

***Amicus curiae* presentado por el
Instituto de Defensa Legal (IDL)**

Con relación a los procesos de inconstitucionalidad contra los decretos legislativos D.L. N° 1089 (Régimen temporal extraordinario de formalización y titulación de predios rurales), D.L. N° 1079 (Establecen medidas que garanticen el patrimonio de áreas naturales), D.L. N° 994 (Inversión privada en proyectos de irrigación para la ampliación la frontera agrícola), Ley N° 29338 (Ley de recursos hídricos) y D. L. 1020 (organización de productores agrarios y la consolidación de la propiedad rural para el crédito agrario), recaídos en los expedientes N° 00022-PI/TC, N° 00023-PI/TC, N° 00024-PI/TC, N° 00025-PI/TC, y 00027-PI/TC.

Instituto de Defensa Legal
Alberto Alexander 2694, Lince, Lima
Teléfono 6283484, e-mail: jruiz@idl.org.pe
Enero 2010

AMICUS CURIAE

Eficacia normativa directa del derecho a la consulta previa contenido en el Convenio 169 de la OIT

- a. Introducción
 - Presentación
 - La función del Amicus curiae
 - Interés de IDL en la presentación de un Amicus curiae en materia de derecho a la consulta previa de los Pueblos Indígenas
 - Importancia de los procesos de inconstitucionalidad en trámite sobre el derecho a la consulta
- b. La cobertura constitucional del derecho a la consulta
 - La fuerza normativa de la Constitución en un Estado Constitucional de Derecho
 - El principio de normatividad y la aplicación inmediata de la Constitución
 - Reconocimiento constitucional del derecho a la consulta
 - El derecho a la consulta previa ya ha comenzado a ser desarrollado legislativamente
 - El derecho a la participación política y el principio democrático como fundamentos del derecho a la consulta de los pueblos indígenas
 - El derecho a la consulta como una herramienta para garantizar el derecho constitucional a la identidad cultural
- c. La consulta previa en el derecho internacional de los derechos humanos
 - Reconocimiento del derecho a la consulta por el Convenio 169 de la OIT
 - El derecho a la consulta en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de derechos humanos
 - El derecho a la consulta en el sistema universal de derechos humanos
- d. La fuerza normativa directa e inmediata del Convenio 169 de la OIT
 - Los tratados internacionales de derechos humanos tienen rango constitucional y su implementación en el derecho interno
 - La jurisprudencia de la Corte IDH también vincula a todos los funcionarios y poderes públicos
 - Los jueces tienen la obligación de aplicar directamente los TIDH y la jurisprudencia de la Corte IDH
 - Los tratados internacionales de derechos humanos son límites de la facultad legislativa del Congreso: el bloque de constitucionalidad
 - La Constitución y los TIDH como criterios de validez de las decisiones del Estado
- e. El derecho a la consulta en la experiencia comparada
 - La aplicación del Convenio 169 por tribunales locales en países latinoamericanos
 - La aplicación del Convenio 169 en las sentencias constitucionales de la Corte Constitucional Colombiana
 - Un caso paradigmático en Colombia: La derogación de la Ley Forestal por no haber sido consultada
- f. Análisis del caso: La fuerza normativa directa del derecho a la consulta previa contenido en el artículo 6 del Convenio 169 de la OIT
 - El derecho a la consulta es vinculante y tiene efectos normativos inmediatos
 - Incluso los derechos económicos, sociales y “culturales” pueden ser exigidos judicialmente
 - El TC reiteradamente ha reconocido el carácter vinculante y la aplicación inmediata de los Convenios de la OIT
 - La interpretación del artículo 6 del Convenio 169 de la OIT
- g. Conclusiones

Eficacia normativa directa del derecho a la consulta previa contenido en el Convenio 169 de la OIT¹

a. Introducción

Presentación

El objetivo de este Amicus curiae es analizar la fuerza y los efectos normativos del derecho a la consulta previa de los Pueblos Indígenas, recogido en el artículo 6 del Convenio 169 de la OIT, en diferentes normas legislativas y reglamentarias nacionales, y desarrollado por la jurisprudencia vinculante del Tribunal Constitucional (TC) y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), teniendo en cuenta que aún el Congreso de la República no legisla el procedimiento específico de consulta previa de las decisiones normativas y legislativas adoptadas por los diferentes niveles de gobierno nacional, susceptibles de afectar directamente a los pueblos indígenas.

Lo hacemos a propósito de la tesis sostenida por el Estado en los procesos constitucionales referidos al derecho a la consulta², en los que ha señalado que el Convenio 169 de la OIT es inaplicable en los siguientes términos:

“De lo expuesto, resulta arbitrario considerar a todas las comunidades campesinas y nativas como pueblos indígenas, siendo lo pertinente y NECESARIO, para adaptarse el Convenio 169 de la OIT a nuestro país, es dictarse una ley en la que se precise bajo que requisitos, condiciones, características, etc., debería considerarse a determinadas comunidades o colectividades sociales en nuestro país, como pueblos indígenas que en buena cuenta van a determinar la implementación del Convenio 169 de la OIT” (subrayado por sus autores)³.

