2

SERIE:
CUADERNOS DE
JURISPRUDENCIA
(NUEVA ÉPOCA)

Lima, Abril 2022

ESTADO MULTICULTURAL Y PUEBLOS INDÍGENAS U ORIGINARIOS

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ
CENTRO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES

SERIE: CUADERNOS DE JURISPRUDENCIA (NUEVA ÉPOCA)

Estado Multicultural y Pueblos Indígenas u Originarios

© Tribunal Constitucional del Perú
Dirección de Publicaciones y Documentación
del Centro de Estudios Constitucionales
Los Cedros 209 - San Isidro - Lima

Primera edición: abril de 2022

Depósito Legal: 2022-03380

Diagramación:

Queda prohibida la reproducción total o parcial de esta obra sin el consentimiento expreso de los titulares del copyright.

Tribunal Constitucional del Perú

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ

Presidente
Augusto Ferrero Costa

Vicepresidente
José Luis Sardón de Taboada

Magistrados
Manuel Miranda Canales
Ernesto Blume Fortini
Carlos Ramos Núñez (+)
Marianella Ledesma Narváez
Eloy Espinosa-Saldaña Barrera

CENTRO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES

Directora General
Magistrada Marianella Ledesma Narváez

Director de Publicaciones y Documentación
Javier A. Adrián Coripuna

Tribunal Constitucional del Perú

Los Cuadernos de Jurisprudencia del Tribunal Constitucional del Perú forman parte de una serie de publicaciones que pretenden dar cuenta, progresivamente, de la jurisprudencia temática más relevante del Tribunal Constitucional en sus 25 años de vida institucional. Ha sido seleccionada de modo específico para conocer los principales contenidos jurisprudenciales sobre un determinado derecho fundamental o un eje temático de relevancia constitucional. Cada uno de los cuadernos tiene la siguiente utilidad: 1. Para los ciudadanos y ciudadanas, les muestra, desde diferentes perspectivas, cómo el Tribunal Constitucional protege los derechos fundamentales. 2. Para los operadores jurídicos (jueces, fiscales, personal administrativo, árbitros, abogados, partes procesales, etc.), les ayuda a resolver de mejor forma los problemas que sobre determinados derechos fundamentales se les presentan al resolver sus casos. 3. Para los investigadores y profesores de la especialidad, les muestra, de un modo técnico también, el desarrollo jurisprudencial del contenido de los derechos, sus límites, la ponderación con otros derechos y las diferentes formas argumentativas respecto del derecho fundamental o eje temático elegido.

Tanto los títulos y subtítulos de los cuadernos han sido puestos a fin de orientar en la lectura y no coinciden necesariamente con aquellos que aparecen en las sentencias del Tribunal Constitucional. Asimismo, no se consignan las citas bibliográficas o referencias a jurisprudencia comparada, que a veces utiliza el Tribunal, pero se da cuenta de su existencia para que pueda ser revisada en la versión completa que aparece en la página web del Tribunal: www.tc.gob.pe. De otro lado, en algunos casos se menciona al magistrado o magistrada ponente del caso. Esto sólo se hace en expedientes a partir del año 2019 en que recién se autoriza la publicación de los ponentes en cada caso. Así también, para efectos de mejor orientación del lector, cada caso siempre es citado por el número de "Expediente" y, adicionalmente, cuando exista, el número de "Sentencia". Esta numeración de sentencias recién aparece desde el año 2020.

La elaboración del presente cuaderno ha contado con el importante aporte de la asesora Vanessa Tassara Zevallos y el apoyo de todo el equipo de la Dirección de Publicaciones y Documentación del Centro de Estudios Constitucionales.

Tribunal Constitucional del Perú

INDICE

Presentación..... 8

ASPECTOS GENERALES

1. El contenido cultural de la Constitución peruana..... 10

1.1 Consecuencias del reconocimiento del elemento cultural en la Constitución..... 12

1.2 Sobre el deber estatal de promover la cultura 13

1.2.1 Criterios constitucionales que debe observar el Instituto Nacional de Cultura para calificar un espectáculo como "cultural"..... 14

1.3 Patrimonio cultural..... 16

1.3.1 Patrimonio cultural material e inmaterial..... 16

1.3.2 La hoja de coca como patrimonio cultural inmaterial del Perú..... 18

1.3.2.1 Cultivo y consumo de la hoja de coca en el Perú como tradición histórica 18

1.3.2.2 Régimen de protección especial que exige la hoja de coca dada su condición de patrimonio cultural inmaterial..... 20

1.3.2.3 La hoja de coca como patrimonio que contribuye al desarrollo económico 21

2. El Perú como Estado multicultural 21

2.1 El significado del multiculturalismo..... 21

2.2 El multiculturalismo y la plurietnicidad como elementos esenciales de la Constitución peruana..... 22

2.3 Medidas normativo-constitucionales orientadas a proteger la pluralidad étnica y cultural existente en la Nación 23

2.4 Consecuencias del reconocimiento del Perú como un Estado multicultural y pluriétnico..... 24

3. Principios de tolerancia y de pluralismo, y el valor de la diversidad cultural..... 26

3.1 La tolerancia como principio rector de las democracias 26

3.2 Tolerancia, pluralismo y respeto por la diversidad cultural como valores que residen en el principio democrático..... 27

3.3 La tolerancia a la diversidad como valor inherente a la Constitución y como contenido implícito del principio de igualdad..... 28

3.4 Significado y alcances de los sentidos descriptivo y prescriptivo del principio de pluralismo 28

Tribunal Constitucional del Perú

3.5 El contenido del pluralismo como pieza fundamental del Estado constitucional y democrático de Derecho 29

4. Pueblos Indígenas y Comunidades Campesinas y Nativas 32

4.1 Alcances sobre la distinción entre las denominaciones "pueblos indígenas" y "comunidades campesinas y nativas" 32

4.2 Desarrollo y evolución del tratamiento legal de las Comunidades Campesinas y Nativas en el ordenamiento jurídico peruano 34

4.3 Naturaleza jurídica de las Comunidades Campesinas y Nativas 37

4.4 Personería jurídica de las Comunidades Campesinas y Nativas 39

4.5 El Poder Ejecutivo como el órgano competente para reconocer a los Pueblos Indígenas 39

4.6 Sobre la importancia de adoptar medidas institucionales tendentes al reconocimiento de los pueblos indígenas y las consecuencias que se derivan de ello 44

5. El pluralismo jurídico y su reconocimiento constitucional 44

5.1 Sobre el reconocimiento constitucional de la jurisdicción comunal 44

5.2 Significado y alcances de la autonomía jurisdiccional reconocida a las Comunidades Campesinas y Nativas 45

5.3 Límites y alcances aplicables al ejercicio de la función jurisdiccional reconocido a las Comunidades Campesinas y Nativas 46

5.4 Los derechos fundamentales como límite al ejercicio de la función jurisdiccional de las Comunidades Campesinas y Nativas 50

5.5 El significado de los derechos fundamentales en el ámbito de la jurisdicción comunal ... 51

5.6 Sobre la potestad sancionadora de las Comunidades Campesinas y Nativas 52

5.7 Alcances sobre el ejercicio del poder punitivo de las Comunidades Campesinas y Nativas 53

5.8 Relaciones entre la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción comunal desde el enfoque intercultural y de respeto a los derechos fundamentales 55

5.9 La aprobación de una ley de coordinación entre la jurisdicción comunal y la jurisdicción ordinaria como mandato constitucional incumplido 58

5.10 El rol de las Rondas Campesinas en la jurisdicción comunal conforme a lo establecido por la Constitución 59

Constitución, Derechos Fundamentales y Pueblos Indígenas u Originarios

1. Protección de los derechos de los pueblos indígenas u originarios en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos 61

1.1 Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (DUNDPI) 61

Tribunal Constitucional del Perú

1.1.1 Alcances sobre la vinculación y la aplicación de la DUNDPI en el sistema jurídico peruano 61

1.2 Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) 62

1.2.1 Convenio 169 de la OIT como norma de derecho interno 62

1.2.2 Rango constitucional del Convenio 169 de la OIT 62

1.2.3 Sobre la aplicación del Convenio 169 de la OIT en el ordenamiento jurídico peruano 63

1.2.4 Sobre la facultad estatal de conservar el dominio de los recursos naturales conforme a lo establecido en el Convenio 169 de la OIT 64

2. Derechos a la identidad étnica y a la identidad cultural 66

2.1 Derecho a la identidad étnica como especie del derecho a la identidad cultural 67

2.2 Manifestaciones del derecho a la identidad étnica 66

3. Derecho a usar el propio idioma 67

3.1 Sobre la protección constitucional de la diversidad lingüística 67

3.2 Derecho a usar el propio idioma ante las autoridades mediante intérprete como expresión del derecho a la identidad cultural 70

3.3 Sobre la prohibición de discriminación a las personas que usen un idioma distinto al castellano ante cualquier autoridad en las zonas donde este no predomine 72

3.4 Actos estatales de discriminación por indiferenciación lesivos del derecho a usar el propio idioma ante la autoridad y de la libertad de trabajo 73

4. Derecho a la libre autodeterminación de los pueblos 76

4.1 Significado y alcances del derecho a la libre autodeterminación de los pueblos 76

4.2 La libre autodeterminación de los pueblos como base para la configuración y sustento del derecho a la consulta previa 76

4.3 La especial protección que exige la libre autodeterminación de los Pueblos Indígenas en situación de aislamiento y de contacto inicial (PIACI) 76

5. Derecho a la propiedad del territorio indígena 79

5.1 El concepto de territorio según el Convenio 169 de la OIT 79

5.2 Consideraciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre el territorio indígena 80

5.3 El abandono del territorio como práctica cultural de los pueblos indígenas 82

5.4 Sobre la obligación estatal de delimitar los territorios indígenas 82

5.5 Sobre el derecho a la propiedad comunal del territorio indígena 83

5.6 Sobre la garantía de la propiedad del territorio indígena 86

5.7 El beneficio compartido como indemnización frente a la expropiación del territorio indígena 88

6. Derecho a la consulta previa 89

6.1 Fundamentos del derecho a la consulta previa 89

Tribunal Constitucional del Perú

6.2 El derecho a la consulta previa como concretización del artículo 2 inciso 17 de la Constitución 90

6.3 Derecho a la consulta previa como diálogo intercultural 90

6.4 Naturaleza colectiva del derecho a la consulta previa 92

6.5 Sobre la exigibilidad del derecho a la consulta previa 93

6.6 Contenido constitucionalmente protegido del derecho a la consulta previa 94

6.7 Elementos y características del derecho a la consulta previa 94

6.8 El derecho a la consulta previa no implica el veto a las medidas 98

6.9 El derecho a la consulta previa como derecho exclusivo de los pueblos indígenas 99

6.10 Criterios a seguir para el desarrollo de la consulta previa 99

6.11 Etapas del proceso de consulta previa 100

6.12 Medidas legislativas que pueden afectar directamente a los pueblos indígenas y cuyo contenido exige la realización de una consulta previa 101

7. Derechos constitucionales de naturaleza procesal 102

7.1 Legitimación activa de las Comunidades Campesinas y Nativas en el proceso constitucional de amparo 102

7.2 *Actio populis* para tutelar los derechos fundamentales de las comunidades no contactadas o en aislamiento voluntario 104

7.3 Derecho de las personas analfabetas a ser asistidas por un abogado y a recibir una debida defensa acorde a su condición 105

7.4 Derecho al debido proceso 107

8. Derecho al honor 112

8.1 Tutela constitucional al derecho al honor de las Comunidades Campesinas y Nativas 112

Sentencias referidas en el presente Cuaderno de Jurisprudencia 115

Tribunal Constitucional del Perú

Presentación

El presente cuaderno forma parte de la Serie: "Cuadernos de Jurisprudencia" (Nueva Época) que el Centro de Estudios Constitucionales (CEC) del Tribunal Constitucional del Perú publica con el propósito que la ciudadanía en general y la comunidad jurídica en particular conozca cuáles son sus principales orientaciones jurisprudenciales en distintos temas de relevancia constitucional. Estos cuadernos no solo abordan el significado y alcance de los derechos fundamentales reconocidos por nuestro ordenamiento jurídico, sino también están referidas al funcionamiento institucional del Estado.

La Dirección General del CEC ha considerado que este número esté dedicado a exponer los alcances del reconocimiento constitucional del Perú como un Estado multicultural, así como los derechos fundamentales de los pueblos indígenas y que el Tribunal Constitucional ha venido tutelando en el marco de la labor jurisdiccional que realiza. Con dicho propósito, ha llevado a cabo el proceso de sistematización sobre la base del trabajo jurisprudencial que en materia de Pueblos Indígenas u Originarios el Tribunal Constitucional ha desarrollado hasta fines de enero de 2022.

El pluralismo como uno de los principios fundamentales del Estado constitucional es expresión de la diversidad característica de las sociedades actuales. En el caso de nuestro ordenamiento jurídico constitucional, el pluralismo se ve materializado en el reconocimiento del principio-derecho de igualdad (artículo 2, inciso de la Constitución), pues este, además de prohibir todo trato diferente que sea arbitrario o que esté basado en consideraciones contrarias a la igual dignidad de las personas, también tiene como contenido el respeto a las diferencias.

A partir de esta premisa, el Tribunal Constitucional ha dejado evidencia de la presencia de diversos colectivos en la sociedad peruana que se caracterizan por una particular cosmovisión que no necesariamente se condice con la cosmovisión mayoritariamente adoptada; ha destacado la importancia de su reconocimiento por ser expresión de la diversidad que caracteriza al Estado peruano; y ha justificado la necesaria tutela a los derechos fundamentales de dichos colectivos respetando su esencia cultural.

Como se sabe, la metodología aplicada por el CEC en la elaboración de los Cuadernos de Jurisprudencia consiste en extraer los principales fundamentos jurídicos de las sentencias adoptadas por el Pleno del Tribunal Constitucional –y que además constituyen doctrina constitucional– y que, en el presente caso, abordan la temática del reconocimiento estatal de la diversidad cultural, la tutela constitucional conferida a los Pueblos Indígenas y los derechos fundamentales que estos ejercen desde una perspectiva colectiva. En tal sentido, en la primera parte del cuaderno,

Tribunal Constitucional del Perú

denominada Aspectos Generales, se encuentran citadas aquellas sentencias constitucionales que con una mirada amplia abordan el rol de la cultura en el texto constitucional, el reconocimiento del Perú como un Estado multicultural, el significado y alcances de los principios de tolerancia y de pluralismo en una sociedad diversa, así como el reconocimiento constitucional de los Pueblos Indígenas y la labor jurisdiccional que estos realizan. En la segunda parte del cuaderno se deja expuesta cuál ha sido la tutela constitucional específica que el Tribunal ha otorgado a los distintos derechos de los Pueblos Indígenas y de sus integrantes, tales como a la identidad étnica e identidad cultural, a usar el propio idioma ante las autoridades como manifestación de la diversidad lingüística constitucionalmente reconocida, a la libre autodeterminación de los pueblos, a la propiedad del territorio indígena, a la consulta previa, al debido proceso y al honor.

Tales fundamentos jurídicos extraídos de las sentencias, como se puede observar del contenido del índice del cuaderno, han sido ordenados de forma temática y bajo títulos con el objeto de guiar a los lectores en la búsqueda de la información que requieran. Los títulos que agrupan los diferentes temas y subtemas no necesariamente corresponden a los que hayan podido ser utilizados en las sentencias sistematizadas. Las citas textuales realizadas en las sentencias han sido conservadas. Asimismo, en los casos que corresponde se ha dejado explicitado en notas a pie de página pronunciamientos similares que pueden ser confrontados.

El CEC confía en que el presente Cuaderno de Jurisprudencia N° 2 "Estado Multicultural y Pueblos indígenas u originarios" no solo contribuya a la difusión de la jurisprudencia constitucional en esta materia, sino sobre todo a que la ciudadanía en general internalice la importancia del respeto por la diferencia en una sociedad democrática y plural como la nuestra.

Lima, abril de 2022.

Magistrada Marianella Ledesma Narváez
Directora General del CEC
Tribunal Constitucional

Tribunal Constitucional del Perú

ASPECTOS GENERALES

1. El contenido cultural de la Constitución peruana

Tribunal Constitucional. Caso Luis Alejandro Lobatón Donayre y más de cinco mil ciudadanos contra el Poder Ejecutivo (artículo 54 del Decreto Legislativo Nº 776, Ley de Tributación Municipal). Pleno. Expediente 00042-2004-PI/TC. publicada en el portal web del Tribunal Constitucional el 12 de agosto de 2005.[1]

1. La Constitución de 1993 (artículo 1) señala que

> "la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado".

Además, establece (artículo 2, inciso 19) el derecho fundamental de las personas

> "a su identidad étnica y cultural. El Estado reconoce y protege la pluralidad étnica y cultural de la Nación".

Del mismo modo, prevé (artículo 21º) que

> "los yacimientos y restos arqueológicos, construcciones, monumentos, lugares, documentos bibliográficos y de archivo, objetos artísticos y testimonios de valor histórico, expresamente declarados bienes culturales, y provisionalmente los que se presumen como tales, son patrimonio cultural de la Nación, independientemente de su condición de propiedad privada o pública. Están protegidos por el Estado.

1 Los demandantes cuestionaban la validez constitucional del artículo 54 del Decreto Legislativo 776, Ley de Tributación Municipal, en cuanto establecía que el impuesto a los espectáculos públicos no deportivos gravaba el monto que se abona por concepto de ingreso a espectáculos públicos no deportivos en locales y parques cerrados con excepción de los espectáculos en vivo de teatro, zarzuelas, conciertos de música clásica, ópera, opereta, ballet, circo y folclore nacional, calificados como culturales por el Instituto Nacional de Cultura (INC). Consideraban que dicha disposición legal era contraria a lo establecido en el artículo 74 de la Constitución conforme al cual "los tributos se crean, modifican o derogan, o se establece una exoneración, exclusivamente por ley o decreto legislativo en caso de delegación de facultades". En tal sentido, alegaban que la facultad del INC para calificar como "cultural" a los espectáculos se traducía, desde una perspectiva económica, en la facultad para exonerar el pago del impuesto, y que ello resultaba inconstitucional porque de acuerdo a su ley orgánica, el INC no tenía la atribución para otorgar beneficios tributarios. El Tribunal Constitucional declaró infundada la demanda, disponiendo que el artículo 54 de la Ley de Tributación Municipal sea interpretado en el sentido que las calificaciones que realice el INC tienen naturaleza declarativa –mas no constitutiva– para efectos de la exoneración al pago del impuesto a los espectáculos públicos no deportivos. Es decir, que los espectáculos previstos, expresa y taxativamente, en dicha Ley están exonerados del pago de los impuestos a los espectáculos públicos no deportivos, no por decisión y calificación del INC, sino en virtud a que dicha Ley así lo prevé expresamente. De ahí que el INC no pueda extender la calificación de cultural –por analogía o por vía interpretativa– a otros espectáculos que no sean los que están previstos *numerus clausus* en el citado artículo 54.

Tribunal Constitucional del Perú

La ley garantiza la propiedad de dicho patrimonio.

Fomenta conforme a ley, la participación privada en la conservación, restauración, exhibición y difusión del mismo, así como su restitución al país cuando hubiere sido ilegalmente trasladado fuera del territorio nacional".

Estas disposiciones constitucionales, junto con la dignidad humana –como premisa antropológica–, constituye la dimensión principal del contenido cultural de nuestra Constitución[2], es decir, el conjunto de rasgos distintivos espirituales y materiales, intelectuales y afectivos que caracterizan a una sociedad o a un grupo social; el cual abarca, además de las artes y las letras, los modos de vida, las maneras de vivir juntos, los sistemas de valores, las tradiciones y creencias [Declaración Universal de la UNESCO sobre la Diversidad Cultural (31.ª Reunión de la Conferencia General de la UNESCO, París, 2 de noviembre de 2001).].

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.

El patrimonio cultural inmaterial, por otro lado, se manifiesta en las

1) tradiciones y expresiones orales, incluido el idioma como vínculo del patrimonio cultural inmaterial; 2) artes del espectáculo, 3) usos sociales, rituales y actos festivos, 4) conocimientos y usos relacionados con la naturaleza y el universo, y 5) técnicas artesanales tradicionales [Convención para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial (París, 17 de octubre de 2003).].

En efecto, cuando nuestra Ley Fundamental consagra, en primer lugar, el derecho fundamental de las personas a su identidad étnica y cultural, y, en segundo lugar, cuando impone al Estado la obligación de 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.

2 En la sentencia, el Tribunal precisa que "también está integrado por aquellas disposiciones que se refieren al ámbito cultural, tales como el artículo 2, inciso 8 de la Constitución que impone al Estado la exigencia de propiciar el acceso a la cultura y fomentar su desarrollo y difusión; o el artículo 2, inciso 17, que reconoce el derecho de las personas a participar, ya sea en forma individual o asociada, en la vida cultural de la Nación. En otros supuestos, el artículo 14, el cual establece el deber a los medios de comunicación social para colaborar con el Estado en la educación y en la formación moral y cultural de la sociedad; o el artículo 18 que destina la educación universitaria, no sólo a la formación profesional, sino también a la difusión cultural".

Tribunal Constitucional del Perú

Ello se explica por cuanto la Constitución de 1993 ha adoptado un modelo de Estado social y democrático de Derecho y no por un Estado liberal de Derecho. Esto es importante en la medida que las Constituciones de los Estados liberales presuponían una sociedad integrada, en abstracto, por personas iguales y, por lo tanto, su mayor preocupación fue asegurar la libertad de las personas. Por el contrario, el establecimiento del Estado social y democrático de Derecho parte, no de una visión ideal, sino de una perspectiva social de la persona humana.

El enfoque social de la persona humana se condice con el hecho que, en el Estado peruano, los ciudadanos pertenecen a una sociedad que es heterogénea tanto en sus costumbres como en sus manifestaciones culturales. Por ello, la Constitución de 1993 ha reconocido a la persona humana como miembro de un Estado multicultural y poliétnico [PEÑA JUMPA, Antonio. «Derecho y pluralidad cultural: el caso de los Aymaras de Puno». En VV.AA. *Derechos culturales*. Lima: Fondo Editorial de la Universidad Católica, 1996. pp. 85 y ss.]; de ahí que no desconozca la existencia de pueblos y culturas originarios y ancestrales del Perú.

En esa medida, la Constitución reconoce la existencia legal de las comunidades campesinas y nativas, así como su personería jurídica (artículo 88 de la Constitución); además, impone al Estado la obligación de respetar su identidad cultural (artículo 89 de la Constitución). Pero también debe reconocer la existencia de poblaciones afroperuanas y de otras tradicionalmente arraigadas en el Perú.

1.1 Consecuencias del reconocimiento del elemento cultural en la Constitución

Tribunal Constitucional. Caso Luis Alejandro Lobatón Donayre y más de cinco mil ciudadanos contra el Poder Ejecutivo (artículo 54 del Decreto Legislativo Nº 776, Ley de Tributación Municipal). Pleno. Expediente 00042-2004-PI/TC. publicada en el portal web del Tribunal Constitucional el 12 de agosto de 2005.

1. […] 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, sino la expresión de un cierto grado de desarrollo cultural, un medio de autorrepresentación propia de todo un pueblo, espejo de su legado cultural y fundamento de sus esperanzas y deseos." [HÄBERLE, Peter…].

   Ahora bien, esta perspectiva social que la Constitución otorga a la persona humana, permite, por otro lado, afirmar que la Constitución no sólo es *ratio*, sino también *emotio*. Esto quiere decir que, si bien las Constituciones democráticas han presupuesto personas racionales y dispuestas a hacer armonizar sus legítimos intereses con los de los demás, no podemos negar esa dimensión emocional o "irracional" que es también inherente a su naturaleza. 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.

Tribunal Constitucional del Perú

En efecto, la Constitución (artículo 1), al reconocer que la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado, capta al ser humano no sólo como ser "racional", sino también aprehende la *conditio humana* desde el lado emocional o "irracional". Lo cual se refleja claramente cuando se invoca a Dios o se evoca el sacrificio de las generaciones anteriores en el Preámbulo de nuestra Constitución; o cuando se refiere a los símbolos patrios (artículo 49) –sobre los cuales se ha pronunciado este Tribunal en sentencia sobre el Exp. N.° 0044-2004-AA/TC. Fundamento 36–, a la bandera (artículo 49, segundo párrafo), o al idioma (artículo 2, inciso 2; 2, inciso 19; 48).

1.2 Sobre el deber estatal de promover la cultura

Tribunal Constitucional. Caso Luis Alejandro Lobatón Donayre y más de cinco mil ciudadanos contra el Poder Ejecutivo (artículo 54 del Decreto Legislativo Nº 776, Ley de Tributación Municipal). Pleno. Expediente 00042-2004-PI/TC. publicada en el portal web del Tribunal Constitucional el 12 de agosto de 2005.

4. A criterio de este Tribunal, la promoción de la cultura también constituye un deber primordial del Estado social y democrático de Derecho, establecidos en el artículo 44 de la Constitución. De ahí que el deber que asume el Estado, en relación con la Constitución cultural, se manifiesta en tres aspectos: en primer lugar, el Estado debe *respetar*, por mandato constitucional, todas aquellas manifestaciones culturales de los individuos o de grupos de ellos que constituyan la expresión de su derecho a la libertad de creación intelectual, artística, técnica y científica (artículo 2, inciso 8 de la Constitución); además de respetar la propiedad de las comunidades campesinas y nativas sobre sus conocimientos colectivos, de medicina tradicional y salud, de valores genéticos y de su biodiversidad, de conformidad con los artículos 88, 89 y 149 de la Constitución.

   En segundo lugar, el Estado tiene la obligación de *promover* todos aquellos actos que atiendan al interés general, a desarrollar un conjunto de conocimientos que permitan el desarrollo del juicio crítico y de las artes, así como a la integración y fortalecimiento de las manifestaciones que contribuyen a la identidad cultural de la Nación.

   En tercer lugar, el Estado asume también el deber de *no promover* aquellos actos o actividades que pudiendo ser manifestaciones culturales o encubiertos por lo "cultural" –como las actividades o fiestas que inciten al consumo de drogas, fomenten la violencia, realicen actos antinaturales o crueles contra los animales, causen un grave daño al medio ambiente, lleven a cabo la caza furtiva de especies en peligro de extinción– pongan en cuestión, por un lado, derechos fundamentales como el derecho a la paz, a la tranquilidad, al disfrute del tiempo libre y al descanso, así como gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de la vida (artículo 2, inciso 22 de la Constitución).

   Ello porque la Constitución obliga al Estado, por un lado, a promover el uso sostenible de los recursos naturales (artículo 67); y, de otro, la conservación de la diversidad biológica y de las áreas naturales protegidas (artículo 68). Lo cual no obsta para señalar que también es deber del Estado velar para que el aprovechamiento de dichos recursos se realice mediante el trato

Tribunal Constitucional del Perú

adecuado de las especies animales y vegetales de acuerdo con estándares acordes con las formas de vida pacífica y armónica con la naturaleza.

De ahí que el Estado social y democrático de Derecho, no sólo debe promover y respetar los valores culturales de la Nación, sino que también debe proscribir, desalentar o sancionar aquellos actos que supongan una violación de los derechos fundamentales o cuestionen valores superiores como la igualdad, la tolerancia, el pluralismo y la democracia, o los que pretendan subvertir el orden constitucional. De hecho, así procedió, tempranamente, el Estado peruano al abolir, mediante Ley, el juego de gallos a inicios de la República, estableciendo que "La moral del Gobierno, y la prosperidad pública se interesan en que infatigablemente se ataque, y persiga la pasión más destructora de las costumbres, y del reposo doméstico. Nada importaría hacer la guerra a los españoles, si no la hiciésemos también a los vicios de su reinado: salgan de nuestro suelo los tiranos, y salgan con ellos sus crímenes, quedándonos sólo la virtud de la constancia que han acreditado siempre, para emplearla contra ellos, así como ellos la han empleado contra nosotros; (...)." [Ley dada en el palacio del Supremo Gobierno, en Lima, á 16 de Febrero de 1822. – 3.°. Firmado: Torre-Tagle. Por órden de S.E. – B. Monteagudo.].

En ese sentido, el Estado se reserva el derecho a no promover prácticas que no contribuyan al desarrollo de una calidad de vida digna, lo cual se sostiene en una relación armónica con la naturaleza que alberga tanto al ser humano como a las especies animales y vegetales con los cuales convive.

5. En suma, en nuestra Constitución de 1993, la relación entre el Estado social y democrático de Derecho y la Constitución cultural, no sólo se limita al reconocimiento del derecho fundamental a la identidad étnica y cultural (artículo 2, inciso 19), al derecho fundamental a la cultura (artículo 2, inciso 8) o al establecimiento de una cláusula de protección del patrimonio cultural (artículo 21), sino que también debe elaborar y llevar a cabo una política cultural constitucional, a través de la educación, los medios de comunicación social, la asignación de un presupuesto específico, por ejemplo, que le permita realizar el deber de promover las diversas manifestaciones culturales. Ello es así en la medida que en sociedades poliétnicas y multiculturales como es la sociedad peruana, el Estado debe garantizar la interacción armoniosa y la voluntad de convivir con personas y grupos de identidades y costumbres culturales muy diversas. En ese sentido, el pluralismo cultural constituye un imperativo del Estado y del sistema democrático frente a la diversidad cultural.

   Pero el Estado social y democrático de Derecho también puede promover las manifestaciones culturales, legítimamente, mediante el ejercicio de la potestad tributaria; por cuanto que los fines económicos, sociales, políticos y culturales son también objetivos a cumplir con la imposición de tributos o con su exoneración.

1.2.1 Criterios constitucionales que debe observar el Instituto Nacional de Cultura para calificar un espectáculo como "cultural"

Tribunal Constitucional. Caso Luis Alejandro Lobatón Donayre y más de cinco mil ciudadanos contra el Poder Ejecutivo (artículo 54 del Decreto Legislativo Nº 776, Ley de Tributación Municipal). Pleno. Expediente 00042-2004-PI/TC. publicada en el portal web del Tribunal Constitucional el 12 de agosto de 2005.

Tribunal Constitucional del Perú

20. Sin embargo, si bien, el Instituto Nacional de Cultura es el ente encargado de "ejecutar actividades y acciones a nivel nacional en el campo de la cultura, normar, supervisar y evaluar la política cultural del país y administrar, conservar y proteger el patrimonio cultural de la nación", según lo establece el artículo 13 de la Ley Orgánica del Ministerio de Educación [Decreto Ley N° 25762]; la calificación que realice no puede estar librado a criterios subjetivos y discriminatorios, sino que debe obedecer a parámetros o estándares objetivos de actuación, con la finalidad de ajustarse a lo previsto por los principios de seguridad jurídica y de legalidad en la actuación administrativa.

    Ello es, por un lado, una exigencia del Estado social y democrático de Derecho, en el cual no existe poder constituido o acto administrativo que no esté bajo la Constitución y, por ende, sujeto a control; de otro, del principio constitucional de seguridad jurídica, el cual busca lograr que el particular perciba, en el ejercicio de la actuación administrativa, un grado de *certeza, confiabilidad e interdicción de la arbitrariedad* y no quedar librado el ejercicio de una potestad constitucional a la libre configuración de la administración [Villegas, Héctor…].

21. Por ello, se debe precisar algunos criterios que un organismo administrativo como el Instituto Nacional de Cultura, debe tener en consideración para calificar como "culturales" las actividades contenidas en la excepción a que se refiere el artículo 54° de la Ley de Tributación Municipal; si bien es claro que la determinación de lo "cultural" es una calificación que requiere de un análisis de cada caso concreto, pues no es posible que, en abstracto, se puedan establecer todos y cada uno de los requisitos que servirían para asignar tal calificación.

    Sin embargo, en la medida que los criterios establecidos en el Reglamento para la Calificación de Espectáculos Públicos Culturales no Deportivos [aprobado por Resolución Directoral Nacional N.° 341-INC (de fecha 14 de julio de 1999)] son conceptos indeterminados, este Colegiado considera pertinente, a fin de evitar que el Instituto Nacional de Cultura incurra en declaraciones arbitrarias o discriminatorias e injustificadas, debe observar los siguientes parámetros constitucionales, dentro de los cuales deberá otorgar contenido a los siguientes criterios:

    1) *Contenido cultural*. El contenido de un espectáculo para que sea considerado como "cultural" debe estar estrechamente vinculado con los usos y costumbres que comparte la comunidad nacional, regional o local y que estén vigentes al momento de realizar tal calificación (artículo 2, inciso 19 de la Constitución). En caso de existir conflicto entre los valores de las diferentes comunidades –nacional, regional o local–, deberá considerarse aquellos usos y costumbres que se encuentren en el ámbito más cercano a los ciudadanos que se beneficiarán con la exposición de tales actividades.

       En ningún supuesto, sin embargo, el contenido de los espectáculos deberá vulnerar derechos fundamentales como la vida (artículo 1 de la Constitución); la integridad personal y el bienestar (artículo 2, inciso 1 de la Constitución) de las personas; o subvertir el orden constitucional, el orden público o las buenas costumbres. Tampoco los espectáculos que comporten, directa o indirectamente, una afectación al medio ambiente; o los que conlleven actos de crueldad y sacrificio, innecesario, de animales.

Tribunal Constitucional del Perú

2) *Acceso popular*. En la medida que la Constitución reconoce el derecho de las personas al acceso a la cultura (artículo 2, inciso 8) y el derecho de participar en la vida cultural de la Nación (artículo 2, inciso 17), este criterio implica que el costo de acceso al espectáculo a ser calificado como "cultural" por el Instituto Nacional de Cultura no debe ser una barrera que limite las posibilidades de ser costeado por la mayor cantidad de personas; esto es, el acceso masivo a dichos espectáculos. *Contrario sensu*, los espectáculos cuyo acceso no tengan precios populares, no deberán ser calificados como "culturales" (…).

3) *Mensaje*. Aquellos espectáculos que transmitan mensajes en contra de valores superiores tales como la dignidad de las personas, la vida, la igualdad, la solidaridad, la paz; o hagan apología de la discriminación por razones de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole (artículo 2, inciso 2 de la Constitución), no deben ser declaradas "culturales". Tampoco aquellas que inciten al odio, a la violencia contra personas o animales, o a la intolerancia.

4) *Aporte al desarrollo cultural*. Los espectáculos que precisen ser calificados de "culturales" deben realizar un aporte concreto al desarrollo cultural y a afirmar la identidad cultural, así como al desarrollo integral de la Nación (artículo 44 de la Constitución). Para ello, el Instituto Nacional de Cultura deberá evaluar e identificar cuál es el aporte del espectáculo, sobre todo, en el ámbito educativo, científico o artístico.

22. La observancia de estos criterios constitucionales que deberá justificar expresamente, dentro de los límites establecidos, no exime al Instituto Nacional de Cultura, por un lado, de fundamentar cumplidamente las razones y motivos por los cuales califica o no un espectáculo de "cultural"; de otro lado, debe observar el principio imparcialidad e igualdad (artículo 2, inciso 2 de la Constitución), evitando tratar con desigualdad espectáculos que son iguales o equiparar el trato de espectáculos que son diferentes.

1.3 Patrimonio cultural

1.3.1 Patrimonio cultural material e inmaterial

Tribunal Constitucional. Caso Presidente de la República contra los Gobiernos Regionales de Cusco y de Huánuco (Ordenanza Regional Nº 031-2005-GRC/CRC del Gobierno Regional de Cusco y Ordenanzas Regionales Nº 015-2004-CR-GRH y 027-2005-E-CR-GRH del Gobierno Regional de Huánuco). Pleno. Expediente 00020-00021-2005-PI/TC, acumulados. Sentencia publicada en el portal web del Tribunal Constitucional el 27 de setiembre de 2005.[3]

3 El Presidente de la República interpuso la demanda de inconstitucionalidad cuestionando la Ordenanza Regional 031-2005-GRC/CRC emitida por el Gobierno Regional de Cusco (que declaraba a la planta de la hoja de coca como patrimonio regional natural, biológico, cultural e histórico de Cusco), así como las Ordenanzas Regionales 015-2004-CR-GRH y 027-2005-E-CR-GRH del Gobierno Regional de Huánuco (que declaraban, respectivamente, a la hoja de coca como patrimonio cultural y de seguridad alimentaria de la Región Huánuco, y la legalidad del cultivo de la hoja de coca en la jurisdicción del Gobierno Regional de Huánuco para el consumo directo con fines medicinales, ceremoniales y de industrialización lícita). Alegaba, básicamente, que toda competencia de los gobiernos regionales, fuera de aquellas enumeradas en los incisos 1 a 9 del artículo 192 de la Constitución, debe estar prevista en la ley; sin embargo, ni la Ley 27783, Ley de Bases de

Tribunal Constitucional del Perú

102. La naturaleza propia del patrimonio material, está en relación unívoca con la naturaleza misma de los bienes susceptibles de ser identificados, protegidos y preservados como patrimonio cultural y natural, considerados excepcionalmente valiosos para la humanidad. En ese sentido, debemos recurrir a los tratados internacionales suscritos en la materia, siendo piedra de toque de este sistema la Convención sobre la protección del patrimonio mundial cultural y natural, aprobada por la Conferencia General de la UNESCO el 16 de noviembre de 1972, y suscrita por el Perú el 24 de febrero de 1982.

En dicha convención, se define que el *patrimonio cultural material* abarca monumentos, grupos de edificios y sitios que tienen valor histórico, estético, arqueológico, científico, etnológico o antropológico (artículo 1º), es decir, 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.

Por otro lado, 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.

103. Así, conforme a las pautas técnicas proporcionados por la UNESCO para que cada Estado Parte identifique y delimite los diversos bienes situados en su territorio mencionados en los artículos 1º y 2º de la referida Convención, se desprende que el reconocimiento del patrimonio cultural y natural material, se asienta básicamente en un criterio espacial y físico, que no se corresponde con la naturaleza de la planta de la hoja de coca. Por ello, bajo esos considerandos, este Colegiado entiende que la planta de la hoja de coca, en tanto especie vegetal, no es susceptible de ser declarada como patrimonio cultural ni natural en un sentido material. Lo cual no supone, desconocer su carácter de elemento biológico cuya utilización con fines terapéuticos y medicinales le otorga una protección especial, en tanto, *patrimonio cultural inmaterial*.

---

la Descentralización, ni la Ley 27867, Ley Orgánica de los Gobiernos Regionales, prevén que sea competencia (exclusiva, compartida o delegada) de estos gobiernos de declarar como patrimonio cultural a la hoja de coca o declarar la legalidad de su cultivo en su respectiva jurisdicción. Por ello, consideraba que resultaban inconstitucionales. La demanda fue declarada fundada por el Tribunal Constitucional y, en consecuencia, (i) exhortó al Presidente de la República a reevaluar la política nacional e internacional antinarcóticos, de conformidad con los incisos 3 y 11 del artículo 118 de la Constitución, a efectos de que sea más eficiente y acorde al Derecho y a la realidad nacional y regional; (ii) exhortó al Congreso de la República a incluir, en el más breve plazo posible, a la planta de la hoja de coca en la lista de cultivos reconocidos como Patrimonio Natural de la Nación, por la Ley 28477, y en igual sentido, se exhortó al INC a iniciar los trámites administrativos para evaluar la conveniencia técnica de la declaración del uso tradicional de la planta de hoja de coca como patrimonio cultural inmaterial de conformidad con el ordenamiento internacional; y, (iii) exhortó a DEVIDA a adoptar todas las medidas necesarias para implementar, en el más breve plazo posible, el Programa de Desarrollo Alternativo previsto en el punto IV.C de la Primera Actualización de la Estrategia Nacional de Lucha contra las Drogas 2002-2007, aprobada por Decreto Supremo 006-2005-PCM.

Tribunal Constitucional del Perú

104. El patrimonio cultural comprende también el patrimonio inmaterial, que se puede definir como el conjunto de las expresiones culturales y sociales que, heredadas de sus tradiciones, caracterizan a las comunidades, lo que ha determinado que estos bienes inmateriales se hayan afirmado y terminado imponiéndose a nivel internacional como una noción capital para comprender las identidades culturales de los pueblos [...][4].

1.3.2 La hoja de coca como patrimonio cultural inmaterial del Perú

1.3.2.1 Cultivo y consumo de la hoja de coca en el Perú como tradición histórica

Tribunal Constitucional. Caso Presidente de la República contra los Gobiernos Regionales de Cusco y de Huánuco (Ordenanza Regional Nº 031-2005-GRC/CRC del Gobierno Regional de Cusco y Ordenanzas Regionales Nº 015-2004-CR-GRH y 027-2005-E-CR-GRH del Gobierno Regional de Huánuco). Pleno. Expediente 00020-00021-2005-PI/TC, acumulados. Sentencia publicada en el portal web del Tribunal Constitucional el 27 de setiembre de 2005.

