.
9. La CIDH a través del “Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tigni vs. Nicaragua” y del “Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam” se ha pronunciado, entre otros, en torno al dominio espiritual y cultural que estos pueblos tienen sobre sus tierras, la libre determinación de estos pueblos, su derecho al territorio, la importancia de que se brinde la información concerniente al bien que se explotará, así como las áreas de explotación. Todos estos puntos, desarrollados por la jurisprudencia de la CIDH, han sido recogidos por el Tribunal Constitucional, especialmente en la “Sentencia del Exp. N° 03343-2007-PA/TC”, tal cual ha sido desarrollado con anterioridad. Con ello hemos podido comprobar nuestra hipótesis específica en relación a que la influencia de la jurisprudencia de la “Corte Interamericana de Derechos Humanos” en las sentencias del Tribunal Constitucional relacionadas al desarrollo del “derecho de la consulta previa” en el Perú ha sido relevante.
10. Del universo de sentencias que fueron emitidas por el Tribunal Constitucional en el periodo del 2009 al 2022, hemos realizado un trabajo de búsqueda e identificación de aquellas sentencias que con especial relevancia han tratado acerca del “derecho a la consulta previa”, obteniéndose un total de diez sentencias, de éstas, ocho que hemos considerado que han contribuido de forma relevante al desarrollo del derecho a la consulta previa en nuestro país. Estas ocho sentencias corresponden a los Exp. N° 03343-2007-PA/TC, 0022-2009-PI/TC, 06316-2008-PA/TC, 05427-2009-PC/TC, 0025-

2009-PI/TC, 0024-2009-PI, 02196-2014-PA/TC y 01717-2014-PC/TC. Es importante mencionar que las seis primeras sentencias fueron emitidas antes de que se emita la “Ley del derecho a la consulta previa” y su Reglamento incluso, por lo que existió un considerable lapso de tiempo en el cual la única guía normativa existente en nuestro país en relación al derecho a la consulta era la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Asimismo, recientemente se han emitido las sentencias de los Exp. N° 1171-2019-PI/TC y del Exp. N° 03066-2019-PA/TC, las cuales se han apartado de criterios que el Tribunal Constitucional tenía respecto al derecho a la consulta previa, nos referimos a que el Convenio N° 169 no tiene rango constitucional, que el derecho a la consulta previa no constituiría un derecho fundamental, y que, por tanto, para la defensa del derecho a la consulta previa no corresponde iniciar un proceso constitucional a través de una acción de amparo (somos de la opinión que, con el tiempo, el Tribunal Constitucional revertirá estas dos modificaciones últimas de sus criterios). Por tanto, hemos podido comprobar nuestra hipótesis específica en relación a que se ha podido identificar aquellas sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional que tienen repercusión en el desarrollo del derecho a la consulta previa en el Perú.

11. Hemos podido identificar un total de 26 oportunidades en las cuales estas ocho sentencias han desarrollado temas que, indudablemente, han constituido un avance significativo en la concretización del derecho a la consulta previa y, además, en el desarrollo del Derecho de los pueblos indígenas en nuestro país. Entre los temas más relevantes que han tratado las sentencias analizadas se encuentran: el reconocimiento a nivel constitucional de los tratados internacionales en materia de derechos humanos, las bases del derecho a la consulta previa, las condiciones para el proceso de consulta, la importancia del diálogo intercultural, el reconocimiento del derecho a la consulta como un derecho fundamental, la necesidad de reglamentar el derecho a la consulta previa, la naturaleza permanente que debe tener el derecho a la consulta, la obligación de contar con plazos razonables especialmente en lo referido a la anticipación con que se debe informar a los pueblos indígenas, así como la obligación de otorgar medidas compensatorias a los pueblos indígenas.
12. Habiendo sopesado, de la manera más objetiva posible, aquellos temas que, de conformidad, a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional han contribuido al desarrollo del derecho a la consulta previa en nuestro país *versus* aquellos temas que recientemente han ido en desmedro de este avance, podemos concluir que el balance es positivo y que, por tanto, se ha comprobado nuestra hipótesis principal en el sentido de que las sentencias del Tribunal Constitucional han contribuido de manera relevante al desarrollo del derecho a la consulta previa, lo cual se ve reflejado, entre otros, no solo en el logro de la emisión de la “Ley del derecho a la consulta previa” y su Reglamento, sino en el contenido de los mismos.