92. El cultivo y el consumo de la hoja de coca en el Perú ha formado parte de la tradición histórica y cultural de un importante sector de la población andina. En manifestación tradicional fuertemente arraigada que se ha transmitido de generación en generación desde tiempos prehispánicos hasta la actualidad, para dichas comunidades, la hoja de coca tiene una significación de especial valía en una dimensión religiosa, medicinal, económica y social.

93. En lo que a la dimensión religiosa respecta la hoja de coca es utilizada en distintas ceremonias (bautizos, matrimonios, defunciones, etc.) como símbolo sagrado de identidad, encuentro y redención. Respecto a su dimensión medicinal, además de las propiedades curativas que le han sido reconocidas, diversos sectores indígenas la consideran como un elemento vital de diagnóstico de enfermedades. Desde la perspectiva económica del mundo tradicional andino, la hoja de coca es instrumento de trueque, y, consecuentemente, de forma de pago, siendo susceptible de ser intercambiada casi por cualquier bien, dado el importante valor material y espiritual que posee. Finalmente, en su dimensión social en sentido estricto, el principal uso que se otorga a la hoja de coca es el chaccheo o masticación que permite mitigar el hambre, la sed y el cansancio en las duras jornadas diarias de trabajo [*Cfr.* Primera Actualización de la Estrategia Nacional de Lucha contra las Drogas 2002-2007; aprobada por Decreto Supremo N.º 006-2005-PCM; en especial, el subtítulo *De los usos tradicionales de la hoja de coca en el Perú*.].

94. Es preciso incidir en que la hoja de coca no es sinónimo de cocaína. Ni siquiera constituye, en su estado natural, la fase inmediatamente previa a la obtención en el ciclo productivo de aquel alcaloide altamente adictivo, pues dicha fase intermedia se encuentra constituida por la elaboración de pasta básica de cocaína bruta y lavada, a la que debe añadirse el uso de insumos químicos que, en sí mismos, tampoco constituyen productos prohibidos, sino regulados en su comercialización y uso industrial.

4 También puede revisarse Expediente 00042-2004-PI/TC, fundamento 1.

Tribunal Constitucional del Perú

95. Como bien advierte José Antonio Lloréns, han existido y existen diversos problemas de enfoque al abordar el estudio de la hoja de coca:

> "En tanto la mayoría de científicos sociales y médicos pertenece a la población urbana, se requiere especial cuidado para que su exposición a esta visión urbana del asunto no afecte sus perspectivas frente al tema. Además, muchos sectores de la opinión pública tienen la idea que la hoja de coca y clohidrato de cocaína son prácticamente lo mismo o que, en todo caso, masticar hojas de coca equivale a consumir clohidrato de cocaína. Por lo tanto piensan que se la mastica para obtener los mismos efectos que da la cocaína; en síntesis que se masca coca para fines mayormente recreativos.
>
> Estas percepciones entre los no usuarios, siendo relativamente recientes, se han sumado a las previamente existentes que asociaban el consumo tradicional de la hoja de coca a una supuesta degeneración de la población indígena, en tanto se asumía que el masticado producía deterioro mental e incluso físico, porque se creía que se utilizaba como sustituto del alimento y asociado inseparablemente a bebidas alcohólicas." [Llorens, José Antonio...].

96. De conformidad con la referida Primera Actualización de la Estrategia Nacional de Lucha contra las Drogas 2002-2007, la población consumidora de hoja de coca para uso tradicional en el Perú asciende a 4'095,036 habitantes, de los cuales el 8% se encuentra en la Selva, el 20% en la Costa y el 72% en la Sierra. De dichos 4'095, 036 habitantes, 2'019, 574, chacchan la hoja de coca en el trabajo o en el hogar [Fuente: INEI – Encuesta Nacional de Hogares sobre Consumo Tradicional de Hoja de Coca – 2003.].

Tal como refiere Lloréns,

> "[l]as estimaciones sobre mascado diario encontradas en la literatura revisada sobre consumidores habituales varían de 20 gramos [diarios] en un extremo, hasta 60 gramos [diarios] en el otro (...).Este consumo es realizado por la población adulta de ambos sexos y está repartido en promedio entre cinco momentos básicos que forman parte de las actividades cotidianas: inmediatamente después de cada una de las tres comidas principales y a mitad del lapso entre dichas comidas. Sobre el propósito de este tipo de uso, hay un amplio consenso tanto entre los estudiosos del tema como entre los consumidores, en cuanto a que no tiene fines recreativos ni mucho menos disipantes, sino que por el contrario se trata de aprovechar el ligero efecto estimulante producido por la hoja de coca para trabajar con más ánimo, energía y atención. Los propios consumidores establecen de modo explícito esta relación. En tal sentido, los mascadores habituales en general entienden que cumple una función similar a la del café en las poblaciones urbanas." [Llorens, José Antonio...]

97. Tampoco cabe desconocer, que otro de los usos legales preeminentes de la hoja de coca es el industrial. En esta clase de uso destaca la producción de filtrantes que la contienen y que tienen por objeto el preparado de infusiones.

Tribunal Constitucional del Perú

1.3.2.2 Régimen de protección especial que exige la hoja de coca dada su condición de patrimonio cultural inmaterial

Tribunal Constitucional. Caso Presidente de la República contra los Gobiernos Regionales de Cusco y de Huánuco (Ordenanza Regional Nº 031-2005-GRC/CRC del Gobierno Regional de Cusco y Ordenanzas Regionales Nº 015-2004-CR-GRH y 027-2005-E-CR-GRH del Gobierno Regional de Huánuco). Pleno. Expediente 00020-00021-2005-PI/TC, acumulados. Sentencia publicada en el portal web del Tribunal Constitucional el 27 de setiembre de 2005.

105. Los conocimientos tradicionales asociados a la planta de la hoja de coca, deben recibir un tratamiento jurídico promotor acorde con las obligaciones internacionales del Perú y la Constitución, que supone un proceso que involucra a múltiples actores, empezando por las comunidades campesinas que le dan vida a la hoja de coca, a través del conocimiento tradicional en el cual reside su carácter de patrimonio cultural inmaterial de carácter biológico, de conformidad con la Convención para la Salvaguarda del Patrimonio Cultural Inmaterial, aprobada en París el 17 de octubre de 1993.[5] Si bien esta Convención aún no ha sido ratificada por el Estado peruano, constituye *soft-law*.

106. Así, la planta de la hoja de coca, en tanto especie natural cuya utilización para un fin determinado, debe recibir un régimen de protección especial conforme al Derecho Internacional, pero fundamentalmente dentro de los alcances de la Constitución, pues la promoción de la cultura constituye un deber primordial del Estado social y democrático de Derecho, establecidos en el artículo 44º de la Constitución. De ahí que el Estado, por mandato constitucional, deba *respetar*, todas aquellas manifestaciones culturales de las personas o de grupos de ellos que constituyan la expresión de su derecho a la libertad de creación intelectual, artística, técnica y científica (artículo 2º 8 de la Constitución); además de respetar la propiedad de las comunidades campesinas y nativas sobre sus conocimientos colectivos, de medicina tradicional y salud, de valores genéticos y de su biodiversidad (artículos 88º, 89º y 149º de la Constitución).

107. Por otro lado, cabe apuntar que estos conocimientos tradicionales constituyen un cuerpo dinámico de conocimientos organizados que puede enriquecerse con descubrimientos en cada generación, y que deben recibir la protección y los incentivos adecuados que eviten su desaparición, lo cual está estrechamente relacionado con el desarrollo de una política nacional de protección del valor de dichos conocimientos, el mismo que es de carácter cultural principalmente, pero también económico, dado su aporte a la investigación y el desarrollo de nuevos productos que gozan de derecho de patente.

108. En ese sentido, el Tribunal considera que las potencialidades del patrimonio cultural inmaterial, como en el caso de la planta de la hoja de coca, trascienden del ámbito de lo cultural, adquiriendo especial relevancia, y obligando al

5 El Tribunal Constitucional precisa en su sentencia que "al *12 de septiembre 2005,* veintiún Estados han ratificado ya la Convención para la Salvaguardia del Patrimonio Oral e Inmaterial. El tratado entrará en vigor tres meses después de que un trigésimo Estado parte deposite su instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión a la misma. Sin embargo, las definiciones empleadas por dicha convención, son empleadas como referencia en la medida que responden a una rigurosidad técnica, además, de ser expresión de la opinio iuris de los Estados en el ámbito de la comunidad internacional."

Tribunal Constitucional del Perú

legislador a hacer una lectura integral de esta institución atendiendo a sus consecuencias socioecómicas, haciendo efectivas tales normas internacionales que garantizan los intereses de la Nación peruana a participar en los beneficios de la explotación comercial [Convenio sobre la Diversidad Biológica, que constituye uno de los cinco documentos presentados a la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo de 1992 (Cumbre de Río), en la cual se reconocen los derechos soberanos de los países sobre sus recursos naturales.], pero fundamentalmente los derechos de las comunidades campesinas y nativas (artículo 89º de la Constitución) de recibir una compensación por la contribución de sus conocimientos tradicionales sobre la hoja de coca en la generación de riqueza.

1.3.2.3 La hoja de coca como patrimonio que contribuye al desarrollo económico

Tribunal Constitucional. Caso Presidente de la República contra los Gobiernos Regionales de Cusco y de Huánuco (Ordenanza Regional Nº 031-2005-GRC/CRC del Gobierno Regional de Cusco y Ordenanzas Regionales Nº 015-2004-CR-GRH y 027-2005-E-CR-GRH del Gobierno Regional de Huánuco). Pleno. Expediente 00020-00021-2005-PI/TC, acumulados. Sentencia publicada en el portal web del Tribunal Constitucional el 27 de setiembre de 2005.

109. Se debe reconocer que este patrimonio constituye una fuente de oportunidades para el desarrollo sostenido de las regiones cocaleras, por ello, es que se hace necesario afirmar que su conservación, recuperación y uso sostenible de la hoja de coca requiere de la concertación de políticas y estrategias nacionales y regionales que garanticen su utilización racional. De esa forma se superará una de las grandes paradojas relacionadas con la biodiversidad, pues nuestro país, siendo un gran productor de la hoja de coca, a la vez, carece, al menos en la proporción y medida adecuadas, de los recursos materiales y humanos imprescindibles para su estudio y explotación lícita.

110. El Perú, concentra un alto porcentaje de la biodiversidad del planeta, y junto con los países de la subregión andina es lugar de origen de importantes recursos fitogenéticos andino amazónicos que proveen alrededor del 35% de la producción agroalimentaria e industrial del mundo [Preámbulo de la Decisión 523 de la Comunidad Andina, Estrategia Regional de Biodiversidad para los Países del Trópico Andino, dada en la ciudad de Lima, el 7 de julio de 2002]. En atención a ello, se hace necesario efectuar una visión amplia, de la riqueza biológica nacional y las características geográficas en las cuales se desenvuelve, para orientar recursos científicos que permitan garantizar la conservación del patrimonio biológico que en ella se sustenta y dentro de los cuales se encuentra la planta de la hoja de coca.

2. El Perú como Estado multicultural

2.1 El significado del multiculturalismo

Tribunal Constitucional. Caso Juana Griselda Payaba Cachique contra la División de Seguridad del Estado de la Policía Nacional del Perú, Segunda Fiscalía Provincial Penal Corporativa de Tambopata, Sala Superior Mixta y de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Madre de Dios. Pleno. Expediente 01126-2011-PHC/

Tribunal Constitucional del Perú

TC. Sentencia publicada en el portal web del Tribunal Constitucional el 24 de setiembre de 2012.[6]

13. El multiculturalismo puede ser comprendido de dos maneras: como la descripción u observación de determinada realidad social, y también como una política de Estado que en base al reconocimiento de tal realidad, pretende reconocer derechos especiales a minorías estructuradas e identificadas en torno a elementos culturales. […]

2.2 El multiculturalismo y la plurietnicidad como elementos esenciales de la Constitución peruana

Tribunal Constitucional. Caso Presidente de la República contra los Gobiernos Regionales de Cusco y de Huánuco (Ordenanza Regional Nº 031-2005-GRC/CRC del Gobierno Regional de Cusco y Ordenanzas Regionales Nº 015-2004-CR-GRH y 027-2005-E-CR-GRH del Gobierno Regional de Huánuco). Pleno. Expediente 00020-00021-2005-PI/TC, acumulados. Sentencia publicada en el portal web del Tribunal Constitucional el 27 de setiembre de 2005.

99. El inciso 19 del artículo 2º de la Constitución, reconoce el derecho fundamental de toda persona

> "A su identidad étnica y cultural. El Estado reconoce y protege la pluralidad étnica y cultural de la Nación."

De esta forma, el Constituyente ha proyectado en la Constitución formal un elemento esencial de la Constitución material de la Nación peruana: su multiculturalismo y plurietnicidad. Se trata de una concreción del principio de Estado social y democrático de derecho, establecido en el artículo 43º de la Constitución, pues, tal como ha tenido oportunidad de afirmar este Colegiado,

> "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).

6 La demandante promueve el habeas corpus en su nombre y a favor de los integrantes de su comunidad con el objeto que se declare la nulidad de la decisión judicial que ordenó el retiro inmediato del cerco de madera y de la vivienda construida en el centro del camino vecinal Fitzcarrald-Teniente Acevedo-Diamante, y que se remita lo actuado al representante del Ministerio Público para que proceda conforme a sus atribuciones. Alegaba que decidieron controlar la intrusión no autorizada de terceros que estaban vulnerando la integridad territorial, física y biológica de la comunidad nativa porque realizaban actividades de tala ilegal de árboles, minería informal y la prostitución informal; por ello, dentro de su territorio, se construyó la garita y el cerco de madera en el camino referidos que permitía el acceso a su propiedad. Argumentaba que dicha decisión fue tomada por los dirigentes de la comunidad nativa en virtud del ejercicio de su función jurisdiccional reconocido por el artículo 149 de la Constitución. Para el Tribunal Constitucional, analizados los actuados, la controversia giraba en torno a la afectación del derecho a la propiedad del territorio de la comunidad nativa Tres Islas, por lo que contrastada la vulneración expuesta, declaró fundada la demanda y dispuso que la judicatura ordinaria emita un nuevo pronunciamiento.

Tribunal Constitucional del Perú

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, sino la expresión de un cierto grado de desarrollo cultural, un medio de autorrepresentación propia de todo un pueblo, espejo de su legado cultural y fundamento de sus esperanzas y deseos (Häberle, Peter. Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura. Madrid: Tecnos, 2000, p. 34)'" (STC 0042-2004-AI, Fundamento 2).

2.3 Medidas normativo-constitucionales orientadas a proteger la pluralidad étnica y cultural existente en la Nación

Tribunal Constitucional. Caso Jaime Hans Bustamante Johnson contra Occidental Petrolera del Perú, LLC Sucursal del Perú; Repsol Exploración Perú y Petrobras Energía Perú S.A. Pleno. Expediente 03343-2007-PA/TC. Sentencia publicada en el portal web del Tribunal Constitucional el 20 de febrero de 2009.[7]

27. […] lo específico y complejo de la protección de los grupos minoritarios ha significado que se planteen medidas constitucionales específicas para la defensa de las minorías étnicas.

28. En esta línea, debe subrayarse el artículo 2, inciso 19, de la Constitución, que establece, además del derecho a la identidad étnica y cultural, una clara dimensión objetiva en cuanto se obliga al Estado a proteger la pluralidad étnica y cultural existente en la Nación. Igualmente, debe tenerse presente que el artículo 89 de la Norma Fundamental reconoce la autonomía organizativa, económica y administrativa a las comunidades nativas, así como la libre disposición de sus tierras, reiterándose de igual forma la obligación del Estado de respetar su identidad cultural. Manifestación de la autonomía referida será la posibilidad de que estas comunidades puedan ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial siempre que no violen derechos fundamentales (artículo 149). Se establece además en el texto constitucional (artículo 48) que, además del castellano, también

7 El demandante solicitaba que cese la amenaza de violación de sus derechos a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de la vida; a la vida, el libre desarrollo y el bienestar; a la protección de la salud, la del medio familiar y la de la comunidad, así como el deber de contribuir a su promoción y defensa; a exigir del Estado la promoción de la conservación de la diversidad biológica y las áreas naturales protegidas; a la alimentación y al agua; y, asimismo, que se suspenda la exploración y la eventual explotación de hidrocarburos en el área natural protegida "Cordillera Escalera". Alegaba que el Lote 103 (área a explorar y explotar) se encuentra en el Área de Conservación Regional Cordillera Escalera y que esta tiene especial importancia por su biodiversidad, así como por ser fuente captadora y almacenadora de agua, ya que ahí nacen las tres cuencas hidrográficas (Cumbaza, Caynarachi y Shanusi) que son la única fuente proveedora de agua con la que cuenta la población de zonas aledañas. En tal sentido, advertía que la explotación petrolera implicaba que millones de litros de agua de producción petrolera con alta salinidad sean extraídas del subsuelo y afloren a la superficie contaminando y devastando el medio ambiente (principalmente el agua), pues dichas aguas saladas suelen ser vertidas a los cauces de los ríos. Además, indicaba que la exploración se estaba realizando incumpliendo lo previsto en el artículo 27 de la Ley 26834, Ley de Áreas Naturales Protegidas, que establece que el aprovechamiento de los recursos naturales en áreas naturales protegidas sólo podrá ser autorizado si resulta compatible con la categoría, la zonificación asignada y el Plan Maestro. Al declarar fundada la demanda, el Tribunal Constitucional dispuso la prohibición de la realización de la última fase de la etapa de exploración y la etapa de explotación dentro del Área de Conservación Regional denominada Cordillera Escalera hasta que no se cuente con el Plan Maestro, pudiendo reiniciar tal actividad una vez que este haya sido elaborado y se establezca la compatibilidad entre la actividad de exploración y explotación y los objetivos del Área de Conservación Regional Cordillera Escalera.

Tribunal Constitucional del Perú

son idiomas oficiales el quechua, el aimara y las demás lenguas aborígenes en las zonas donde predominen. Es relevante mencionar también que el artículo 191 de la Constitución prescribe que la ley establecerá porcentajes mínimos para hacer accesible la representación de género, comunidades campesinas y nativas, y pueblos originarios en los Consejos Regionales y Concejos Municipales. Con ello, los pueblos indígenas –término utilizado en el Derecho internacional– han sido proveídos con herramientas legales que buscan proteger su existencia y su cosmovisión (*Weltanschauung*).[8]

2.4 Consecuencias del reconocimiento del Perú como un Estado multicultural y poliétnico

Tribunal Constitucional. Caso Juana Griselda Payaba Cachique contra la División de Seguridad del Estado de la Policía Nacional del Perú, Segunda Fiscalía Provincial Penal Corporativa de Tambopata, Sala Superior Mixta y de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Madre de Dios. Pleno. Expediente 01126-2011-PHC/TC. Sentencia publicada en el portal web del Tribunal Constitucional el 24 de setiembre de 2012.

13. […] Este Tribunal ha dicho que "la Constitución de 1993 ha reconocido a la persona humana como miembro de un Estado multicultural y poliétnico; de ahí que no desconozca la existencia de pueblos y culturas originarios y ancestrales del Perú" [STC 0042-2004-AI/TC, fundamento 1]. Tal reconocimiento constitucional no es una mera declaración formal de principios sin consecuencias tangibles; por el contrario, implica un cambio relevante en la propia noción del Estado y la sociedad. Así, la inclusión de la perspectiva multicultural (o intercultural) en la Constitución, implica un giro copernicano en el concepto de Nación y, por consiguiente, de la identidad nacional.

14. 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. Este Colegiado ha indicado que la cláusula constitucional de igualdad [artículo 2, inciso 2 de la Constitución], contiene un reconocimiento implícito de *tolerancia a la diversidad* como valor inherente al texto fundamental y como una aspiración de la sociedad peruana [STC 0022-2009-PI/TC, fund. 3]. La *tolerancia a la diversidad* contempla también diferentes formas de aceptar concepciones de justicia y de respetar el ejercicio del poder contramayoritario, siempre que no contravengan directamente derechos fundamentales y los fines esenciales del Estado.

15. Debe considerarse también que el reconocimiento de otras culturas o identidades no debe ser confundido con políticas de asimilación. El concepto de asimilación está construido sobre percepciones que observan que otras culturas minoritarias son "menos avanzadas", y como consecuencia de ello estarían

8 En similar sentido, Expediente 00022-2009-PI/TC, fundamento 4.

Tribunal Constitucional del Perú

irremediablemente destinadas a perder su identidad en un proceso de "superación cultural", al ser absorbidas por la sociedad dominante. Por el contrario, una visión que pretenda la integración considerando las diferencias culturales o que plantee estrategias de tolerancia por ciudadanías diferenciadas, es más respetuosa de las realidades e identidad cultural y étnica de los pueblos indígenas. 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.

16. Es por ello que el constituyente ha expresado [lo que ya fue resaltado en la STC 0022-2009-PI/TC, fundamento 4], en el artículo 2º, inciso 19 de la Constitución, el derecho a la identidad étnica y cultural, y el artículo 48º que, además del castellano, también son idiomas oficiales el quechua, el aimara y las demás lenguas aborígenes en las zonas donde predominen. Por su parte, el artículo 89º, reconoce la autonomía organizativa, económica y administrativa a las comunidades nativas, así como la libre disposición de sus tierras, las que no son materia de prescripción, reiterándose de igual forma la obligación del Estado de respetar su identidad cultural. A su vez, el artículo 149º permite que las comunidades nativas y campesinas puedan aplicar su derecho consuetudinario, ejercitando funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito de territorial, siempre que no vulneren derechos fundamentales. Es relevante mencionar también que el artículo 191º de la Constitución prescribe que la ley establecerá porcentajes mínimos para hacer accesible la representación de género, comunidades campesinas y nativas, y pueblos originarios en los consejos regionales y concejos municipales. Con ello, los pueblos indígenas han sido proveídos de herramientas legales cuyo objeto es proteger su existencia y su cosmovisión. De esta manera se reconoce el respeto a la diversidad y el pluralismo cultural, lo que tendrá que efectuarse siempre dentro del marco de respeto a los derechos fundamentales, el dialogo intercultural, los principios constitucionales y los valores superiores que la Constitución incorpora, tales como la dignidad de la persona, los principios de soberanía del pueblo, el Estado democrático de Derecho y la forma republicana de gobierno.

17. Y si bien resulta ya evidente afirmar que tales derechos y prerrogativas no pueden ser dejados de lado o desnaturalizados por los poderes constituidos, debe tomarse en cuenta que las tensiones y distancia entre la normativa y la realidad son parte de la dinámica social y del fenómeno jurídico. Es, pues, deber del Estado, en su función implementadora del ordenamiento jurídico, resolver estas tensiones e integrar la normativa en la realidad, a fin de que las consecuencias deseadas por las leyes y reglamentos tengan un impacto efectivo en la vida de los ciudadanos. La labor de los jueces del Poder Judicial, en general, y en particular el Tribunal Constitucional, en su calidad de supremo intérprete de la Constitución, adquiere una dimensión relevante en la tarea de cubrir los vacíos existentes entre las normas y la realidad. Con mayor énfasis si se contempla la función supervisora que tienen los jueces constitucionales sobre la actividad de la Administración cuando se alegue la vulneración de derechos fundamentales. Y es que es la Administración la que aplica, en un primer momento, el ordenamiento jurídico en su función administrativa.

Tribunal Constitucional del Perú

18. Así, debe resaltarse que uno de los elementos característicos del fenómeno multicultural en nuestro medio es que se reconoce y ensalza lo multicultural de hecho, pero no se implementan o se protegen eficazmente las políticas y derechos de naturaleza multicultural. Basta poner el ejemplo de lo ocurrido con el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo [en adelante Convenio 169] sobre el cual el Tribunal emitió la STC 05427-2009-PC/TC, en la que se hizo referencia a la inconstitucionalidad indirecta por omisión por parte del Ministerio de Energía y Minas al no haber reglamentado el referido convenio. O por el solo hecho de que tal convenio internacional no haya sido implementado en nuestro ordenamiento jurídico sino luego de más de 15 años desde su aprobación.

19. Es por ello que el Tribunal debe estar atento al referido contexto a fin de repensar categorías jurídicas y derechos desde la perspectiva multicultural, considerando además lo complejo de la implementación de normas multiculturales específicas, en procura de maximizar garantías que sostengan una sociedad plural y respetuosa de las diferencias. Específicamente para el caso de los pueblos indígenas, estos no solo legitiman sus derechos especiales en virtud de la distinción cultural, sino también por elementos históricos. En efecto, los pueblos indígenas u originarios, existentes desde antes de la creación del virreinato del Perú y de la República del Perú, ejercían hasta ese momento soberanía sobre sus territorios [artículo 1b) del Convenio 169]. Esto implica la autonomía en la toma de decisiones políticas de tal comunidad, incluyendo además la aplicación de sus costumbres jurídicas a fin de resolver conflictos sociales surgidos dentro de la comunidad. Pero esta realidad varió considerablemente con el proceso de conquista y de creación y expansión del Estado peruano, que decidió obviar toda diferenciación cultural a fin de iniciar la construcción de una sola identidad nacional.[9]

3. Principios de tolerancia y de pluralismo, y el valor de la diversidad cultural

3.1 La tolerancia como principio rector de las democracias

Tribunal Constitucional. Caso Luis Alejandro Lobatón Donayre y más de cinco mil ciudadanos contra el Poder Ejecutivo (artículo 54 del Decreto Legislativo Nº 776, Ley de Tributación Municipal). Pleno. Expediente 00042-2004-PI/TC. publicada en el portal web del Tribunal Constitucional el 12 de agosto de 2005.

3. Por otro lado, este Colegiado entiende que es en la *emotio* donde se debe poner en relieve la *tolerancia* como valor superior y principio rector de un sistema democrático, en la medida que "el poder ejercido por la mayoría debe distinguirse de todo otro en que no sólo presupone lógicamente una oposición, sino que la reconoce como legítima desde el punto de vista político, e incluso la protege, creando instituciones que garantizan un mínimo de posibilidades de existencia y acción a distintos grupos religiosos, nacionales o económicos, aun cuando solo estén constituidos por una minoría de personas; o, en realidad, precisamente por constituir grupos minoritarios.

9 También se puede consultar Expediente 02765-2014-PA/TC, fundamentos 14 al 19.

Tribunal Constitucional del Perú

La democracia necesita de esta continuada tensión entre mayoría y minoría, entre gobierno y oposición, de la que dimana el procedimiento dialéctico al que recurre esta forma estatal en la elaboración de la voluntad política. Se ha dicho acertadamente que la democracia es discusión. Por eso el resultado del proceso formativo de la voluntad política es siempre la transacción, el compromiso. La democracia prefiere este procedimiento a la imposición violenta de su voluntad al adversario, ya que de ese modo se garantiza la paz interna." [KELSEN, Hans. *Esencia y valor de la democracia*…].

Más aún, en una sociedad tan heterogénea y plural como la nuestra –integrada por una cultura autóctona y originaria, y por una cultura mestiza o criolla–, es necesario que se reconozcan determinados valores democráticos y culturales que deben ser compartidos por todos, sin que ello implique un desconocimiento de la idiosincrasia de cada comunidad. Se requiere, pues, establecer la unidad dentro de la diversidad y el pluralismo.

De ahí que sea posible señalar 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. En efecto, se puede señalar que "la diversidad cultural es valiosa, tanto en el sentido cuasiestético de que crea un mundo más interesante, como porque otras culturas poseen modelos alternativos de organización social que puede resultar útil adaptar a nuevas circunstancias. Este último aspecto suele mencionar con relación a los pueblos indígenas, cuyos estilos de vida tradicionales proporcionan un modelo de relación sostenible con el entorno." [KYMLICKA, Will…].

3.2 Tolerancia, pluralismo y respeto por la diversidad cultural como valores que residen en el principio democrático

Tribunal Constitucional. Caso Presidente de la República contra los Gobiernos Regionales de Cusco y de Huánuco (Ordenanza Regional Nº 031-2005-GRC/CRC del Gobierno Regional de Cusco y Ordenanzas Regionales Nº 015-2004-CR-GRH y 027-2005-E-CR-GRH del Gobierno Regional de Huánuco). Pleno. Expediente 00020-00021-2005-PI/TC, acumulados. Sentencia publicada en el portal web del Tribunal Constitucional el 27 de setiembre de 2005.

100. Por su parte, el artículo 43º de la Constitución reconoce al Perú como una República democrática. En el principio democrático residen valores constitucionales como el pluralismo, la tolerancia y el respeto por la costumbre, idiosincrasia y cosmovisión ajena. En tal sentido, el hecho de que por efecto de la diversidad cultural constitucionalmente reconocida, diversos rasgos espirituales y materiales se concreticen 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 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.

Tribunal Constitucional del Perú

3.3 La tolerancia a la diversidad como valor inherente a la Constitución y como contenido implícito del principio de igualdad

Tribunal Constitucional. Caso Jaime Hans Bustamante Johnson contra Occidental Petrolera del Perú, LLC Sucursal del Perú; Repsol Exploración Perú y Petrobras Energía Perú S.A. Pleno. Expediente 03343-2007-PA/TC. Sentencia publicada en el portal web del Tribunal Constitucional el 20 de febrero de 2009.

27. Del artículo 2, inciso 2, de la Constitución, se infiere un reconocimiento de la *tolerancia a la diversidad* como valor inherente al texto constitucional, lo que debe comprenderse, a su vez, como una aspiración de la sociedad peruana. En tal sentido, los individuos no pueden ser arbitrariamente diferenciados perjudicándoseles por motivos basados, entre otros, por su opinión, religión o idioma. Así, toda fuerza homogeneizadora que no respete o que amenace las singularidades de las personas identificables bajo algún criterio de relevancia constitucional debe ser erradicada. Esto es, reconocer a la unidad dentro de la diversidad y a la igualdad como un derecho a la diferencia.[…][10]

3.4 Significado y alcances de los sentidos descriptivo y prescriptivo del principio de pluralismo

Tribunal Constitucional. Caso Francisco Rojas Condemayta y otros contra la Segunda Fiscalía Provincial Penal de Quispicanchi, el Primer Juzgado de Investigación Preparatoria de Quispicanchi y el Primer Juzgado Penal Unipersonal de Quispicanchi. Pleno. Expediente 03158-2018-PA/TC. Sentencia 154/2021. Publicada en el portal web del Tribunal Constitucional el 1 de marzo de 2021.[11]

15. Cuando se alude al pluralismo como uno de los principios fundamentales del Estado constitucional, se hace referencia a este en un sentido prescriptivo. En otras palabras, se trata de un principio normativo cuyo reconocimiento dentro del sistema jurídico es del más alto rango y, por ende, puede ser exigido incluso judicialmente; pero, también se le alude a él en un sentido descriptivo, porque su significado expresa y abarca la diversidad (política, económica, ideológica, religiosa, social, cultural) inserta en las sociedades actuales, diversidad que constituye un rasgo característico que las define.

16. En nuestro ordenamiento constitucional el pluralismo se ha materializado a través de la positivización del principio-derecho de igualdad (artículo 2, inciso de la Constitución), pues este derecho, además prohibir todo trato diferente que sea arbitrario o que se base en consideraciones contrarias al igual valor de las personas, tiene como contenido también el del respeto a las diferencias [Ferrajoli, Luigi…], tanto personales como comunitarias. De esta manera, el Estado reconoce a cada persona la facultad que tiene para trazar

10 También puede verse Expediente 00022-2009-PI/TC, fundamento 3.

11 Los amparistas pretendían que se declare la nulidad de las disposiciones fiscales que dieron origen al proceso penal seguido en su contra por la presunta comisión del delito de coacción, así como la nulidad de todos los actos procesales realizados en este. Alegaban la vulneración a la autonomía jurisdiccional reconocida a las comunidades campesinas y nativas, así como a las rondas campesinas, conforme a lo establecido en el artículo 149 de la Constitución, toda vez que el proceso penal en mención constituía, en su opinión, un acto de criminalización de la función jurisdiccional que ejercían. Analizados los actuados, el Tribunal Constitucional desestimó la demanda de amparo por considerar que la vulneración a la autonomía jurisdiccional invocada por los recurrentes no se había configurado.

Tribunal Constitucional del Perú

y llevar a cabo su proyecto de vida a partir de sus visiones individuales sobre la justicia o la vida buena, y respeta, asimismo, las identidades culturales y cosmovisiones de las diversas comunidades originarias, siempre en el marco de la Constitución. En otras palabras, la Carta fundamental prescribe la obligación de respetar y garantizar la igualdad en la diversidad, es decir, el igual respeto a pesar de (o, mejor aún, debido a) las diferencias; reconocimiento y protección que, ciertamente, opera sobre todo a favor de los grupos minoritarios frente a las mayorías. En palabras de Luigi Ferrajoli […]:

Precisamente porque, de hecho, somos diferentes –diferentes por sexo, por nacionalidad, por lengua, por religión, por opiniones políticas, por condiciones personales y sociales–, precisamente porque la identidad de cada uno de nosotros es diferente de la de cualquier otro, se conviene, y es necesario convenir, con el fin de la convivencia pacífica y de la legitimación democrática del sistema político, el principio de igualdad de nuestras diferencias: esto es, la convención de que todos somos iguales, –o sea, tenemos igual valor y dignidad– más allá de, y es más, precisamente a causa de nuestras diferencias.

17. Asimismo, y como ya lo advirtió el Tribunal Constitucional a través de su jurisprudencia, nuestra Constitución también ha reconocido las distintas formas de pluralismo. En efecto, ha hecho lo propio con el pluralismo *político* –acorde con una sociedad regida por el principio democrático– cuando garantiza la libre concurrencia y participación en los asuntos públicos y el ejercicio del poder político (artículos 30 al 32); el pluralismo *económico,* que se manifiesta en el marco de una economía social de mercado y las diversas modalidades de actividad económica (artículos 58 y 60); el pluralismo *educativo,* en tanto que fomenta la educación intercultural preservando las diversas manifestaciones culturales y lingüísticas del país (artículo 17), así como la libertad de enseñanza (artículos 13 y 18); y el pluralismo *cultural,* cuando en su artículo 2 inciso 19 reconoce, por un lado, el derecho que tiene toda persona a su identidad étnica y cultural, y, de otro lado, afirma el autorreconocimiento y protección que hace el propio Estado peruano de la pluralidad étnica y cultural que lo define. Y es a partir de este autorreconocimiento que la Constitución reconoce personería jurídica a las comunidades campesinas y nativas, así como su autonomía social, económica, administrativa (artículo 89) y jurisdiccional (artículo 149).

3.5 El contenido del pluralismo como pieza fundamental del Estado constitucional y democrático de Derecho

Tribunal Constitucional. Caso Carmen Zelada Requelme y otros contra el Presidente y la Junta Directiva de la Comunidad Campesina de Montevideo, el alcalde de la Municipalidad Distrital de Montevideo, el Juez de Paz del distrito de Montevideo, y el presidente y los integrantes del Comité de la Ronda Campesina de Montevideo. Pleno. Expediente 02765-2014-PA/TC. Sentencia publicada en el portal web del Tribunal Constitucional el 11 de setiembre de 2017.[12]

12 El proceso de amparo fue promovido con el propósito de que se dejara sin efecto el acta de asamblea general en el extremo que establecía la "destitución" de los demandantes del distrito de Montevideo y la reversión de sus terrenos a la comunidad. Alegaban que las decisiones tomadas por la Asamblea General de la Comunidad Campesina de Montevideo eran arbitrarias debido a que las disposiciones aplicables, tales como la Ley General

Tribunal Constitucional del Perú

6. El artículo 43 de la Constitución reconoce que el Estado peruano se erige como un Estado Constitucional. Esta construcción conceptual, como ha recordado este Tribunal, de ninguna manera obvia los principios y derechos básicos del Estado de Derecho, tales como la libertad, la seguridad, la propiedad privada y la igualdad ante la ley; antes bien, lo que pretende es "conseguir su mayor efectividad, dotándolos de una base y un contenido material, a partir del supuesto de que individuo y sociedad no son categorías aisladas y contradictorias, sino dos términos en implicación recíproca" [STC 02002-2006-AC/TC, fundamento 5].

7. En ese sentido, y precisamente porque el individuo y la sociedad se encuentran en una relación dinámica y constante, es que la Constitución también reconoce la presencia de colectivos que se caracterizan por su particular cosmovisión del mundo. Es claro 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.

8. Por el contrario, 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. Sin ello, esta conexión entre la persona y el entorno que la rodea difícilmente podría consolidarse, pues cada una defendería sus posiciones y no se fomentaría la convivencia en un contexto de tolerancia, la cual es indispensable, según hemos entendido en nuestra jurisprudencia, para la efectiva vigencia del pluralismo [*cfr*. STC 01126-2011-HC/TC, fundamento 14].

9. Este último principio, consustancial a la fórmula del Estado Constitucional, permite la convivencia de distintas creencias en los espacios públicos [STC 06111-2009-PA/TC, fundamento 51], y no implica solamente el deber de "resistir" las creencias ajenas, sino que también involucra la idea de evitar absolutizar nuestras propias creencias en desmedro de las demás. De esta

---

de Comunidades Campesinas, Ley 24656, o el Decreto Supremo 008-91-TR, no disponían ese tipo de sanción. Los demandantes consideraban que la sanción de incautación de sus animales, el secuestro "forzado" de don Carmen Zelada Requelme, la afectación del trabajo que desempeñaban en sus tierras, y la imposibilidad de que sus menores hijos puedan seguir sus estudios, eran abusos cometidos en su contra. En tal sentido, invocaban la vulneración de sus derechos fundamentales a la libertad de tránsito, a elegir su lugar de residencia, a la paz y tranquilidad, a la inviolabilidad de domicilio, a no ser víctima de violencia moral o tratos humillantes, a la educación de sus hijos y al trabajo. El Tribunal Constitucional declaró fundada la demanda y ordenó a la Comunidad Campesina de Montevideo aplicar la jurisdicción comunal en un nuevo proceso a cargo de la Asamblea Comunal con las garantías del contenido mínimo esencial del derecho al debido proceso, específicamente en lo relacionado al derecho de defensa.

Tribunal Constitucional del Perú

forma, la tolerancia, en tanto valor y aspiración, implica también entender que, en el marco de una sociedad plural, existan distintas concepciones de lo bueno, y que ellas deben ser tratadas con igual consideración en tanto no supongan un quebrantamiento de los derechos fundamentales y de los principios elementales que configuran el Estado Constitucional en los términos del artículo 43 de la Constitución.

10. Es así que, en el contexto de una sociedad abierta al pluralismo, el artículo 2.19 de la Constitución reconoce y protege la pluralidad étnica y cultural de la nación, lo cual obedece a la presencia de una gran diversidad que es producto de los procesos históricos y geopolíticos que han caracterizado al Estado peruano. Este pluralismo, además, se refleja en muchos ámbitos de la dinámica social, tal y como ocurre, esencialmente, en el caso de la normatividad y la función jurisdiccional. De esta forma, es posible notar su influencia en la coexistencia de diversos sistemas normativos (no necesariamente jurídicos) en un mismo territorio. Evidentemente, la presencia de distintas concepciones y cosmovisiones del mundo conduce, inexorablemente, al surgimiento de diversa clase de conflictos, y es en ese momento en que el derecho adquiere un rol particularmente relevante como instrumento para su resolución.

11. En esa trascendental labor, consistente en la determinación de qué prácticas o creencias deben ser legitimadas, lo complejo radica en identificar un sistema de justificación superior que nos permita deslindar lo constitucionalmente prohibido de lo permitido. Y es que resulta importante resaltar que el reconocimiento del principio de igualdad de reconocimiento y trato de las distintas culturas y etnias no implica, necesariamente, una absoluta *neutralidad* estatal, la cual implicaría que el Estado permanezca inactivo e indiferente frente a cualquier manifestación o práctica que pueda atentar contra los derechos fundamentales o cualquier otro bien constitucionalmente relevante, lo cual, en el marco de un Estado Constitucional, debe ser vedado, pues el deber de tutela exige que las autoridades no solo se abstengan de cometer vulneraciones de los principios y valores protegidos por la Constitución, sino también garantizar que ello no se plasme en las relaciones *inter privatos*, como se explicará con posterioridad.

12. Por otro lado, una indiferencia estatal en este punto nos puede conducir a lo que se ha denominado la "paradoja de la neutralidad. En efecto, asumir esa posición implicaría, de manera contraria a esta misma noción, que solo se asuman y protejan aquellos proyectos de vida que son producto de un valor objetivo: la misma neutralidad. De este modo, solo se respetarían los planes de vida que sean, a su vez, neutrales, lo cual implica ya una valoración de la conducta. No es este el diseño que la Constitución ha trazado. Antes bien, fomenta y protege las distintas creencias y culturas que existen en el país.

13. Ahora bien, precisamente una de las manifestaciones del pluralismo se da a propósito de lo que se ha denominado como "multiculturalismo". En efecto, desde una perspectiva multicultural, la idea de una nación conformada por una cultura homogénea y estática debe de reelaborarse [Cfr. STC 01126-2011-HC, fundamento 14]. Es por ello que, en sociedades tan heterogéneas como la peruana, lo ideal es propiciar un diálogo intercultural que permita la coexistencia de todos aquellos modelos de vida que respeten la esencia

Tribunal Constitucional del Perú

de la Constitución, la cual, en este punto, se erige como el *estándar mínimo de pautas de convivencia* en el marco de una sociedad abierta y plural. En ese sentido, corresponde desarrollar los alcances de este modelo multicultural, dentro del cual se insertan, evidentemente, todas aquellas formas de tolerancia y diálogo que se propician y promueven con las comunidades campesinas y nativas.

4. Pueblos Indígenas y Comunidades Campesinas y Nativas

4.1 Alcances sobre la distinción entre las denominaciones "pueblos indígenas" y "comunidades campesinas y nativas"

Tribunal Constitucional. Caso Federación Kichwa Huallaga El Dorado contra la Municipalidad Provincial de El Dorado. Pleno. Expediente 02196-2014-PA/TC. Sentencia publicada en el portal web del Tribunal Constitucional el 10 de marzo de 2020.[13]

3. La Constitución de 1993 reconoce de manera expresa el pluralismo cultural existente en nuestra sociedad, el derecho individual a la identidad diversa, el derecho colectivo de las diferentes culturas y grupos étnicos a recibir protección por parte del Estado y la sociedad en general, consagrando una serie de disposiciones; por ejemplo, los artículos 2, inciso 19; 15; 17; 48; 88; 89; 149; y 191; los cuales conforman el cuerpo jurídico constitucional indígena peruano.

4. Sin embargo, la Constitución de 1993 no alude explícitamente a los "pueblos indígenas u originarios". Así, el artículo 89 de la Constitución prescribe lo siguiente en su primer párrafo: "Las Comunidades Campesinas y las Nativas tienen existencia legal y son personas jurídicas. […]". A criterio de este Tribunal, luego de una interpretación unitaria de la precitada disposición, la Constitución 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.

5. Debe tenerse cuidado en no establecer una sinonimia entre el concepto "comunidades campesinas y nativas" con el concepto "pueblos indígenas u originarios". La normativa básica que regula en el país el derecho a la consulta (Convenio 169 OIT, Ley 29785 que regula la consulta previa, así como su Reglamento) alude a los "pueblos indígenas u originarios" como aquellos que cumplen los criterios objetivos y subjetivos señalados por el Convenio 169, artículo 1, incisos 1 y 2. Los criterios objetivos son los siguientes: i) 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

13 La Federación demandante solicitaba el cese a la vulneración de los derechos a la participación, a la consulta y al debido procedimiento de su asociada, la comunidad Maray. Pretendía que la municipalidad emplazada implemente el proceso de consulta en el poblado originario Maray, de modo previo al otorgamiento de autorizaciones administrativas a terceros o entidades estatales para la extracción de material de acarreo en el territorio y jurisdicción de la citada comunidad. Contrastada la vulneración iusfundamental invocada, el Tribunal Constitucional estimó la demanda de amparo y ordenó a la Municipalidad Provincial de El Dorado que implemente el proceso de consulta previa acerca de la medida administrativa de extracción de material de acarreo en territorio adyacente al río Sisa, tomando en consideración lo indicado en los fundamentos de su sentencia.

Tribunal Constitucional del Perú

o del establecimiento de las actuales fronteras estatales; ii) mantener completamente o en parte las prácticas y costumbres. El criterio subjetivo es la conciencia de su identidad o autoidentificación. Así, 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.

6. Consecuentemente, el hecho de que la Constitución reconozca personería jurídica a las "comunidades campesinas y nativas", y no expresamente a los "pueblos indígenas u originarios", no significa que solo los pueblos indígenas u originarios organizados en forma de comunidades campesinas o nativas ostenten personería jurídica. Y es que, normativamente, la personería jurídica de los pueblos indígenas u originarios deriva de la ratificación por parte del Estado Peruano del Convenio 169 OIT que define el concepto, constituye el marco normativo que los regula y forma parte del ordenamiento jurídico nacional. El Convenio 169 OIT, como cualquier otra norma, debe ser acatado (cfr. sentencia recaída en el Expediente 03343-2007-PA/TC, fundamento 31); adicionalmente, de conformidad con el artículo 55 y la Cuarta Disposición Final de la Constitución de la Constitución, los "tratados internacionales sobre derechos humanos no sólo conforman nuestro ordenamiento sino que, además, ostentan rango constitucional" (cfr. sentencia recaída en el Expediente 0025-2005-PI/TC, fundamento 33).

7. A mayor abundamiento, corresponde señalar que la inscripción registral de los pueblos indígenas u originarios no está sujeta a condiciones antojadizas de las autoridades que tienen a su cargo dicha labor, tales como referencias geográficas y de acceso, un mapa etnolingüístico con la determinación del hábitat de las regiones que los pueblos indígenas ocupan o utilizan de alguna manera, un número mínimo de personas para su formación, encontrarse dentro de un área natural protegida, que todos los miembros tengan apellidos indígenas, contar con un estatuto aprobado, etc. Por el contrario, dicho registro queda sujeto solo al cumplimiento de los criterios objetivos y subjetivos señalados por el Convenio 169, articulo 1, incisos 1 y 2, descritos *supra*.

8. En general, cabe diferenciar entre personas jurídicas de substrato propiamente personalista, representadas por una colectividad de individuos, *universitates personarum*, y personas jurídicas caracterizadas por la prevalencia del substrato patrimonial, *universitates bonorum* (cfr. sentencia recaída en el Expediente 04611-2007-PA/TC, fundamento 24).

9. Dentro de dicho contexto, las comunidades campesinas y nativas constituyen personas jurídicas de tipo *universitates personarum*, razón que explica por qué la Norma Fundamental, en forma excepcional y privilegiada, les ha otorgado personería jurídica *erga omnes* en forma directa, sin la necesidad de realizar la inscripción previa en algún registro para afirmar su existencia. Esa misma lógica debe hacerse extensiva a todos los pueblos que califiquen como pueblos indígenas u originarios, de quienes también puede decirse que constituyen personas jurídicas de tipo *universitates personarum*. Ello concuerda

Tribunal Constitucional del Perú

con lo previsto en el artículo 1, inciso 1.b, del Convenio 169, que prescribe que se aplicará los pueblos indígenas *cualquiera que sea su situación jurídica*; lo que quiere decir que su personería jurídica no nace con la inscripción.

10. Estando a lo expresado, cabe analizar la legitimidad activa de los pueblos indígenas u originarios para solicitar tutela de derechos. Dicho examen debe considerar los fines de los procesos constitucionales reconocidos en el artículo II del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, es decir, garantizar la supremacía constitucional y la vigencia de los derechos fundamentales.

11. Al respecto, si los pueblos indígenas u originarios tienen existencia legal y personería jurídica directa, el acto administrativo de inscripción resulta declarativo y no constitutivo.

12. El Código Procesal Constitucional prescribe en su artículo 40, tercer párrafo, que cualquier persona puede interponer una demanda de amparo: "[…] cuando se trate de la 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". No obstante, la citada norma adjetiva nada dice sobre la protección de los derechos colectivos, como sí lo hace la de la consulta previa.

13. Si bien nuestra legislación procesal constitucional no ha reservado para este tipo de derechos una específica regulación, este Tribunal considera que la tutela del derecho colectivo a la consulta previa podría ser materializada a través del supuesto de "afectación directa" al que aluden los artículos 39 y 40, primer párrafo, del código mencionado. Y ello es así porque, en primer lugar, el propio pueblo indígena u originario, en tanto sujeto colectivo con personería jurídica, podría demandar como directamente afectada, así como cualquier miembro de esta que invoque afectación directa.

14. Asimismo, los pueblos indígenas u originarios pueden solicitar tutela constitucional a través de otra entidad —como una federación, una confederación o una organización no gubernamental (ONG)— si así lo decidieran en su beneficio, en ejercicio de su derecho a la autonomía en su organización. No obstante, dicha representación procesal debe quedar fehacientemente acreditada, a saber, la agraviada debe manifestar su voluntad de que otra entidad, cualquiera fuere la naturaleza de esta (comunal, estatal o privada), asuma la defensa de sus derechos.[14]

4.2 Desarrollo y evolución del tratamiento legal de las Comunidades Campesinas y Nativas en el ordenamiento jurídico peruano

Tribunal Constitucional. Caso Carmen Zelada Requelme y otros contra el Presidente y la Junta Directiva de la Comunidad Campesina de Montevideo, el alcalde de la Municipalidad Distrital de Montevideo, el Juez de Paz del distrito de Montevideo, y el presidente y los integrantes del Comité de la Ronda Campesina de Montevideo. Pleno. Expediente 02765-2014-PA/TC. Sentencia publicada en el portal web del Tribunal Constitucional el 11 de setiembre de 2017

14 Al respecto, puede revisarse también Expediente 00012-2020-PI/TC, fundamentos 66, 67.

Tribunal Constitucional del Perú

21. El reconocimiento de las comunidades campesinas y nativas, muy vinculado con el caso de los pueblos indígenas, guarda antecedentes remotos. Sobre ello, debe recordarse que los españoles, al llegar a los territorios del Tahuantinsuyo, reconocieron una variedad de reinos o culturas subyugadas al imperio inca. A fin de tratar de asimilar y de unificar esta diversidad, se adoptaron distintas medidas en el régimen virreinal, tal y como ocurrió en el gobierno del virrey Álvarez de Toledo, cuya labor administrativa consolidaría la normativa oficial de derecho indiano aplicable en estos territorios. Esto no impidió, en todo caso, que se reconocieran distintas jurisdicciones en la administración española.

22. Ahora bien, el primer intento homogeneizador nacional se aprecia en la Constitución de Cádiz de 1812, la cual tuvo la finalidad de concebir un Estado-Nación de acuerdo a los ideales de una monarquía constitucional. Si bien esta Constitución persigue el ideal de igualdad en los términos de ciudadanía *española*, no se tomaría en cuenta la diversidad cultural existente en su amplísimo territorio. Sin embargo, con la instauración de la República se pretende un cambio de denominación con el propósito que los indígenas sean considerados como peruanos. De este modo, el 3 de agosto de 1821, el general José de San Martín es designado Protector del Perú y aprobó un decreto supremo en el que dispuso que:

    > Después que la razón y la justicia han recobrado sus derechos en el Perú sería un crimen consentir que los aborígenes permaneciesen sumidos en la degradación moral a los que tenía reducidos el gobierno español, y continúen pagando la vergonzosa exacción que con el nombre de tributo fue impuesta por la tiranía como signo de señorío.
    >
    > Por tanto, declaro:
    >
    > Artículo 1.- Consecuente con la solemne promesa que hice en una de mis proclamas del 8 de diciembre último, queda abolido el impuesto que bajo la denominación de "Tributo" se satisfacía al gobierno español.
    >
    > (…)
    >
    > Artículo 4.- En adelante no se denominarán los aborígenes, indios o naturales; ellos son hijos y ciudadanos del Perú y con el nombre de «PERUANOS» deben ser reconocidos.

    Sin embargo, el cambio de denominación de "aborígenes, indios o naturales" por el genérico de "peruanos" no se hace efectivo, pues la denominación "indígena" siguió utilizándose. Por ejemplo, el primer Congreso Constituyente de la República lanzaría una proclama el 10 de octubre de 1822, en la cual se pretendía incluir en agenda la situación de los considerados indígenas, y dirigiéndose a ellos señalaron lo siguiente: "[v]ais a ser nobles, instruidos, propietarios y representareis entre los hombres todo lo que es debido a vuestras virtudes".

23. Durante el periodo final de las guerras emancipadoras, Simón Bolívar emite un decreto, con fecha 8 de abril de 1824, en el que cambia el régimen de propiedad comunal por uno de propiedad privada, el cual aplicaría a todo el territorio nacional. Esto fomentaría la individualización de los territorios bajo un régimen de propiedad privada a través de la parcelación de los mismos.

Tribunal Constitucional del Perú

Este decreto estaría vigente hasta el 20 de setiembre de 182. De esta forma, puede advertirse que, a fin de cuentas, sería la propiedad desde una perspectiva comunal la que pasaría a erigirse como un elemento esencial del asunto "indígena" en la etapa republicana.

24. Ahora bien, con respecto a las disposiciones legislativas de las primeras décadas de la república, estas fueron diseñadas desde un rol de "paternalismo estatal", pese a que la existencia de las comunidades, desde un punto de vista jurídico, no estaba reconocida. Este paternalismo se extendería hasta el gobierno de Piérola y permitiría la existencia de una especie de *capitis diminutio* en virtud de la libertad, el derecho de ciudadanía y el derecho de familia del individuo enmarcado en una política destinada a la individualización de la propiedad de la tierra, así como la correlativa limitación expansiva de las comunidades en virtud de su falta de reconocimiento como sujeto de derecho. Sobre ello, el Código Civil de 1852, modificó el temperamento sobre bienes comunes del Código Civil de 1836, señalando, en su artículo 459, que "son comunes las que pertenecen colectivamente a una corporación legalmente reconocida".

    Como es conocido, la comunidad indígena no fue una "corporación legalmente reconocida" sino hasta entrado el siglo XX. De hecho, la disposición del Código Civil de 1852 dejaba en manos del Poder Ejecutivo la capacidad de "reconocer legalmente una corporación". Ello implicaba que la legislación peruana de la época restringía el dominio patrimonial de sus territorios, restándoles autonomía.

25. No sería hasta el Siglo XX que se reconocería la existencia de la personería jurídica de las comunidades. Este reconocimiento se daría en virtud de la emisión de la "Constitución para la República del Perú", dictada por la Asamblea Nacional de 1919 y promulgada el 18 de Enero de 1920, bajo el gobierno de Augusto B. Leguía. La nueva Constitución, en su artículo 58, disponía que "[e]l Estado protegerá a la raza indígena y dictará leyes especiales para su desarrollo y cultura en armonía con sus necesidades. La Nación reconoce la existencia legal de las comunidades de indígenas y la ley declarará los derechos que les corresponden". De esta forma, se necesitará la concurrencia del legislador para complementar la protección que inicialmente la Constitución dispensaba. Con posterioridad, la Constitución de 1933 reguló, en sus artículos 207 a 212, diversos aspectos como las tierras, el gobierno y la autonomía de las comunidades indígenas.

26. Ahora bien, no sería hasta el 24 de junio de 1969 en el que las comunidades pasarían a ser denominadas como campesinas. En efecto, el Gobierno Revolucionario de las Fuerzas Armadas promulgó el Decreto Ley N.º 17716, Ley de Reforma Agraria, que incluiría un artículo esencial, el artículo 115, el cual se relacionaba con la denominación jurídica de las comunidades consideradas "indígenas", que a partir de ese momento serían denominadas como comunidades "campesinas". En virtud al referido cambio de nomenclatura se construiría la sucesiva legislación nacional en materia comunal.

27. De este modo, el 24 de junio de 1974 se promulgó, mediante Decreto Ley N° 20653, la Ley de Comunidades Nativas y Promoción Agropecuaria de las Regiones de la Selva y Ceja de Selva, norma que denomina y distingue a la Comunidad Nativa de la Comunidad Campesina y, con ello, reconoce en su

Tribunal Constitucional del Perú

artículo 6 "la existencia legal y la personalidad jurídica de las Comunidades Nativas". Esta última norma sería derogada y reemplazada por Decreto Ley N.° 22175, de fecha 9 de mayo de 1978, en la segunda fase del Gobierno Revolucionario de las Fuerzas Armadas. Respecto a la definición legal de éstas, la nueva norma, en su artículo 8, contempla una redacción idéntica a la original que define a las comunidades nativas. Este artículo dispone que "las Comunidades Nativas tienen origen en los grupos tribales de la Selva y Ceja de Selva y están constituidas por conjuntos de familias vinculadas por los siguientes elementos principales: idioma o dialecto, caracteres culturales y sociales, tenencia y usufructo común y permanente de un mismo territorio, con asentamiento nucleado o disperso".

28. La Constitución Política de 1979, por su parte, en su artículo 161 reconoció, al igual que su antecesora, la existencia legal y personería jurídica de las comunidades indígenas, ahora ya diferenciadas en comunidades campesinas y comunidades nativas. Asimismo, les reconoce su autonomía organizacional, económica y administrativa dentro de los límites legales. Sin embargo, pese a los destacados avances en relación con la autonomía de estas comunidades, no existe un reconocimiento de la jurisdicción comunal o alguna institución afín.

29. En conclusión, podemos afirmar que la actual denominación de las comunidades, tanto campesinas y nativas, tiene su antecedente inmediato en lo que eran las comunidades indígenas. Resulta evidente que este reconocimiento jurídico es producto de su innegable presencia y vigencia en la vida nacional, la cual fue forjada a través de los periodos colonial y republicano.

30. Ahora bien, si algo caracterizaba a las comunidades, desde la época de la colonia inclusive, era su especial cosmovisión del mundo, la cual se plasmaba, entre otras cosas, con su particular idea de la propiedad, la cual no tenía una visión marcadamente individualista. Del mismo modo, esta diversidad cultural también se hizo patente en cuanto a los conceptos del bien o de la justicia, lo que ameritó el surgimiento de autoridades e instituciones locales que juzgaban, según sus tradiciones y costumbres, las conductas de sus integrantes […].

4.3 Naturaleza jurídica de las Comunidades Campesinas y Nativas

Tribunal Constitucional. Caso Carmen Zelada Requelme y otros contra el Presidente y la Junta Directiva de la Comunidad Campesina de Montevideo, el alcalde de la Municipalidad Distrital de Montevideo, el Juez de Paz del distrito de Montevideo, y el presidente y los integrantes del Comité de la Ronda Campesina de Montevideo. Pleno. Expediente 02765-2014-PA/TC. Sentencia publicada en el portal web del Tribunal Constitucional el 11 de setiembre de 2017

31. En la actualidad, la Ley 24656, Ley General de Comunidades Campesinas, dispone en su artículo 2 que

> [l]as Comunidades Campesinas son organizaciones de interés público, con existencia legal y personería jurídica, integrados por familias que habitan y controlan determinados territorios, ligadas por vínculos ancestrales, sociales, económicos y culturales, expresados en la propiedad comunal de la tierra, el trabajo comunal, la ayuda mutua, el gobierno democrático y

Tribunal Constitucional del Perú

el desarrollo de actividades multisectoriales, cuyos fines se orientan a la realización plena de sus miembros y del país.

32. En ese sentido, el componente esencial de las comunidades campesinas son las familias que las conforman y que están ligadas ancestral, social, económica y culturalmente. La expresión de colectividad se manifiesta en la propiedad, el trabajo, la ayuda, el gobierno y el desarrollo comunal, con la finalidad de la realización plena de sus miembros, lo cual garantiza el derecho a la identidad cultural que gozan tanto la comunidad como sus integrantes. Sin embargo, como se expuso *supra*, ello no debe entenderse como el absoluto desconocimiento de los derechos individuales que, eventualmente, podrían titularizar sus integrantes.

33. El reconocimiento jurídico de las comunidades campesinas y nativas se encuentra estrechamente vinculado con el caso de los denominados pueblos indígenas. Incluso se han presentado casos en los que determinados colectivos, denominados formalmente como "comunidades campesinas" son, en los hechos, pueblos indígenas. De ahí que, en múltiples casos, ellas ostenten características y rasgos similares a las de los pueblos indígenas o tribales, lo que genera que, en dichas situaciones, también deban ser beneficiados de los derechos y beneficios que se otorgan a esos colectivos. Este criterio también ha sido compartido, por cierto, por la Comisión de Expertos de la OIT, la cual ha precisado que

> el concepto de pueblo es más amplio que el de comunidad y las engloba y que, cualquiera sea su denominación, no debe haber ninguna diferencia a efectos de la aplicación del Convenio, en la medida en que las comunidades denominadas nativas, campesinas u otras estén comprendidas en el artículo 1, párrafo 1, a) o b), del Convenio, en cuyo caso corresponde aplicarles por igual todas las disposiciones del Convenio [por lo que] insta al Gobierno a que tome las medidas necesarias para garantizar que todos quienes estén comprendidos en el artículo 1 del Convenio queden cubiertos por todas sus disposiciones y gocen de los derechos contenidos en el mismo en igualdad de condiciones, y a proporcionar informaciones sobre el particular" [Comisión de Expertos de la Organización Internacional del Trabajo en aplicación de convenios y recomendaciones (CEACR). Observación individual dirigida al Perú, documento de febrero de 2009].

34. En ese sentido, no nos cabe duda de que el principal factor que debe tomarse en cuenta para el reconocimiento de las comunidades campesinas y nativas es el de la autoidentificación, esto es, que el propio colectivo se reconozca como perteneciente a una comunidad campesina o nativa, hecho que precisamente permite resaltar su autonomía. Sin embargo, ésta sola autoidentificación de una comunidad como tal, no es suficiente para su reconocimiento como tal, con todos los efectos jurídicos que a ello conlleva. De hecho, existen otros elementos que pueden tomarse en cuenta para dicho reconocimiento jurídico: la existencia de un lenguaje, organización política, y creencias religiosas propias y que los permiten diferenciar de otros colectivos; el tiempo de permanencia en un territorio específico, y una experiencia de marginalización y subyugación [*cfr*. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales sobre

Tribunal Constitucional del Perú

sus tierras ancestrales y recursos naturales. OEA/Ser.L/V/II., Doc. 56/09, documento de 30 de diciembre de 2009, párrafo 30].

35. Se puede apreciar, de esta manera, que el criterio para distinguir a las comunidades campesinas de los pueblos indígenas es, en general, el de la ancestralidad, así como la presencia de prácticas y costumbres diferenciadas que permitan la auto-identificación de estos colectivos […].

4.4 Personería jurídica de las Comunidades Campesinas y Nativas

Tribunal Constitucional. Caso Municipalidad Provincial de Aymaraes contra el Congreso de la República (Ley Nº 30295, Ley de Saneamiento y Organización Territorial de la Provincia de Andahuaylas y sus distritos en el Departamento de Apurímac). Pleno. Expediente 00012-2020-PI/TC. Sentencia 525/2021. Publicada en el portal web del Tribunal Constitucional el 20 de mayo de 2021. Ponente: magistrado Ferrero Costa.[15]

63. El artículo 89 de la Constitución dispone: "Las Comunidades Campesinas y las Nativas tienen existencia legal y son personas jurídicas (...)". A criterio de este Tribunal, la Constitución 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.

64. Efectivamente, este Tribunal ha resuelto que

> (…) la Norma Fundamental, en forma excepcional y privilegiada, ha otorgado a dichas comunidades personería jurídica *erga omnes* en forma directa, sin la necesidad de realizar la inscripción previa en algún registro para afirmar su existencia, al representar una forma de *universitates personarum*. El acto administrativo de inscripción es entonces, a diferencia de lo que ocurre con las personas jurídicas de derecho privado, declarativo y no constitutivo (Sentencia 4611-2007-PA/TC, fundamento 25).

4.5 El Poder Ejecutivo como el órgano competente para reconocer a los Pueblos Indígenas

Tribunal Constitucional. Caso Poder Ejecutivo contra el Gobierno Regional de Loreto (Ordenanza Regional Nº 014-2017-GRL/CR del Gobierno Regional de Loreto, que reconoce pueblos originarios e indígenas). Pleno. Expediente 00004-2018-PI/TC. Sentencia publicada en el portal web del Tribunal Constitucional el 5 de setiembre de 2019.[16]

15 La demanda de inconstitucionalidad fue presentada por don José Alberto Argote Cárdenas, alcalde de la Municipalidad Provincial de Aymaraes, contra los literales R, S y T del artículo 4 de la Ley 30295 por contravenir las disposiciones constitucionales que regulan el trámite legislativo de aprobación de leyes, así como el derecho de propiedad y los derechos de los pueblos indígenas a la consulta previa y a la libre autodeterminación. El Tribunal Constitucional desestimó la inconstitucionalidad promovida.

16 El Poder Ejecutivo alegaba, básicamente, que el Gobierno Regional de Loreto había excedido sus competencias e invadido las que le correspondía en materia de identificación y reconocimiento de pueblos indígenas. En tal sentido, alegaba que la ordenanza regional impugnada no superaba el test de competencia. El Tribunal Constitucional confirmó los argumentos expuestos por la parte demandante y declaró la inconstitucionalidad de la Ordenanza Regional Nº 014-2017-GRL/CR, a través de la cual el Gobierno Regional de Loreto reconoció pueblos originarios e indígenas.

Tribunal Constitucional del Perú

32. De lo [establecido en el artículo 192 de la Constitución, en la Ley de Bases de la Descentralización y en la Ley Orgánica de los Gobiernos Regionales] se advierte que los gobiernos regionales no tienen competencia expresa para realizar la identificación y reconocimiento de pueblos indígenas. Ello no se puede derivar de competencias genéricas sobre desarrollo socioeconómico, pues se trata de una facultad muy genérica, o de normas que no hacen referencia siquiera a los pueblos indígenas. Las competencias regionales deben ser taxativas y las referencias expresas.

[…]

35. Por otro lado, el numeral 1 del artículo 33 del Convenio 169 de la OIT hace referencia a:

> La autoridad gubernamental responsable de las cuestiones que abarca el presente Convenio deberá asegurarse de que existen instituciones u otros mecanismos apropiados para administrar los programas que afecten a los pueblos interesados, y de que tales instituciones o mecanismos disponen de los medios necesarios para el cabal desempeño de sus funciones.

36. Se alega que de la disposición citada no se desprende una obligación de establecer una única instancia encargada de la protección de los pueblos indígenas. El Tribunal nota que, tal y como se ha afirmado, ciertamente de esa cláusula no se deriva el deber de reconocer a una sola autoridad, pero también lo es que el mismo convenio dispone que las medidas que se adopten deben tomar en cuenta las condiciones de cada país, y una de ellas es precisamente la forma en que cada Estado decide articular la relación entre sus distintas unidades territoriales y la forma en que aborda los niveles de descentralización, por lo que dicho argumento no es de recibo.

37. Será entonces el Estado mismo quien decida la configuración interna de dicha obligación, pudiendo recurrir alternativamente a la implementación de otras instituciones o de mecanismos apropiados para administrar los programas que afecten a los pueblos indígenas, siempre que esto asegure los medios necesarios para el cumplimiento de dichas funciones. Pero la citada disposición claramente no hace referencia a niveles de gobierno o a la obligatoriedad de la participación regional en la configuración de esta obligación.

38. Corresponde, por tanto, analizar las competencias del Poder Ejecutivo, entidad demandante en el presente proceso. Al respecto, cabe destacar que, si bien el artículo VI, numeral 1, de la LOPE[17], establece que dicho ente "ejerce sus competencias sin asumir funciones y atribuciones que son cumplidas por los otros niveles de gobierno", el artículo 4 de la citada ley, que regula las competencias exclusivas de este poder del Estado, señala que:

> Toda función, actividad, competencia, proyecto, empresa o activo que no hubiera sido asignado expresamente a otros niveles de gobierno corresponde al Poder Ejecutivo.

17 Ley Orgánica del Poder Ejecutivo.

Tribunal Constitucional del Perú

39. De ahí se deriva que las competencias del Poder Ejecutivo no son taxativas. Esto quiere decir que no es necesario que sus competencias hayan sido asignadas de forma expresa o por ley orgánica. Conforme se deriva de la misma LOPE, simplemente basta con que una competencia no haya sido otorgada taxativamente a otro nivel de gobierno o a otro ente estatal, mediante la Constitución o las leyes orgánicas, para que automáticamente sea una competencia del Poder Ejecutivo. Ello es concordante con el principio de unidad del Estado en general, y con el principio de taxatividad en particular, a los que ya se hizo referencia *supra*.

40. Asimismo, conforme al artículo 2 de la citada ley orgánica, los ministerios forman parte del Poder Ejecutivo, de manera que las competencias de este ente pueden ser ejercidas por estos conforme a ley. Al respecto, el artículo 22, numeral 3 de la LOPE, establece que el "ámbito de competencia y estructura básica de cada uno de los Ministerios se establece en su Ley de Organización y Funciones". Pero esto no impide, como se señaló *supra*, que mediante otras leyes se atribuyan competencias referentes a determinadas actividades, funciones o servicios públicos.

41. En tal sentido, la competencia de reconocimiento e identificación de pueblos indígenas podría recaer en diferentes ministerios o entidades del Poder Ejecutivo, de acuerdo al criterio del legislador, o del mismo Poder Ejecutivo si actúa habilitado conforme a las reglas establecidas en el artículo 104 de la Constitución, que regula la emisión de decretos legislativos por parte de dicho ente con autorización previa del Congreso de la República.

42. Al respecto, el Poder Ejecutivo señala en su demanda que, conforme al artículo 4 de la Ley 29565, Ley de Creación del Ministerio de Cultura, la "pluralidad étnica y cultural de la Nación" es una de las áreas programáticas de acción sobre la cual dicha entidad ejerce sus competencias, funciones y atribuciones, mientras que el artículo 15 de la misma ley designa al Viceministro de Interculturalidad como la autoridad inmediata en asuntos de interculturalidad e inclusión de las poblaciones originarias.

43. Ello es concordante con el artículo 19 de la Ley 29785, de Consulta Previa, la cual asigna una serie de competencias específicas al órgano técnico especializado en materia indígena del Poder Ejecutivo. La Primera Disposición Complementaria Final de dicha ley aclara que el Viceministerio de Interculturalidad es el "órgano técnico especializado en materia indígena del Poder Ejecutivo".

44. De otra parte, el artículo 8 de la Ley de Creación del Ministerio de Cultura ciertamente reconoce competencias compartidas con los gobiernos regionales, tales como:

    Artículo 8.- Funciones compartidas

    En el marco de sus competencias, el Ministerio de Cultura cumple las siguientes funciones compartidas con los gobiernos regionales y locales:

    a) Promover una cultura de respeto y acceso a los derechos culturales, libertad de creencias y de creación intelectual, artística, técnica y científica.

Tribunal Constitucional del Perú

b) Promover el registro, la investigación, preservación, conservación, difusión y puesta en valor del patrimonio cultural material e inmaterial, arqueológico, histórico y artístico, documental y bibliográfico, plástico, musical, popular y tradicional, el folclor, las industrias culturales y el patrimonio documental y bibliográfico de la Nación con la participación de las organizaciones de la sociedad civil y las comunidades.

(…)

1. Con los gobiernos regionales:

a) Coordinar la promoción, difusión y puesta en valor de las manifestaciones artísticas y culturales regionales.

(…)

f) Fomentar la afirmación de la identidad nacional y promover el desarrollo cultural a través del diálogo intercultural y el reconocimiento de la diversidad cultural entre los peruanos.

45. En dicho artículo no se advierte que exista una competencia compartida respecto al reconocimiento e identificación de pueblos indígenas. El literal f) del numeral 1 citado hace referencia al fomento del reconocimiento de la diversidad cultural específicamente, y no otros tipos de reconocimiento; mientras que el resto de disposiciones hacen referencia a aspectos promocionales. E inclusive estas competencias de fomento y promoción son compartidas con el Poder Ejecutivo.

46. Como se explicó *supra*, las competencias de los gobiernos regionales deben ser expresas. Recién entonces podrá aplicarse el principio de efecto útil y poderes implícitos. Es decir, tal principio extenderá capacidades regulatorias respecto de competencias que sean indubitablemente de los gobiernos regionales, pero no puede servir para extender competencias que no se deriven expresa e inequívocamente del bloque de constitucionalidad aplicable. Y en el presente caso resulta a todas luces evidente que la competencia que pretende tener el demandando no le ha sido asignada por la Constitución o por las leyes.

47. Si bien es cierto que de lo expuesto hasta aquí no se advierte que la competencia materia de controversia se reconozca expresamente a ningún ente, incluido el Poder Ejecutivo, por lo explicado *supra*, en nuestro ordenamiento jurídico las competencias no asignadas a un ente estatal de forma expresa le corresponden al Poder Ejecutivo por defecto. Así, tal competencia complementa las demás que este ente ya tiene en materia indígena.

48. En concordancia con ello, el artículo 20 de la Ley de Consulta Previa señala que el Viceministerio de Interculturalidad es la entidad responsable de implementar, actualizar y gestionar la Base de Datos de Pueblos Indígenas u Originarios. El demandante alega que esta base, al constituir el único registro de carácter oficial de los pueblos ya identificados y reconocidos, se encuentra en constante actualización.

49. El Poder Ejecutivo afirma que esta base tiene únicamente un carácter referencial, pues no tiene carácter constitutivo de derechos, y efectivamente así lo establece el artículo 29, numeral 1, del Decreto Supremo 001-2012-MC, Reglamento de la Ley de Consulta Previa.

Tribunal Constitucional del Perú

50. Por otro lado, el artículo 10 de la Ley de Consulta Previa, que establece que la identificación de los pueblos indígenas a ser consultados "debe ser efectuada por las entidades estatales promotoras de la medida legislativa o administrativa", debe entenderse referida a un sentido aplicativo concreto.

51. Es decir, los entes estatales (de nivel nacional, regional o local) promotores de medidas legislativas o administrativas que puedan afectar directamente a pueblos indígenas u originarios, deben realizar la consulta previa, lo que implica identificar (determinar, individualizar, ubicar) a los pueblos potencialmente afectados con la medida en cuestión, esto es, en el caso concreto. Pero ello no significa que todo ente estatal susceptible de adoptar medidas que puedan afectar directamente a pueblos indígenas u originarios tengan la competencia de realizar la identificación y reconocimiento en un sentido general y oficial, con independencia respecto de la aplicación de una medida concreta.

52. Para efectos de lo dispuesto en el Convenio 169 de la OIT y en la Ley de Consulta Previa, la identificación y el reconocimiento de los pueblos indígenas u originarios deben ser realizados por el Estado peruano. Esta obligación recae en el Poder Ejecutivo, que debe aplicar los criterios de identificación y reconocimiento que se derivan de aquellas normas de manera uniforme en todo el territorio nacional.

53. Esto significa que será el Poder Ejecutivo quien habrá de aplicar lo dispuesto en el artículo 7 de la Ley de Consulta Previa cuando 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 dicho artículo.

54. Sin embargo, ello no significa que la competencia del Poder Ejecutivo para realizar la identificación y reconocimiento de pueblos indígenas u originarios se limite a los aspectos relacionados a la consulta previa, pues dicha competencia tiene un alcance general, en tanto no ha sido expresamente otorgada a los gobiernos regionales. Sin perjuicio de ello, este Tribunal advierte que dicha conclusión no afecta o limita otras competencias que tengan los gobiernos regionales u otras entidades estatales en materia indígena o de comunidades campesinas o nativas, siempre que estas tengan reconocimiento legal y sean ejercidas de acuerdo con la Constitución y las leyes y en concordancia con las políticas nacionales.

55. Asimismo, respecto a lo dispuesto en sentencias del Poder Judicial sobre reconocimiento de pueblos indígenas cabe señalar que, desde el día siguiente de la publicación de la presente sentencia, esta resulta vinculante para todos los poderes públicos, conforme lo dispone el artículo 82 del Código Procesal Constitucional, de manera que el Poder Judicial deberá tomar en consideración lo señalado *supra* respecto a la competencia del Poder Ejecutivo en materia de identificación y reconocimiento de pueblos originarios o indígenas cuando resuelva controversias que involucren dicha materia.[18]

18 En idéntico sentido, puede consultarse Expediente 00012-2017-PI/TC, fundamentos 30, 33 al 54.

Tribunal Constitucional del Perú

4.6 Sobre la importancia de adoptar medidas institucionales tendentes al reconocimiento de los pueblos indígenas y las consecuencias que se derivan de ello

Tribunal Constitucional. Caso Poder Ejecutivo contra el Gobierno Regional de Loreto (Ordenanza Regional Nº 014-2017-GRL/CR del Gobierno Regional de Loreto, que reconoce pueblos originarios e indígenas). Pleno. Expediente 00004-2018-PI/TC. Sentencia publicada en el portal web del Tribunal Constitucional el 5 de setiembre de 2019.

15. Antes de analizar la constitucionalidad de la ordenanza impugnada, este Tribunal desea destacar la necesidad que se adopten medidas que fomenten el adecuado reconocimiento e identificación de los pueblos originarios, ello en el contexto de un Estado en el que conviven comunidades con distintas tradiciones, prácticas y costumbres. Esta clase de declaraciones son relevantes no solo porque reivindican el carácter ancestral de estos pueblos, sino porque les permiten titularizar distintos derechos como puede ocurrir con el caso de la consulta previa, libre e informada, la propiedad comunal o la aplicación de la justicia comunal. De ahí que la adopción de medidas que permitan alcanzar dicha finalidad debe ser considerada como una cuestión prioritaria para el Estado peruano, ya que permiten que un importante número de personas puedan desarrollar sus proyectos de vida sin injerencias arbitrarias, sea por parte de privados como del mismo Estado. De hecho, en la actualidad el Viceministerio de Interculturalidad cuenta con una base de datos de centros poblados ubicados dentro del ámbito de localidades pertenecientes a pueblos indígenas de la Amazonía y de Los Antes (fuente: http://bdpi.cultura.gob.pe/busqueda-localidades), y que permite reafirmar la notoria presencia de estas comunidades.[19]

5. El pluralismo jurídico y su reconocimiento constitucional

5.1 Sobre el reconocimiento constitucional de la jurisdicción comunal

Tribunal Constitucional. Caso Juan Villar Vargas y Herbert Cusurichi Payaba contra la Sala Penal Liquidadora Transitoria Sede Tambopata, la Fiscalía Superior Mixta de Madre de Dios y la Policía Nacional del Perú. Pleno. Expediente 07009-2013-PHC/TC. Sentencia publicada en el portal web del Tribunal Constitucional el 14 de agosto de 2018.[20]

8. La existencia de una jurisdicción de naturaleza comunal establecida en el artículo 149 de la Constitución, representa sin lugar a dudas un gran avance que va de la mano con el reconocimiento de lo que la misma norma

19 En la misma línea, puede revisarse Expediente 00012-2017-PI/TC, fundamento 15.

20 El Presidente de la Comunidad Nativa Tres Islas, Jorge Payaba Cachique, interpuso demanda de hábeas corpus solicitando la tutela del derecho a la libertad personal de los demandantes favorecidos, así como el respeto de la autonomía jurisdiccional de la comunidad nativa a la que pertenecen. Cuestionaba los actuados policiales, fiscales y judiciales que derivaron en un mandato restrictivo de la libertad contra los favorecidos por el presunto delito de violación sexual en agravio de las menores de edad de iniciales Y.CH.S. y B.CH.S., por considerar que los hechos que se les imputaban no podían ser materia de juzgamiento en el ámbito de la jurisdicción ordinaria, sino como manifestación del derecho a la autonomía jurisdiccional que tienen los beneficiarios al interior de su comunidad y bajo los cánones de su derecho consuetudinario. La demanda de habeas corpus fue desestimada por el Tribunal Constitucional.

Tribunal Constitucional del Perú

fundamental y la jurisprudencia expedida conforme a ella, han venido en denominar como multiculturalismo, orientación esta última, que se traduce en el pleno respeto a la diversidad y el pluralismo cultural que nuestra Constitución acertadamente auspicia y por supuesto garantiza, elevándola incluso y desde el punto de vista político, a la categoría de una auténtica política de Estado y desde el punto de vista jurídico, a la de un bien de incuestionable relevancia.

9. La jurisdicción comunal, en este contexto, más que propender a la necesidad de diversificar los enfoques en torno a la resolución de conflictos, tiende a la idea de reconocer la existencia de distintas culturas y modos de concebir la realidad, que parten de la historia y el desarrollo de los grupos humanos existentes al interior de nuestro territorio, en todos los sectores o ámbitos que el mismo abarca.

10. Garantía incuestionable que tal variante jurisdiccional supone, constituye la autonomía en su ejercicio, entendida esta última como una capacidad para auto desenvolverse con sujeción a sus propias reglas, establecidas a partir de las propias consideraciones materiales de lo que representa el multiculturalismo aceptado per se como uno de los contenidos de nuestra Constitución.

5.2 Significado y alcances de la autonomía jurisdiccional reconocida a las Comunidades Campesinas y Nativas

Tribunal Constitucional. Caso Francisco Rojas Condemayta y otros contra la Segunda Fiscalía Provincial Penal de Quispicanchi, el Primer Juzgado de Investigación Preparatoria de Quispicanchi y el Primer Juzgado Penal Unipersonal de Quispicanchi. Pleno. Expediente 03158-2018-PA/TC. Sentencia 154/2021. Publicada en el portal web del Tribunal Constitucional el 1 de marzo de 2021.