VII.2. RECOMENDACIONES

1. En general, debe existir una mayor difusión de los criterios que el Tribunal Constitucional ha desarrollado en materia del Derecho de los pueblos indígenas y especialmente en relación al derecho a la consulta previa no solo entre los operadores del Derecho sino al público en general. Sería importante, por ejemplo, que se conozca el rol que el Tribunal Constitucional cumplió a fin de que se emitan tanto la “Ley del derecho a la consulta previa” como su Reglamento.

2. El mismo Tribunal Constitucional debería rectificar los criterios señalados en las sentencias del Exp. Nº 1171-2019-PI/TC (noviembre de 2021) y del Exp. Nº 03066-2019-PA/TC (enero de 2022), y, así, no se afecte el desarrollo que el derecho a la consulta previa ha tenido en estos últimos años en nuestro país debido a la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional.
3. Especialmente, es necesario que exista una mayor difusión de los últimos criterios emitidos por el Tribunal Constitucional en favor del “derecho a la consulta previa”, como son el hecho de que el diálogo intercultural se debe producir durante todo el proceso de consulta (y no solo en una etapa) y que debe haber una protección real de los líderes de aquellos pueblos que serán consultados. Estos últimos criterios emitidos por el Tribunal Constitucional aún no son recogidos por la “Ley del derecho a la consulta previa” o su Reglamento.

BIBLIOGRAFÍA - REFERENCIAS

Fuentes Bibliográficas

Alva Arévalo, Amelia (2010). El derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas en el Perú. En Rey Tristán, E. y Calvo González, P. (Editores) *200 años de Iberoamérica (1810-2010): Congreso Internacional: Actas del XIV Encuentro de Latinoamericanistas Españoles, 15-18 de setiembre de 2010* (2600-2620). Santiago de Compostela.

Anaya, J. (2012). "Comentarios del Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas en relación con el documento titulado": "Propuesta de gobierno para nueva normativa de consulta y participación indígena de conformidad a los artículos 6° y 7° del Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo". "<http://unsr.jamesanaya.org/docs/special/2012-11-29-unsr-comentarios-a-propuesta-reglamento-consulta-chile.pdf>"

Aranzamendi, L. (2015). *Investigación Jurídica*. Ed. Jurídica Grijley.

Arias, F. (2012). *El Proyecto de Investigación: Introducción a la investigación científica*. Episteme C.A.

Asia Pacific Forum (2013). *La Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas: Manual para las instituciones nacionales de derechos humanos*. https://www.ohchr.org/documents/publications/undripmanualfornhris_sp.pdf

Berreondo, M. (2004). Lecciones del caso Awas Tingni tres años después de la sentencia de la Corte Interamericana. En Melon, M (Editor) *Pueblos en lucha: Raposa Sierra del Sol - Camisea - Awas Tingni – Sarayaku* (55-70). Sergrafic.

Bocanegra Sierra, R. (1982). *El valor de las sentencias del Tribunal Constitucional*. Instituto de Estudios de Administración Local.

Carpizo, Jorge (2009). *El Tribunal Constitucional y sus límites*. Editorial Jurídica Grijley.

Castro Cuba Barineza, I. E. (2019). *Investigar en Derecho, Texto de Apoyo a la Docencia*. "Universidad Andina del Cusco. Escuela de Posgrado". <https://www.uandina.edu.pe/descargas/documentos/epg/investigar-derecho-EPG.pdf>

Centro Amazónico de Antropología y Aplicación Práctica (2017), *¿Cómo va la aplicación de la Consulta Previa en el Perú?: Avances y Retos*, Sonimágenes.

Chuecas Cabrera, A (2006). *El Derecho de los Pueblos Indígenas y Comunidades en el Contexto Histórico del Perú*. <https://documentoskoha.s3-us-west-2.amazonaws.com/13948.pdf>

Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (2010). *Observación CEACR 2018/81*. https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---normes/documents/meetingdocument/wcms_305844.pdf

Defensoría del Pueblo del Perú (2017). *Estándares regionales de actuación defensorial en procesos de consulta previa de Bolivia, Ecuador, Colombia y Perú*. Defensoría del Pueblo del Perú, Lokemp E.I.R.L.