18. Sobre la autonomía jurisdiccional de las comunidades campesinas y nativas, este Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de señalar que, en virtud de ella, dichas comunidades se encuentran plenamente legitimadas para impartir justicia aplicando el derecho consuetudinario dentro de su ámbito territorial, siempre en un marco de respeto a los derechos fundamentales. Al respecto, se ha precisado, además, que toda jurisdicción indígena o comunal en nuestro país, para ser reconocida como tal, debe contar con: (i) autoridades comunales que ejerzan el poder jurisdiccional, (ii) la competencia para resolver los conflictos jurídicos que surjan en su territorio, de conformidad con su desarrollo histórico-cultural, su derecho consuetudinario y su particular sistema normativo, (iii) procedimientos que permitan una mínima garantía a los derechos fundamentales de los procesados y agraviados; y (iv) la potestad para hacer efectiva sus decisiones y que estas sean definitivas (cfr. STC 02765-2014-PA/TC, fundamento 54).

19. Ahora bien, el hecho de que el constituyente haya reconocido autonomía jurisdiccional a las comunidades campesinas y nativas, en opinión de este Tribunal, significa la aceptación de que al interior del Estado peruano coexisten diversos órdenes jurídicos, los cuales interactúan y, eventualmente, pueden entrar en conflicto, incluso cuando de se trata de los alcances y garantía de los derechos fundamentales protegidos por la Constitución.

Tribunal Constitucional del Perú

20. En este orden de ideas, y por mandato del propio poder constituyente, el que se haya reconocido y garantizado la existencia del pluralismo jurídico revela que en nuestro país la producción del Derecho no es monopolio del Estado, sino que diferentes grupos culturales existentes tienen competencia para establecer normas dirigidas a regular las conductas de sus integrantes, y que estas, desde luego, pueden partir de las particulares cosmovisiones y principios normativos de dichas comunidades.

21. Lo anterior, desde luego, no supone desconocer la fuerza normativa de la Constitución. Por el contrario, es necesario esclarecer que la propia Norma fundamental ha reconocido la diversidad cultural que caracteriza a nuestro país, pero, a la vez, ella misma constituye también un límite para el contenido de dicha diversidad. Así considerado, y en los términos aquí señalados, es necesario enfatizar que el reconocimiento del pluralismo normativo es un auténtico mandato constitucional que no puede obviarse, máxime si, conforme al artículo 38 de la Carta fundamental todos los peruanos tienen el deber de respetar, cumplir y defender la Constitución.

5.3 Límites y alcances aplicables al ejercicio de la función jurisdiccional reconocido a las Comunidades Campesinas y Nativas

Tribunal Constitucional. Caso Carmen Zelada Requelme y otros contra el Presidente y la Junta Directiva de la Comunidad Campesina de Montevideo, el alcalde de la Municipalidad Distrital de Montevideo, el Juez de Paz del distrito de Montevideo, y el presidente y los integrantes del Comité de la Ronda Campesina de Montevideo. Pleno. Expediente 02765-2014-PA/TC. Sentencia publicada en el portal web del Tribunal Constitucional el 11 de setiembre de 2017

37. La Constitución, en virtud del reconocimiento de la diversidad cultural y étnica existente en nuestro país (artículo 2, inciso 19) y la existencia legal y personería jurídica de las comunidades (artículo 89), reconoce expresamente la jurisdicción comunal (artículo 149), la cual se efectiviza con el apoyo de las rondas campesinas. Se establecen, además, una serie de límites, como el hecho que su aplicación solo deba realizarse en los territorios comunales campesinos y nativos. También se dispone una restricción de índole material, que consiste en el respeto y observancia de los derechos fundamentales en el uso de esta potestad. También se establece la coordinación de dicha jurisdicción con los Juzgados de Paz y otras instancias del Poder Judicial. Por lo tanto, no cabe duda en afirmar que la Constitución reconoce el pluralismo que históricamente ha existido en nuestro país. Es así que el artículo 149 no hace más que reflejar la diversidad cultural y el pluralismo jurídico manifestado desde una perspectiva tradicional en el derecho consuetudinario que nuestra norma fundamental acertadamente auspicia.

38. Sin perjuicio de lo hasta aquí expuesto, el análisis de esta disposición constitucional no puede obviar lo dispuesto por el artículo 8 de Convenio 169 de la OIT respecto a las instituciones de los pueblos o comunidades. De conformidad con el referido instrumento internacional, los Estados

    1. Al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario.

Tribunal Constitucional del Perú

2. Dichos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Siempre que sea necesario, deberán establecerse procedimientos para solucionar los conflictos que puedan surgir en la aplicación de este principio.

Por ello, podemos señalar que la jurisdicción comunal contiene tres características reconocidas constitucionalmente: la territorialidad, la aplicación del derecho consuetudinario y el respeto de los derechos fundamentales. Las dos primeras se relacionan con factores de competencia para conocer las controversias que surjan en sus territorios, y que sean susceptibles de resolución por el conjunto de prácticas políticas jurídicas espontáneas que han alcanzado un uso generalizado y conciencia de obligatoriedad en el seno de una comunidad política [STC 00047-2004-AI/TC, fundamento 40]. Mientras la tercera característica es, a la vez, un límite material al ejercicio de esta jurisdicción.

39. Nuestra Constitución reconoce la potestad de ejercer funciones jurisdiccionales a las autoridades de las comunidades campesinas y nativas, la cual implica la facultad de aplicar su derecho consuetudinario para la resolución de conflictos. Desde nuestro tradicional punto de vista de derecho occidental, esta potestad suele implicar, por lo menos, tres atributos:

i) *Notio,* que es la facultad referida a la competencia de conocer los asuntos que le corresponden, incluyendo funciones administrativas, citar a las partes y recaudar pruebas.

ii) *Iudicium,* que es la capacidad para resolver los asuntos que conoce, siguiendo su propio criterio normativo o derecho consuetudinario.

iii) *Imperio o coercio,* que es la potestad de hacer efectivas sus decisiones en caso sea necesario y que éstas tengan la calidad de cosa juzgada.

40. En el caso particular de la jurisdicción comunal, el Tribunal advierte que también deben confluir ciertos elementos mínimos que permitan identificarla. Al respecto, en el derecho comparado, especialmente de aquellos que cuentan con una amplia cantidad de culturas, también se han advertido tendencias similares. Es así que, en el caso de Colombia, la jurisdicción indígena, según precisó la Corte Constitucional en la sentencia C-463/14, de fecha 9 de julio de 2014, se compone de cuatro elementos: (i) la potestad de los pueblos indígenas de darse autoridades propias; (ii) la competencia para establecer normas y procedimientos propios; (iii) la sujeción de esas normas y procedimientos a la Constitución Política y la Ley; y (iv) la competencia legislativa para regular la coordinación entre la jurisdicción indígena y las autoridades nacionales. Además, afirma que esas formas de derecho, independientemente de sus profundas diferencias con el derecho nacional, deben ser respetadas y protegidas, de manera que el juez ordinario al acercarse a su contenido no debe concebirlo como una forma incipiente del derecho occidental o mayoritario, sino que debe asumir esa aproximación desde una perspectiva pluralista y multicultural.

41. Asimismo, en la sentencia T-642/14, de fecha 4 de setiembre de 2014, la misma Corte hizo énfasis en que la institucionalidad de esta jurisdicción

Tribunal Constitucional del Perú

debe estructurarse en un sistema de derecho propio conformado por los usos y costumbres tradicionales, y procedimientos conocidos y aceptados en la comunidad; es decir debe presentar (a) cierto poder de coerción social por parte de las autoridades tradicionales; y (b) un concepto genérico de nocividad social. De este modo, la institucionalidad en materia de jurisdicción comunal debe entenderse en clave intercultural. En este ámbito, esto implica procurar un diálogo entre concepciones distintas de jurisdicción al reconocerse la diversidad cultural que existe en nuestro país y que nuestra Constitución protege. Por lo tanto, debemos ampliar nuestro enfoque tradicional de institucionalidad para acercarnos al de la especial jurisdicción comunal, reconociéndose en ella una mayor diversidad de manifestaciones que responden a los grupos humanos que la conforman. De hecho, la Oficina Nacional de Justicia de Paz y Justicia Indígena (ONAJUP) del Poder Judicial, con apoyo de la Corte Suprema de Justicia, publicó en el año 2014 un Protocolo de Coordinación entre Sistemas de Justicia con el objetivo de promover nuevos espacios de coordinación y diálogo con la jurisdicción especial y el desarrollo de la jurisprudencia con enfoque intercultural.

42. Desde una perspectiva intercultural debemos tener en cuenta que la jurisdicción comunal es un tipo de manifestación cultural, cuya finalidad es la resolución de conflictos que surgen en una comunidad campesina o nativa. Esta jurisdicción o manifestación debe contar necesariamente con un sistema normativo y/o derecho consuetudinario que lo fundamente y debe caracterizarse por la conciencia de vinculatoriedad y exigibilidad de cumplimiento para el colectivo que la inetegra, lo cual no puede ser, en principio, desconocido por el Estado.

43. Así esta jurisdicción se caracteriza por la existencia de uno o varios sistemas normativos que son la fuente de origen de esta jurisdicción. Por ejemplo, puede ser que el origen de una jurisdicción comunal no sea ancestral, prehispánica, o colonial; sin embargo, su aparición se haya dado en virtud del reconocimiento de su existencia jurídica décadas después de la formación de la independencia luego de la constitución de una ronda campesina. Esto no puede impedir su reconocimiento como tal, en tanto exista detrás de ella un derecho consuetudinario o un sistema normativo que propició su surgimiento. También esta jurisdicción debe caracterizarse por el reconocimiento comunal de que el sistema normativo y/o derecho consuetudinario resulta aplicable para resolver una controversia, cuyo incidente se considera, como en este caso, un suceso nocivo o perjudicial para el colectivo o alguno de sus integrantes.

44. Por lo tanto, en virtud de estos dos elementos, es posible deducir que toda jurisdicción comunal en nuestro país debe contar con:

    a) Autoridades comunales para ejercer la jurisdicción y tomar de decisiones administrativas.

    b) La facultad de competencia para resolver el conflicto jurídico que ocurra en su territorio, de conformidad con su desarrollo histórico-cultural, su derecho consuetudinario y, en general, su particular sistema normativo.

    c) Procedimientos que permitan una mínima garantía de los derechos fundamentales de los procesados y los agraviados;

Tribunal Constitucional del Perú

d) La potestad para hacer efectivas sus decisiones y que estas sean definitivas, con plena observancia de los derechos fundamentales de los integrantes; y,

45. En efecto, la jurisdicción comunal encuentra su sentido en el reconocimiento de la existencia de enfoques culturales y modos distintos de concebir la realidad que parten de la historia y el desarrollo de los grupos humanos existentes al interior de nuestro territorio, en todos los sectores o ámbitos que la misma abarca. Por ello, la jurisdicción comunal debe ser ejercida con un importante grado de autonomía, entendida esta última como una capacidad para autodesenvolverse con sujeción a sus propias normas. La jurisdicción comunal, y la autonomía de la que se encuentra dotada, es un bien jurídico de relevancia constitucional. No debe, sin embargo, ser entendida como un bien absoluto e irrestricto, pues, como es conocido, la Constitución articula sus diversos contenidos de una manera armónica, y es en dicho esquema que aquella debe ser asumida. Es así que el artículo 149 de la Constitución deja claramente establecido el reconocimiento de la jurisdicción comunal en los términos antes descritos y establece, a su vez, que debe ser ejercida de forma que no viole los derechos fundamentales de la persona, esto es, coloca a estos últimos como un punto central de obligada referencia. De este modo, nuestra Constitución, a diferencia de otros modelos, ha optado por constitucionalizar como límite material al ejercicio de esta jurisdicción el respeto a los derechos fundamentales.

46. Sobre ello, el respeto a los derechos fundamentales por parte de la jurisdicción comunal no es una simple mención sin contenido objetivo o sujeta a la libre discrecionalidad de quien ejerce dicha facultad. Al respecto, la Constitución vincula los poderes públicos y a la colectividad en general, por lo que hemos afirmado que el Estado debe garantizar su protección frente a las eventuales afectaciones que pueden provenir tanto del propio Estado -*eficacia vertical*- como de los particulares -*eficacia horizontal*- [*cfr*. Expediente 040632007-PA/TC]. Por ello, no resulta admisible la existencia de ámbitos donde puedan predicarse excepciones al orden constitucional y, sobre todo, a la eficacia de los mandatos a favor de la persona humana y el respeto de su dignidad.

47. En ese sentido, el artículo 9, numeral 1, del Convenio 169 de la OIT señala que, en la medida en que ello sea compatible con el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, "deberán respetarse los métodos a los que los pueblos interesados recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros". En una línea similar, el Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia, en la sentencia 1422/2012, de fecha 24 de setiembre de 2012, establece que el ejercicio de la justicia indígena originaria campesina se da en virtud de su derecho fundamental al ejercicio y administración de su justicia en el marco de sus normas y procedimientos que, a la vez, constituyen fuente directa de derecho.

48. Sin embargo, el ejercicio de esta jurisdicción se limita al control plural de constitucionalidad de acuerdo a unas pautas de interpretación intercultural. Esta pauta de control consiste en el cuidado de la Constitución y el resguardo de los derechos fundamentales. En ese sentido, como indica el referido

Tribunal Constitucional del Perú

tribunal, la interpretación de los derechos fundamentales debe darse en contextos interculturales en aras del cumplimiento y la consolidación del "vivir bien", que es el valor esencial y fin primordial del referido Estado. Siendo así, la jurisdicción comunal se somete a este paradigma, donde el denominado control plural de constitucional deberá analizarse dentro de los siguientes parámetros: a) armonía axiomática, b) decisión acorde con la cosmovisión propia, c) ritualismos armónicos con procedimientos, y d) proporcionalidad y necesidad estricta.

49. De esta forma, queda claro que los derechos fundamentales son límites objetivos y materiales al ejercicio de la potestad jurisdiccional comunal y, como tales, deben ser valorados en toda situación en que puedan resultar invocados según la incidencia o nivel de afectación del cual puedan ser objeto. Ello, pues, descarta la idea de que, por el simple hecho de alegarse la existencia de una potestad jurisdiccional especial, quede cerrada la discusión en torno de su correcto o adecuado ejercicio.

5.4 Los derechos fundamentales como límite al ejercicio de la función jurisdiccional de las Comunidades Campesinas y Nativas

Tribunal Constitucional. Caso Juan Villar Vargas y Herbert Cusurichi Payaba contra la Sala Penal Liquidadora Transitoria Sede Tambopata, la Fiscalía Superior Mixta de Madre de Dios y la Policía Nacional del Perú. Pleno. Expediente 07009-2013-PHC/TC. Sentencia publicada en el portal web del Tribunal Constitucional el 14 de agosto de 2018.

11. Siendo la jurisdicción comunal y la autonomía de la que se encuentra dotada un bien jurídico de relevancia perfectamente reconocible al interior de la Constitución, no debe sin embargo, ser entendida como todo lo que representa la norma fundamental o como la parte más importante de la Constitución. Esta última, como es de sobra conocido, articula sus diversos contenidos de una manera armónica y es en dicho esquema que aquella debe ser asumida.

12. Si bien el artículo 149 de la Constitución, deja claramente establecido el reconocimiento de la jurisdicción comunal en los términos que antes se ha descrito, establece a su vez y con toda nitidez que la misma debe ser ejercida de una forma tal que no colisione con los derechos fundamentales de la persona; esto es, coloca a estos últimos como un punto central de obligada referencia.

13. La invocación al respeto de los derechos fundamentales por parte de la jurisdicción comunal, no es ni representa sin embargo, un simple desiderátum carente de contenido objetivo o sujeto a la libre discrecionalidad de quien pone en práctica el ejercicio de la consabida facultad. Si se ha dicho en innumerables ocasiones que la Constitución y su catálogo de derechos vinculan tanto al Estado como a quienes integran la sociedad, es indiscutible que no pueden existir ámbitos a donde pueda predicarse exenciones al orden constitucional y sobre todo, excepciones a la eficacia de los mandatos a favor de la persona humana y el respeto de su dignidad.

14. La observancia de los derechos fundamentales o, lo que es lo mismo, la obligación de que estos no sean vulnerados, no es pues dentro de este contexto

Tribunal Constitucional del Perú

una proclama que no pueda resultar concretizable, sino una máxima que reclama garantías de observancia obligatoria. Consecuentemente y a despecho de quienes no vean una lectura a favor de los derechos cuando de la jurisdicción comunal se trata, conviene que este Tribunal deje claramente establecido, que en cada ocasión en que el ejercicio de esta última, colisione de manera frontal y evidente con estos últimos, de ninguna manera estaremos hablando de una facultad regularmente desarrollada, sino de una evidente desnaturalización de la misma.

15. Los derechos fundamentales, son pues en definitiva, límites indiscutiblemente objetivos al ejercicio de la potestad jurisdiccional comunal y, como tales, deben ser merituados en cada ocasión en que puedan resultar invocados según la incidencia o nivel de afectación del cual puedan ser objeto. Ello pues descarta, la idea de que por el simple hecho de alegarse la existencia de una potestad jurisdiccional especial, quede cerrada la discusión en torno de su correcto o adecuado ejercicio.

5.5 El significado de los derechos fundamentales en el ámbito de la jurisdicción comunal

Tribunal Constitucional. Caso Francisco Rojas Condemayta y otros contra la Segunda Fiscalía Provincial Penal de Quispicanchi, el Primer Juzgado de Investigación Preparatoria de Quispicanchi y el Primer Juzgado Penal Unipersonal de Quispicanchi. Pleno. Expediente 03158-2018-PA/TC. Sentencia 154/2021. Publicada en el portal web del Tribunal Constitucional el 1 de marzo de 2021.

25. […] conforme lo prescribe el artículo 149 de la Constitución, el límite impuesto a la autonomía jurisdiccional de las comunidades campesinas y nativas es el respeto a los derechos fundamentales. Sobre esta exigencia constitucional, considera el Tribunal que es necesario realizar una precisión en torno al significado o la forma en la que deben entenderse los derechos fundamentales en el ámbito de la jurisdicción comunal, con el objeto de eliminar cualquier sospecha de imposición cultural hacia las diferentes comunidades campesinas y nativas, las cuales están facultadas a resolver sus conflictos intersubjetivos aplicando el Derecho consuetudinario. Se alega el hecho que a los derechos fundamentales en las sociedades occidentales le subyace una particular concepción o cosmovisión (por ejemplo, de matriz liberal y antropocéntrica), que puede ser diferente a aquella que sustenta las prácticas de las comunidades originarias o campesinas (que, por ejemplo, podría estar orientada a la comunidad o ser biocéntrica).

26. Lo que debe quedar claro que los grupos minoritarios que forman parte de un Estado Constitucional, si bien es cierto pueden no compartir plenamente la cosmovisión o las concepciones de justicia mayoritaria, aquello no impide que, en el marco de la diversidad, tengan que sentirse identificados con los derechos fundamentales recogidos en la Constitución. De ahí que, a fin de conciliar esta situación, es decir, de mantener unida y a una sociedad plural en torno a la ley fundamental, es necesario que los derechos fundamentales recogidos en ella, cuya titularidad corresponde a todas las personas sin distinción, sean considerados como acuerdos iniciales de moralidad, donde la configuración de su contenido no está finalizada y es permeable a las exigencias de una realidad plural.

Tribunal Constitucional del Perú

27. Y es que solo una Constitución consciente de que la diversidad como hecho forma parte de la realidad social que ordena, garantiza la promoción de una concepción de los derechos fundamentales como acuerdos iniciales y no acabados, receptivos de distintas pretensiones de moralidad para incorporarlas a su contenido normativo. Y esto es posible porque en un Estado constitucional, promotor de una Constitución viviente (cfr. STC 00048-2004-AI/TC, fundamento 10), no hay cabida para atribuirle un sentido absoluto y, sobre todo, estático a los derechos fundamentales.

5.6 Sobre la potestad sancionadora de las Comunidades Campesinas y Nativas

Tribunal Constitucional. Caso Mago Isabel Tello Ramos y otros contra la comunidad campesina de Aucallama. Pleno. Expediente 00220-2012-PA/TC. Sentencia publicada en el portal web del Tribunal Constitucional el 8 de noviembre de 2012.[21]

3. La Constitución en su artículo 89 prescribe: *"Las Comunidades Campesinas y las Nativas tienen existencia legal y son personas jurídicas. Son autónomas en su organización, en el trabajo comunal y en el uso y la libre disposición de sus tierras, así como en lo económico y administrativo, dentro del marco que la ley establece (…)".* Este Tribunal entiende que la Constitución, de forma excepcional, ha otorgado a las comunidades campesinas y nativas existencia legal y personería jurídica *erga omnes* de forma directa.

4. De manera complementaria, la Ley General de Comunidades Campesinas N.º 24656, en su artículo 2 señala que: *"Las Comunidades Campesinas son organizaciones de interés público, con existencia legal y personería jurídica, integrados por familias que habitan y controlan determinados territorios, ligadas por vínculos ancestrales, sociales, económicos y culturales, expresados en la propiedad comunal de la tierra, el trabajo comunal, la ayuda mutua, el gobierno democrático y el desarrollo de actividades multisectoriales, cuyos fines se orientan a la realización plena de sus miembros y del país".*

5. Este Tribunal considera que al interior de una comunidad campesina se puede ejercer contra los miembros de ésta el derecho disciplinario sancionador, cuando estos cometan faltas tipificadas en la ley o sus estatutos, siempre y cuando se les garantice un debido proceso y se respeten los derechos fundamentales consagrados en la Constitución. Ello por cuanto el derecho fundamental al debido proceso se irradia a todo tipo de procesos y procedimientos, cualquiera que fuese su naturaleza, incluyendo las relaciones *inter privatos.* En dicho contexto, la Comunidad Campesina de Aucallama, en su condición de persona jurídica con interés público, sujeta a los principios, valores y disposiciones constitucionales, tiene la obligación de respetarlos al igual que un ciudadano o institución pública o privada.[22]

21 Los demandantes promovieron el amparo en contra de la Comunidad Campesina de Aucallama con el objeto de que se inaplique la decisión de cesarlos en su condición de comuneros contenida en el Acta de Asamblea General de fecha 2 de marzo de 2008; documento que, según alegan, no les fue notificado, por lo que consideran que se ha vulnerado su derecho al debido proceso. Contrastada la vulneración invocada, el Tribunal Constitucional estimó la demanda.

22 En igual sentido, puede revisarse Expediente 04391-2011-PA/TC, fundamentos 3 al 5.

Tribunal Constitucional del Perú

5.7 Alcances sobre el ejercicio del poder punitivo de las Comunidades Campesinas y Nativas

Tribunal Constitucional. Caso Juan Villar Vargas y Herbert Cusurichi Payaba contra la Sala Penal Liquidadora Transitoria Sede Tambopata, la Fiscalía Superior Mixta de Madre de Dios y la Policía Nacional del Perú. Pleno. Expediente 07009-2013-PHC/TC. Sentencia publicada en el portal web del Tribunal Constitucional el 14 de agosto de 2018.

21. La importancia de una jurisdicción comunal, se encuentra fuera de toda duda. Sin embargo, conviene preguntarse si a partir de su reconocimiento y puesta en ejercicio, cualquier materia con incidencia jurídica debe ser puesta en su conocimiento.

22. Una respuesta razonada del tema, evidentemente descarta de plano que todos los aspectos jurídicos puedan ser vistos en el ámbito de la justicia comunal, pues el origen de esta no responde a los mismos supuestos y consideraciones de la Justicia ordinaria, sino a lo que es propio de la vida comunal con todas las incidencias que la misma puede llegar a suponer. Naturalmente, esto tampoco significa ni debe tomarse necesariamente, como que sean muy pocos los aspectos a cargo de esta variante jurisdiccional, sino simplemente, como que no todos los aspectos jurídicos pueden tener una consecuencia directa en el ámbito de la vida comunal.

23. Interrogante esencial en el escenario descrito es la de saber si los aspectos vinculados a la eventual comisión de ilícitos penales deben ser visto por la justicia comunal. Al respecto y sin temor a equívocos, puede también afirmarse que ello no sólo es perfectamente posible, sino hasta auspicioso, pues la tutela de bienes jurídicos depende en buena medida de la concepción con la que cada grupo humano concibe su organización en la vida social y siendo ello así, no es extraño sino perfectamente coherente la concepción de una justicia comunal de tipo penal.

24. Prueba contundente de que esta concepción es plenamente legítima la encontramos por lo demás en el ámbito de los propios instrumentos internacionales. Es el caso del artículo 9.1 del Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en países independientes, cuyo texto establece, sin que quepa duda alguna, que "En la medida en que ello sea compatible con el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, deberán respetarse los métodos a los que los pueblos interesados recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros".

25. Y abona a la misma perspectiva lo que el inciso 3) del artículo 18 del Código Procesal Penal (Decreto Legislativo 957) ha establecido al señalar que "La jurisdicción penal ordinaria no es competente para conocer: (...) De los hechos punibles en los casos previstos en el artículo 149 de la Constitución".

26. Sin embargo, el hecho de que se acepte como perfectamente legítima, la opción de una justicia comunal de tipo penal, no significa tampoco como algunos, erróneamente lo creen, que nuestro ordenamiento jurídico pretenda auspiciar una renuncia total a las potestades punitivas que tiene el Estado en relación a los delitos cuando de comunidades campesinas o nativas se trata.

Tribunal Constitucional del Perú

27. En efecto, lo primero que debe recordarse es que no existen cláusulas constitucionales absolutas. Que el artículo 149 de la Constitución reconozca la jurisdicción comunal, no significa que esta última sustituya o reemplace a la justicia ordinaria. El vocablo "pueden" utilizado por el citado dispositivo para hacer referencia a las funciones jurisdiccionales de las autoridades de las Comunidades Campesinas y Nativas, es aquí especialmente significativo. Si la intención de la norma constitucional, hubiese sido, la de darle a la justicia comunal, el rol sustitutivo de la Justicia ordinaria, el citado término estaría demás, debiéndose haber optado por el de "deben".

28. Pero dicho argumento, que es en esencia gramatical, no es tan relevante como la concepción que ya ha sido explicada y que se traduce en el límite objetivo establecido en el artículo 149 y de acuerdo con el cual, la jurisdicción comunal, bien que importante, de ninguna manera puede administrarse en forma contraria a los derechos fundamentales.

29. Aceptar que la jurisdicción comunal tiene como restricción inobjetable el respeto por los derechos fundamentales, supone que la interpretación a dispensarse al referido inciso 3) del artículo 18 del Código Procesal Penal, no puede desembocar de ninguna forma en una renuncia total al poder punitivo del Estado cuando se trata de delitos cometidos en el ámbito de la vida comunal. Lo que supone es que una concesión como la descrita en el citado dispositivo, y que se traduce en la incompetencia de la justicia ordinaria para conocer de delitos cuando de la vida comunal se trata, solo ha de operar en la medida que no se vulneren los derechos fundamentales de la persona.

30. De asumirse una interpretación tendiente a excluir de la justicia ordinaria toda clase de delitos so pretexto de cometerse en el ámbito de la vida comunal, significaría virtualmente vaciar de contenido o de toda eficacia práctica a la restricción establecida en el tantas veces citado artículo 149 de la Constitución, lo cual no sólo sería inaceptable sino totalmente irrazonable en el contexto de una Constitución que se esfuerza en defender una pluralidad de bienes jurídicos de relevancia y en particular, los que tienen una vinculación directa con los derechos fundamentales de la persona.

31. Por lo demás, el propio artículo 9.1 del Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en países independientes que ya ha sido citado, establece que la represión de delitos cometidos por quienes forman parte de una Comunidad Indígena o Tribal, apelando a sus propios métodos (entre los que por supuesto se encuentra, el de la jurisdicción comunal) sólo puede darse en la medida en que sea compatible con el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, lo que se traduce en respetar el marco normativo encabezado por la Constitución y por los derechos que dicha norma fundamental defiende.

32. No hay pues, de ninguna forma, una renuncia radical o absoluta a la potestad punitiva del Estado, sino el reconocimiento de una justicia ordinaria que cede ante la justicia comunal solo y específicamente en determinados supuestos, los que no comprometen los derechos de la persona.

Tribunal Constitucional del Perú

5.8 Relaciones entre la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción comunal desde el enfoque intercultural y de respeto a los derechos fundamentales

Tribunal Constitucional. Caso Francisco Rojas Condemayta y otros contra la Segunda Fiscalía Provincial Penal de Quispicanchi, el Primer Juzgado de Investigación Preparatoria de Quispicanchi y el Primer Juzgado Penal Unipersonal de Quispicanchi. Pleno. Expediente 03158-2018-PA/TC. Sentencia 154/2021. Publicada en el portal web del Tribunal Constitucional el 1 de marzo de 2021.

28. Como ha sido indicado ya, y con base en el artículo 149 de la Constitución, se establece como límite para la justicia comunal o indígena a los derechos fundamentales. Ciertamente, con base en nuestro constitucionalismo, este es un límite general para todos, tanto para los poderes públicos como para los particulares.

29. A pesar de lo recién señalado, es necesario destacar el hecho de que considerar sin más como un límite para la jurisdicción indígena a los derechos fundamentales, de modo genérico y sin mayor precisión, obvia que tanto la extensión como el contenido de estos derechos son una cuestión controvertida, incluso en aquellos Estados Constitucionales que tienen bases históricas y justificativas en común. En efecto, ello ha ocurrido y sigue ocurriendo frente a cuestiones tan esenciales como los alcances de la libertad de expresión, la interrupción voluntaria del embarazo, la libertad religiosa, o la eutanasia (y la asistencia al suicidio). Estos temas ponen al descubierto que los derechos fundamentales, independientemente de nuestras simpatías o antipatías, pueden en distintos contextos significar o ser comprendidos como cosas diferentes. Ello incluso puede ocurrir en sociedades con cosmovisiones similares y del todo compatibles.

30. Si esto es así con respecto de sociedades con culturas o cosmovisiones concurrentes o compatibles, la cuestión planteada resulta más evidente frente a sociedades con cosmovisiones distintas y no necesariamente homologables en términos axiológicos, como es el caso de muchas comunidades originarias, indígenas y campesinas del Perú. Siendo así, es necesario esclarecer de qué modo los derechos fundamentales constituyen un límite a la labor de la justicia comunal. Ello en el marco de una sociedad plural como la nuestra, y que debe partir de un enfoque intercultural.

31. Señalado todo esto, es momento de avanzar entonces en la determinación de cuáles serían las formas de relación entre la jurisdicción ordinaria y consuetudinaria sobre la base del artículo 149 de la Constitución, así como a la vinculación entre los derechos fundamentales y el ejercicio de la jurisdicción consuetudinaria.

32. Al respecto, en primer lugar, es necesario precisar que la formulación de reglas estrictas y abstractas sobre cómo resolver los conflictos entre el ejercicio de la jurisdicción consuetudinaria y los derechos fundamentales, no resultaría una buena respuesta para la cuestión que se formula, debido a que los patrones culturales conforme a los cuales se rige cada comunidad van variando entre ellas. Siendo así, juzgar determinada conducta a la luz de una regla general puede terminar marginando las prácticas que legítimamente

Tribunal Constitucional del Perú

puede establecer una comunidad o, por el contrario, pueda terminar avalándose decisiones que resultan inaceptables en términos constitucionales. Siendo así, es mucho más conveniente que estos conflictos sean evaluados caso por caso, sobre la base de principios que esclarezcan la solución del supuesto a analizar.

33. En segundo lugar, es claro que existen ciertos mínimos que la jurisdicción indígena no puede sobrepasar, que es la idea que subyace a la jurisprudencia contenida en la STC 02765-2014-PA/TC, caso Zelada Requelme. La cuestión entonces es establecer, sabiendo que dichos límites no tienen la forma de reglas fijas, cuáles son tales linderos. Al respecto, es claro que un límite explicitado por nuestra Norma fundamental y la jurisprudencia de este órgano colegiado para la actuación de la jurisdicción comunal son el conjunto de bienes y valores constitucionales y, de manera más específica, los derechos fundamentales. Sin embargo, como también ha sido precisado, afirmar sin más que "los derechos" son un límite no ayuda a solucionar el problema, sino que se requieren respuestas bastante más complejas. Ese tipo de respuestas complejas están, por ejemplo, la que se han ido construyendo en los constitucionalismos colombiano (modelo del núcleo intangibilidad iusfundamental o de revisión iusfundamental estricta), boliviano (que partía de un modelo de separación, que ha sido luego modificado) y ecuatoriano (modelo de revisión iusfundamental con diálogo intercultural), que tienen una realidad culturalmente rica y compleja similar a la nuestra.

34. En este orden de ideas, una forma adecuada de abordar las relaciones entre jurisdicción ordinaria y jurisdicción consuetudinaria es a partir de criterios que permitan afirmar los derechos en clave pluralista y, más aun, de diálogo intercultural. Este es el enfoque asumido recientemente con calidad de doctrina jurisprudencial en la STC 00367-2016-PHC/TC, caso Ríos Silvano. De esta forma, no es a través de la imposición de una lista estandarizada y hegemonizante que el referido diálogo resultará promovido, sino a través de criterios que, afirmando contenidos básicos exigibles en cualquier contexto y directamente relacionados con los derechos fundamentales y su justificación, no conlleven al sometimiento a valores o bienes válidos única o privilegiadamente para una sola de las culturas que se interrelaciona.

35. Señalado esto, y en el marco de la jurisprudencia previa de este órgano colegiado (v.gr. STC 02765-2014-PA/TC, caso Zelada Riquelme, y STC 00367-2016-PHC/TC, caso Ríos Silvano, entre otros casos), este Tribunal explicita que los criterios o principios del diálogo jurisdiccional intercultural, que, en adelante, deberán tomarse en cuenta como parámetro, tanto a nivel del proceso como de la materia sustantiva discutida o resuelta por la jurisdicción comunal, son los siguientes:

- *Principio de indemnidad,* que alude a la existencia de algunos ámbitos iusfundamentales indisponibles en el marco del ejercicio de toda potestad jurisdiccional. Así, si bien es claro que al ejercer la jurisdicción es posible restringir algunos derechos de los involucrados; sin embargo, esas restricciones no pueden ser tan drásticas que avalen, por ejemplo, la pura dañosidad sin propósito, la disposición total de la vida humana o de su cuerpo, la violencia física o coacción para lograr algún fin del proceso, etc.

Tribunal Constitucional del Perú

- *Principio de justificación,* que se refiere a la necesidad de brindar razones mínimas que justifiquen la respuesta social que se brinda a una conducta o acto. Esto es así, porque en ningún caso el ejercicio arbitrario del poder puede ser considerado como mínimamente justo o respetuoso de derechos. De esta manera, se proscribe el ejercicio arbitrario de las funciones de regulación social y resolución de controversias, las decisiones sin motivación o basadas en el mero poder institucional, la construcción despótica (y no dialógica) de las normas de conducta y los procesos de sanción, etc.

- *Principio de reconocimiento,* que a su vez puede dividirse en reconocimiento intersubjetivo, conforme al cual en el marco de un proceso toda persona debe ser tratada como un semejante en cuanto a derechos y consideración, como un prójimo y no como un enemigo o alguien ser menor valía; reconocimiento intercultural, que se refiere al deber de los órganos resolutores de aproximarse respetuosa y empáticamente a cualquier cosmovisión, sistema axiológico o cultura ajenos, tomando en serio sus postulados; y reconocimiento complejo, que implica comprender y valorar debidamente, en el marco de la resolución de controversias, que las identidades de las personas son múltiples y que pueden ocurrir situaciones de tensión entre estas y entre las cosmovisiones implicadas, que algunas de las identidades involucradas pueden merecer una atención especial o protección reforzada al estar vinculadas con situaciones de vulnerabilidad o dominación (como es el caso de las comunidades nativas y campesinas, pero también el caso de las niñas y niños, las mujeres, las minorías sexuales, etc.; además de los supuestos de discriminación múltiple), y que la respuesta a tales casos complejos no puede darse solo atendiendo a una de las identidades o cosmovisiones involucradas en el caso, ni desatendiendo a la situación de vulnerabilidad o postergación histórica de las partes involucradas.

- *Principio de rehabilitación,* conforme al cual debe considerarse que, a bases culturales o axiológicas distintas, puede corresponder asimismo formas diferentes de procesar o resolver las controversias sociales, a las que no cabe menospreciar o descalificar prima facie. En este sentido, es menester considerar que los paradigmas compensatorios y retributivos no son los únicos (y tal vez tampoco los mejores) desde los que debe resolverse los conflictos sociales o que permiten cumplir los fines constitucionales de la pena. Vale la pena, pues, estar abierto a otras posibles otras formas de procesar las faltas u ofensas sociales, como las que provienen de idiosincrasias culturales diferentes (como es el caso, por ejemplo, de las orientaciones restaurativas y de mediación, que pueden apreciarse en contextos de pluralismo cultural).

36. En este sentido, las entidades y los jueces competentes al abordar estas cuestiones requieren, como presupuesto indispensable, de apertura y sentido crítico para evaluar debidamente, conforme a la Constitución y los derechos, los supuestos conflictivos sobre la base del diálogo jurisdiccional intercultural. Asimismo, los actores involucrados deben tomar las medidas necesarias para asegurar la más fiel comprensión del contexto cultural, las normas y los procesos de las comunidades, lo que debe incluir cuando sea pertinente el uso de peritajes antropológicos.

Tribunal Constitucional del Perú

5.9 La aprobación de una ley de coordinación entre la jurisdicción comunal y la jurisdicción ordinaria como mandato constitucional incumplido

Tribunal Constitucional. Caso Francisco Rojas Condemayta y otros contra la Segunda Fiscalía Provincial Penal de Quispicanchi, el Primer Juzgado de Investigación Preparatoria de Quispicanchi y el Primer Juzgado Penal Unipersonal de Quispicanchi. Pleno. Expediente 03158-2018-PA/TC. Sentencia 154/2021. Publicada en el portal web del Tribunal Constitucional el 1 de marzo de 2021.

44. El constituyente de 1993 dejó establecido en su artículo 149 un claro mandato constitucional dirigido al legislador, consistente en aprobar una ley reguladora de las distintas formas de coordinación que se pueden establecer entre la jurisdicción indígena y la jurisdicción ordinaria, con el objeto de: (i) consolidar el pluralismo jurídico, (ii) promover el desarrollo de una justicia intercultural (tal como fue señalado, la existencia de distintos órdenes jurídicos y de una jurisdicción especial como es la indígena, que goza de autonomía y difiere de la jurisdicción ordinaria, no impide un intercambio de prácticas jurisdiccionales a fin de retroalimentarse de las experiencias en aras de impartir correctamente justicia) y, qué duda cabe, (iii) para otorgar una debida tutela jurisdiccional a cualquier peruano indígena que la solicite. Sin embargo, han pasado 27 años desde que entró en vigor nuestra Constitución y el legislador aún no ha cumplido dicho mandato constitucional.

45. Las omisiones legislativas, como ya señaló este mismo Tribunal Constitucional, están referidas a los silencios totales del legislador sobre determinadas materias cuya regulación o tratamiento legislativo viene siendo exigido desde la Constitución y cuya exigencia por el órgano jurisdiccional puede tornarse en necesaria para la eficacia efectiva de la norma fundamental (cfr. STC 0006-2008-AI/TC, fundamento 42).

46. Si bien es cierto la ausencia de una ley de coordinación entre la jurisdicción indígena y la jurisdicción ordinaria no ha impedido que en el transcurso de estos años muchas comunidades del país hayan impartido justicia apelando a sus costumbres y a las reglas de su propia cultura; así como tampoco ha evitado que hayan entablado algún tipo de relación con autoridades del Poder Judicial, del Ministerio Público e, incluso, de la Policía Nacional para la resolución de sus controversias. Ello fue lo que ocurrió en el presente caso, pues los demandantes convocaron a la Fiscalía y a la Policía para que asistan a la asamblea. Ahora bien, la existencia de toda esta realidad no releva al Congreso de la República para que en un plazo perentorio apruebe de una vez la ley de coordinación que ordena el artículo 149 de la Constitución. Su conducta omisiva configura una clara situación de inconstitucionalidad por incumplimiento de un mandato constitucional (artículo 38), lo que genera, en consecuencia, una vulneración a la autonomía jurisdiccional de las comunidades campesinas y nativas del país y de las rondas campesinas.

47. En tal sentido, este Tribunal Constitucional exhorta al Congreso de la República para que, en un plazo no mayor a dos años contado a partir de la expedición de la presente sentencia, publique la ley de coordinación entre la jurisdicción indígena y la jurisdicción ordinaria, tal como ordena el artículo 149 de la Constitución peruana vigente. Al respecto, este órgano colegiado considera que el calendario electoral, así como la instalación de un nuevo Congreso a partir del mes de julio de 2021, tornan razonable el plazo señalado para cumplir con la labor legislativa orientada a la aprobación de la ley.

Tribunal Constitucional del Perú

48. Para esta labor, el Tribunal considera que el Congreso de la República debe realizar mesas de diálogo en las que participen autoridades jurisdiccionales indígenas (el derecho a la consulta previa que estas titularizan así lo exige, con lo cual el Congreso debe hacer el esfuerzo por convocar a los representantes de todas las Comunidades del país), autoridades del Poder Judicial y del Ministerio Público, así como del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, órganos constitucionales autónomos, el foro académico y distintas organizaciones civiles cuyo campo de acción tenga relación con la temática de la jurisdicción indígena. Ello con el propósito de intercambiar ideas técnicas y nutrirse de la experiencia, así como de los resultados de las diferentes investigaciones y estudios que las instituciones estatales, la academia y organizaciones privadas, hayan podido realizar en torno a la justicia indígena de nuestro país.

5.10 El rol de las Rondas Campesinas en la jurisdicción comunal conforme a lo establecido por la Constitución

Tribunal Constitucional. Caso Francisco Rojas Condemayta y otros contra la Segunda Fiscalía Provincial Penal de Quispicanchi, el Primer Juzgado de Investigación Preparatoria de Quispicanchi y el Primer Juzgado Penal Unipersonal de Quispicanchi. Pleno. Expediente 03158-2018-PA/TC. Sentencia 154/2021. Publicada en el portal web del Tribunal Constitucional el 1 de marzo de 2021.

37. En el mundo andino de nuestro país, las rondas campesinas se constituyen como uno de los actores más gravitantes, dado su rol original de garantes de la seguridad comunal frente a la delincuencia, así como por su tarea de impartir justicia básica.

38. En el año 1976, en las provincias de Chota y Hualgayoc, región Cajamarca, aparecieron las primeras rondas campesinas. Nacieron como una respuesta organizada de los comuneros de aquellas zonas ante la acción delictiva de bandas de abigeos que asolaban sus comunidades y caseríos, afectando sus bienes, su salud y su vida. La difusión sobre la eficacia de las acciones ronderas para garantizar la seguridad de la población comunal, motivó que esta experiencia se replique rápidamente en otras provincias y regiones del país, toda vez que el problema sociodelictivo que los aquejaba recibía una respuesta mínima o casi nula de parte de las autoridades estatales [Cfr. Laos Fernández, Alejandro; Rodríguez Gómez, Edgardo; Paredes Diez Canseco, Pastor y César Rodríguez (2009) Rondando por nuestra ley. Segunda edición. Lima: Asociación Servicios Educativos Rurales y Red Interamericana para la Democracia, p. 24.]

39. Sin embargo, fue mucho tiempo después, exactamente en el año 1986, a través de la Ley 24571, que se reconoció por primera vez la existencia legal de las rondas campesinas. Este, y otros intentos legislativos posteriores que abonaban a formalizar su existencia y precisar sus funciones, no fueron los más pertinentes en cuanto a la delimitación de su verdadera labor. Fue recién con la aprobación de la Ley 27908, Ley de rondas campesinas publicada el 7 de enero de 2003 en el diario oficial El Peruano, y su reglamento establecido mediante Decreto Supremo 025- 2003-JUS, que fuera publicado en diciembre del mismo año, que se alcanzó una regulación más precisa en lo que a sus competencias se refiere.

Tribunal Constitucional del Perú

40. Así, conforme al artículo 1 de la Ley 27908, las rondas campesinas tienen personalidad jurídica y son reconocidas como una forma autónoma y democrática de organización comunal; pueden establecer interlocución con el Estado; apoyan el ejercicio de funciones jurisdiccionales de las comunidades campesinas y nativas; colaboran en la solución de conflictos y realizan funciones de conciliación extrajudicial conforme a la Constitución y a la ley, así como funciones relativas a la seguridad y a la paz comunal dentro de su ámbito territorial. La misma Ley 27908 dispone que los derechos reconocidos a los pueblos indígenas y a las comunidades campesinas y nativas son extensivos a las rondas campesinas en lo que les corresponda y favorezca. En tanto que el artículo 13 del Reglamento, Decreto Supremo 025-2003-JUS, precisa que las rondas campesinas, con base en las costumbres de la comunidad campesina, comunidad nativa, caserío u otro centro poblado al que pertenecen, pueden intervenir en la solución de conflictos que se susciten entre miembros de la comunidad u otros externos, dentro de su ámbito territorial, mediante actuaciones que serán registradas en el libro de ocurrencias que se lleva para tal efecto, el mismo que será legalizado por el juez de paz de la jurisdicción correspondiente. Se dejó para el final lo más importante: que los acuerdos adoptados deben respetar los derechos consagrados en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Convenio OIT 169, la Constitución y las leyes.

41. De la interpretación de la Ley 27908, así como de su reglamento citado, se puede concluir válidamente que el legislador ha reconocido la competencia jurisdiccional a las rondas campesinas, imponiéndoles el mismo límite que condiciona la autonomía de la función jurisdiccional ejercida por las comunidades campesinas y nativas, esto es, el respeto a los derechos fundamentales, siempre en los términos que han sido desarrollados supra (en el fundamento 35).

42. Este Tribunal considera que lo dispuesto por la Ley 27908 y su reglamento no colisiona con el artículo 149 de la Constitución. En efecto, cuando esta disposición admite la posibilidad de que las comunidades campesinas y nativas impartan justicia apoyándose en las rondas campesinas, no cierra la posibilidad de que estas rondas actúen independientemente o complementando la labor realizada por aquellas. En este sentido, la Defensoría del Pueblo ha señalado por ejemplo que esto puede darse "en razón de ser expresión de la institucionalidad campesina en las zonas donde ésta no se tradujo en comunidades con uso comunal de la tierra", por lo que en dicho supuesto sería claro que les correspondería ejercer funciones jurisdiccionales [Defensoría del Pueblo (2004) El reconocimiento estatal de las Rondas Campesinas. Compendio de normas y jurisprudencia. Defensoría del Pueblo: Lima, p. 18.].

43. Y no podría ser de otra manera porque entender lo contrario supondría tener que colocarse de espaldas a la realidad comunal, es decir, a una situación de hecho imposible de eludir como es la impartición de justicia que vienen realizando desde hace varias décadas las rondas campesinas. Como ya se ha dicho, la Constitución viviente del Estado constitucional incorpora a la realidad social a fin de darle contenido al Derecho que regula. En este sentido, cuando se hace alusión a la jurisdicción comunal, hay que entender que esta se encuentra referida a la labor jurisdiccional que, de manera independiente o complementaria, desarrollan las comunidades campesinas y nativas, así como las rondas campesinas.

Tribunal Constitucional del Perú

CONSTITUCIÓN, DERECHOS FUNDAMENTALES Y PUEBLOS INDÍGENAS U ORIGINARIOS

1. Protección de los derechos de los pueblos indígenas u originarios en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos

1.1 Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (DUNDPI)

1.1.1 Alcances sobre la vinculación y la aplicación de la DUNDPI en el sistema jurídico peruano

Tribunal Constitucional. Caso Gonzalo Tuanama Tuanama y más de cinco mil ciudadanos contra el Poder Ejecutivo (Decreto Legislativo Nº 1089, que establece el régimen temporal extraordinario de formalización y titulación de predios rurales). Pleno. Expediente 00022-2009-PI/TC. Sentencia publicada en el portal web del Tribunal Constitucional el 17 de junio de 2010.[23]

6. Los demandantes han hecho una referencia directa al DUNDPI, alegando que no se han cumplido una serie mandatos contenidos en dicha declaración. De otro lado, el Ejecutivo alega que tal declaración no es aplicable en nuestro ordenamiento, puesto que no ha sido ratificada por el Estado peruano, por consiguiente, no sería aplicable al presente caso. Esta discusión hace necesario que el Tribunal Constitucional, determine cual de las soluciones propuestas es la constitucionalmente legítima.

7. Acerca de la DUNDPI, debe tenerse en cuenta que la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidos aprobó "La Declaración de Derechos de los Pueblos Indígenas" con fecha 13 de septiembre de 2007, cuyo texto fue adoptado con 143 votos a favor, 4 en contra y 11 abstenciones. Dicho documento, consta de 46 artículos los cuáles establecen principios jurídicos sobre los pueblos indígenas. Se trata de un instrumento de derecho internacional, debiendo considerarse de igual modo que se trata de una declaración y no de un tratado, por lo que no cabe la ratificación. No obstante ello, debe explicarse que las declaraciones representan un amplio acuerdo y consenso de la comunidad internacional. En efecto, al ser el fruto de negociaciones y aceptación por la mayoría de la Asamblea General de las Naciones Unidas, conllevan una fuerza moral, además de una evidente orientación de la comunidad internacional hacia el respeto y la tutela de los pueblos indígenas, al plantear un contenido de los derechos humanos en el contexto de los pueblos indígenas.

23 Los demandantes alegaban que la norma impugnada fue promulgada sin efectuar consulta previa e informada a los pueblos indígenas, tal como ordena el Convenio 169 de la OIT y, que ello, vulneraba sus derechos fundamentales a la consulta previa y al territorio ancestral. Asimismo, consideraban que el Decreto Legislativo 1089 era inconstitucional al tener como propósito la derogación del Decreto Ley 22175, Ley de Comunidades Nativas y de desarrollo agrario de la selva y de ceja de selva. El Tribunal Constitucional desestimó la demanda de inconstitucionalidad ordenando que el Decreto Legislativo 1089 cuestionado sea interpretado en el sentido que su contenido dispositivo no resulta aplicable al caso de los pueblos indígenas.

Tribunal Constitucional del Perú

8. El contenido de la declaración no es de vinculación obligatoria, lo que no implica que no tenga ningún efecto jurídico. Las declaraciones representan aquellas metas y objetivos a los que la comunidad internacional se impone. Son lo que en el derecho internacional se conoce como *soft law*, esto es, una guía que sin dejar de tener un efecto jurídico, no termina por vincular obligatoriamente a los Estado, representando su contenido un código de conducta sin que sean legalmente vinculantes. En tal sentido, la DNUDPI, será considerada por este Tribunal en su calidad de norma de carácter de *soft law*, sin que se genere una obligación convencional por parte del Estado peruano.[24]

1.2 Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT)

1.2.1 Convenio 169 de la OIT como norma de derecho interno

Tribunal Constitucional. Caso Jaime Hans Bustamante Johnson contra Occidental Petrolera del Perú, LLC Sucursal del Perú; Repsol Exploración Perú y Petrobras Energía Perú S.A. Pleno. Expediente 03343-2007-PA/TC. Sentencia publicada en el portal web del Tribunal Constitucional el 20 de febrero de 2009.

31. […] debe destacarse 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 parámetro de constitucionalidad en materia de derechos y libertades" (STC Nº 0047-2004-AI/TC, Fundamento 22). Asimismo, este Tribunal ha afirmado que los "tratados internacionales sobre derechos humanos no sólo conforman nuestro ordenamiento sino que, además, ostentan rango constitucional" (STC N.º 0025-2005-PI/TC, Fundamento 33). De tal manera, habiéndose aprobado el Convenio Nº 169 mediante Resolución Legislativa Nº 26253, publicada el 5 de diciembre de 1993, 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 Código Procesal Constitucional, el tratado internacional viene a complementar –normativa e interpretativamente– las cláusulas constitucionales sobre pueblos indígenas que, a su vez, concretizan los derechos fundamentales y las garantías institucionales de los pueblos indígenas y sus integrantes.[25]

1.2.2 Rango constitucional del Convenio 169 de la OIT

Tribunal Constitucional. Caso Asociación Interétnica de Desarrollo de la Selva Peruana (AIDESEP) contra Ministerio de Energía y Minas. Pleno. Expediente 05427-2009-PC/TC. Sentencia publicada en el portal web del Tribunal Constitucional el 23 de agosto de 2010.[26]

24 También puede consultarse Expediente 00024-2009-PI/TC, fundamento 14.

25 En igual sentido puede revisarse Expediente 06316-2008-PA/TC, fundamento 19; Expediente 00022-2009-PI/TC, fundamento 9; Expediente 00024-2009-PI/TC, fundamento 12 y Expediente 00027-2009-PI/TC, fundamento 7.

26 En el caso, la pretensión estaba dirigida a que el Ministerio de Energía y Minas (Minem) de cumplimiento al Convenio 169 de la OIT y que, en consecuencia, adecúe sus normas, reglamentos y directivas al texto del mencionado tratado internacional. AIDESEP alegaba que a pesar de que el citado Convenio fue suscrito por el Estado Peruano y ratificado por el Congreso de la República mediante Resolución Legislativa Nº 26253 –promulgada y publicada el 2 de diciembre de 1993–, el Ministerio demandado no había cumplido con adecuar su normatividad interna con el contenido del Convenio 169, particularmente en los temas relativos al

Tribunal Constitucional del Perú

8. [...] debe recordarse que, conforme lo ha señalado este Colegiado en reciente jurisprudencia, el Convenio 169 de la OIT tiene rango constitucional y forma parte del parámetro o bloque de constitucionalidad, con la consiguiente posibilidad no sólo de resistir infracciones provenientes de fuentes infraconstitucionales (fuerza pasiva), sino de innovar nuestro ordenamiento jurídico, incorporando en éste, en tanto derecho vigente, los derechos reconocidos por aquél a título de derechos de rango constitucional (fuerza activa) (STC 0022-2009-PI/TC, Caso Tuanama, FJ. 10).

1.2.3 Sobre la aplicación del Convenio 169 de la OIT en el ordenamiento jurídico peruano

Tribunal Constitucional. Caso Gonzalo Tuanama Tuanama y más de cinco mil ciudadanos contra el Poder Ejecutivo (Decreto Legislativo Nº 1089, que establece el régimen temporal extraordinario de formalización y titulación de predios rurales). Pleno. Expediente 00022-2009-PI/TC. Sentencia publicada en el portal web del Tribunal Constitucional el 17 de junio de 2010.

10. El representante del Ejecutivo ha argumentado que el Convenio N.° 169 no es aplicable puesto que la mayoría de la población peruana es mestiza. Se confunde con ello el reconocimiento de cierto sector de la sociedad como Pueblo Indígena y de otro lado la vigencia del Convenio N.° 169. Como se acaba de expresar el referido tratado internacional forma parte del ordenamiento, teniendo sus mandatos rango constitucional. Aspecto distinto será el de su aplicación, esto es, determinar quiénes son los sujetos pasibles de reclamar los derechos reconocido en el tratado. El artículo 1 del citado convenio explica que el ámbito de aplicación será el referido a los Pueblos Indígenas, los cuales son definidos como aquellos que descienden de poblaciones que habitaban el país o región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o colonización o del establecimiento de las fronteras estatales, que conservan sus propias costumbres instituciones sociales, económicas, culturales y políticas o parte de ellas. Este tipo de datos se tendrán que determinar en cada caso en concreto, lo que no significa que el convenio no forme parte del ordenamiento jurídico nacional. Por el contrario, debe afirmarse sin lugar a dudas que la normativa del Convenio N.° 169, forma parte del parámetro constitucional, por lo que si una norma de rango inferior la contraviene esta tendría que ser declarada inconstitucional. En consecuencia, argumentaciones como las planteadas por el Ejecutivo, deben ser desestimadas.

11. De otro lado, se ha argumentado también que el Convenio N.° 169 no ha sido reglamentado, por lo que no podría ser aplicado. El planteamiento

---

derecho de consulta, tierras, territorios y recursos naturales. El Tribunal Constitucional declaró fundada la demanda por haberse acreditado el incumplimiento parcial por parte del Minem de su deber de reglamentar el derecho a la consulta de los pueblos indígenas reconocido en el Convenio 169 de la OIT. En tal sentido, (i) ordenó al Minem que emita un reglamento especial que desarrolle el derecho a la consulta de los pueblos indígenas, de conformidad con los principios y reglas establecidos en los artículos 6.1, 6.2 y 15.2 del Convenio 169 de la OIT; y, (ii) exhortó al Congreso de la República a que, dentro del marco de sus competencias establecidas en el artículo 108 de la Constitución, culmine con el trámite de promulgación de la "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", aprobada en la sesión ordinaria del 19 de mayo de 2010, en el término más inmediato posible.

Tribunal Constitucional del Perú

subyacente a este argumento esgrime que el referido Convenio sería una norma programática, no pudiendo ser aplicada sin que previamente exista una regulación domestica que la desarrolle. Al respecto, este planteamiento puede ser cuestionado desde dos diferentes perspectivas. En primer lugar, asumiendo como lo alega el Ejecutivo que se trata de una norma programática, debe tenerse presente que el Convenio fue suscrito por el Estado peruano en 1994, entrando en vigencia el 1995. Es decir, a la fecha han transcurrido más de 15 años de su entrada en vigencia, tiempo suficiente para su regulación, lo que no ocurrió por exclusiva responsabilidad del Estado. Esta argumentación no hace sino poner en evidencia una omisión por parte del Estado, debiendo por ello ser desestimada. En todo caso, este Tribunal no soslaya que con fecha 19 de mayo de 2010 el Congreso ha aprobado la *Ley sobre el Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios reconocidos en el Convenio N.° 169 de la OIT*, lo que importa un avance importante en la tutela del derecho de consulta.

12. En segundo lugar, no es un argumento constitucionalmente válido excusar la aplicación de derechos fundamentales debido a una ausencia de regulación legal o infra legal. Ello sería dejar en manos de la discrecionalidad estatal el cumplimiento de los derechos fundamentales, posición que riñe con el Estado Constitucional del Derecho en la que la Constitución vincula a toda la sociedad, incluyendo a los órganos constitucionales o a los llamados Poderes de Estado. Desde esta perspectiva, la naturaleza programática o aplicativa no tienen mayor incidencia puesto que lo concreto es que debido a una omisión normativa se deniega el ejercicio de una serie de derechos fundamentales a un sector de la sociedad. 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 Tratados. El primero de ellos establece que: "Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe." Mientras que el segundo indica que; "Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado." Si bien en este caso no se está justificando el incumplimiento del Convenio N.° 169 en base a una disposición de derecho interno, se pretende justificarlo en base a una omisión, situación que bien puede interpretarse subsumida en el mandato del artículo 27 de la convención mencionada.

13. En tal sentido, la omisión en la regulación de algún mandato *iusfundamental* contenido en un tratado internacional tampoco habilita al Estado a incumplir con las obligaciones emanadas de él. En todo caso, frente al vacío o deficiencia de la ley los entes jurisdiccionales no pueden dejar de administrar justicia (art. 139, inciso 8 de la Constitución). Desde luego, ello coloca al juez que debe aplicar dicha norma en una situación delicada y compleja, por cuanto, tendrán que configurar los elementos y requisitos del derecho sobre la base de situaciones concretas.

1.2.4 Sobre la facultad estatal de conservar el dominio de los recursos naturales conforme a lo establecido en el Convenio 169 de la OIT

Tribunal Constitucional. Caso Gonzalo Tuanama Tuanama y más de cinco mil ciudadanos contra el Poder Ejecutivo (Decreto Legislativo Nº 1079, que establece

Tribunal Constitucional del Perú

medidas que garanticen el patrimonio de las áreas naturales protegidas). Pleno. Expediente 00023-2009-PI/TC. Sentencia publicada en el portal web del Tribunal Constitucional el 19 de octubre de 2010.[27]

8. […] en cuanto a las argumentaciones que refieren al principio de *dominio eminencial,* es de considerarse que éste es definido por la propia norma como aquel que faculta al Estado a conservar el dominio sobre los recursos naturales, así como sus frutos, productos y subsproductos, en tanto no hayan sido obtenidos acorde con el título por los cuales fueron otorgados los derechos para el aprovechamiento de los recursos naturales renovables. Los demandantes alegan que con ello se estaría contraviniendo los artículos 13, 14, 15 y 16 del Convenio Nº 169, ya que los pueblos indígneas no podrían reinvindicar la propiedad de los recursos naturales. Al respecto debe tenerse en consideración que de acuerdo al artículo 66 de la Constitución los recursos naturales, renovables y no renovables son patrimonio de la Nación, siendo el Estado soberano de su aprovechamiento. Por su parte, el artículo 15 del Convenio N.º 169, que es el verdaderamente relevante para los efectos de la argumentación planteada por los demandantes, prevé el caso en que los recursos naturales sean propiedad del Estado. Inclusive aquellos que están en los territorios indígenas. En tal sentido, el propio Convenio N.º 169 establece la posibilidad de que los recursos naturales puedan pertenecer al Estado, motivo por lo cual no existe contradicción alguna entre la Constitución y el Convenio N.º 169 y entre el principio de *dominio eminencial* y el Convenio N.º 169, que más bien contempla tal posibilidad.

9. En todo caso, y sin perjuicio de lo expuesto, cualquier eventual conflicto que surja entre las comunidades y las políticas de Estado deberá ser resuelto a través de las reglas de la ponderación a fin de articular los legítimos derechos comunales con los intereses nacionales en cada caso concreto, más aún cuando la titularidad de los recursos naturales corresponde al Estado.

   Asimismo, en modo alguno puede soslayarse que la Corte Interamericana de Derechos Humabos en el Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay ha sido enfática en señalar que:

   > "Esto no significa que siempre que estén en conflicto los intereses territoriales particulares o estatales y los intereses territoriales de los miembros de las comunidades indígneas, prevalezcan los últimos por sobre los primeros" (…) (Considerando Nº 149).

27 Los demandantes alegaban que el Decreto Legislativo 1079, que establecía medidas para garantizar el patrimonio de las áreas naturales protegidas fue aprobado sin que previamente se haya llevado a cabo el proceso de consulta respectivo. Argumentaban que dicho decreto no contemplaba el hecho y existencia de comunidades nativas no tituladas al interior o en la zonas de amortiguamiento de las áreas naturales; y, asimismo afirmaban que puesto que el decreto postulaba el principio de "dominio eminencial", con ello se excluía toda pretensión jurídica de los pueblos indígenas a reinvindicar su derecho de propiedad sobre los recursos naturales existentes en sus territorios. El Tribunal Constitucional desestimó la demanda tras considerar que la inconstitucionalidad invocada no era tal.

Tribunal Constitucional del Perú

2. Derechos a la identidad étnica y a la identidad cultural

2.1 Derecho a la identidad étnica como especie del derecho a la identidad cultural

Tribunal Constitucional. Caso Jaime Hans Bustamante Johnson contra Occidental Petrolera del Perú, LLC Sucursal del Perú; Repsol Exploración Perú y Petrobras Energía Perú S.A. Pleno. Expediente 03343-2007-PA/TC. Sentencia publicada en el portal web del Tribunal Constitucional el 20 de febrero de 2009.

29. Sobre el *derecho a la identidad étnica,* es pertinente precisar que de acuerdo a lo expresado por este Tribunal Constitucional, el derecho a la identidad étnica es una especie del derecho a la identidad cultural (sentencia del Expediente 0006-2008-PI/TC, fundamento 21). Aquel consiste en la facultad que tiene la persona que pertenece a un grupo étnico determinado de ser respetada en las costumbres y tradiciones propias de la etnia a la cual pertenece, evitándose con ello que desaparezca la singularidad de tal grupo. Esto es, el *derecho de la etnia a existir,* de conformidad con la herencia de los valores de sus ancestros y bajo símbolos e instituciones que diferencian a tal comunidad de las demás. Asimismo, el reconocimiento de tal derecho "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 [...]." (HÄBERLE, Peter...).[28]

2.2 Manifestaciones del derecho a la identidad étnica

Tribunal Constitucional. Caso Jaime Hans Bustamante Johnson contra Occidental Petrolera del Perú, LLC Sucursal del Perú; Repsol Exploración Perú y Petrobras Energía Perú S.A. Pleno. Expediente 03343-2007-PA/TC. Sentencia publicada en el portal web del Tribunal Constitucional el 20 de febrero de 2009.

30. A propósito de lo expuesto, es interesante tomar en cuenta la Resolución Ministerial N.º 159-2000-PROMUDEH, que enumera una serie de manifestaciones de tal derecho. Así, se reconoce que el derecho a la identidad étnica es:

> "el conjunto de valores, creencias, instituciones y estilos de vida que identifican a un Pueblo Indígena, Comunidad Campesina o Comunidad Nativa" y que tal derecho comprende: "a. El derecho a decidir sobre su propio desarrollo. b. El respeto a sus formas de organización. <u>c. El derecho a ser escuchados y consultados en forma previa a toda acción o medida que se adopte y que pueda afectarles. d. El derecho a participar en la formulación, diseño, ejecución, monitoreo y evaluación de los planes, programas y proyectos de desarrollo nacional, regional o local que pueda afectarles.</u> e. El derecho a no ser discriminados por razones de índole étnico-cultural. f. El derecho a expresarse en su propia lengua. g. El respeto a su pertenencia a un determinado grupo étnico. h. El respeto a sus estilos de vida. i. El respeto a sus costumbres y tradiciones, y cosmovisión. El derecho al reconocimiento, revaloración y respeto de sus conocimientos tradicionales

28 En el mismo sentido puede revisarse Expediente 00022-2009-PI/TC, fundamento 5.

Tribunal Constitucional del Perú

y prácticas ancestrales. j. El respeto a sus bienes, trabajo y ambiente en que viven. k. El derecho a que se reconozcan y valoren las actividades económicas que son relevantes para el mantenimiento de su cultura. l. El respeto a las tierras que comparten en comunidad. m. El respeto a sus formas tradicionales de resolución de conflictos, siempre que no vulneren los derechos humanos enunciados por los instrumentos jurídicos internacionales. n. El derecho a que se respete su condición de aislamiento voluntario, en los asas en ue así proceda" (subrayado agregado).[29]

Sin perjuicio de ello, y como ya se observó, algunas de estas facultades han sido reconocidas en nuestro ordenamiento de manera autónoma, enfatizándose con ello su relevancia y alcance. Tal es el caso del derecho a la no discriminación en el centro de labores, derecho a expresarse en su propia lengua, a la libertad de organizarse y el derecho a la libre disposición de sus tierras (artículo 89 de la Constitución, para los dos último casos). De otro lado, debe observarse el Convenio N.º 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), Sobre los Pueblos Indígenas y Tribales en países independientes, que reconoce el derecho a la consulta previa y a participar en la ejecución y evaluación de políticas que los afectan directamente […].

3. Derecho a usar el propio idioma

3.1 Sobre la protección constitucional de la diversidad lingüística

Tribunal Constitucional. Caso María Antonia Díaz Cáceres de Tinoco contra la Municipalidad Provincial de Carhuaz. Pleno. Expediente 00889-2017-PA/TC. Sentencia publicada en el portal web del Tribunal Constitucional el 24 de mayo de 2018.[30]

5. La protección de nuestra diversidad cultural, étnica y lingüística se encuentra consagrada en la actual Constitución en sus artículo 2, inciso 19, artículos 17, 48, 88, 89, 149 y 191, entre otros; lo que nos compele a respetarla y promoverla, toda vez que somos un país multilingüe, en el cual, según cifras dadas por el Ministerio de Cultura, se hablan 47 lenguas (www.cultura.gob.pe, página institucional consultada el 17 de octubre de 2017).

6. Un aspecto importante de la diversidad lingüística es que en el caso peruano existen diversas denominaciones en torno a ella. Así la Constitución hace referencia al idioma (artículo 2, inciso 19) y a la lengua aborigen (artículo 48); y, por otro lado, la Ley 29735 que regula el uso, preservación, desarrollo,

29 También puede consultarse Expediente 00022-2009-PI/TC, fundamento 5.

30 La demandante peticionaba a través de su amparo que se repongan las cosas al estado anterior a su supuesta adhesión a la carta de compromiso redactada en castellano por el personal de la Municipalidad Provincial de Carhuaz mediante la cual se variaron los lineamientos para el ejercicio del comercio ambulatorio, cambios que a su entender lesionaban sus derechos al trabajo y a la igualdad. Para el Tribunal Constitucional, además de los derechos invocados por la demandante, en el caso también se encontraba comprometido el derecho fundamental al uso del propio idioma ante cualquier autoridad reconocido en el artículo 2, inciso 19 de la Constitución y el derecho a que en las zonas donde predominen las lenguas originarias, estas sean instituidas como idiomas oficiales, junto al castellano, reconocido en el artículo 48. Luego del análisis fáctico correspondiente, el Tribunal llegó a la conclusión que la carta de compromiso, sin traducción alguna al quechua, no resultaba vinculante para la demandante en su condición de quechuahablante y analfabeta en el idioma castellano, por lo que la restricción de horas para expender productos en un área pública establecida en la carta lesionaba su derecho a la libertad de trabajo.

Tribunal Constitucional del Perú

recuperación, fomento y difusión de las lenguas originarias del Perú (en adelante, ley de lenguas), se refiere a lenguas originarias. Por ello, a efectos de la tutela constitucional, este Colegiado precisa que tales términos resultan equivalentes.

7. En esa perspectiva, a juicio de este Tribunal, las denominaciones de "propio idioma" y "lenguas aborígenes" mencionadas en la Constitución vigente hacen referencia a una lengua anterior a la difusión del idioma castellano, que se preserva y emplea en el territorio nacional, concepto que también alcanza a lo que el legislador ha denominado "lengua originaria", tal como se lee en el artículo 3 de la ley de lenguas.

8. Los derechos lingüísticos y su relación con el accionar del Estado son abordados por la Constitución, cuando menos, desde una doble perspectiva. De un lado, se encuentra el derecho de cada miembro de una comunidad lingüística a comunicarse en su propio idioma con cualquier autoridad en cualquier lugar de la República, sea directamente, sea a través de un intérprete proporcionado por el propio Estado. Este derecho deriva del artículo 2, inciso 19, de la Constitución, en cuanto dispone que toda persona de nacionalidad peruana "tiene derecho a usar su propio idioma ante cualquier autoridad mediante un intérprete".

9. De otro lado, la virtualidad máxima de la dimensión colectiva del derecho al uso de la propia lengua originaria, se alcanza cuando ella es predominante en una determinada zona geográfica del país (entendiéndose como zona de predomino el distrito, como unidad mínima, la provincia o la región, de acuerdo a lo establecido en el artículo 7 de la ley de lenguas), pues en ese caso, dicha lengua, además del castellano, debe ser *oficial* en la referida zona. Ello se encuentra reconocido en el artículo 48 de la Constitución.

10. En consecuencia, no solo resulta que cada persona tiene derecho a comunicarse en su propia lengua ante la autoridad, sino que si dicha lengua es predominante en una zona (una jurisdicción municipal provincial, por ejemplo), el Estado tiene la obligación de institucionalizar el uso de ese idioma en dicha zona, con los mismos alcances con los que ha institucionalizado el uso del idioma castellano.

11. A pesar de que el mandato contenido en el artículo 48 de la Constitución de 1993 es bastante específico y determinado, también es preciso señalar que la delimitación del derecho en él contenido debe concretarse "según la ley". Hubo que esperar hasta el año 2011 para que se expida la Ley de Lenguas cuyo objeto es, justamente, "precisar el alcance de los derechos y garantías individuales y colectivas que, en materia lingüística, se establecen en el artículo 48 de la Constitución" (artículo 1). Su Disposición Final Única estableció que el reglamento de la ley debía expedirse en un plazo no mayor de 60 días calendario contados desde la entrada en vigencia de la ley. Empero, el reglamento fue finalmente aprobado a través del Decreto Supremo 004-2016-MC, publicado el 22 de julio de 2016 (en adelante, el reglamento).

12. De acuerdo al artículo 12 del reglamento, la oficialidad de una lengua originaria implica que las entidades públicas o privadas que brindan servicios públicos, desarrollen las siguientes acciones:

Tribunal Constitucional del Perú

1. Disponer de personal que pueda comunicarse de manera oral y escrita con suficiencia en la lengua indígena u originaria para la prestación de servicios públicos.

2. Brindar servicios de atención al público en las lenguas indígenas u originarias, además del castellano.

3. Contar con los servicios de intérpretes y/o traductores/as de lenguas indígenas u originarias predominantes cuando sean requeridos.

4. Implementar políticas lingüísticas para el uso, preservación, desarrollo, recuperación, fomento y difusión de lenguas indígenas u originarias, de acuerdo a la Política Nacional, planes y programas aprobados, en coordinación con los pueblos indígenas u originarios.

5. Transmitir en la lengua o lenguas indígenas u originarias de predominio de su ámbito, las ceremonias oficiales y otros actos públicos de las autoridades, los funcionarios y servidores públicos en los distritos, provincias y regiones que integran este ámbito, tales como rendición de cuentas, presupuesto participativo, presentación de proyectos o iniciativas de desarrollo local y regional, difusión de las entrevistas a las autoridades y aquellas actuaciones que por ser acto público involucren la participación de la población hablante de la lengua indígena u originaria.

6. Emitir ordenanzas regionales y municipales para el uso, preservación, desarrollo, recuperación, fomento y difusión de las lenguas indígenas u originarias en el ámbito de su competencia, de acuerdo con la Ley y el Reglamento.

7. Publicar las normas, documentos y comunicados oficiales, así como toda información vinculada con la población indígena u originaria, en la lengua indígena u originaria predominante del distrito, provincia, departamento o región utilizando los alfabetos oficializados por el Ministerio de Educación, además de asegurar su difusión por medios escritos y orales.

8. Promover el uso oficial de las lenguas indígenas u originarias a través de medios audiovisuales, digitales, radiales, spots publicitarios, entre otros.

9. Realizar otras acciones relacionadas con los derechos previstos en el artículo 4 de la Ley, así como el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y la Constitución Política del Perú, en lo que corresponda, y aquellas que se fundamenten en la igualdad y dignidad de la persona humana.

13. Es cierto que el mismo artículo 12 del reglamento dispone que dichas acciones deben implementarse de manera progresiva. Sin embargo, también lo es que a pesar de que la Constitución entró en vigencia hace 25 años, y que más recientemente se ha expedido normativa sobre la materia, no existen aún progresos significativos para dotar de efectiva vigencia al derecho a que el Estado haga oficiales las lenguas originarias allí donde resultan predominantes, y este caso es muestra de ello.

14. Los criterios cualitativos y cuantitativos para determinar el carácter predominante de una lengua originaria se encuentran regulados en el artículo 6 de la Ley de Lenguas. Sobre la base de ello, desde hace 7 años el Ministerio

Tribunal Constitucional del Perú

de Educación —en coordinación con el Ministerio de Cultura, el Instituto Nacional de Estadística e Informática, los Gobiernos Regionales y las organizaciones representativas de los pueblos indígenas u originarios— tiene el mandato de elaborar y publicar el Mapa Etnolingüístico del Perú (artículo 5.1 de la ley de lenguas), pero aún no lo ha hecho.

Este instrumento resulta de extraordinaria importancia para garantizar los derechos lingüísticos de cada peruano, pues constituye la "herramienta de planificación que permite identificar y determinar la predominancia de una lengua indígena u originaria conforme a los criterios establecidos en el artículo 6 de la Ley, así como la adecuada toma de decisiones en materia de uso, preservación, desarrollo, recuperación, fomento y difusión de las lenguas indígenas u originarias" (artículo 8.2 del reglamento).

Es con base en dicho Mapa que debe elaborarse el Registro Nacional de Lenguas Originarias, en el que se registran las lenguas originarias oficiales, especificando en qué ámbitos —distrital, provincial o regional— son predominantes (artículo 8 de la ley de lenguas).

15. Así, el reconocimiento de la oficialidad de esas lenguas distintas al castellano conlleva adoptarlas, en los lugares donde predominen, como instrumentos de comunicación de los poderes del Estado y reconocerlas, además, como las herramientas de relación de la ciudadanía con dichos poderes, lo que incluye de contar con reglas de escritura, utilizarlas en la redacción de documentos oficiales.

16. A tenor de lo expuesto, de una lectura armónica de las disposiciones constitucionales se desprende que el Estado tiene una obligación de especial protección de las lenguas originarias en una dimensión individual (de cada sujeto que emplea una lengua originaria) y colectiva (de cada pueblo o comunidad que usa una lengua originaria); por lo que los peruanos, al emplear una lengua distinta al castellano ante una autoridad, no pueden ser discriminados […].

3.2 Derecho a usar el propio idioma ante las autoridades mediante intérprete como expresión del derecho a la identidad cultural

Tribunal Constitucional. Caso Shaid Hussein Bi contra la Segunda Sala Penal de la Corte Superior de Justicia del Callao. Sala 1. Expediente 04719-2007-PHC/TC. Sentencia publicada en el portal web del Tribunal Constitucional el 23 de julio de 2008.[31]

13. Cabe tener presente, respecto al derecho lingüístico, lo siguiente: "(...) *se proclaman como derechos individuales, no puede desconocerse la dimensión colectiva que se asocia a la mayoría de ellos, puesto que el uso de una*

31 El demandante promueve el proceso de amparo invocando la vulneración de sus derechos al debido proceso y a la defensa al no habérsele asignado un intérprete en el proceso penal que se siguió en su contra. Alegaba indefensión ya que, al ser de origen pakistaní y pese a residir y tener la ciudadanía española, no comprendía el idioma español, sin embargo, no fue asistido por un intérprete por lo que no pudo usar su idioma nativo –el úrdú– ante las autoridades judiciales, ni defenderse de manera debida. Sin embargo, la demanda fue desestimada por el Tribunal Constitucional toda vez que contrastados los hechos alegados con los actuados no se corroborada la vulneración invocada.

Tribunal Constitucional del Perú

lengua no tiene sentido individualmente y porque la lengua no sólo es una forma de comunicarse sino que también es una forma de expresar una identidad y un sentir colectivo" [Vernet I Llobet, Jaume; "Derecho Constitucional y Cultura"; en Derecho Constitucional y Cultura. Estudios en Homenaje a Peter Häberle. Coord. Francisco Balaguer Callejón. Ed. Tecnos. Madrid 2004.].

14. De esta manera y buscando la defensa de este importante derecho, la Constitución Política del Perú, en el artículo 2°, inciso 19), reconoce el derecho a la identidad étnica y cultural, e incluso en el segundo párrafo establece que "*Todo peruano tiene derecho a usar su propio idioma ante cualquier autoridad mediante un intérprete. Los extranjeros tienen este mismo derecho cuando son citados por cualquier autoridad*". Y precisamente lo establece para asegurar el respeto de los derechos culturales y las garántías mínimas de los procesados a fin de que puedan ejercer sus derechos fundamentales, como es el caso del derecho de defensa.

15. En este sentido, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en el artículo 14.3, establece las siguientes garantías mínimas: "*a) A ser informada sin demora, en un idioma que comprenda y en forma detallada, de la naturaleza y causas de la acusación formulada contra ella*", y "*f) A ser asistida gratuitamente por un intérprete, si no comprende o no habla el idioma empleado en el tribunal*"; y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante la Convención) establece en el artículo 8.2; "*a. derecho del inculpado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal*"; cabe precisar que la Convención establece una condición para ser asistido en juicio por un intérprete, en el caso que no se comprenda o no hable el idioma del juzgado o tribunal.

16. Así lo ha establecido la Corte Interamericana de Derechos Humanos: "*La evolución del procedimiento ha sido constante y notable en el medio siglo transcurrido después de la Segunda Guerra Mundial. De esto hay abundantes testimonios. El derecho a contar con defensa en el proceso se ha visto ampliado y enriquecido por el derecho a disponer de abogado desde el primer momento de la detención. El derecho a conocer los motivos del procedimiento se ha ensanchado con el derecho a disponer de traductor cuando no se conoce el idioma en el que aquél se desarrolla*" (Opinión consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999. *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal).* Así mismo establece: "*e) (D)erecho de Defensa: incluye varios derechos, contar con el tiempo y los medios para preparar la defensa, tener intérprete o traductor, ser oído, conocer la acúsación e interrogar y presentar testigos*" (Opinión Consultiva OC-17/2002, de 28 de agosto de 2002, solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos).

17. Por tanto, se desprende de lo expuesto que el ejercicio del derecho de defensa no es posible si al recurrente no se le designa traductor o intérprete, y –acorde a la Convención– que este derecho es una garantía mínima del procesado para el respeto de su derecho al debido proceso y a su identidad cultural, en consecuencia, para su validez, así lo ha señalado la Comisión Interamericana de Derechos Humanos: "*(...) toda declaración de una persona*

Tribunal Constitucional del Perú

que no comprenda o no hable adecuadamente el idioma en el cual ésta le es tomada, carece de valor" (Informe sobre la situación de los Derechos Humanos de un sector de la población nicaragüense de origen Miskito, 1983. Parte II, secc., D, párr. 17 d).[32]

3.3 Sobre la prohibición de discriminación a las personas que usen un idioma distinto al castellano ante cualquier autoridad en las zonas donde este no predomine

Tribunal Constitucional. Caso María Antonia Díaz Cáceres de Tinoco contra la Municipalidad Provincial de Carhuaz. Pleno. Expediente 00889-2017-PA/TC. Sentencia publicada en el portal web del Tribunal Constitucional el 24 de mayo de 2018.