Eto, G. (2011). *El desarrollo del Derecho Procesal Constitucional a partir de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano*. Editorial Adrus.

García Toma, V. (2008). Las sentencias: conceptualización y desarrollo jurisprudencial en el Tribunal Constitucional peruano. La ciencia del Derecho Procesal Constitucional. *Estudios en Homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del Derecho*, Tomo V, 383-411.

Häberle, P. (2000). *Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura*. Tecnos.

Hernández Sampieri, R., Fernández Collado, C. y Baptista Lucio, P. (2014). *Metodología de la investigación*. McGraw-Hill/Interamericana Editores.

Kymlicka, W (1996). *Ciudadanía multicultural*. Ediciones Paidós Ibérica.

Kymlicka, W. (2003). *La política vernácula: nacionalismo. Multiculturalismo y ciudadanía*. Paidós.

Lamo de Espinosa, E. (1995). Fronteras culturales en E. Lamo de Espinosa (Editor). *Culturas, estados, ciudadanos* (pp. 13-80). Alianza.

Landa Arroyo, C. (2011). *Organización y funcionamiento del Tribunal Constitucional. Entre el Derecho y la Política*. Palestra.

Losano, M. G. (1982). *Los grandes sistemas jurídicos*. Ed. Debate.

Martínez Sospedra, M. (1981). *El Tribunal Constitucional como órgano político*. Dirección general de lo contencioso del Estado: el Tribunal Constitucional, II, Instituto de Estudios Fiscales.

Merino Lucero, B. y Lanegra Quispe, I. (2013). *Consulta Previa a los Pueblos Indígenas*. CENTRUM Católica.

Ministerio de Cultura (2015). *Consulta previa: orientaciones para la participación de los pueblos indígenas u originarios*. Tarea Asociación Gráfica Educativa.

Molina Rivero, R. (2011). Los derechos individuales y colectivos en el marco del pluralismo jurídico en Bolivia en Córdor Chuquiruna, E. (Coordinador), *Los Derechos Individuales y Derechos Colectivos en la Construcción del Pluralismo Jurídico en América Latina* (pp. 53-65). Impresores & Editores "Garza Azul".

Moral Soriano, L. (2003). *El precedente judicial*. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A.

Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas (2013). *Los pueblos indígenas y el sistema de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, Folleto informativo, (9)*, Organización de las Naciones Unidas.

Organización de las Naciones Unidas, Consejo Económico y Social (1996). *Documento de trabajo preparado por la Presidenta-Relatora, Erica-Irene A. Daes, sobre el concepto de "pueblo indígena"* (E/CN.4/Sub.2/AC.4/1996/2). <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G96/129/83/PDF/G9612983.pdf?OpenElement>.

Organización de las Naciones Unidas (2010). *Informe Provisional del Relator Especial, Situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas*, A/65/264. <https://undocs.org/pdf?symbol=es/a/65/264>.

Parejo Alfonso, I. (1981). *La prevalencia del Derecho estatal sobre el regional*. Centro de Estudios Constitucionales.

Pérez Luño, A.E. (2000). La universalidad de los derechos humanos en J. A. López García y J. A. Del Real (Coordinadores), *Los derechos: entre la ética, el poder y el Derecho* (pp. 95-110). Dykinson.

Pérez Royo, J. (1998). *Curso de Derecho Constitucional*. Marcial Pons.

Prieto Sanchís, L. (2003). *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*. Trotta.

Programa Buen Gobierno y Reforma del Estado del Perú (2012). *Guía metodológica de “Transversalización del enfoque de interculturalidad en programas y proyectos del sector gobernabilidad a partir de la experiencia del Programa Buen Gobierno y Reforma del Estado” del Perú*. GIZ. <https://centroderecursos.cultura.pe/sites/default/files/rb/pdf/Guia%20metodologica%20de%20transversalizacion%20del%20enfoco%20de%20interculturalidad.pdf>

Quispe Mamaní, M. (2021). *Tribunal Constitucional emite nuevos parámetros que desarrolla el derecho a la consulta previa libre e informada*. <https://www.idl.org.pe/tribunal-constitucional-emite-nuevos-parametros-que-desarrolla-el-derecho-a-la-consulta-previa-libre-e-informada/>

Sagüés, N. (1989). *Derecho procesal constitucional*. Astrea.