17. Este Tribunal recuerda que la igualdad, consagrada en el artículo 2, inciso 2, de la Constitución, ostenta la doble condición de principio y de derecho subjetivo constitucional:

> En cuanto principio, constituye el enunciado de un contenido material objetivo que en tanto componente axiológico del fundamento del ordenamiento constitucional vincula de modo general y se proyecta sobre todo el ordenamiento jurídico. En cuanto derecho fundamental, constituye el reconocimiento de un auténtico derecho subjetivo, esto es, la titularidad de la persona sobre un bien constitucional; la igualdad oponible a un destinatario. Se trata del reconocimiento de un derecho a no ser discriminado por razones proscritas por la propia Constitución (origen, raza, sexo, **idioma**, religión, opinión, condición económica) o por otras ("motivo de cualquier otra índole") que jurídicamente resulten relevantes. En consecuencia, está proscrita la discriminación por razón de tener un idioma originario distinto al castellano [cfr. STC 0045-2004-AI/TC, FJ. 20, resaltado nuestro].

18. Igualmente, se ha precisado que este derecho no garantiza que todos los seres humanos sean tratados de la misma forma siempre y en todos los casos. De esta manera, a nivel jurisprudencial se ha reconocido que "la igualdad jurídica presupone, pues, dar un trato igual a lo que es igual y desigual a lo que no lo es" (STC 2437-2013-PA/TC FJ. 6).

19. Así pues este Tribunal considera que se afecta a la igualdad no solo cuando frente a situaciones sustancialmente iguales se da un trato desigual (discriminación directa, indirecta o neutral, etc.), sino también cuando frente a situaciones sustancialmente desiguales se brinda un trato igualitario (discriminación por indiferenciación).

20. En ese marco, este Tribunal comprende que el artículo 2, inciso 19, de la Constitución tutela dos situaciones distintas. Por un lado, reconoce a los peruanos la potestad de usar su propio idioma (distinto al castellano) ante cualquier autoridad mediante un intérprete; por otro, reconoce a los extranjeros citados por una autoridad la prerrogativa de usar su propio idioma, como lo ha establecido este Tribunal en la STC 04719-2007-HC/TC, FJ. 17. Ambas situaciones tienen como objetivo preservar la identidad cultural de las personas. Una tercera situación está regulada en el artículo 48 de la

32 Puede revisarse Expediente 04789-2009-PHC/TC, fundamentos 11 al 13.

Tribunal Constitucional del Perú

Constitución por el cual todos los peruanos que hablen una lengua distinta al castellano (quechua, aimara u otra lengua aborigen) y que vivan en un lugar donde ésta predomina, tienen la potestad de utilizarla y los órganos estatales respectivos el deber de institucionalizarla en atención a que resulta oficial en dicha zona.

21. Hablar una lengua indígena u originaria es motivo de discriminación en el Perú (cfr. Ministerio de Desarrollo e Inclusión Social, *Mapa de la Población en Proceso de Desarrollo e Inclusión Social,* Lima, 2013, p. 14). Con base en prejuicios y estereotipos, existe una asociación entre su uso y una minusvaloración de la persona que busca comunicarse a través de ella.

22. Cuando el uso de la propia lengua es un medio indispensable para el ejercicio de otros muchos derechos fundamentales, esta discriminación estructural impide superar una serie de brechas sociales relacionadas con el acceso a salud, educación, trabajo, etc.

23. Así las cosas, se está produciendo una violación del derecho a la igualdad en su dimensión sustancial. Se está produciendo una discriminación por indiferenciación, puesto que el Estado viene tratando de la misma forma a quien tiene como lengua materna el castellano y quien no, cuando tiene el deber de adoptar medidas afirmativas o positivas para que este último no solo no se vea afectado en su derecho a usar su propio idioma ante cualquier autoridad a nivel nacional, sino también en su derecho a que la lengua predominante en una zona sea, junto al castellano, el idioma oficial de comunicación por parte del Estado. Tales medidas son las especificadas en la ley de lenguas y su reglamento, las cuales hasta la fecha no han sido suficientemente implementadas.

24. En ese sentido, todo acto u omisión que constituya una discriminación por el uso de un idioma propio distinto al castellano en el ámbito público, en las zonas donde aquel predomina, no resulta consistente con la Constitución, pues es un obstáculo para que todos los peruanos tengan acceso a los servicios del Estado.

3.4 Actos estatales de discriminación por indiferenciación lesivos del derecho a usar el propio idioma ante la autoridad y de la libertad de trabajo

Tribunal Constitucional. Caso María Antonia Díaz Cáceres de Tinoco contra la Municipalidad Provincial de Carhuaz. Pleno. Expediente 00889-2017-PA/TC. Sentencia publicada en el portal web del Tribunal Constitucional el 24 de mayo de 2018.

29. Aunque la demandante no ha acreditado ser quechuahablante, debe tenerse presente que conforme se indica en el Plan de Desarrollo Concertado 2011-2021 del gobierno local, provincial de Carhuaz (Cfr. *municarhuaz.gob.pe/PDC%20CARHUAZ.pdf*) el 73.27% de su población aprendió a hablar en quechua, lo cual hace que, conforme al artículo 48 de la Constitución, dicho idioma sea oficial en tal provincia.

30. Empero, de autos se constata que la actora sí es analfabeta en el idioma castellano porque, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 34 de la Ley Orgánica del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil, su documento nacional de identidad (DNI) no incluye firma.

Tribunal Constitucional del Perú

31. Se aprecia también que la demandada, en el Informe 270-2014-MPC/GSP/EEFC, del 9 de julio de 2014 (cfr. fojas 7), alega que la recurrente suscribió, aunque más concretamente podría concluirse que se adhirió, la carta de compromiso del 16 de abril del 2014 redactada en castellano por su personal. Esto no es exacto, pues en dicho documento no se consigna la firma de la actora, sino su huella dactilar, ya que es analfabeta (cfr. fojas 5).

32. Este Tribunal aprecia que luego de la adhesión a la carta del 16 de abril de 2014, la demandante no ha podido expender sus productos en su puesto en el horario habitual, sino que solo se le permite ejercer el comercio ambulatorio por un lapso de tres horas; decisión que cuestionó ante la emplazada mediante documentos de fechas 22 de abril de 2014 (cfr. fojas 6), reiterados el 19 de junio de 2014 y el 3 de octubre de 2014. Sin embargo, su reclamo fue desestimado mediante la carta 025-2014-MPC/SG, del 31 de octubre de 2014 (cfr. fojas 13), a través de la cual se le notificó el Informe 377-2014-MPC/GSP/EEFC, de fecha 8 de octubre de 2014 (cfr. fojas 14), cuyo contenido repite textualmente el Informe 270-2014-MPC/GSP/EEFC, con lo cual agotó la vía administrativa.

33. Este Colegiado estima que las disposiciones para el comercio ambulatorio establecidas en la carta de compromiso cuestionada pudieron haber sido fijadas unilateralmente a través de un acto normativo, en cuyo caso no era necesario el consentimiento de la administrada. Además recuerda que no puede alegarse derechos posesorios sobre un bien de dominio público como las vías peatonales (Cfr. STC 04870-2007-PA/TC).

34. En ese sentido, la demandante alega que la emplazada lesiona su derecho a la libertad de trabajo por no permitirle acceder en igualdad de condiciones a comercializar sus productos en la vía pública en comparación con doña Beatriz Nancy Atusparia Pajuelo, quien según refiere, expende productos en el puesto que venía ocupando desde hace décadas.

35. A criterio de este Tribunal, en autos se encuentra acreditado que la peticionante y doña Beatriz Nancy Atusparia Pajuelo están autorizadas a utilizar el mismo espacio público en horarios distintos para expender sus productos (Cfr. Informe 121-2015-MPC-GSP que corre a fojas 51).

36. Por cierto, el horario asignado a la demandante, luego del 16 de abril de 2014, como se lee de los Informes 121-2015-MPC-GSP y 377-2014-MPC/GSP/EEFC, no resulta claro, lo que a juicio de este Tribunla evidencia que si bien en teoría se le permite ejercer el comercio ambulatorio en la práctica no, lo que lesiona su derecho a la libertad de trabajo.

37. Cabe añadir a lo expresado, que la comuna emplazada, al ejercer su potestad de fijar pautas para el desarrollo del comercio ambulatorio, no ha considerado que la peticionante vive en una zona en la cual el quechua es idioma oficial y que no estaba en condiciones de comprender sus lineamientos, toda vez que estos fueron redactados en castellano.

38. A juicio de este Tribunal, la demandante tiene el derecho a utilizar el quechua –su lengua originaria– en su vida diaria, así como ante cualquier autoridad (cfr. artículo 2, inciso 19, de la Constitución), lo que supone que los

Tribunal Constitucional del Perú

procedimientos administrativos tomen en consideración tal situación, más aún si la persona es iletrada en el idioma castellano. No hacerlo es un acto discriminatorio por constituir un típico supuesto de discriminación por indiferenciación, pues, en ningún caso, el desconocimiento del castellano puede perjudicar a los quechuahablantes en sus relaciones con la Administración Pública, o ponerlos en una situación de desventaja frente a quienes, por el contrario, son competentes en el castellano.

39. Adicionalmente, habiendo quedado acreditado que el quechua es una lengua originaria predominante en la provincia de Carhuaz, en este caso también ha resultado violado lo establecido en el artículo 48 de la Constitución, pues ha quedado acreditado que la municipalidad provincial de esta zona no se comunica oficialmente en esa lengua.

40. Este Tribunal considera que la discriminación, en este caso, no estriba en que se haya dado un trato desigual a quien es igual, sino a que se haya brindado un trato igual a quien es desigual (cfr. STC 02437-2013-PA/TC).

41. En ese orden de ideas, no dispensar un tratamiento diferenciado en aquellos supuestos en los que corresponda hacerlo, como ocurre en el caso de autos, al "compeler" a una ciudadana que alega hablar quechua y que vive en una zona en la que dicho idioma tiene la calidad de oficial a cumplir una carta de compromiso –redactada en castellano por personal de la municipalidad emplazada– que no está en aptitud de entender, es un acto discriminatorio.

42. En ese marco, resulta claro, entonces, que la Municipalidad Provincial de Carhuaz no hizo lo que estaba a su alcance para evitar que el desconocimiento del idioma castellano por parte de la demandante repercutiera negativamente en ella. El quechua es predominante en la provincia de Carhuaz y por tanto un idioma oficial allí, por lo que debe ser objeto de protección constitucional.

43. Por lo tanto, corresponde estimar la demanda, a fin de que la Municipalidad Provincial de Carhuaz comunique adecuadamente los lineamientos que exige a la demandante, teniendo en consideración las particularidades de la receptora –quien es quechuahablante e iletrada en castellano–, lo que supone la realización de acciones que resulten necesarias para que comprenda el contenido de aquello que se pretende comunicarle –esto es, un tratamiento diferenciado– y conozca las consecuencias de aquello a lo que se obliga.

44. Adicionalmente a ello, corresponde condenar a la demandada, al pago de costos procesales, conforme a lo previsto en el artículo 56 del Código Procesal Constitucional, dado que la demanda ha sido estimada.

45. Dada la relevancia así como la condición de quechuahablante y analfabeta de la demandante, el Pleno Jurisdiccional de este Tribunal acordó traducir al quechua un extracto de la presente sentencia, darle lectura mediante intérprete en acto público y su respectiva publicación en el diario oficial *El Peruano*.

Tribunal Constitucional del Perú

4. Derecho a la libre autodeterminación de los pueblos

4.1 Significado y alcances del derecho a la libre autodeterminación de los pueblos

Tribunal Constitucional. Caso Jaime Hans Bustamante Johnson contra Occidental Petrolera del Perú, LLC Sucursal del Perú; Repsol Exploración Perú y Petrobras Energía Perú S.A. Pleno. Expediente 03343-2007-PA/TC. Sentencia publicada en el portal web del Tribunal Constitucional el 20 de febrero de 2009.

32. [… la libre autoderminación de los pueblos indígenas] no debe ser confundida con pretensiones autárquicas, separatistas o antisistémicas, puesto que deben considerarse juntamente con el principio de unidad de gobierno e integridad territorial del Estado (artículos 43 y 54 de la Constitución), sustento material de los derechos y deberes de los ciudadanos en su conjunto. Entonces, la libre autodeterminación es la capacidad 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.

4.2 La libre autodeterminación de los pueblos como base para la configuración y sustento del derecho a la consulta previa

Tribunal Constitucional. Caso Jaime Hans Bustamante Johnson contra Occidental Petrolera del Perú, LLC Sucursal del Perú; Repsol Exploración Perú y Petrobras Energía Perú S.A. Pleno. Expediente 03343-2007-PA/TC. Sentencia publicada en el portal web del Tribunal Constitucional el 20 de febrero de 2009.

33. […] la libre determinación, juntamente con la concepción que los pueblos indígenas tienen sobre la tierra, sirve de base para la configuración y sustento del derecho a la consulta previa. […]

4.3 La especial protección que exige la libre autodeterminación de los Pueblos Indígenas en situación de aislamiento y de contacto inicial (PIACI)

Tribunal Constitucional. Caso Instituto de Defensa Legal del Ambiente y el Desarrollo Sostenible IDLADS Perú contra el Ministerio de Energía y Minas y Pluspetrol Perú Corporation S.A. Pleno. Expediente 01460-2015-PA/TC. Sentencia 926/2021. Publicada en el portal web del Tribunal Constitucional el 7 de diciembre de 2021.[33]

33 El demandante pretendía que el Ministerio de Energía y Minas se abstenga de ejecutar actos administrativos destinados a la aprobación del estudio de impacto ambiental para la ampliación del programa de exploración y desarrollo en el Lote 88 o, de ser el caso, se dejara sin efecto definitivamente la licencia para las labores de exploración y explotación del referido lote y que Pluspetrol Corporation S.A. se abstenga de realizar operaciones hidrocarburíferas de exploración o explotación en el ámbito de la Reserva Territorial Indígena Kugapakori, Nahua, Nanti y otros. El Tribunal Constitucional declaró improcedente la demanda de amparo por haberse configurado el supuesto contenido en el artículo 7 inciso 5 del Nuevo Código Procesal Constitucional referido a la existencia de litispendencia.

Tribunal Constitucional del Perú

9. […] el sentido de autodeterminación de los PIACI forma parte del conjunto de necesidades humanas básicas de aquellos pueblos que merecen protección y sobre el cual giran los contenidos que deben considerarse a efectos de las decisiones que parten desde el Estado y de la Sociedad. Ello en la medida en que, a diferencia de la categoría de pueblos indígenas y comunidades en general, los PIACI se encuentran en una situación única de vulnerabilidad, ya que por sí mismos ni siquiera pueden abogar por la defensa de sus propios derechos, con lo cual, normalmente ello se da a través de organizaciones no gubernamentales, sociedad civil u otros a través del denominado litigio estructural.

10. En el marco del Sistema de Protección de los Derechos Humanos en América, ha sido la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) la que ha conocido y se ha pronunciado sobre la situación de algunos pueblos en situación de aislamiento a través de medidas cautelares, peticiones e informes. Así, en el documento "Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales", la CIDH señaló que "debe aplicarse especial cuidado al tomar las medidas para garantizar los territorios de suficiente extensión y calidad a pueblos en aislamiento voluntario, pueblos en contacto inicial, pueblos binacionales o plurinacionales, pueblos en riesgo de desaparición, pueblos en procesos de reconstitución, pueblos agricultores itinerantes o pastores, pueblos nómadas o seminómadas, pueblos desplazados de sus territorios, o pueblos cuyo territorio ha sido fragmentado, entre otros" [CIDH. Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del sistema Interamericano de derechos humanos. OEA/Ser.L/V/II, 30 de diciembre de 2009, párr. 81.].

11. En ese escenario, el sistema americano ha destacado la necesidad de exigir una especial protección al derecho de los pueblos indígenas sobre sus territorios, pues su efectivo ejercicio no sólo implica la protección de una unidad económica, sino la protección de los derechos humanos de una colectividad que basa su desarrollo económico, social, espiritual y cultural en la relación con la tierra.

12. Resulta interesante como en el Informe de la CIDH [Pueblos Indígenas en Aislamiento Voluntario y Contacto Inicial en las Américas: Recomendaciones para el pleno respeto a sus Derechos Humanos. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 47/13, 30 diciembre 2013, párr. 9-11.] se destaca que el marco jurídico del Derecho internacional de los derechos humanos, desarrollado por las sociedades occidentales contemporáneas, responde a conceptos que los pueblos indígenas en aislamiento ciertamente desconocen y que, en el análisis de la situación de derechos humanos de los PIACI, es fundamental tener presente lo devastador que puede resultar para ellos la destrucción de un plantío, la contaminación de un río, la deforestación de un bosque, y otras afectaciones al entorno en el que habitan y del que dependen. Es más, desde el punto de vista de los derechos humanos en tanto propiedad de una persona, un pequeño plantío de maíz merece el mismo respeto que una cuenta bancaria o una fábrica moderna, ya que para ellos un plantío o una chacra puede representar la única fuente de sustento para varias familias.

Tribunal Constitucional del Perú

13. En relación con la libre autodeterminación del que gozan estos pueblos, la premisa básica que debe guiar el comportamiento del Estado y de la Sociedad gira en torno al principio de no contacto y a la libre elección de dichos pueblos de mantener su situación de aislamiento.

14. Por ello, la CIDH ha manifestado que una de las consecuencias del respeto a la libre autodeterminación y a su elección de mantenerse aislados es que los pueblos indígenas en aislamiento voluntario no intervienen en los canales convencionales de participación. Por ello, no es posible realizar en ese escenario una consulta previa, libre e informada de acuerdo a los estándares establecidos por la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en relación con proyectos de desarrollo e inversión y de concesiones extractivas de los recursos naturales que vulneren los derechos de los pueblos indígenas en aislamiento voluntario. En ese sentido, la Comisión considera que, en atención al principio *pro personae* y asumiendo el principio de no contacto como una condición fundamental, los factores principales a considerar cuando se analiza si los pueblos en aislamiento voluntario dan su consentimiento o no a la presencia de personas ajenas a su pueblo en sus territorios ancestrales, son (i) el rechazo manifiesto a la presencia de personas ajenas a su pueblo en sus territorios, y (ii) su decisión de mantenerse en aislamiento respecto de otros pueblos y personas. Diferente es la situación de los pueblos indígenas en contacto inicial, ya que la CIDH considera que los Estados deben aplicar los estándares desarrollados por la Comisión y la Corte Interamericanas de manera culturalmente apropiada, de acuerdo a las circunstancias de cada caso específico y tomando en cuenta el nivel de contacto del pueblo de que se trate.

15. En la misma línea, en el año 2016, la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos adoptó la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (ratificada por el Estado peruano). En ésta se estableció lo siguiente respecto de los PIACI:

    Artículo XXVI. Pueblos indígenas en aislamiento voluntario o en contacto inicial

    1. Los pueblos indígenas en aislamiento voluntario o en contacto inicial, tienen derecho a permanecer en dicha condición y de vivir libremente y de acuerdo a sus culturas.

    2. Los Estados adoptarán políticas y medidas adecuadas, con conocimiento y participación de los pueblos y las organizaciones indígenas, para reconocer, respetar y proteger las tierras, territorios, medio ambiente y culturas de estos pueblos, así como su vida e integridad individual y colectiva.

16. En el ámbito nacional, el 18 de mayo de 2006 se publicó la Ley 28736, Ley para la protección de los Pueblos Indígenas u Originarios en Situación de Aislamiento y en Situación de Contacto Inicial; y su reglamento, aprobado por el Decreto Supremo 008-2007-MIMDES.

17. No obstante lo expuesto, también corresponde destacar que en los casos en los cuales se alega la inexistencia de una consulta previa se plantean importantes cuestiones a analizar, tanto más si de un lado se tienen las

Tribunal Constitucional del Perú

características propias que determina la naturaleza de los PIACI y, de otro, las consecuencias que en la vida económica y social del país puede generar lo pretendido aquí, como es la nulidad de la ampliación de un mega proyecto de inversión, a las cuales se suman otras dificultades que eventualmente ya podrían existir.

18. Así, y si se concluye no solamente que estamos ante un derecho a la consulta previa, sino que se acredita una vulneración de dicho derecho, el cual además podría constituir (en base a parámetros constitucionales y convencionales) un elemento de ineludible cumplimiento para la eventual toma de decisiones, no parece sensato formular en abstracto, o como única opción, respuestas del tipo "todo o nada". En dichos casos, seguramente convendría tomar en cuenta algunas variables, tales como las relacionadas al posible impacto o efecto que acarrearía una decisión de la judicatura constitucional que, por ejemplo, cierra o revierta un proyecto de inversión; y, sin duda, el deber especial de reparar y revertir los daños que se hubieran generado en los pueblos o en las comunidades involucradas.

5. Derecho a la propiedad del territorio indígena

5.1 El concepto de territorio según el Convenio 169 de la OIT

Tribunal Constitucional. Caso Jaime Hans Bustamante Johnson contra Occidental Petrolera del Perú, LLC Sucursal del Perú; Repsol Exploración Perú y Petrobras Energía Perú S.A. Pleno. Expediente 03343-2007-PA/TC. Sentencia publicada en el portal web del Tribunal Constitucional el 20 de febrero de 2009.

32. 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. Por ejemplo, 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.* La Corte Interamericana lo ha señalado de esta forma en la sentencia *del Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tigni vs. Nicaragua,* en donde refiere:

> "Entre los indígenas existe una tradición comunitaria sobre una forma comunal de la propiedad colectiva de tierra, 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".

Tribunal Constitucional del Perú

Tribunal Constitucional. Caso Gonzalo Tuanama Tuanama y más de cinco mil ciudadanos contra el Poder Ejecutivo (Decreto Legislativo Nº 1089, que establece el régimen temporal extraordinario de formalización y titulación de predios rurales). Pleno. Expediente 00022-2009-PI/TC. Sentencia publicada en el portal web del Tribunal Constitucional el 17 de junio de 2010.

42. En la segunda parte del Convenio N.° 169 se hace referencia a las tierras de los pueblos indígenas, debiendo el Estado parte tomar las medidas necesarias para determinar las tierras que estos ocupan tradicionalmente y garantizar la protección efectiva de sus derechos de propiedad y posesión. Se establece así en su artículo 15 que 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 se verían perjudicados, y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras. Se establecen también, disposiciones que establecen la indemnización a la cual serán acreedores aquello pueblos que hayan sido trasladados o reubicadas por cualquier pérdida o daño que hayan sufrido.

43. En la demanda y en la contestación se ha hecho referencias al territorio que ocupan los pueblos indígenas. Este sería uno de los puntos que los demandantes alegan que es susceptible de afectar directamente a los pueblos indígenas. Es decir, de acuerdo a los demandantes, las medidas legislativas serían susceptibles de afectar directamente a los pueblos indígenas sobre todo en materia relativa a la posesión y propiedad de sus tierras. Por ello debe tenerse presente algunas consideraciones entorno a este tema. Así, como elemento característico que configura la concepción de la tierra de los pueblos indígenas, debe observarse el artículo 13 del Convenio N.° 169 de la OIT que establece que los gobiernos deben respetar la importancia que las culturas y los valores de su relación con sus tierras o territorios. En el inciso 2, de dicho artículo se establece que la utilización del término "tierras" deberá incluir el concepto de "territorios", esto, debido a la importancia que los pueblos indígenas le dan a los territorios en donde habitan, situación que no pasó inadvertida por el constituyente que estableció en el artículo 89 de la Constitución de 1993, la autonomía en el uso y la libre disposición de sus tierras, siendo la propiedad de estas imprescriptible, "salvo en el caso de abandono" previsto en el artículo 88.

5.2 Consideraciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre el territorio indígena

Tribunal Constitucional. Caso Gonzalo Tuanama Tuanama y más de cinco mil ciudadanos contra el Poder Ejecutivo (Decreto Legislativo Nº 1089, que establece el régimen temporal extraordinario de formalización y titulación de predios rurales). Pleno. Expediente 00022-2009-PI/TC. Sentencia publicada en el portal web del Tribunal Constitucional el 17 de junio de 2010.

47. De acuerdo a lo estipulado en el artículo V del Código Procesal Constitucional el contenido y alcances de los derechos constitucionales deben ser interpretados de conformidad con los tratados de derechos humanos así como las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales de derechos humanos. De ahí la importancia de las decisiones de la Corte Interamericana sobre Derechos Humanos, para la labor que realiza este Tribunal

Tribunal Constitucional del Perú

Constitucional. Dicho artículo, que en realidad es la consolidación de la jurisprudencia de este Tribunal Constitucional, que se originó en la sentencia del Expediente N.° 00218-2002-HC/TC (fundamento 2), ha sido desarrollado por este Tribunal en la sentencia del Expediente N.° 007-2007-PI/TC, expresando que: "las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos son vinculantes para todos los poderes públicos y que esta vinculatoriedad no se agota en su parte resolutiva, sino que se extiende a la *ratio decidendi,* incluso en aquellos casos en los que el Estado peruano no haya sido parte en el proceso". En tal sentido, a continuación se procederá a presentar algunos de los criterios más importantes que la Corte ha vertido en materia relativa a la protección del territorio indígena.

48. Así, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha expresado, en opinión que este Tribunal comparte, que "la estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe de ser reconocida y comprendida como la base fundamental de su cultura, vida espiritual, integridad, supervivencia económica y su preservación y transmisión a las generaciones futuras" [*Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*, párrafo 131]. De esta forma, se observa un concepto más amplio y diferente de los derechos territoriales, relacionado directamente con la supervivencia del pueblo indígena y "con el control de su hábitat como una condición necesaria para la reproducción de su cultura, para su propio desarrollo y para llevar a cabo sus planes de vida. La propiedad sobre la tierra garantiza que los miembros de las comunidades indígenas conserven su patrimonio cultural" [párrafo 146].

49. Es también útil recordar que previamente a la sentencia referida, en la sentencia del *Caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*, se subrayó la tradición comunitaria de la propiedad colectiva de la tierra de los pueblos indígenas. Se indicó así que la "pertenencia de ésta no se centra en un individuo sino en el grupo y su comunidad." Se resaltó además que para los pueblos 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" [párrafo 149].

50. También es importante tener presente las posturas respecto a la relación existente entre la posición y la propiedad de los territorios de los pueblos indígenas. La Corte ha sintetizado su posición sobre este tema en la sentencia del *Caso Comunidad Indígenas Sawhoyamaxa vs. Paraguay*, concluyendo en su párrafo 128 lo siguiente:

> "1) la posesión tradicional de los indígenas sobre sus tierras tiene efectos equivalentes al título de pleno dominio que otorga el Estado; 2) la posesión tradicional otorga a los indígenas el derecho a exigir el reconocimiento oficial de propiedad y su registro; 3) los miembros de los pueblos indígenas que por causas ajenas a su voluntad han salido o perdido la posesión de sus tierras tradicionales mantienen el derecho de propiedad sobre las mismas, aún a falta de título legal, salvo cuando las tierras hayan sido legítimamente trasladas a terceros de buena fe; y 4) los miembros de los pueblos indígenas que involuntariamente han perdido la posesión de sus tierras, y éstas han sido trasladas legítimamente a terceros inocentes, tienen el derecho de recuperarlas o a obtener otras tierras de igual extensión y calidad. Consecuentemente, la posesión no es un requisito que condicione la existencia del derecho a la recuperación de las tierras indígenas."

Tribunal Constitucional del Perú

51. Lo expuesto no significa que se esté frente a un derecho absoluto. Como es conocido los derechos interactúan entre sí y también con otros bienes jurídicos constitucionales, debiendo ponderarse cada uno de ellos en casos de colisión. Como se aprecia en el punto 3 del párrafo citado, se considera la adquisición de la propiedad de buena fe, siendo factible que el Estado indemnice a los pueblos indígenas que hayan sido afectados por tal enajenación. Todo ello no significa que este tipo de medidas deban ser moneda común, sino más bien excepcional, de lo contrario se generaría una sospecha que podría desvirtuar la buena fe y de este modo afectar la propia transferencia del inmueble. De igual forma, el artículo 70 de la Constitución establece que en virtud de seguridad nacional o necesidad pública y previo pago efectivo de una indemnización (que incluya compensación por eventual prejuicio) es factible la expropiación. Tal situación tampoco debe ser considerada como una opción inicial, debiendo ser por el contrario la excepción.

5.3 El abandono del territorio como práctica cultural de los pueblos indígenas

Tribunal Constitucional. Caso Gonzalo Tuanama Tuanama y más de cinco mil ciudadanos contra el Poder Ejecutivo (Decreto Legislativo Nº 1089, que establece el régimen temporal extraordinario de formalización y titulación de predios rurales). Pleno. Expediente 00022-2009-PI/TC. Sentencia publicada en el portal web del Tribunal Constitucional el 17 de junio de 2010.

45. Dentro del respeto de las costumbres, es decir, la manifestación de la identidad de los pueblos indígenas, pueden existir prácticas que incluyan el no habitar durante determinado tiempo cierto sector de su territorio debiendo observarse cada caso bajo el principio de razonabilidad. El artículo 89 de la Constitución debe interpretarse dentro del resto de enunciados constitucionales y del Convenio N.° 169. Así, en virtud del principio de *unidad de la Constitución* y el *principio de unidad integradora*, desarrollados por la jurisprudencia de este Tribunal [Exp. N.° 05854-2005-PA/TC, f. 12], el resultado de la interpretación constitucional debe considerar la identidad indígena de quien detenta la propiedad y tomar en cuenta sus costumbres.

46. De tal manera, frente a un caso relativo a territorio indígena, no pueden aplicarse criterios propios de un contexto urbano, dejando a un lado la costumbre de los pueblos indígenas, puesto que ello devendría en una posible vulneración del derecho fundamental de tales pueblos y de sus integrantes. Esto se explica en parte por el tipo de relación existente entre los pueblos indígenas y el territorio ancestral en el que habitan. Es por ello que el artículo 14 del Convenio N° 169, ordena tomar medidas para salvaguardar el derecho de los pueblos indígenas interesados en utilizar tierras que no estén exclusivamente ocupadas por ellos, pero a las que hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia.

5.4 Sobre la obligación estatal de delimitar los territorios indígenas

Tribunal Constitucional. Caso Gonzalo Tuanama Tuanama y más de cinco mil ciudadanos contra el Poder Ejecutivo (Decreto Legislativo Nº 1089, que establece el régimen temporal extraordinario de formalización y titulación de predios rurales). Pleno. Expediente 00022-2009-PI/TC. Sentencia publicada en el portal web del Tribunal Constitucional el 17 de junio de 2010.

Tribunal Constitucional del Perú

44. […] es de suma relevancia que el Estado refuerce y dinamice las labores de limitación de los territorios indígenas a fin de brindar una apropiada protección jurídica a los pueblos indígenas, mediante la concretización de los derechos de propiedad de los territorios que cada comunidad ocupa. Con ello también se estaría promoviendo la seguridad jurídica puesto que al momento de lotizar o emprender estudios y acciones con miras a desarrollar la exploración y explotación de recursos naturales se tendría una adecuada perspectiva de la realidad y de cuales son los pasos necesarios a fin de llevar a cabo ese tipo de procesos sin vulnerar derechos fundamentales de los pueblos indígenas. La apertura económica del mercado pasa por brindar seguridad a los agentes a través de la información sobre las "reglas de juego" las que, en el fondo, no son más que la normativa dirigida a procurar el bien común, así como tutelar los derechos fundamentales de los ciudadanos, dentro del imprescindible respeto por la lógica de la economía social de mercado. Con ello se pretende alcanzar el difícil equilibrio entre inversión, justicia y progreso.

5.5 Sobre el derecho a la propiedad comunal del territorio indígena

Tribunal Constitucional. Caso Gonzalo Tuanama Tuanama y más de cinco mil ciudadanos contra el Poder Ejecutivo (Decreto Legislativo Nº 994, que promueve la inversión privada en proyectos de irrigación para la ampliación de la frontera agrícola). Pleno. Expediente 00024-2009-PI/TC. Sentencia publicada en el portal web del Tribunal Constitucional el 9 de agosto de 2011.[34]

15. Por otra parte los recurrentes manifiestan que el Decreto Legislativo Nº 994 desprotege a las comunidades que no cuenten con títulos de propiedad y sostiene que la norma cuestionada fue promulgada sin hacerse ninguna consulta previa e informada a los pueblos indígenas.

16. Al respecto el Tribunal recuerda que los pueblos indígenas reivindican derechos individuales y colectivos. Sus reivindicaciones sobre sus tierras son canalizadas, particularmente, desde la perspectiva de la propiedad comunal y la titularidad colectiva de este derecho. En palabras del actual Relator Especial de Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, James Anaya, "[s]uperando la dicotomía de derechos y deberes de Estados e individuos, los pueblos indígenas han demandado y articulado sus derechos humanos en términos de derechos colectivos". (ANAYA, James, "Pueblos indígenas, comunidad internacional y derechos humanos en la era de la globalización", en Fernando Mariño y Daniel Oliva (Eds.), *Avances en la*

34 Los demandantes alegaban que el Decreto Legislativo 994 fue expedido sin realizarse ninguna consulta previa e informada a los pueblos indígenas, tal como lo exigen el Convenio 169 de la OIT y los artículos 19, 30 y 32 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas; lo que supone el incumplimiento de lo dispuesto en el artículo 118, inciso 1 de la Constitución que declara como obligación del Presidente de la República el cumplir y hacer cumplir la Constitución y los tratados, leyes y demás disposiciones legales. Asimismo, aducían que el decreto cuestionado promocionaba proyectos de irrigación en las tierras eriazas, con excepción de aquellas que tengan títulos de propiedad privada o comunal, por lo que de ese modo se desprotegía a las comunidades que no contaban con títulos de propiedad, las que aún con antecedentes de posesión ancestrales en dichas tierras, podían ser desplazadas por los citados proyectos de irrigación que se promovían al amparo de la norma cuestionada. La demanda fue declarada improcedente por el Tribunal Constitucional.

Tribunal Constitucional del Perú

protección de los derechos de los pueblos indígenas, Universidad Carlos III de Madrid, Dykinson, Madrid, 2004, p. 93).

17. En ese sentido, el artículo 14 del Convenio Nº 169 de la OIT prescribe el deber estatal de proteger los derechos de propiedad y posesión a través de la adopción de las medidas necesarias que permitan determinar las tierras que los pueblos indígenas ocupan tradicionalmente. En este mismo sentido, la DNUDPI consagra, en su artículo 26, que el reconocimiento de estas tierras importará el respeto de las costumbres, tradiciones y sistemas de tenencia de la tierra de los pueblos indígenas. Estos derechos de los pueblos indígenas no son ajenos a nuestra Constitución, cuyo artículo 88 precisa que el Estado garantiza "el derecho de propiedad sobre la tierra, en forma privada o comunal o en cualquiera otra forma asociativa" (subrayado agregado). De similar forma, el artículo 89 de la misma Ley Fundamental establece que "[l]as Comunidades Campesinas y las Nativas […] [s]on autónomas en su organización, en el trabajo comunal y en el uso y la libre disposición de sus tierras […]. La propiedad de sus tierras es imprescriptible" (subrayado agregado).

18. El Tribunal recuerda que la propiedad comunal de los pueblos indígenas no puede fundamentarse en el enfoque clásico de "propiedad" sobre el que se basa el Derecho Civil. Para los pueblos indígenas la tierra no constituye un mero bien económico, sino un elemento fundamental con componentes de carácter espiritual, cultural, social, etc. En sus tierras los pueblos indígenas desarrollan sus conocimientos, prácticas de sustento, creencias, formas de vida tradicionales que transmiten de generación en generación. El Tribunal valora la relación especial de los pueblos indígenas con sus tierras y pone de relieve la acentuada interrelación del derecho a la propiedad comunal con otros derechos, tales como la vida, integridad, identidad cultural, libertad de religión.

19. Por ello, en armonía con el artículo 13 del Convenio N° 169 de la OIT, al aplicar las disposiciones del referido convenio, el Estado deberá respetar la importancia especial que para los pueblos reviste su relación con las tierras o territorios. Esta relación especial también ha sido resaltada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la que además ha destacado que la protección de la propiedad comunal permite preservar el legado cultural de los pueblos indígenas y, de este modo, transmitirlo a las generaciones futuras [Cfr. Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay. Sentencia de 24 de agosto de 2010. Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C N° 214, párr. 86]. La referida relación importa la existencia de diversas dimensiones y responsabilidades, donde debe resaltarse la dimensión colectiva y el aspecto intergeneracional, el cual es imprescindible para preservar la identidad y propio desarrollo de estos pueblos.

20. Desde luego, el carácter especial y, al mismo tiempo, relacional del derecho a la propiedad comunal, acarrea determinadas consecuencias. En ese sentido, como ha indicado la Corte Interamericana, la posesión tradicional resulta equivalente al título de pleno dominio otorgado por el Estado, por lo que los indígenas tienen el derecho a exigir el reconocimiento oficial de su propiedad y su registro. [Cfr. Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C N° 146, párr. 128].

Tribunal Constitucional del Perú

21. Pues bien, en el caso del Decreto Legislativo 994, los recurrentes han alegado que su expedición afecta a los pueblos indígenas al desproteger a aquellos que no tienen títulos de propiedad, desconociendo su posesión ancestral y fomentando su eventual desplazamiento para implementar los proyectos de irrigación que se promueven con el Decreto Legislativo 994 cuestionado.

22. Sobre el particular el Tribunal toma nota de que el artículo 6º del Convenio 169 de la OIT dispone que al aplicarse sus disposiciones, los Estados partes deberán "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" (subrayado agregado).

23. En el caso del Decreto Legislativo 994 el Tribunal Constitucional observa que su original artículo 3.2 establecía, entre las tierras eriazas comprendidas dentro de los alcances de la norma, que:

> "3.1. Son tierras eriazas con aptitud agrícola, las no explotadas por falta o exceso de agua. 3.2. Para los fines de esta norma, las tierras eriazas con aptitud agrícola son de dominio del Estado, salvo aquellas sobre las que exista titulo de propiedad privada o comunal inscrito en los Registros Públicos (…)."

Igualmente observa que posteriormente, mediante la Quinta Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo N.º 1064, publicado el 28 de junio de 2008, se modificó dicha disposición, estableciéndose que:

> "3.2. Para los fines de esta norma, las tierras eriazas con aptitud agrícola son de dominio del Estado, salvo aquéllas sobre los que exista título de propiedad privada o comunal".

Y, finalmente, que esta última disposición fue derogada por el artículo 1º de la Ley Nº 29382, publicada el 19 de junio de 2009.

24. Así las cosas, el Tribunal es de la opinión que el actual artículo 3 del Decreto Legislativo N.º 994 no contiene, directa ni indirectamente, una regulación que afecte la propiedad comunal de los pueblos indígenas. En ese sentido, llama la atención que si bien el artículo 3.3. del Decreto Legislativo Nº 994 establece las tierras que "no se consideran tierras eriazas con aptitud agrícola", y allí no se hace alusión directa a las tierras de las comunidades campesinas y nativas, sin embargo, en opinión del Tribunal esta omisión es sólo aparente, pues considera que sus alcances han de determinarse necesariamente a partir del artículo 2 del mismo Decreto Legislativo N.º 994, que prescribe:

> "La presente norma regula el régimen especial para promover la inversión privada en proyectos de irrigación de tierras eriazas con aptitud agrícola de propiedad del Estado" (subrayado agregado).

25. De esta manera, puesto que actualmente las tierras de los pueblos indígenas no se encuentran comprendidas en los alcances del Decreto Legislativo N.º 994, el Tribunal considera que la inconstitucionalidad originaria de su artículo 3.2, derivada de la no realización del proceso de consulta pese a tratarse de una disposición que afectaba directamente a los pueblos indígenas,

Tribunal Constitucional del Perú

ha desaparecido. Y con ella la competencia para declarar su invalidez por este Tribunal.[35]

5.6 Sobre la garantía de la propiedad del territorio indígena

Tribunal Constitucional. Caso Juana Griselda Payaba Cachique contra la División de Seguridad del Estado de la Policía Nacional del Perú, Segunda Fiscalía Provincial Penal Corporativa de Tambopata, Sala Superior Mixta y de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Madre de Dios. Pleno. Expediente 01126-2011-PHC/TC. Sentencia publicada en el portal web del Tribunal Constitucional el 24 de setiembre de 2012.

20. En la STC 0005-2006-PI/TC (fundamento 40), este Tribunal ha reiterado que el derecho de propiedad es concebido como el poder jurídico que permite a una persona usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien. Así, la persona propietaria podrá servirse directamente de su bien, percibir sus frutos y sus productos, y darle destino y condición conveniente a sus intereses, siempre que ejerza tales actividades en armonía con el bien común y dentro de los límites establecidos por la ley; e incluso podrá recuperarlo si alguien se ha apoderado de él sin derecho alguno. "Constitucionalmente, el derecho a la propiedad se encuentra reconocido no sólo como un derecho subjetivo, conforme a los incisos 8) y 16) del artículo 2°, sino también como una garantía institucional, conforme lo dispone el artículo 70°, según el cual el Estado garantiza su inviolabilidad". Pero, además, la Constitución reconoce su artículo 88º el derecho de propiedad sobre la tierra en forma privada o comunal.

    En la misma sentencia se ha indicado que en el "ámbito civil, el derecho de propiedad confiere a su titular cuatro atributos respecto del bien: usar, disfrutar, disponer y reivindicar, cada uno de los cuales permite un ejercicio pleno de este derecho. Asimismo, la doctrina civil analiza los caracteres de la propiedad, en tanto que es un derecho real, absoluto, exclusivo y perpetuo. Así, **es un derecho real** por excelencia, porque establece una relación directa entre el titular y el bien, ejercitando el propietario sus atributos sin intervención de otra persona. Además, la propiedad es *erga omnes*, esto es, se ejercita contra todos, cualidad denominada "oponibilidad". **Es un derecho absoluto** porque confiere al titular todas las facultades sobre el bien: usa, disfruta y dispone. **Es exclusivo**, porque descarta todo otro derecho sobre el bien, salvo que el propietario lo autorice. Y **es perpetuo**, pues no se extingue por el solo uso".

21. Pero esta visión civilista de la propiedad debe ser recompuesta desde una mirada multicultural, esto es, tomando en cuenta aspectos culturales propios para el caso de los pueblos indígenas. Así, este Tribunal ya ha establecido en anteriores sentencias la relevancia que las tierras tienen para los pueblos indígenas. En efecto, en la STC 0022-2009-PI/TC, este Colegiado recogió e hizo suyos los criterios establecidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Yakye Axa vs Paraguay*. Específicamente en lo concerniente al vínculo espiritual de las comunidades para con sus territorios. En efecto, en dicho caso la Corte Interamericana estableció que "la estrecha vinculación de los pueblos indígenas sobre sus territorios tradicionales y los

35 También puede consultarse Expediente 00003-00012-2015-PI/TC (acumulados), fundamentos 88 al 94.

Tribunal Constitucional del Perú

recursos naturales ligados a su cultura que ahí se encuentren, así como los elementos incorporales que se desprendan de ellos, deben ser salvaguardados por el artículo 21 [derecho a la propiedad privada] de la Convención Americana" [fundamento 137 del caso *Yakye Axa vs Paraguay*].

22. Y si bien la Constitución hace referencia a la protección de las tierras de las comunidades campesinas y nativas [artículo 88º y 89º de la Constitución], sin recoger el concepto de "territorio" de forma expresa, el Convenio 169 establece en su artículo 13º que la utilización del término "tierras" debe incluir el concepto de "territorios". La diferencia entre el concepto de tierra y territorio radica en que el primero se encuentra dentro de una dimensión civil o patrimonial, mientras que el segundo tiene una vocación política de autogobierno y autonomía. Así, esta dimensión política del término territorio se ajusta a la realidad de los pueblos indígenas, que descienden de las poblaciones que habitaban lo que ahora es el territorio de la República del Perú. Pero que, no obstante, luego de haber sido víctimas de conquista y colonización, mantienen sus instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o partes de ellas.

23. Por consiguiente, el reconocimiento de tales pueblos indígenas, con sus costumbres propias, sus formas de creación de derecho y de aplicación del mismo, traspasan la dimensión de una mera asociación civil. Su visión se asienta sobre una dimensión política, establecida en última instancia en el derecho a la autodeterminación de los pueblos indígenas [artículos 3º y 4º de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas-DNUDPI]. Ello no implica, desde luego, proponer o incentivar la desintegración del Estado o propiciar demandas separatistas; por el contrario, ha sido una tendencia estable en el derecho y la doctrina internacional conceptualizar el derecho a la autodeterminación de los pueblos indígenas sin el elemento separatista o secesionista. El objetivo es más bien el respeto de su autonomía para definir sus propios destinos, así como su idea y proyecto de desarrollo. Por lo tanto, el propio artículo 46º del DNUDPI establece específicamente una limitación -como todo derecho lo tiene- al derecho de autodeterminación indígena, explicitándose que nada de lo establecido en la declaración "autoriza o fomenta acción alguna encaminada a quebrantar o menoscabar, total o parcialmente, la integridad territorial o la unidad política de Estados soberanos e independientes".

24. De igual forma, en virtud de los principios interpretativos de unidad de la Constitución y de concordancia práctica [STC 05854-2005-PA/TC, fundamento 12], la Constitución debe estar orientada a ser considerada como un "todo" armónico en donde "toda aparente tensión entre las propias disposiciones constitucionales debe ser resuelta "optimizando" su interpretación, es decir, sin "sacrificar" ninguno de los valores, derechos o principios concernidos, y teniendo presente que, en última instancia, todo precepto constitucional (…)". Es por ello que lo referido al territorio indígena no puede ser interpretado sin considerar que el Estado peruano es uno e indivisible [artículo 43º de la Constitución].

25. De otro lado, el artículo 18º del Convenio 169 establece que: "La ley deberá prever sanciones apropiadas contra toda intrusión no autorizada en las tierras de los pueblos interesados o todo uso no autorizado de las mismas por personas ajenas a ellos, y los gobiernos deberán tomar medidas para

Tribunal Constitucional del Perú

impedir tales infracciones." En efecto, la Constitución establece una garantía expresa sobre la propiedad de la tierra en forma comunal o cualquier otra forma asociativa [artículo 88]. Y además prescribe en el artículo 89º que las comunidades campesinas y nativas deciden sobre el uso y la libre disposición de sus tierras, desprendiéndose de ello la facultad para decidir quiénes ingresan a sus territorios. Así, tales herramientas legales permiten ejercer su derecho a la propiedad de su territorio. En tal sentido, resulta claro que las comunidades nativas y campesinas tiene el legítimo derecho de, en virtud del derecho a la propiedad, controlar intrusiones a su propiedad. Cabe precisar, no obstante, que tal derecho de propiedad, como cualquier otro derecho en el marco del Estado Democrático y Social de Derecho, se encuentra limitado por otros bienes constitucionales, como lo son los establecidos en los artículos 66º, 67º, 70º y 72º, entre otros.[36]

26. Se advierte entonces que la propiedad del territorio comunal se encuentra también limitada, por lo que no pueden ignorarse cláusulas constitucionales como las precitadas. Las tensiones sobre tales límites tendrán que ser resueltas desde el desarrollo del dialogo institucional. En la siguiente sección se analizará si es que se viene vulnerando el derecho a la propiedad de la Comunidad Nativa Tres Islas, lo cual será determinado sobre las consideraciones de los artículos 2º.16, 88º y 89º de la Constitución.[37]

5.7 El beneficio compartido como indemnización frente a la expropiación del territorio indígena

Tribunal Constitucional. Caso Gonzalo Tuanama Tuanama y más de cinco mil ciudadanos contra el Poder Ejecutivo (Decreto Legislativo Nº 1089, que establece el régimen temporal extraordinario de formalización y titulación de predios rurales). Pleno. Expediente 00022-2009-PI/TC. Sentencia publicada en el portal web del Tribunal Constitucional el 17 de junio de 2010.

52. Es cierto que cuando un pueblo indígena se ve perjudicado por la expropiación de su territorio se puede vulnerar algo más que su derecho fundamental a la propiedad. Se pone en riesgo también la propia existencia del pueblo indígena y sus valores espirituales. **Es por ello, que la obligación del Estado no debe remitirse al pago de un justiprecio, sino que debe ir más allá, hacia un beneficio compartido. No basta pues con que se les otorgue nuevas tierras de igual extensión y calidad, sino que los pueblos indígenas deben beneficiarse de la explotación que se lleva a cabo en sus territorios ancestrales originales de los que fueron separados, garantizando con ello no solo la continuidad de su existencia sino el mejoramiento de la calidad de vida. Solo así puede comprenderse justificada la expropiación de tierras indígenas, de lo contrario, los miembros de tales pueblos podrán recurrir a las vías legales pertinentes a fin de tutelar sus derechos.** De igual forma tendrá que considerarse ello cuando la indemnización sea consecuencia de intervenciones sobre propiedad de los pueblos indígenas tales como la servidumbre.

36 Al respecto también puede consultarse el Expediente 00012-2020-PI/TC, fundamento 54.

37 En sentido similar, puede verse Expediente 02765-2014-PA/TC, fundamentos 37 al 46; Expediente 00012-2020-PI/TC, fundamentos 50 al 54.

Tribunal Constitucional del Perú

53. El esquema de apertura para inversión no es contrario a los principios de la justicia distributiva. Ambos esquemas deberán interactuar a fin de lograr la explotación razonable de recursos y el bienestar común. Evidentemente alcanzar tal equilibrio no es consecuencia de un solo acto o de la labor de una sola entidad pública sino del Estado en su conjunto, esto es, a partir de una política de Estado que progresivamente comience a brindar prestaciones y servicios adecuados para el bien común.

6. Derecho a la consulta previa

6.1 Fundamentos del derecho a la consulta previa

Tribunal Constitucional. Caso Instituto de Defensa Legal del Ambiente y el Desarrollo Sostenible IDLADS Perú contra el Ministerio de Energía y Minas. Pleno. Expediente 01717-2014-PC/TC. Sentencia 652/2021. Publicada en el portal web del Tribunal Constitucional el 17 de julio de 2021.[38]

23. Dicho derecho tiene entre sus fundamentos el principio de Estado democrático y la cláusula de Estado social, en el marco del Estado constitucional de derecho.

24. En efecto, la consulta previa coadyuva a promover la participación de los pueblos indígenas en el marco del Estado democrático. En virtud de los artículos 3 y 43 de la Constitución, el Estado peruano es un Estado democrático y social de derecho. Como Estado democrático, la participación ciudadana en el desarrollo del Estado adquiere una posición constitucional relevante. Los ciudadanos que conforman el estado peruano presentan diversidades étnicas (sentencia recaída en el Expediente 02196-2014-PA/TC, fundamento 3), lingüísticas, religiosas, etc. Y, entre las diversidades étnicas, se encuentran los pueblos indígenas, las comunidades campesinas o nativas (sentencia emitida en el Expediente 03343-2007-AA/TC, fundamento 30). Por su parte, la consulta previa promueve la participación de los pueblos indígenas u originarios en el desarrollo del Estado y permite que las opiniones de estas comunidades se traduzcan en las decisiones que se pudieran tomar con relación a ellas mismas, preservando su cultura y forma de vida (sentencia recaída en el Expediente 06316-2008-PA/TC, fundamento 21, sentencia emitida en el Expediente 05427-2009-AC/TC, fundamento 57). Consecuentemente, en la medida en que la consulta previa fomenta la participación de los pueblos indígenas u originarios en el Estado, coopera en el fortalecimiento del Estado democrático y lo legitima.

25. Por su parte, la consulta previa también encuentra entre sus fundamentos la cláusula de Estado social. El Estado democrático y social de derecho tiene como una de sus características la cláusula de Estado social, la cual tiene entre sus objetivos alcanzar la igualdad material. La consulta previa coadyuva a que las comunidades indígenas participen en la elaboración e

38 En la demanda de cumplimiento –la que fue entendida por el Tribunal Constitucional como una de amparo– la pretensión del recurrente tenía por objeto que se deje sin efecto la Resolución Ministerial 350-2012-MEM/DM y la Resolución Ministerial 209-2015-MEM/DM, dado que aprobaban procedimientos administrativos (vinculados a las actividades de hidrocarburos y de electricidad) en los que consideraba correspondía realizar el proceso de consulta previa. La demanda fue desestimada por el Tribunal Constitucional.

Tribunal Constitucional del Perú

implementación de las medidas administrativas o legislativas que los afecten directamente. De esa manera, con la participación de las comunidades indígenas, la consulta previa contribuye a reducir la exclusión a la que históricamente han estado sometidas, preservando su identidad y subsistencia digna.

6.2 El derecho a la consulta previa como concretización del artículo 2 inciso 17 de la Constitución

Tribunal Constitucional. Caso Jaime Hans Bustamante Johnson contra Occidental Petrolera del Perú, LLC Sucursal del Perú; Repsol Exploración Perú y Petrobras Energía Perú S.A. Pleno. Expediente 03343-2007-PA/TC. Sentencia publicada en el portal web del Tribunal Constitucional el 20 de febrero de 2009.

33. […] Este derecho, que viene a ser una concretización también del artículo 2. 17 de la Constitución, se encuentra explícitamente recogido en los artículos 6 y 7 del Convenio N.º 169. El artículo 6, literal a), indica que cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectar directamente a los pueblos indígenas, el Gobierno tendrá que consultar previamente y mediante los procedimientos apropiados e instituciones representativas. Tales consultas deberán efectuarse de buena fe y de forma apropiada a las circunstancias del caso, con la finalidad de llegar a un acuerdo y lograr el consentimiento de las medidas propuestas.[39]

34. De otro lado, el artículo 7 expone que los pueblos indígenas tienen derecho a decidir sobre sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, debiendo participar en la formulación, "aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente". Es interesante enfatizar, además, lo expuesto en el artículo 15, que señala que los Gobiernos deberán establecer procedimientos mediante los cuales se pueda consultar a los pueblos interesado "antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o exploración de los recursos existente en sus tierras." De igual forma, el artículo indica que lo 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 otro agentes sociales y económicos.

6.3 Derecho a la consulta previa como diálogo intercultural

Tribunal Constitucional. Caso Gonzalo Tuanama Tuanama y más de cinco mil ciudadanos contra el Poder Ejecutivo (Decreto Legislativo Nº 1089, que establece el régimen temporal extraordinario de formalización y titulación de predios rurales). Pleno. Expediente 00022-2009-PI/TC. Sentencia publicada en el portal web del Tribunal Constitucional el 17 de junio de 2010.

14. Con el Convenio N.° 169 de la OIT se pretende erradicar modelos de desarrollo que pretendían la asimilación de los pueblos indígenas a la cultura dominante. Con ello no se pretende situar a los pueblos indígenas en una posición de

39 Puede revisarse Expediente 00025-2009-PI/TC, fundamento 20.

Tribunal Constitucional del Perú

superioridad frente al resto de la población, sino, que los pueblos indígenas se vean beneficiados efectivamente **con los derechos fundamentales que han sido reivindicados en favor del grueso de la sociedad**. En efecto, 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. Así, la protección otorgada por el convenio se centra en elementos necesarios e indispensables para la conservación y garantía de la existencia de los pueblos indígenas, sin perjuicio de su desarrollo y voluntaria participación en la economía global. Ejemplo de ello será la regulación relativa a las tierras, el reconocimiento y respeto de su identidad y la procura de niveles superiores de educación, salud y calidad de vida.

15. Otro ejemplo será el derecho de consulta previa e informada establecido en el artículo 6 del Convenio N.° 169 de la OIT, 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. En dicha disposición se indica 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 deberá 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" (énfasis agregado).[40]

16. De otro lado, el artículo 15 también hace referencia al derecho de consulta, sin embargo, este artículo establece la consulta para el específico caso de exploración y explotación de recursos naturales ubicados en los territorios de los pueblos indígenas. De esta manera, en el punto 2 de dicho artículo se establece que:

> "En caso de que pertenezcan al Estado la propiedad de los minerales o de los recursos del subsuelo, o tenga derechos sobre otros recursos existentes en las tierras, **<u>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</u>.** Los pueblos interesados deberán participar siempre que sea posible en los beneficios que reporten tales actividades, y percibir una

40 También puede consultarse Expediente 00027-2009-PI/TC, fundamento 8.

Tribunal Constitucional del Perú

indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades" (énfasis agregado).

17. 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. Dentro de ciertos ámbitos este mandato se refuerza con referencias específicas, por ejemplo, en el caso del ya referido artículo 15, pero también con el artículo 22 (tercer párrafo) y el 28, referidos estos últimos a la formación profesional y a temas educativos.

18. Por medio de tales medidas lo que se pretende es una **reivindicación en clave de inclusión** de los pueblos indígenas. Como ya se ha expresado antes, la historia de los pueblos indígenas en nuestro país, y en otras latitudes, ha estado marcada por la exclusión. 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.[41]

6.4 Naturaleza colectiva del derecho a la consulta previa

Tribunal Constitucional. Caso Gonzalo Tuanama Tuanama y más de cinco mil ciudadanos contra el Congreso de la Repúblicas (Ley Nº 29338, Ley de recursos hídricos). Pleno. Expediente 00025-2009-PI/TC. Sentencia publicada en el portal web del Tribunal Constitucional el 17 de marzo de 2011.[42]

22. El derecho a la consulta no es un derecho individual. Es un derecho colectivo que se reconoce a los pueblos especificados en artículo 1.1 del Convenio 169 de la OIT. Su ejercicio propicia y materializa el diálogo intercultural. Este tiene como fundamento el reconocimiento de la identidad de los pueblos indígenas y su propósito es favorecer

> "la integración de lo pluricultural. Así, reconociendo la herencia cultural de los pueblos indígenas, el convenio pretende que estos puedan desarrollarse

41 En sentido similar, puede revisarse Expediente 06316-2008-PA/TC, fundamentos 16 al 21; Expediente 05427-2009-PC/TC, fundamentos 55 al 59 y Expediente 00005-2012-PI/TC, fundamentos 34 al 37.

42 La demanda fue interpuesta en contra de la Ley 29338, Ley de Recursos Hídricos alegándose que fue aprobada sin que previamente se haya llevado a cabo el proceso de consulta respectivo. Argumentaban que el sistema de incentivos de licencias de uso de agua para aquellos operadores que generaran excedentes en el manejo de los recursos hídricos ponía en una situación de desventaja a las comunidades campesinas y nativas, quienes carecían de capacidad para competir con dichas empresas operadoras. El Tribunal Constitucional declaró infundada la demanda.

Tribunal Constitucional del Perú

no solo como miembros de un pueblo indígena sino también como miembros de la nación peruana" (STC 0022-2009-Pl/TC, Fund. Jur. N° 18].[43]

6.5 Sobre la exigibilidad del derecho a la consulta previa

Tribunal Constitucional. Caso Gonzalo Tuanama Tuanama y más de cinco mil ciudadanos contra el Congreso de la Repúblicas (Ley Nº 29338, Ley de recursos hídricos). Pleno. Expediente 00025-2009-PI/TC. Sentencia publicada en el portal web del Tribunal Constitucional el 17 de marzo de 2011.

23. La exigibilidad del derecho a la consulta está vinculada con la entrada en vigencia en nuestro ordenamiento jurídico del Convenio 169 de la OIT. Este Convenio fue aprobado mediante Resolución Legislativa N° 26253, ratificado el 17 de enero de 1994 y comunicado a la OIT a través del depósito de ratificación con fecha 02 de febrero de 1994. Y conforme a lo establecido en el artículo 38. 3 del referido Convenio, éste entró en vigor doce meses después de la fecha en que nuestro país registró la ratificación. Esto es, desde el 02 de febrero de 1995, el Convenio 169 de la OIT es de cumplimiento obligatorio en nuestro ordenamiento.[44]

24. Tal regla no ha sido desconocida por nuestra jurisprudencia. De ella nos servimos para declarar que el trascurso de más de 3 lustros sin que se reglamentase la consulta prevista en el Convenio 169 de la OIT, propiciaba un supuesto de inconstitucionalidad por omisión [STC 5427-2009-PC/TC]. Tampoco fue abandonada ni puesta en entredicho por la RTC 6316-2008-PA/TC. No podría haberlo hecho, pues como se dejó entrever en la STC 0022-2009-PJ/TC, el *dies aquo* de las obligaciones internacionales contraídas tras la ratificación de un tratado internacional, como el Convenio 169, esencialmente se determinan a partir de las reglas de Derecho Internacional Público, y no mediante decisiones de los tribunales internos. Aquella, pues, sólo se limitó a establecer que desde que se expidió la STC 022-2009-PI/TC existen criterios para resolver casos que involucren al derecho a la consulta. Y ello pese a la omisión legislativa que la acompaña.

25. El derecho a la consulta mediante procedimientos apropiados, a través de las instituciones representativas de los pueblos indígenas, es constitucionalmente obligatorio cada vez que el Estado preve medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente [STC 0023-2009-PI/TC, Fund. Jur. 64].

    En abstracto es imposible reducir a una fórmula clara y precisa cuándo una medida "afecta" directamente los derechos colectivos de los pueblos indígenas. Aún así, no es difícil entender que en ella se encuentran comprendidas 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.

26. Tratándose de medidas legislativas, en la STC 0022-2009-PI/TC el Tribunal llamó la atención sobre la necesidad de distinguir cuando menos 3 modos

43 En igual sentido, véase Expediente 00024-2009-PI/TC, fundamento 6.

44 Puede consultarse Expediente 00024-2009-PI/TC, fundamento 7.

Tribunal Constitucional del Perú

que éstas pueden revestir: (a) medidas dirigidas a regular aspectos que conciernen en forma exclusiva a los pueblos indígenas; (b) normas de alcance general que podrían implicar una afectación "indirecta" a los pueblos indígenas; y, (e) medidas específicas relacionadas con pueblos indígenas dentro de normas de alcance general [Fund. Jur. N° 21].

6.6 Contenido constitucionalmente protegido del derecho a la consulta previa

Tribunal Constitucional. Caso Gonzalo Tuanama Tuanama y más de cinco mil ciudadanos contra el Poder Ejecutivo (Decreto Legislativo Nº 1089, que establece el régimen temporal extraordinario de formalización y titulación de predios rurales). Pleno. Expediente 00022-2009-PI/TC. Sentencia publicada en el portal web del Tribunal Constitucional el 17 de junio de 2010.

37. 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.

38. En lo que al primer supuesto importa, resulta evidente que si se cumple la condición establecida en el convenio, esto es, si se prevé que una medida legislativa o administrativa será susceptible de afectar directamente a algún pueblo indígena y no se realiza la consulta, es manifiesto que el derecho de consulta sería pasible de ser afectado.

39. En lo que respecta al segundo supuesto indicado, debe comprenderse que si la consulta se lleva a cabo sin que se cumpla con las características esenciales establecidas es evidente que se estaría vulnerando el derecho de consulta. Por ejemplo, la realización de la consulta sin que la información relevante haya sido entregada al pueblo indígena o que no se le haya dado un tiempo razonable para poder ponderar los efectos de la medida materia de la consulta. De generarse estas situaciones procedería su cuestionamiento ante las entidades respectivas.

40. El tercer supuesto implica proteger a las partes de la consulta, tutelando los acuerdos arribados en el proceso. La consulta realizada a los pueblos indígenas tiene como finalidad llegar a un acuerdo, ello no implica otorgar un derecho de veto a los pueblos indígenas. En tal sentido, si es que una vez alcanzado el acuerdo, posteriormente este es desvirtuado, los afectados podrán interponer los recursos pertinentes a fin de que se cumpla con los acuerdos producto de la consulta. Y es que en tales casos, el principio de buena fe se habrá visto afectado. Así, si bien los pueblos indígenas no pueden vetar la ejecución de la medidas consultadas, los consensos arribados en la negociación deben ser respetados de lo contrario, se estaría desvirtuando la esencia misma del proceso de consulta.[45]

45 Puede consultarse Expediente 00024-2009-PI/TC, fundamento 5; Expediente 00025-2009-PI/TC, fundamento 21 y Expediente 01717-2014-PC/TC, fundamento 27.

Tribunal Constitucional del Perú

6.7 Elementos y características del derecho a la consulta previa

Tribunal Constitucional. Caso Gonzalo Tuanama Tuanama y más de cinco mil ciudadanos contra el Poder Ejecutivo (Decreto Legislativo Nº 1089, que establece el régimen temporal extraordinario de formalización y titulación de predios rurales). Pleno. Expediente 00022-2009-PI/TC. Sentencia publicada en el portal web del Tribunal Constitucional el 17 de junio de 2010.

26. Las características esenciales del derecho de consulta revisten particular interés ya que de no tomarse en cuenta estas, las medidas consultadas, podrían ser materia de cuestionamientos. Así, de la propia normativa del convenio se extraen las principales características de este derecho, a saber: a) la buena fe, b) la flexibilidad, c) objetivo de alcanzar un acuerdo, d) transparencia; y, e) implementación previa del proceso de consulta. Estas características son también principios orientadores, así, en caso de presentarse vacíos en la legislación se tendrá que proceder en virtud de estos principios con el objetivo de maximizarlos. De igual forma, si estos elementos se encuentran ausentes, la afectación del derecho de consulta se tendrá que comprender como una de tipo arbitraria y por lo tanto inconstitucional.

a) Buena fe

27. Este Tribunal Constitucional estima que el principio de **buena fe** conforma el núcleo esencial del derecho a la consulta. El principio de buena fe, debe ser comprendido como aquel que busca evitar actitudes o conductas que pretendan la evasión de lo acordado, interferir u omitir cooperar con el desarrollo de la otra parte o la falta de diligencia en el cumplimiento de lo acordado. Con el se permite excluir una serie de prácticas, sutiles, implícitas o expresas, que pretendan vaciar de contenido el derecho de consulta. Tales prácticas están vedadas tanto para el Estado como para los pueblos indígenas o cualquier otro particular que intervenga en el proceso de consulta. Este principio debe verse concretado en las tres etapas elementales en que puede estructurarse el proceso de consulta, a saber: *1) determinación de la afectación directa, 2) la consulta en sentido estricto, y 3) la implementación de la medida*. El respeto del principio de buena fe debe ser materializado a lo largo de estas tres etapas.

28. Por ejemplo, en la primera, cuando el funcionario prevea que la medida legislativa o administrativa es susceptible de afectar directamente a los pueblos indígenas, debe comunicársele a las entidades representativas de los pueblos indígenas. No debe tratar de impedirse o imponerse trabas que impida que dicha información sea conocida o que se concrete la consulta. El principio de transparencia obtiene un nuevo contenido en este escenario. En todo caso, frente a este tipo de contextos, los pueblos indígenas podrían utilizar las garantías judiciales pertinentes a fin de subsanar esta situación. En la segunda etapa indicada se comprende que las partes, y sobre todo el Estado, deben estar comprometidos en encontrar un consenso. Sería bastante fútil generar un espacio de discusión y diálogo intercultural, cuando lo que en el fondo se pretende es simplemente la mera apariencia de cumplimiento de la norma, sin que se recaiga en lo sustancial de la misma. Como lo explicita el artículo 6 del Convenio **la finalidad del diálogo será llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento de las medidas propuestas.** Para ello se tendrán que tomar en cuenta las costumbres de cada

Tribunal Constitucional del Perú

pueblo indígena, evaluando la mejor metodología aplicable para cada caso en concreto. También debe tomarse en cuenta cuestiones relativas al clima y la accesibilidad de los miembros de los pueblos indígenas al lugar en donde se va a llevar a cabo la consulta. No debe optarse por lugares que sean de difícil acceso o que en determinada época del año sea de difícil acceso.

De otro lado, no se condice con el principio de buena fe que las entidades representativas de los pueblos indígenas se nieguen a llevar a cabo la consulta. Esta iniciativa de cerrar las puertas al diálogo y rechazar toda posibilidad de consenso no se condice con los principios del Convenio N.° 169. No obstante, las soluciones que pretendan superar esta situación tendrán que basarse en el principio de buena fe. Y es que el desafío al diálogo no debe ser refutado con respuestas sustentadas en similar criterio, sino con la legitimidad de quien cumple los principios del Estado Constitucional. En todo caso, debe tenerse en mente que cierta desconfianza puede ser comprensible debido a la situación de olvido en la que estuvieron los pueblos indígenas en el Perú, siendo marginados del desarrollo. Sin embargo, el que sea comprensible no implica que se justifique una posición como la descrita. Este tipo de situaciones por el contrario constituyen oportunidades para que el Estado se legitime y ejerza su potestad con pleno respeto por los derechos fundamentales de los pueblos indígenas.

29. Acerca de la última etapa, de nada servirá arribar a los consensos si es que luego, en la ejecución de lo consultado, se pretende hacer caso omiso a los compromisos asumidos. El respeto del principio de buena fe, exige que no se desconozca el espíritu del compromiso. El reto es mejorar la calidad de representación de los pueblos indígenas incorporándolos como grupos pluralistas en la dinámica participativa de la democracia.

30. Asimismo, es importante subrayar que los pueblos indígenas deben contar con un plazo adecuado y razonable a fin de que puedan reflexionar acerca de la situación ante la cual se encuentran. Se garantiza así el desarrollo del proceso de diálogo. Esos plazos pueden variar dependiendo de la medida que se esté consultando. Frente a este tipo de situaciones el principio de flexibilidad tendrá que activarse a fin de adaptar la consulta a cada situación.

b) Flexibilidad

31. Debido a la diversidad de pueblos indígenas existentes y la diversidad de sus costumbres, inclusive entre unos y otros, es importante que en el proceso de consulta estas diferencias sean tomadas en cuenta. De igual forma, y como ya se ha indicado, 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. Es por ello que en el artículo 6 del Convenio se establece que las consultas deben ser llevadas a cabo de una "manera apropiada a las circunstancias".

32. De igual forma, 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. En tal sentido, ello tendrá que ser tomado en cuenta al momento de analizar la realización del derecho

Tribunal Constitucional del Perú

de consulta y los consensos a los que se arriben. Así, mientras mayor intensidad de intervención se prevea, mayor escrutinio tendrá que existir al momento de revisar el proceso de consulta. Ello debido a que se está frente a una intervención que en principio será importante y de un mayor nivel de afectación. En tal sentido, importa mayor participación por parte de los pueblos indígenas directamente afectados.

c) Objetivo de alcanzar un acuerdo

33. Debe entenderse que lo que se pretende con el proceso de consulta es que se lleve a cabo un **verdadero diálogo intercultural**. La intención es que dentro de la pluralidad de sujetos de diversas culturas se pueda entablar un diálogo, tomando en cuenta las costumbres de cada pueblo indígena y evaluando la mejor metodología aplicable para cada caso en concreto. Con la finalidad no solo de obtener acuerdos que signifiquen garantizar los legítimos intereses de los pueblos indígenas como la preservación de la calidad ambiental de su territorio, de sus diversas actividades económicas y culturales, en su caso de la justa compensación e incluso, la completa adecuación a nuevos modos de vida; sino en especial al concepto de coparticipación en el disfrute de la riqueza obtenida por la industria ubicada dentro del territorio de determinados pueblos indígenas, los que deberán resultar notoriamente beneficiados.

34. Puesto que el Convenio N.° 169 ha sido suscrito y ratificado por el Estado peruano, es evidente que le impone obligaciones. En este caso la obligación de llevar a cabo la consulta. Es por ello que el **Estado peruano es el responsable que se lleve a cabo la consulta**. Ello desde luego no diluye 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. Ello pone a prueba la transparencia con la que opera el Estado al momento de establecer medidas, en este caso, relativas a los pueblos indígenas.

d) Transparencia

35. El principio de transparencia también es inherente al proceso de consulta. Si bien se ha visto manifestación de éste cuando se hizo referencia al principio de buena fe, aquel tiene una relevancia que permite enfatizar su autonomía. Ya se adelantó que en cuanto se establezca que determinadas medidas pueden afectar directamente a los pueblos indígenas, estas deben ser puestas en conocimiento de dichos pueblos. También es importante que se establezca cuales van a ser las consecuencias de tales medidas, sean estas positivas o negativas. Es importante también que se conozcan cuales van a ser las metodologías de la consulta, así como las normas pertinentes que sustenten la medida. El principio de transparencia también implica que la documentación relevante tendría que ser traducida a fin de que la comprensión de los mismos pueda garantizarse como plenitud. También se tendrán que tomar en cuenta las costumbres de cada pueblo indígena, evaluando la mejor metodología aplicable para cada caso en concreto.

e) Implementación previa del proceso de consulta

36. Otro punto característico es que la consulta se lleve a cabo **en forma previa** a la toma de la decisión. Y es que la idea esencial de la inclusión de los

Tribunal Constitucional del Perú

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. Además generaría que la consulta se lleve a cabo sobre los hechos consumados, pudiendo relevarse con esto una ausencia de buena fe. En todo caso, las condiciones de los hechos pueden determinar ciertas excepciones, aunque estas siempre serán revisadas bajo un examen estricto de constitucionalidad debido a la sospecha que tales situaciones generan.[46]

6.8 El derecho a la consulta previa no implica el veto a las medidas

Tribunal Constitucional. Caso Gonzalo Tuanama Tuanama y más de cinco mil ciudadanos contra el Poder Ejecutivo (Decreto Legislativo Nº 1089, que establece el régimen temporal extraordinario de formalización y titulación de predios rurales). Pleno. Expediente 00022-2009-PI/TC. Sentencia publicada en el portal web del Tribunal Constitucional el 17 de junio de 2010.

24. 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. Lo que pretende la norma es institucionalizar el dialogo intercultural.

25. En suma, es obligatorio y vinculante llevar a cabo el proceso de consulta, asimismo, el consenso al que arriben las partes será vinculante, sin embargo, ello no implicará que el pueblo indígena pueda evitar la aplicación de las normas sometidas a consulta por el hecho de no estar de acuerdo con el acto administrativo o legislativo. Y es que si bien es legítimamente exigible la tutela de los pueblos indígenas, también es cierto que esta realización debe concretizarse 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.

46 Puede consultarse también Expediente 01717-2014-PC/TC, fundamento 26 y Expediente 05427-2009-PC/TC, fundamento 60.

Tribunal Constitucional del Perú

6.9 El derecho a la consulta previa como derecho exclusivo de los pueblos indígenas

Tribunal Constitucional. Caso Junta de usuarios del distrito de Riego Chancay y Lambayeque contra la Autoridad Local del Agua Chancay – Lambayeque y la Autoridad Nacional del Agua. Pleno. Expediente 00933-2012-PA/TC. Sentencia publicada en el portal web del Tribunal Constitucional el 3 de junio de 2013.[47]

11. Este Tribunal concuera con las instancias judiciales precedentes, por cuanto tal como lo señala el Convenio 169 y la Ley del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas y Originarios, reconocido en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (Ley N.º 29785), el derecho de consulta sólo puede ser invocado por los pueblos indígenas. Como se aprecia de autos, en momento alguno la Junta de Usuarios del Distrito de Riego Chancay Lambayeque ha proclamado pertenecer a un pueblo indígena. Por consiguiente, tal pretensión debe ser rechazada.

6.10 Criterios a seguir para el desarrollo de la consulta previa

Tribunal Constitucional. Caso Jaime Hans Bustamante Johnson contra Occidental Petrolera del Perú, LLC Sucursal del Perú; Repsol Exploración Perú y Petrobras Energía Perú S.A. Pleno. Expediente 03343-2007-PA/TC. Sentencia publicada en el portal web del Tribunal Constitucional el 20 de febrero de 2009.

35. En virtud a ello, 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, las áreas de explotación, informes sobre impacto ambiental, además de las posibles empresas que podrían efectuar la explotación del recurso. 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 inició 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.

36. Estos criterios han sido también recogidos por la Corte Interamericana en el caso *Pueblo de Saramaka vs. Surinam.* En dicha sentencia, Además se 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. De otro lado, también se explicitó que, no obstante ello, es claro que los derechos no son absolutos, pudiendo quedar

47 La demanda de amparo fue promivida en contra de la Autoridad Local del Agua Chancay – Lambayeque y de la Autoridad Nacional del Agua (ANA) solicitando que se deje sin efecto la resolución administrativa mediante la cual se otorgó a la Minera La Zanja S.R.L. licencia de uso de agua superficial con fines mineros. Se alegaba la vulneración de los derechos al medio ambiente equilibrado y adecuado, a la consulta previa y al debido proceso. El Tribunal Constitucional desestimó el amparo por considerar, básicamente, que de acuerdo al Convenio 169 de la OIT el derecho de consulta solo puede ser invocado por los pueblos indígenas,

Tribunal Constitucional del Perú

subordinado el uso y goce de los bienes a los intereses de la sociedad. Frente a ello, la Corte Interamericana de Derechos Humanos consideró que:

> "[...] 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,* fund. 134).

Esta participación y consulta de los pueblos indígenas legitima la acción gubernamental y particular, facilitando la actuación de los sujetos involucrados en la explotación de los recursos naturales.

6.11 Etapas del proceso de consulta previa

Tribunal Constitucional. Caso Gonzalo Tuanama Tuanama y más de cinco mil ciudadanos contra el Poder Ejecutivo (Decreto Legislativo Nº 1089, que establece el régimen temporal extraordinario de formalización y titulación de predios rurales). Pleno. Expediente 00022-2009-PI/TC. Sentencia publicada en el portal web del Tribunal Constitucional el 17 de junio de 2010.

41. Si bien el Convenio N.° 169 está vigente en nuestro país desde 1995, su aplicación no ha sido asumida por el Estado de manera regular. De otro lado, no se han presentado ante esta instancia litigios en los que se discuta este derecho. En tal sentido, y en virtud de la finalidad propedéutica que tiene la jurisprudencia de este Tribunal, resulta relevante que se den algunas pautas a fin de que se configure claramente el proceso de consulta:

    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 entonces, concluye la etapa de negociación.

    v) De lo contrario, si es que el pueblo indígena rechaza la medida propuesta precluye una primera etapa de negociación. Con ello se pretende hacer visible los puntos sobre los cuales existe disconformidad. Este Colegiado estima pertinente que en este punto de la etapa la medida no podrá ser implementada. Para poder lograr ello, se tendrá que iniciar una segunda etapa de negociación dentro de un plazo razonable. Si es que a pesar de los esfuerzos realizados por las partes, no se alcanza consenso alguno, solo entonces el Estado podrá implementar con la medida, atendiendo en lo posible a la peticiones del pueblo indígena.

Tribunal Constitucional del Perú

6.12 Medidas legislativas que pueden afectar directamente a los pueblos indígenas y cuyo contenido exige la realización de una consulta previa

Tribunal Constitucional. Caso Gonzalo Tuanama Tuanama y más de cinco mil ciudadanos contra el Poder Ejecutivo (Decreto Legislativo Nº 1089, que establece el régimen temporal extraordinario de formalización y titulación de predios rurales). Pleno. Expediente 00022-2009-PI/TC. Sentencia publicada en el portal web del Tribunal Constitucional el 17 de junio de 2010.

19. El artículo 6 del Convenio obliga a que se proceda a la consulta de los pueblos indígenas cuando, al *aplicar las disposiciones* del convenio, se prevean medidas legislativas y administrativas *susceptibles de afectarles directamente*. Y si bien en el caso de las resoluciones administrativas la tarea de identificar la medida administrativa que puede afectar directamente a un pueblo indígena no resulta tan compleja –debido a la característica de particularidad que por lo general tienen los actos administrativos–, frente a medidas legislativas la tarea resulta sumamente complicada. Puede resultar bastante sencillo determinar que una norma como la Ley de la Inversión Privada en el Desarrollo de las Actividades Económicas en las Tierras del Territorio Nacional y de las Comunidades Campesinas y Nativas (Ley N.° 26505), es susceptible de afectar directamente a los pueblos indígenas, ya que implica cambios relevantes y directos en la situación jurídica de éstos. Sin embargo, existen otro tipo de normas cuyo análisis no resulta tan sencillo.

20. En efecto, una ley de alcance general que pretende regular la conducta de todos los ciudadanos peruanos, y no particularmente la conducta de los miembros de los pueblos indígenas no implicaría una afectación directa a estos. Si bien, podría generar una modificación en la situación jurídica de los pueblos indígenas esto sería como consecuencia o efecto indirecto de la norma. Por ejemplo, la emisión de un Código Civil o un Código Procesal Penal si bien puede llegar a afectar a los pueblos indígenas, en principio, debe considerarse que se trata de normas que solo provocarían una afectación indirecta, por consiguiente, estarían eximidas del proceso de consulta a los pueblos indígenas.

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

22. En el caso de autos se está cuestionando un decreto legislativo que en principio contiene normas de alcance general, esto es, que no es posible identificar a las personas naturales o jurídicas específicas que deben obedecerlas, o aquellas en cuyo beneficio han sido dictadas. Esta norma genera una obligación jurídica para la generalidad de la sociedad y el Estado sobre

Tribunal Constitucional del Perú

temas que a su vez son de alcance general. En tal sentido, luego del análisis respectivo tendrá que determinarse si es que en ellas existe normativa que afecta directamente a los pueblos indígenas.

23. Respecto al artículo 15 del Convenio, es de precisar que tal supuesto se centra específicamente en el caso en que los intereses de los pueblos indígenas puedan perjudicarse en virtud de la exploración o explotación de recursos naturales existentes en sus tierras. Dicho mandato esta directamente relacionado a la explotación de recursos naturales ubicados dentro del territorio indígena. Cuando ello ocurra se tendrá que proceder a consultar a las comunidades nativas que puedan perjudicarse con tales actividades. Debe comprenderse que no solo serán consultados aquellos pueblos indígenas en cuyo territorio se llevarán a cabo las actividades, sino por ejemplo, también los pueblos indígenas inmediatamente adyacentes a dicho lugar y que sean susceptibles de ser afectados.[48]

7. Derechos constitucionales de naturaleza procesal

7.1 Legitimación activa de las Comunidades Campesinas y Nativas en el proceso constitucional de amparo

Tribunal Constitucional. Caso Comunidad Nativa Sawawo Hito 40 contra el Director del semanario El Patriota. Sala 1. Expediente 04611-2007-PA/TC. Sentencia publicada en el portal web del Tribunal Constitucional el 15 de abril de 2010.[49]

22. Este Colegiado considera que debe realizarse un análisis de la figura de la legitimidad con especial referencia a las comunidades nativas. Para realizar tal examen se debe tomar en cuenta que los fines del proceso constitucional son garantizar la primacía de la Constitución y la vigencia de los derechos fundamentales [artículo II del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional]. La Constitución reconoce a las comunidades campesinas y nativas existencia legal y personería jurídica sin someter su existencia a inscripción o formalidad alguna [artículo 89º de la Constitución].