Sánchez Carlessi, H. H., Reyes Romero, C. y Mejía Sáenz, K. (2018). *Manual de términos en investigación científica, tecnológica y humanística*. Universidad Ricardo Palma.

Smend, R. (1985) *Constitución y Derecho Constitucional*. CEC.

Snoeck, S. (2013). *Informe “El Derecho a la Participación de los pueblos indígenas en los asuntos que les conciernen”*. http://dar.org.pe/archivos/publicacion/126_Informe_participaci_n_PP11.pdf.

Tibán, L. (2011). Los Derechos de las mujeres en la justicia indígena en Córdor, E. (Coordinador). *Los Derechos Individuales y Derechos Colectivos en la Construcción del Pluralismo Jurídico en América Latina*, (pp. 89-104). Impresores & Editores “Garza Azul”.

Tylor, E.B. (1977). *Cultura primitiva. Los orígenes de la cultura*. Ayuso.

Viana Garcés, A. (2016). *El derecho a la Consulta Previa: echando un pulso a la nación homogénea*. Editorial Pontificia Universidad Javeriana, 2016.

Vargas, K. (2016). Los desafíos del diálogo intercultural en los procesos de consulta previa en Karina, V. (Compiladora), *La Implementación del derecho a la consulta previa en Perú*, (pp. 77-101). Tarea Asociación Gráfica Educativa.

Walsh, C. (2002). (De) Construir la interculturalidad. Consideraciones críticas desde la política, la colonialidad y los movimientos indígenas y negros en el Ecuador en Fuller, N. (Editora), *"Interculturalidad y política: desafíos y posibilidades"*, (pp. 115-142). "Red para el Desarrollo de las Ciencias Sociales en el Perú", PUCP-IEP.

Fuentes Hemerográficas:

Assies, W. (2009). Pueblos indígenas y sus demandas en los sistemas políticos. *Revista CIDOB d'Afers Internacionals*, (85/86), 89-107.

Barnaby Rubio, B (2021). *Derecho a la Consulta previa: contenidos de la última sentencia del Tribunal Constitucional*. https://idehpucp.pucp.edu.pe/opinion_1/derecho-a-la-consulta-previa-contenidos-de-la-ultima-sentencia-del-tribunal-constitucional/

Belotti, F. (2014). Entre bien común y buen vivir. Afinidades a distancia. *Revista de Ciencias Sociales*, 48, 41–54. <https://doi.org/10.17141/iconos.48.2014.1208>.

Bernal Pulido, C. (2015). Derechos Fundamentales en Fabra Zamora, J. y Rodríguez Blanco, V. (Ed.), *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho*, 2, pp. 1571-1594. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3796/24.pdf>

Bustamante Alarcón, R. (2013). "La constitucionalización del arbitraje en el Perú: algunas consideraciones en torno a la relación del arbitraje con la Constitución, los derechos fundamentales y el Estado de derecho". *"Derecho PUC" P*, 72, 387–411. <https://doi.org/10.18800/derechopucp.201302.014>

Cairo, C. D., & Rozo, E. (2006). Políticas de la Identidad, Ciudadanía Intercultural y Reivindicaciones Territoriales Indígenas en dos Localidades Amazónicas. *Universitas Humanística*, (61), 107–134.

Castillo, E. & Vásquez, M. L. (2003). El rigor metodológico en la investigación cualitativa. *Colombia Médica*, (34) 3, 164-167. <https://www.redalyc.org/pdf/283/28334309.pdf>

Cali, Colombia Cerqueira, D. (2017). "Por un fundamento ético-jurídico de la participación diferenciada de los pueblos indígenas en las decisiones estatales". En Quintana, K. y Flores, R. (Coordinadores), *"Los derechos de los pueblos indígenas. Una visión desde el sistema interamericano de protección de los derechos humanos"* (pp. 51-78). "Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro".

Cunningham Kain, M. (2018). Objetivos de Desarrollo Sostenible y pueblos Indígenas: la interculturalidad como requisito de paz y desarrollo. *Tiempo de Paz*, (131), 31–39.