23. Dentro del Estado social y democrático de derecho, las personas jurídicas en general son titulares de derechos fundamentales en la medida que su naturaleza permita su ejercicio [STC N.º 2939-2004-PA/TC, STC N.º

48 En el mismo sentido, puede verse Expediente 00023-2009-PI/TC, fundamento 6 y Expediente 01717-2014-PC/TC, fundamentos 28 al 31.

49 La comunidad demandante alegaba que el director del semanario *El Patriota* había vulnerado sus derechos fundamentales al nombre, al honor, a la imagen, al trabajo y a contratar. Alegaba que el día 26 de enero de 2007, en el indicado semanario se le hizo mención atribuyéndole actuar como cómplice de la empresa Forestal Venao S.R.L. en determinados delitos. Contrastados los actuados y corroborada la afectación invocada, el Tribunal Constitucional estimó la demana en el extremo relativo a la violación del derecho fundamental al honor de la comunidad nativa accionante y de cada uno de sus miembros; y, en consecuencia, obligó al semanario *El Patriota*, además de su director, don Roy Maynas Villacrez, a: (i) enviar una carta notarial de desagravio a la comunidad nativa, o en caso corresponda, mediante el Juez de Paz, en el plazo máximo de tres días útiles a partir de la notificación de la sentencia; (ii) publicar la mencionada carta en el diario de mayor circulación en la región en el plazo máximo de siete días útiles a partir de la notificación de la sentencia; y, (iii) publicar un suplemento especial en el mismo semanario o en cualquier otro, de mínimo cuatro páginas, que reproduzca por completo el tenor de la sentencia, bajo el título Reparación a la comunidad nativa Sawawo Hito 40 por parte del semanario *El Patriota* en cumplimiento de la sentencia recaída en el Expediente N.º 4611-2007-PA/TC, en el plazo máximo de treinta días útiles a partir de la notificación de la sentencia.

Tribunal Constitucional del Perú

3045-2004-PA/TC y STC N.º 4972-2006-PA/TC], naturaleza tanto del derecho como de la persona jurídica. La referencia preferente de titularidad, según la propia Constitución recae en las personas naturales a través de vinculación subjetiva de forma individual, pero sin necesidad de entrar a definir el concepto de persona jurídica, lo cual corresponde al ordenamiento infraconstitucional. Es posible constatar que su presencia, en la casi totalidad de oportunidades, responde al ejercicio de un derecho atribuible a toda persona natural. Es una forma de participación asociada [artículo 2º, inciso 17) de la Constitución] que requiere de instrumentos válidos de realización a través de una multiplicidad de derechos para cumplir con dicha finalidad. Incluso, es válido afirmar que la dignidad [artículo 1º de la Constitución] no sólo posee una dimensión individual, sino también una social.

24. El Tribunal entiende que, en la medida en que las organizaciones conformadas por personas naturales se constituyen con el objeto de que se realicen y defienden sus intereses, esto es, actúen en representación y sustitución de las personas naturales, muchos derechos de estas últimas se extienden a las personas jurídicas, como es el caso del honor [tal como ha sido señalado en los fundamentos 6 y 7 de la STC N.º 0905-2001-AA/TC]. En este sentido, cabe diferenciar entre personas jurídicas de substrato propiamente personalista, representado por una colectividad de individuos (*universitates personarum*), y personas jurídicas caracterizadas por la prevalencia del substrato patrimonial (*universitates bonorum*).

25. En consecuencia, la Norma Fundamental, en forma excepcional y privilegiada, ha otorgado a dichas comunidades personería jurídica *erga omnes* en forma directa, sin la necesidad de realizar la inscripción previa en algún registro para afirmar su existencia, al representar una forma de *universitates personarum.* El acto administrativo de inscripción es entonces, a diferencia de lo que ocurre con las personas jurídicas de derecho privado, declarativo y no constitutivo.

26. Una inscripción en el registro sería útil para acreditar la existencia de la personería. La falta de inscripción registral no puede desvirtuar su personería jurídica, pero sí es relevante como prueba a efectos de ejercer su capacidad procesal. Pero si la comunidad está inscrita, está obligada a presentar su registro. En caso de estarlo, bastaría con mostrar medios probatorios que fehacientemente prueben su existencia fáctica. No es posible que se pueda colocar a la comunidad en una situación de indefensión tal que, por temas netamente formales (incumplimiento de acto administrativo declarativo), terminen desconfigurando lo señalado en la Constitución [artículo 89º], en concordancia válidamente aceptada [IV Disposición Final y Transitoria de la Constitución y artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional] con el Convenio N.º 169, sobre Pueblos Indígenas y Tribales [artículo 1º, inciso 2)].

[…]

29. Sin perjuicio de lo indicado, cabe señalar, respecto a la legitimidad activa para interponer la demanda de amparo, que si bien la Constitución omite referirse a ella, el Código Procesal Constitucional sí lo hace estableciendo que el afectado ostenta tal legitimidad [artículo 39º del Código Procesal Constitucional]. Por tanto, la publicación en el semanario El Patriota podría

Tribunal Constitucional del Perú

generar en el resto de la comunidad sentimientos hostiles o adversos respecto a la demandante y a sus miembros, por ser parte del grupo social *(universitates personarum).* Es más, se estaría afectando el honor al que tienen derecho todos los ciudadanos con independencia de su nacimiento, raza o circunstancia personal o social. Es así como corresponde reconocer, en el presente caso, la legitimidad activa a cualquiera de sus miembros en tanto se vean afectados.

30. En casos como el planteado, incluso también podría argüirse la posibilidad de reconocimiento de titularidad colectiva, figura similar a la de la *class action* [concepto utilizado en jurisprudencia comparada: STC español 214/1991, de 11 de noviembre]. En la demanda incluso se pueden encontrar visos de este tipo de titularidad, puesto que, concerniente a la vulneración del derecho al honor de la comunidad, se alega que *"Este derecho se ve vulnerado en cada uno de los miembros de nuestra comunidad, puesto que cada uno de nosotros somos parte integrante de la personería jurídica de la que gozamos por mandato constitucional, por lo que no podemos permitir que se mancille nuestro honor con publicaciones de esta naturaleza"* [punto 2.1 de la demanda, a fojas 27]. Entonces, si bien no ha sido planteado de esta forma, también hubiera sido válido que cualquiera de los integrantes de la accionante hubiere interpuesto la presente demanda.

7.2 *Actio populis* para tutelar los derechos fundamentales de las comunidades no contactadas o en aislamiento voluntario

Tribunal Constitucional. Caso Asociación Interétnica de Desarrollo de la Selva Peruana (AIDESEP) contra Ministerio de Energía y Minas, Perupetro S.A., Barret Resource Peru Corporation y Repsol YPF. Pleno. Expediente 06316-2008-PA/TC. Sentencia publicada en el portal web del Tribunal Constitucional el 30 de junio de 2010.[50]

4. Con relación a los derechos de las comunidades en aislamiento voluntario, el artículo 8º de la Ley N.º 28736 establece que: "Los pueblos indígenas en situación de aislamiento y en situación de contacto inicial se benefician de todos los derechos que la Constitución y la ley establecen a favor de las Comunidades Nativas". Ello, desde luego, comprende la adecuada protección jurisdiccional de sus derechos, de modo que para efectos de su efectiva defensa, puede presentar acciones de garantía cualquier persona, natural o jurídica, por lo que no cabe cuestionar la legitimidad procesal en este tipo de

50 AIDESEP interpuso la demanda de amparo solicitando que el Ministerio de Energía y Minas prohíba u ordene la suspensión de las operaciones de exploración y/o extracción de hidrocarburos en el territorio denominado "Propuesta de Reserva Territorial Napo Tigre"; que se ordene a Perupetro S.A. que efectúe la modificación de los contratos de licencia; y, que las empresas Barret Resource Peru Corporation y Repsol YPF se abastengan de operar en la zona aludida, así como de hacer contacto con los pueblos indígenas waorani (tagaeri-taromenane), pananujuri (arabela) y aushiris o abijiras que se encuentran en aislamiento voluntario. Alegaba que a través de los contratos de licencia de exploración y explotación de los Lotes 39 y 67 celebrados con las mencionadas empresas y aprobados mediante el DS. 028-1999, de fecha 7 de julio de 1999 y el DS. 038-1995, de fecha 10 de diciembre de 1995, se vulneraba los derechos a la vida, a la salud, al bienestar, a la integridad cultural, a la identidad étnica, a un ambiente equilibrado, a la propiedad y a la posesión ancestral, así como el derecho al territorio de los pueblos indígenas referidos. Dado que no se acreditó la existencia de la comunidad en aislamiento voluntario o no contactada, el Tribunal Constitucional declaró improcedente el amparo, sin perjuicio de reconocer el derecho inalienable de los pueblos indígenas y tribales a ser consultados conforme al Convenio 169 de la OIT.

Tribunal Constitucional del Perú

demandas, al margen de la vía procesal. En tal sentido, debe concluirse en este punto que frente a reclamos actuales o futuros, cualquier persona natural o jurídica puede presentar un pedido o demanda ante las autoridades con relación a los derechos de las comunidades en aislamiento o poblaciones en situación de vulnerabilidad como es el caso de las comunidacdes nativas a que se refiere la Ley N.º 28736.

7.3 Derecho de las personas analfabetas a ser asistidas por un abogado y a recibir una debida defensa acorde a su condición

Tribunal Constitucional. Caso Carmen María Villanueva Polinar contra el Juzgado Penal Colegiado de la Corte Superior de Justicia de Tumbes y la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Tumbes. Pleno. Expediente 07731-2013-PHC/TC. Sentencia publicada en el portal web del Tribunal Constitucional el 6 de enero de 2017.[51]

13. […] en el marco de las relaciones procesales, es decir, tratándose de controversias judiciales, el Estado tiene la obligación de procurar a las personas analfabetas una protección especialmente garantista, ello, por cuanto, al estar desnaturalizada su capacidad de comprensión por no contar con las herramientas cognitivas necesarias, tal condición especial las coloca en una situación de desventaja frente a la otra parte. Con dicha protección, el Estado no solo justifica su inacción social en materia educativa, sino que habilita la posibilidad de que las personas analfabetas asistan a un proceso en mejores condiciones y puedan exigir de manera efectiva el respeto de sus derechos.

14. En tal sentido, a partir del contenido del derecho al debido proceso y del deber constitucional de garantizar la defensa de las personas en juicio, más aún, cuando se trata de personas analfabetas, este Tribunal entiende que entre dicho derecho y tal deber existe una relación que bien puede ser expresada en el derecho de las personas analfabetas a no dejar de ser asistidas por un abogado y, por tanto, a recibir una debida defensa acorde a su condición en los procesos judiciales. Es decir, se puede considerar, sin necesidad de apelar a la cláusula de los derechos *no enumerados* o *derechos no escritos* recogida en el artículo 3 de la Constitución que está reservada solo para aquellas especiales y novísimas situaciones que supongan la necesidad del reconocimiento de un derecho que requiera de una protección al más alto nivel y que, en modo alguno, pueda considerarse que está incluido en el contenido de algún derecho constitucional ya reconocido en forma explícita (Cfr. STC N.º 0895-2001-AA, F.J. 5); que el derecho de defensa supone la existencia del derecho que tienen las personas analfabetas a no dejar de ser asistidas por un abogado y, por tanto, a recibir una debida defensa acorde a su condición en los procesos judiciales.

51 La demandante era una mujer quechuahablante e iletrada que entendía mínimamente el idioma castellano, sin embargo, no fue asistida por un intérprete durante el proceso penal condenatorio seguido en su contra. Alegaba que no se le asignó un intérprete al rendir su declaración en las diligencias preliminares y que esta fue introducida como prueba al juicio oral. Analizados los hechos, para el Tribunal Constitucional se había producido la vulneración de los derechos de defensa y a usar el propio idioma ante cualquier autoridad mediante un intérprete de la demandante, por ello, al declarar fundado el habeas corpus ordenó el inicio de un nuevo juzgamiento penal, pero sin que ello suponga la puesta en libertad de la recurrente.

Tribunal Constitucional del Perú

15. En tal sentido, corresponderá al Tribunal Constitucional determinar el contenido esencial de dicho derecho, es decir, ese núcleo mínimo que resulta indisponible y, por consiguiente, proyectado como vinculante, directamente, desde el artículo 139 incisos 14 y 16 de la Constitución. Por tanto, a criterio del Tribunal, *prima facie* y sin perjuicio de ulteriores precisiones jurisprudenciales que pueda ser de recibo realizar, pertenece al contenido esencial del derecho fundamental a ser asistida por un abogado y a recibir una debida defensa acorde a su condición, el derecho de toda persona analfabeta a:

    a) Recibir la asistencia técnica de un abogado libremente elegido o uno de oficio; y, en este último supuesto, a que el Estado no renuncie en ninguna circunstancia a su deber constitucional de otorgar defensa.

    b) Que la autoridad judicial promueva las medidas necesarias a fin de que pueda conocer la naturaleza, el objeto y alcances del proceso seguido en su contra.

    c) Que la autoridad judicial le garantice el conocimiento de las principales decisiones emitidas en el proceso, no siendo suficiente el acto de notificación para dicho efecto.

§. Análisis del caso

16. Como ya se ha señalado en el fundamento 2 *supra*, la controversia en el presente caso está vinculada con el desarrollo del proceso penal seguido a la favorecida y las garantías otorgadas a su defensa, tomando en cuenta su condición de quechuahablante y analfabeta.

17. De los documentos que obran en autos, este Tribunal advierte que: **i)** a pesar de que la favorecida declaró ser quechuahablante y que entiende mínimamente el español (f. 4), versión que también ratificó su abogado (f. 13), el Juzgado que sentenció no le asignó un intérprete tal como su condición lo exigía; **ii)** en el voto singular emitido en la sentencia condenatoria por el juez Burneo Carrasco (f. 18), este señaló que en la investigación penal se había incurrido en varias irregularidades atribuidas al Ministerio Público y a la Policía, y advirtió también de la ausencia del abogado defensor en la mayor parte de las actuaciones; y, **iii)** a fojas 78 obra el acta de lectura de sentencia expedida por la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Tumbes donde se dejó constancia de la ausencia del abogado defensor a la audiencia.

18. Adicionalmente el Tribunal verifica que la negativa de la recurrente a rendir declaraciones (f. 4), no solo se debió a su limitación para comunicarse en el idioma castellano, sino también a su falta de comprensión de lo que estaba ocurriendo en el proceso penal por ser una persona analfabeta.

19. Al respecto el Tribunal observa que las autoridades jurisdiccionales no otorgaron una debida tutela en la medida que no ofrecieron las garantías necesarias, a fin de que el derecho de defensa de la recurrente en su calidad de analfabeta y quechuahablante se encuentre plenamente protegido. En opinión del Tribunal, la autoridad judicial debió asignar un intérprete a la favorecida para que pueda comunicarse correctamente y sin limitaciones con el objeto de que pueda ser oída en el proceso; asimismo, debió exhortar al abogado para que no deje de asistir a ninguna de las audiencias y le

Tribunal Constitucional del Perú

comunique a la favorecida todo lo ocurrido en cada una de las etapas del proceso, dejando expresa constancia de ello.

20. Por lo expuesto, este Tribunal declara que en el presente caso se ha vulnerado el derecho de defensa de la favorecida Carmen María Villanueva Polinar.[52]

7.4 Derecho al debido proceso

Tribunal Constitucional. Caso Carmen Zelada Requelme y otros contra el Presidente y la Junta Directiva de la Comunidad Campesina de Montevideo, el alcalde de la Municipalidad Distrital de Montevideo, el Juez de Paz del distrito de Montevideo, y el presidente y los integrantes del Comité de la Ronda Campesina de Montevideo. Pleno. Expediente 02765-2014-PA/TC. Sentencia publicada en el portal web del Tribunal Constitucional el 11 de setiembre de 2017.

61. Como ya se ha precisado, el objetivo del presente amparo radica en cuestionar la decisión de la Asamblea de la Comunidad Campesina de Montevideo, de fecha 21 de mayo de 2011, consistente en "destituir" (es decir, "expulsar") a los demandantes del distrito de Montevideo, revertir sus terrenos a la comunidad, y despojarlos de sus derechos como comuneros.

62. La Comunidad Campesina de Montevideo, reconocida como tal el 15 de abril de 1937, y con inscripción registral en la partida electrónica N.º 11000244, al convocar a la Asamblea General, de fecha 21 de mayo de 2011, programó tres puntos de agenda: a) elección y juramentación del comité de la Ronda Campesina del distrito de Montevideo; b) aprobación del estatuto interno de la comunidad; y c) toma de decisión frente a incumplimiento del último acuerdo de Asamblea General, de fecha 12 de febrero de 2011, en la que se reprendió a don Carmen Zelada por la adquisición de sus terrenos y se le otorgó un plazo de 90 días para expropiar sus terrenos y abandonar el distrito.

63. Respecto al primer punto, en el Acta de la Asamblea se aprecia que se eligió y juramentó a la Ronda Campesina del Distrito. Sobre el segundo punto, consistente en la aprobación del estatuto interno de la Comunidad, se dejó para otra fecha el análisis del mismo para su aprobación; es decir, no se discutió ni aprobó el estatuto comunal en el momento en que se discutieron los hechos que ameritaron este caso. De ello se deduce que, al momento de determinar la aplicación de sanciones, el referido documento no se encontraba vigente en la comunidad.

64. En lo concerniente al tercer punto, cabe señalar que la decisión de "destitución" (expulsión) de la comunidad de los demandantes, de revertir sus tierras, y de retirar sus animales de los terrenos de la comunidad, obedeció a lo siguiente: i) que don Jorge Zelada Zamora y don Carmen Zelada Requelme, según declaraciones de otros testigos, incurrieron en actos de abigeato pese a habérseles instado a desistir de dicha conducta, y ii) que doña Candelaria Tafur afirmó que la familia Zelada poseía armas de fuego, lo que, tal como se desprende del acta cuestionada, motivó que los esposos don

52 También puede revisarse el Expediente 00367-2016-PHC/TC, fundamentos 5 al 7.

Tribunal Constitucional del Perú

Carmen Zelada Requelme y doña Juana Zamora autorizaran la "incautación" (sic) o verificación de su domicilio.

65. La Asamblea, por unanimidad, decidió "destituir" (expulsar) de la comunidad a don Carmen Zelada Requelme, don Jorge Zelada Zamora, doña Juana Zamora Salcedo, doña Isabel Zelada Zamora y a don José Próspero Marín Salazar, y revertir sus terrenos a la comunidad para que sean administrados directamente por ella. Asimismo, ordenó el retiro de sus animales, quitándoles con ello definitivamente sus derechos de comuneros. Además, dejó constancia que dichas personas salieron en buen estado de salud y que el 50% de las parcelas sembradas en sociedad con otros comuneros pasarán a las rondas campesinas.

66. Finalmente, el juez de paz, Aguilberto Vergaray Epiquin dejó constancia de la firma del Acta de la Asamblea y que Juana Zamora Salcedo, Isabel Zelada Zamora, José Próspero Marín Salazar se negaron a firmar dicho documento, luego de leído públicamente su contenido, con lo cual finalizó el acto comunal.

[...]

- *Acerca del ejercicio de la "jurisdicción comunal" por parte de la Comunidad Campesina de Montevideo y su incidencia en los derechos de los recurrentes*

72. Este Tribunal analizará si es que la sanción impuesta ha respetado los derechos fundamentales de los demandantes, en especial, el derecho al debido proceso. Ello se realizará tomando en consideración los criterios se han expuesto *supra* a propósito de los límites formales y materiales que pueden trazarse respecto del uso de la jurisdicción comunal.

73. En ese sentido, y a fin de determinar la viabilidad de la sanción, corresponde verificar, en primer lugar, la existencia de legitimidad por parte de la comunidad para procesar y sancionar el conflicto surgido. Con posterioridad, corresponderá analizar si el proceso y la sanción no vulneraron los derechos fundamentales que invocan los demandantes. En otras palabras, ello supone verificar la institucionalidad de la jurisdicción comunal.

74. Sobre ello, no queda duda que quien invoca el derecho a aplicar la jurisdicción comunal para sancionar el conflicto es una comunidad campesina cuya existencia jurídica está plenamente reconocida y su competencia no ha sido cuestionada. Por ello, la comunidad puede emplear la normativa en materia campesina y/o su derecho consuetudinario para resolver el conflicto de acuerdo a sus usos y costumbres. En consecuencia, lo que el Tribunal debe determinar es si, en el contexto del presente caso, el desarrollo del proceso permitió tutelar los derechos fundamentales de los recurrentes.

75. Esta labor, a propósito de lo que aquí se debate, es sumamente compleja. Como se advirtió con anterioridad, el pluralismo en el marco de un Estado Constitucional permite la convivencia de distintas concepciones del bien y la justicia, lo cual se aprecia, en mayor medida, en los casos en los que se ven involucradas distintas culturas. Ahora bien, se precisó que esta clase de conflictos generan distintas respuestas por parte del ordenamiento jurídico. Así, mientras que en algunos casos ciertas sociedades optan por un patrón

Tribunal Constitucional del Perú

de asimilación (en el entendido de tratar de atraer al resto de culturas a una considerada como hegemónica), nuestra Constitución se ha decantado por una fórmula multicultural, en la que se reconoce la coexistencia y convivencia de distintos colectivos con otros sistemas de valores. Sin embargo, a diferencia de las primeras, en el caso peruano se ha constitucionalizado la idea que el reconocimiento de estas tradiciones únicamente puede operar cuando se reconozcan los derechos fundamentales de los integrantes o, de ser el caso, de las personas que sean sometidas a su fuero. Este es el criterio que, por lo demás, reconoce el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, aunque haciendo referencia a los derechos humanos internacionalmente reconocidos.

76. Ahora bien, el hecho que el constituyente haya optado por una fórmula que de preeminencia a los derechos fundamentales en este contexto de diálogo intercultural no conlleva, necesariamente, el establecimiento de un contenido de garantías rígidas y férreas que deban ser impuestas a todas las etnias y culturas. El Tribunal estima que, dentro del marco de ciertos contenidos mínimos y flexibles en cuanto a la administración de justicia, las comunidades cuentan con un considerable margen de apreciación para configurar internamente el desarrollo de los procesos, así como el consiguiente establecimiento de sanciones. Es así que el procesamiento por la comisión de alguna presunta falta debería permitir que el acusado goce, como mínimo, de las siguientes garantías:

    i) El derecho de la persona acusada de tomar un conocimiento certero de los hechos que se le atribuyen, a fin de poder articular una estrategia de defensa.

    ii) El derecho a que, en la medida de lo posible, las faltas y sus respectivas sanciones estén adecuadamente reguladas en el estatuto de la comunidad. De no ser ello factible, que las decisiones que se adopten fundamenten la aplicación del derecho consuetudinario en cada caso.

    iii) El derecho a que la persona acusada tenga la oportunidad y el tiempo necesario para preparar su defensa, lo que conlleva la posibilidad de que pueda presentar y sustentar sus argumentos.

77. Sobre ello, el Tribunal ha precisado [STC Nº 00023-2005-AI/TC, fundamento 43] que el derecho fundamental al debido proceso es exigible a todo órgano que tenga naturaleza jurisdiccional (jurisdicción ordinaria, constitucional, electoral y militar) y que pueden ser extendido, en lo que fuere aplicable, a todo acto de otros órganos estatales o de particulares (procedimiento administrativo, procedimiento legislativo, arbitraje y relaciones entre particulares, entre otros). Siendo esto así, nada impide que este derecho se extienda, al menos a través de ciertas garantías mínimas, a la jurisdicción comunal, pues, como las anteriores, es también una jurisdicción que existe y está reconocida constitucionalmente. El ámbito de la jurisdicción comunal, como se señaló anteriormente, debe analizarse desde una perspectiva intercultural y, y debe suponer, según lo establece la Constitución, el respeto de los derechos fundamentales, entre los que se encuentra, claro está, el debido proceso.

78. El Tribunal entiende que el desarrollo de estas investigaciones y procedimientos puede desarrollarse de conformidad con los usos y costumbres de

Tribunal Constitucional del Perú

cada comunidad. De hecho, en muchas de ellas la autoridad competente para la resolución de conflictos suele ser una asamblea de comuneros, como ocurre en el caso de la Comunidad Campesina de Montevideo. También suele ocurrir que estas decisiones sean irrecurribles, lo cual se presenta porque el órgano competente está integrado por una considerable cantidad de miembros, lo que hace innecesaria la existencia de una doble instancia. De este modo, el propio esquema cultural de las comunidades campesinas y nativas invita a repensar el desarrollo de los procesos de una manera distinta a la que suele concebirse habitualmente. Ahora bien, el hecho que la institución llamada a efectuar esta clase de labores no sea propiamente una autoridad judicial, no impide que se respeten ciertos contenidos mínimos en el desarrollo del proceso.

79. En lo que concierne al caso de los recurrentes, el Tribunal nota que no se ha cuestionado la competencia de la Asamblea de la Comunidad Campesina de Montevideo como órgano legitimado para iniciar procedimientos de investigación o aplicar sanciones. Ello, según se desprende, obedece a la existencia de instituciones legitimadas por sus integrantes en virtud de sus propias tradiciones. En consecuencia, en esta controversia se aprecia que esta institución cuenta con competencia para resolver el conflicto jurídico que ocurre en su territorio y con la potestad para hacer efectivas sus decisiones.

80. Ahora bien, no se evidencia que, en el desarrollo de las investigaciones en torno a las supuestas faltas cometidas por los recurrentes, se haya garantizado la posibilidad que estos puedan ejercer su propia defensa. Ello se fundamenta en que, de la revisión del acta de la Asamblea que dispone la sanción, no se aprecian sus descargos frente a las acusaciones realizadas. Tampoco se hace referencia a alguna normativa concreta que regule las faltas atribuidas, ni el fundamento de la sanción aplicada. No se hace, pues, ninguna clase de mención del estatuto de la comunidad (el cual, por lo demás, no estaba aprobado en el momento de los hechos), ni a alguna normativa pertinente, como podría ser, por ejemplo, su derecho consuetudinario. De este modo, y aunque la falta como tal pueda ser conocida por los presuntos infractores, ello no ocurre con la sanción a imponer, lo cual es particularmente especial si es que se toma en cuenta que la consecuencia ha sido la expulsión de los involucrados y la reversión de sus terrenos.

81. De hecho, el Tribunal también nota que los demandados, en su contestación a la demanda, hacen alusión a que las obligaciones de los comuneros, entre las cuales está la de no robar, se encuentra en el artículo 14 del Estatuto de la comunidad, y las sanciones se aplicaron en virtud de los artículos 23, 26, 39, y 83 del mismo. Sin embargo, como se aprecia en el Acta que sanciona a los recurrentes, la discusión y aprobación del Estatuto quedó postergada a fecha posterior de la toma de este último acuerdo.

82. Por otro lado, también se advierte que, pese a la presencia del juez de paz y la certificación que realiza a las firmas del Acta de la Asamblea, no ha existido una participación activa de los recurrentes (en tanto personas acusadas) en la toma de la decisión comunal, ya que no se dejó constancia que, durante el proceso de juzgamiento comunal, los acusados Juana Zamora Salcedo, José Próspero Marín Salazar, e Isabel Zelada Zamora hayan ejercido su defensa de los cargos que se les imputaban. Por lo tanto, no se aprecia la existencia de un proceso o un conjunto de procedimientos que evidencien

Tribunal Constitucional del Perú

una institucionalidad esencial en la toma de la decisión sancionatoria, lo cual afecta el *minimum* del contenido de debido proceso que es preciso resguardar en las investigaciones en contra de los comuneros. El Tribunal estima que, al ejercer su jurisdicción sobre sus integrantes, las comunidades deberían publicitar toda información referente a los procesos que se inicien, ello con el objeto de que los involucrados puedan tener conocimiento de los cargos en su contra y así pueden ejercer adecuadamente su derecho de defensa. Dicha publicidad puede ser realizada de acuerdo a las condiciones en las que las comunidades se desarrollan, a saber, se pueden emplear carteles comunales o similares que permitan conocer toda la información relacionada a los procesos iniciados por aquellas contra sus miembros.

83. Ahora bien, la decisión de expulsión del territorio comunal resulta legítima siempre que constituya la solución asumida por la comunidad frente a un conflicto comunal, el cual sea resultado del ejercicio pleno de su derecho a la autonomía y que sea, a su vez, respetuosa de los mínimos indelegables de los derechos fundamentales que podrían verse afectados, pues su ejercicio no puede significar la negación total de otro derecho o bien jurídico constitucional.

84. En tal sentido, a criterio de este Tribunal la expulsión de don Carmen Zelada Requelme y don Jorge Zelada Zamora, quienes supuestamente participaron en actos de abigeato, resulta ilegítima, pues no ha sido respetuosa del contenido indelegable o mínimo esencial del debido proceso, específicamente en el derecho de defensa. En efecto, no se advierte que Jorge Zelada Zamora haya sido informado por las autoridades comunales de las acusaciones existentes en su contra, ni que se le haya permitido ejercer mínimamente su derecho de defensa o presentar descargo alguno. Tampoco se ha indicado si es que su ausencia en las sesiones de la Asamblea se debió a alguna conducta obstruccionista que hubiera efectuado o a alguna razón de fuerza mayor. Esto ha implicado, en la práctica, que su situación haya sido decidida sin que se le permita participar en la deliberación respectiva.

85. La situación de indefensión resulta más evidente en la expulsión de doña Juana Zamora Salcedo, doña Isabel Zelada Zamora y don José Próspero Marín Salazar, pues la sanción impuesta no se corresponde con alguna inconducta realizada por dichos familiares contra la comunidad. Asimismo, tampoco se verifica que hayan hecho ejercicio de su derecho de defensa de manera plena, en vista a la inexistencia de prueba indubitable en contra de ellos y de constancia de que manifestaron lo conveniente sobre sus derechos. Cabe señalar que la potestad de las comunidades campesinas y nativas para sancionar a sus integrantes como mecanismo de solución ante un conflicto comunal no debería, sin procedimiento previo, aplicarse a los familiares de los sujetos infractores, porque dicha conducta implicaría aceptar que la infracción está fundamentada en la familiaridad, situación que no se condice con el respeto a los derechos fundamentales. De ser responsables también los familiares, se les debe comunicar de las imputaciones en su contra, y otorgarles la posibilidad de hacer los descargos que consideren convenientes y así ejercer su derecho de defensa.

86. Sobre la decisión de revertir el uso de sus tierras comunales, al ser una consecuencia de haber decidido su expulsión de la comunidad y el retiro de

Tribunal Constitucional del Perú

sus derechos como comuneros, ésta resulta inconstitucional, al no encontrar sustento normativo estatal o consuetudinario propio, y sin que se haya garantizado el derecho a la defensa. Por lo expuesto, la demanda debe ser estimada.

Efectos de la sentencia

87. Finalmente, debe quedar claro que la decisión de estimar la demanda no equivale a mantener como comuneros a los demandantes, en contra de lo que podría ser la voluntad de la comunidad. De hecho, nuestra decisión tan solo equivale a señalar que, incluso siendo la jurisdicción comunitaria autónoma, debe ser respetuosa de los mínimos indelegables de los derechos fundamentales; en consecuencia, el ejercicio de esta jurisdicción debe corresponderse con estos a efectos de fortalecerse.

88. En ese sentido, este Tribunal estima que la Comunidad Campesina de Montevideo debe otorgar la oportunidad a las personas involucradas de presentar sus argumentos de defensa por los hechos imputados. Para ello, deberá informarles, en algún medio apropiado basado en los usos y costumbres locales, de los cargos que se les atribuyen, así como la base fáctica que le sirve de sustento. Del mismo modo, el Tribunal recomienda que, en la medida de lo posible, las eventuales sanciones a aplicar se encuentren tipificadas en el Estatuto de la Comunidad (en caso este ya hubiera sido aprobado, pues era, al momento de los hechos, aun en tema pendiente en la agenda) o que se fundamente si es que las mismas se basan en el derecho consuetudinario, pues ello permitirá garantizar, en mayor medida, su derecho a la defensa.

8. Derecho al honor

8.1 Tutela constitucional al derecho al honor de las Comunidades Campesinas y Nativas

Tribunal Constitucional. Caso Comunidad Nativa Sawawo Hito 40 contra el Director del semanario El Patriota. Sala 1. Expediente 04611-2007-PA/TC. Sentencia publicada en el portal web del Tribunal Constitucional el 15 de abril de 2010.

36. Ahora debe este Tribunal definir si se ha producido la violación alegada, y para ello se debe pronunciar sobre el contenido del derecho al honor. Este Colegiado ha dejado de adscribirse a la postura fáctica recogida en la Constitución [artículo 2º, inciso 7)] y en la jurisprudencia antigua [STC N.º 0018-96-AI/TC, S-331]. La consideración de honor subjetivo o interno (honor propiamente dicho u honra) y de honor objetivo o externo (buena reputación o buen nombre —tal vez por dicho motivo, su concepto fue incluido en la demanda—) ha sido superada en vista de las dificultades de coherencia con relación al principio-derecho de igualdad [artículo 2,º inciso 2) de la Constitución].

37. El honor es un derecho único que engloba también la buena reputación, reconocida constitucionalmente. Así lo ha postulado también el Código Procesal Constitucional [artículo 37º, inciso 8) del Código Procesal Constitucional], que deja de mencionar la buena reputación. Y si bien tiene una base en la dignidad humana y, por lo tanto, se cuestionaría su reconocimiento a favor

Tribunal Constitucional del Perú

de la persona jurídica, el honor se ha entendido como *"(...) la capacidad de aparecer ante los demás en condiciones de semejanza, lo que permite la participación en los sistemas sociales y corresponde ser establecido por la persona en su libre determinación (...)"* [fundamento 14.b de la STC N.º 3362-2004-PA/TC]. Protege a su titular contra el escarnecimiento o la humillación, ante sí o ante los demás, incluso frente al ejercicio arbitrario de las libertades comunicativas [fundamento 3 de la STC N.º 0446-2002-AA/TC], al significar un ataque injustificado a su contenido. Forma parte de la imagen humana (quizás por ello el equívoco de incluir en la demanda el cuestionamiento a la imagen) [fundamento 14.b de la STC N.º 3362-2004-PA/TC].

38. A partir de los conceptos vertidos, este Colegiado retoma el tema relativo a la inclusión de la protección del honor a favor de las personas jurídicas. Es cierto que en jurisprudencia tal reconocimiento existe, pero lo hace relacionándolo con buena reputación [fundamento 6 de la STC N.º 0905-2001-AA/TC]; incluso es imposible desligar la dignidad humana de la protección del honor. Entonces, ¿cómo así una persona jurídica como la demandante puede tener derecho al honor? El honor, como concepto único, también es aplicable a las personas jurídicas. Si su capacidad para interactuar en la sociedad se ve mellada, debe originarse la defensa del honor. La tutela de la dignidad de los integrantes de la comunidad nativa origina la salvaguardia del derecho al honor de Sawawo Hito 40.

[...]

60. En casos en que han estado involucradas comunidades nativas, la Corte ha dado soluciones bastante llamativas y que pueden servir de parámetro para que este Colegiado solucione el conflicto constitucional planteado en el presente caso. Por ejemplo en un caso [Comunidad Moiwana vs. Surinam. Sentencia del 14 de junio de 2005, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas], tras determinar la violación del derecho a la integridad personal, del derecho de circulación y de residencia, del derecho de propiedad y de los derechos de garantías judiciales y protección judicial, se establece que el Estado, aparte de investigar los hechos y sancionar a los responsables, recuperar los restos de la comunidad, garantizar el retorno de sus miembros y un pago indemnizatorio, también debe realizar algunas acciones bastante interesantes tales como implementar un Fondo de Desarrollo Comunitario; realizar un acto de disculpa pública; y construir un monumento y colocarlo en un lugar público apropiado. En otro caso [Aloeboetoe y otros vs. Surinam. Sentencia de 10 de setiembre de 1993, Reparaciones y Costas], tras determinar la responsabilidad del Estado en la violación de la vida, considera viable, aparte de un pago indemnizatorio y de la creación de una fundación y de dos fideicomisos, reabrir una escuela y equiparla convenientemente.

61. A propósito de los ejemplos mostrados, este Colegiado considera pertinente, en el caso concreto, dictar algunas medidas satisfactorias para tratar de compensar el derecho conculcado. Tomando en cuenta la situación planteada y que la demanda fue interpuesta contra el director de un diario, por lo que no sólo responderá él en tanto persona natural sino el medio de comunicación en sí, el Tribunal Constitucional, considerando la función constitucionalmente asignada, estima que en el caso concreto el semanario El Patriota deberá ejecutar acciones concretas:

Tribunal Constitucional del Perú

– En primer lugar, enviarle los desagravios privados correspondientes a la comunidad nativa por medio de una **carta notarial,** o en caso corresponda, mediante el juez de paz, en el plazo máximo de tres días útiles a partir de la notificación de la presente sentencia.

– En segundo lugar, a costo de la accionada, **publicar la mencionada carta** en el diario de mayor circulación en la región, en el plazo máximo de siete días útiles a partir de la notificación de la presente sentencia.

– En tercer término, mediante un suplemento especial de mínimo cuatro páginas, en el mismo semanario o en cualquier otro en el caso de que no esté en circulación a la hora de ser notificada la presente sentencia, **reproducir el tenor de la presente sentencia,** bajo el título *Reparación a la comunidad nativa Sawawo Hito 40 por parte del semanario El Patriota en cumplimiento de la sentencia recaída en el Expediente N.º 4611-2007-PA/TC;* y también a costo suyo, en el plazo máximo de treinta días útiles a partir de la notificación de la presente sentencia.

62. El incumplimiento del mandato que acarrea la presente sentencia permitirá que el juez de ejecución imponga multas acumulativas a la parte demandada [artículo 22º del Código Procesal Constitucional], las cuales serán cubiertas solidariamente por el director y por el propio medio de comunicación, por cada día de incumplimiento de alguno de los tres mandatos explicados en el fundamento anterior. Este Tribunal insiste en la intervención activa por parte del juez de ejecución porque un derecho fundamental no será restituido hasta que no haya una ejecución cierta, exacta y expedita del mandato del juez constitucional. Por último, este Colegiado también impone el pago de costos y costas a favor de la accionante [artículo 56º del Código Procesal Constitucional].

Tribunal Constitucional del Perú

Sentencias referidas en el presente Cuaderno de Jurisprudencia[53]

- Expediente 00042-2004-PI/TC
- Expediente 00021-00025-2005-PI/TC, acumulados
- Expediente 04719-2007-PHC/TC
- Expediente 03343-2007-PA/TC
- Expediente 04611-2007-PA/TC
- Expediente 00022-2009-PI/TC
- Expediente 04789-2009-PHC/TC
- Expediente 06316-2008-PA/TC
- Expediente 05427-2009-PC/TC
- Expediente 00023-2009-PI/TC
- Expediente 00025-2009-PI/TC
- Expediente 00027-2009-PI/TC
- Expediente 00024-2009-PI/TC
- Expediente 01126-2011-PHC/TC
- Expediente 00220-2012-PA/TC
- Expediente 00005-2012-PI/TC
- Expediente 00933-2012-PA/TC
- Expediente 04391-2011-PA/TC
- Expediente 07731-2013-PHC/TC
- Expediente 02765-2014-PA/TC
- Expediente 00889-2017-PA/TC
- Expediente 07009-2013-PHC/TC
- Expediente 00004-2018-PI/TC
- Expediente 00012-2017-PI/TC

53 Como se sostuvo al inicio, la mención del ponente de un caso recién se dispuso a partir del año 2019. Así aparece en la consulta de causas de la página web del Tribunal Constitucional.

Tribunal Constitucional del Perú

- Expediente 02196-2014-PA/TC
- Expediente 00003-00012-2015-PI/TC, acumulados
- Expediente 00367-2016-PHC/TC
- Expediente 03158-2018-PA/TC
- Expediente 00012-2020-PI/TC. Ponente: magistrado Ferrero Costa
- Expediente 01717-2014-PC/TC
- Expediente 01460-2015-PA/TC

Tribunal Constitucional del Perú

www.tc.gob.pe

Tribunal Constitucional del Perú
Centro de Estudios Constitucionales