De Asís, R. (2009). Dos desafíos de la teoría de los derechos: inmigración y pluralismo cultural. *Derecho PUCP*, (63) 79–94. <https://doi.org/10.18800/derechopucp.200902.004>

"Defensoría del Pueblo" (05 de marzo de 2022). "Defensoría del Pueblo rechaza sentencia del Tribunal Constitucional que desconoce consulta previa a los pueblos indígenas como derecho fundamental". *Defensoría del Pueblo*. "<https://www.defensoria.gob.pe/defensoria-del-pueblo-rechaza-sentencia-del-tribunal-constitucional-que-desconoce-consulta-previa-a-los-pueblos-indigenas-como-derecho-fundamental/>"

Drnas de Clément, Z. (2019). Libre determinación vs autodeterminación de los pueblos. Situación de los catalanes y de los mapuches [Archivo pdf]. <https://www.acaderc.org.ar/wp-content/blogs.dir/55/files/sites/55/2020/08/libredeterminacionpueblocataluniamapuche.pdf>

Escobar Martínez, L. (2005). Las minorías en la democracia constitucional -el caso español-. *Universitas*, (109), 583-618.

Gálvez Montero, J. (2012). El desarrollo del Derecho Indígena en el Perú. *Revista Peruana de Derecho Constitucional*, (5), 181-201.

García Belaunde, D. y Palomino Manchego, J. F. (2013). El control de convencionalidad en el Perú. *Pensamiento Constitucional*, 18(18), 223-241

Gómez Isa, F. (2018). Los pueblos indígenas y su derecho al desarrollo. *Tiempo de Paz*, (131), 40-47.

Guzmán Brito, A. (2002). Los orígenes de la noción de sujeto de derecho. *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, (24), 151-247. <https://dx.doi.org/10.4067/S0716-54552002002400007>

Instituto de Defensa Legal (4 de marzo de 2022). *Pronunciamiento: El Tribunal Constitucional en contra de la consulta previa*. <https://www.idl.org.pe/pronunciamiento-el-tribunal-constitucional-en-contra-de-la-consulta-previa/>

Iriarte Pamo, N. (2012). Derechos Colectivos de los Pueblos Indígenas. *Revista Peruana de Derecho Constitucional*, (5), 219-231.

Landa Arroyo, C. (2010). Los Precedentes Constitucionales: El Caso del Perú. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, (14), 193-233.

Leff, E. (2004). Racionalidad ambiental y diálogo de saberes: significancia y sentido en la construcción de un mundo sustentable. *Revista: POLIS, Revista Latinoamericana*, 2(7), 2-28. <https://www.redalyc.org/pdf/305/30500705.pdf>

Lizama Valladolid, M. (2014). El Derecho Indígena y su Protección en las Normas Internacionales. *Revista Jurídica "Docentia et Investigatio"*, 16 (1), 153-171.

Londoño S., N. (2007). La obligatoriedad de los principios del derecho en el *common law* de los Estados Unidos. *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, 37 (106), 55-68. <https://www.redalyc.org/pdf/1514/151413530003.pdf>

Mata Solis, L. (2021). Los sujetos de estudio. <https://investigaliacr.com/investigacion/los-sujetos-de-estudio/#:~:text=Los%20sujetos%20de%20estudio%20son,con%20enfoque%20cuantitativo%20o%20cualitativo.>

Monroy Gálvez, J, Alva Orlandini, J., Bernaldes Ballesteros, E. y Castillo Córdova, L. (2009). Tribunal Constitucional del Perú. "Foro Jurídico", (09), 257-275. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/forojuridico/article/view/18537/18777>

Páucar Lino, A. (2019). El bien común en la Constitución Política del Perú de 1993. *Revista Oficial del "Poder Judicial"*, 9(11), 299-324.

<https://revistas.pj.gob.pe/revista/index.php/ropj/article/download/10/476>/Pérez Porto, J. y Merino, M. (2021). *Definición de Propedéutica*. <https://definicion.de/propedeutica/>

Quilaqueo R., D., & Sartorello, S. (2018). Retos Epistemológicos de la Interculturalidad en Contexto Indígena. *Alpha: "Revista de Artes, Letras y Filosofía, (47)"*, 47–61. <https://doi.org/10.32735/S0718-220120180004700163>

Quilaqueo R., D., & Torres C., H. (2013). Multiculturalidad e interculturalidad: desafíos epistemológicos de la escolarización desarrollada en contextos indígenas. *Alpha: "Revista de Artes, Letras y Filosofía, (37)"*, 285-300. http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-22012013000200020&lng=pt&tlng=es.10.4067/S0718-22012013000200020.

Quiroga León, A. (1996). Control «Difuso» y control «Concentrado» en el Derecho Procesal Constitucional peruano. *Derecho PUCP, (50)*, 207-233. <https://doi.org/10.18800/derechopucp.199601.006>

Rivero Mejía, J. (2012). Apuntes sobre el derecho a la libre determinación de nuestros Pueblos Indígenas. *Revista Peruana de Derecho Constitucional, (5)*, 233-253.

Ruíz Molleda, J.C. (02 de marzo de 2022). Grave retroceso conservador de los magistrados del TC: no reconocen convenio 169 OIT. *IUS Latin*. <https://iuslatin.pe/grave-retroceso-conservador-de-los-magistrados-del-tc-no-reconocen-convenio-169-oit%EF%BF%BC/Sánchez>

Solanes, A. (1998). Una respuesta al rechazo racista de la inmigración: la interculturalidad. *Anuario de Filosofía del Derecho*, tomo XV.

Torres, A. (2016). Culturalismo Liberal Y Multiculturalidad en El Perú. Reflexiones Desde La Teoría Política de Will Kymlicka. *Revista Vox Juris, 32(2)*, 55–63.

Zagrebelsky, G. (2001). *¿Derecho Procesal Constitucional?* *Revista Peruana de Derecho Procesal, (IV)*, pp. 399-416.

Zúñiga Castillo M. y Ansión Mallet, J. (1997). *Interculturalidad y educación en el Perú. Foro Educativo*. <https://red.pucp.edu.pe/ridei/wp-content/uploads/biblioteca/inter59.PDF>

Tesis:

Acuña Chávez, A. (2014) *Funciones y Competencias del Tribunal Constitucional Peruano* [Tesis de Maestría, "Pontificia Universidad Católica del Perú"]. https://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/20.500.12404/5437/ACUNA_CHAVEZ_ARACELI_FUNCIONES_COMPETENCIAS.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Angles Yanqui, G. H. (2014) *"Naturaleza y alcance constitucional del consentimiento en el derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas, en los casos de desplazamiento de territorio"* [Tesis de Maestría, "Pontificia Universidad Católica del Perú"].

Blume Rocha, A. (2015) *El Principio de Interpretación conforme a la Constitución como criterio hermenéutico del Tribunal Constitucional* [Tesis de Maestría, Pontificia Universidad Católica del Perú].

Carhuatocto Sandoval, H. O. (2013) *Los derechos constitucionales de los pueblos indígenas en aislamiento voluntario y en contacto inicial en el sector de hidrocarburos en el Perú* [Tesis de Maestría, Universidad Nacional Mayor de San Marcos].

De la Cuba Benitez, A. A. (2017) *La Consulta Previa y la Actividad Minera en el Perú* [Tesis de Maestría, Pontificia Universidad Católica del Perú].

Granados Torres, Y (2018) *El derecho a la consulta de los pueblos indígenas en Costa Rica: análisis de casos* [Tesis de Licenciatura, Universidad de Costa Rica].

Herrera Rodríguez, N. M. (2014) *La Ley del derecho a la consulta previa en el Perú y su Reglamento. La problemática de las comunidades campesinas y nativas* [Tesis de Maestría, Universidad Nacional de San Martín, Argentina].

Moyano García, M. E., Neira Lúcar, C. M., Remolino Rojas, L. E. (2017) *La consulta previa del Reglamento de la Ley Forestal y Fauna Silvestre. Un análisis de la participación de los pueblos indígenas en la toma de decisiones* [Tesis de Maestría, Pontificia Universidad Católica del Perú].

Ramos Montes, C. (2017) *Problemas y posibilidades de la coordinación en el sector público en el proceso de consulta previa del Proyecto de Ley Forestal y de Fauna Silvestre* [Tesis de Maestría, Pontificia Universidad Católica del Perú].

Valdivia Linares, J. D. (2017) *La Consulta Previa en el Perú: El estudio de los roles del Estado, los pueblos indígenas y las empresas privadas* [Tesis de Licenciatura, Universidad Ricardo Palma].

Vega Rodríguez, A. (2012) *Consulta Previa a pueblos indígenas y tribales: Análisis y propuesta de legislación* [Tesis de Maestría, Universidad Nacional de Colombia].