“Por tanto, no se puede establecer la inconstitucionalidad del Decreto Legislativo 1020 ni de ninguna norma legal con rango de Ley por no haberse efectuado la consulta previa a pueblos indígenas, por cuanto estas no están identificados en nuestro país, propiamente, no existe una norma legal que establezca los lineamientos y parámetros para su determinación, ni materias específicas materia de consulta, mucho menos existe norma legal que establezca el procedimiento para llevar a cabo la citada consulta (...)” (subrayado por sus autores)⁴

La función del Amicus curiae

En procesos jurisdiccionales en los que la materia controvertida reviste manifiesto interés público como en el presente caso, que está en juego el derecho a la consulta de los pueblos indígenas, la doctrina reconoce en determinados supuestos, la legitimidad de terceros ajenos a las partes –en este

¹ Elaborado por Juan Carlos Ruiz Molleda, abogado responsable de la línea de justicia constitucional y derechos de los pueblos indígenas, del Instituto de Defensa Legal y de Justicia Viva. Se contó con el apoyo de los asistentes Luis Andrés Roel Alva y Renato Levaggi Tapia para la elaboración de este texto. En este texto se recogen y se desarrollan algunas ideas trabajadas por el autor en el texto ¿Cuál es el tema de fondo en el conflicto entre los pueblos amazónicos y el Estado? Razones que sustentan la inconstitucionalidad de Los Decretos Legislativos 994, 1081, 1064, 1079, 1089, 1090 y 1085, IDL, Lima, 2009.

² D. L. 1089 (Régimen temporal extraordinario de formalización y titulación de predios rurales), D. L. 1079 (Establecen medidas que garanticen el patrimonio de áreas naturales), D. L. 994 (Inversión privada en proyectos de irrigación para la ampliación la frontera agrícola), D. L. 1083 (Promueve el aprovechamiento eficiente y la conservación de los recursos hídricos), D. L. 1020 (organizaciones de productores agrarios y la consolidación de la propiedad rural para el crédito agrario), y contra la Ley 29338 (Ley de recursos hídricos).

³ Alegato de defensa del Estado presentado en el proceso de inconstitucionalidad del D.L. N° 1020, pág. 23.

⁴ Ibídem, pág. 24.

caso el Instituto de Defensa Legal (IDL)-, para intervenir en los procesos constitucionales a través de la presentación de informes técnicos, que por su competencia o especialización, pueden contribuir a la formación de la decisión judicial correspondiente. Dicha intervención se conoce como el escrito de “Amicus curiae” o “amigo de la corte”.

Si bien el artículo 13.A del Reglamento del Tribunal Constitucional establece que el TC podrá solicitar información los Amicus curiae si fuera el caso, siempre que permita esclarecer aspectos especializados que puedan surgir del estudio de los actuados, tampoco prohíbe que instituciones o especialistas en determinadas materias que son objeto de examen por parte del TC, presenten estos informes cuando no son requeridos por este alto tribunal. La cobertura constitucional de la posibilidad que particulares presenten Amicus curiae, tiene sustento en la propia Constitución, concretamente, en el derecho de petición (artículo 2.20 de la Constitución), en el principio de publicidad de los procesos judiciales (artículo 139.4 de la Constitución) y en el derecho de participación (artículos 2.17 y 31 de la Constitución).

Para la doctrina, el Amicus es una herramienta interesante para aportar a favor de la democratización y la transparencia del debate judicial, en ciertos casos que excedan el mero interés de las partes, o supuestos que puedan resultar paradigmáticos por la proyección social y pública de la decisión por adoptar⁵. Este brinda mayor transparencia a las decisiones jurisdiccionales de interés público y es un medio para fortalecer, transparentar y democratizar el debate judicial y, por extensión, asegurar en la medida de lo posible, la garantía del “debido proceso”, que involucra la emisión de sentencias razonadas, justas y jurídicamente sustentables, misión eminente en cabeza de los jueces, quienes cifran buena parte de su legitimidad en la racionalidad de sus decisiones⁶. De igual manera, los Amicus contribuyen al mejoramiento de la actividad jurisdiccional en asuntos complejos o de interés social al poner en escena argumentos públicamente ponderados y puede proporcionar a los magistrados, actualizadas pautas atinentes a la interpretación y la aplicación de los tratados internacionales sobre derechos humanos (TIDH), por parte de los diferentes órganos del sistema interamericano de derechos humanos, instrumentos de jerarquía constitucional que hoy no pueden ser ignorados⁷.

Asimismo, tal como lo señaló la Corte Suprema de Justicia argentina, al momento de regular el uso de los amicus curiae, esta herramienta resulta un provechoso instrumento destinado, entre otros objetivos, a permitir la participación ciudadana en la administración de justicia, en los casos en que se ventilen asuntos de trascendencia institucional o que resulten de interés público, siempre que los presentantes cuenten con una reconocida competencia sobre la materia debatida y demuestren un interés inequívoco en la resolución final del caso⁸.

Ciertamente, no cualquiera podrá presentar el amicus curiae, es necesario antes acreditar reconocida competencia en la temática en examen. Asimismo, el amicus, no reviste calidad de parte ni mediatiza, desplaza o reemplaza a éstas, su actividad queda circunscripta a expresar una opinión fundada en defensa de un interés público o de una cuestión institucional relevante, por lo que, precisamente, debe ostentar un interés justificado en la decisión que pondrá fin al pleito en el que se presenta, debiendo aquél exceder el de los directamente afectados por la resolución concreta; y que

⁵ Víctor Bazán, la reglamentación de la figura del Amicus Curiae por la Corte Suprema de Justicia Argentina, en: Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional, México, No. 3, Enero - Junio 2005, pág. 11.

⁶ *Ibidem*, pág. 21.

⁷ Martín Abregu y Christian Courtis, “Perspectivas y posibilidades del amicus curiae en el derecho argentino”, en la valiosa obra colectiva compilada por dichos autores, La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales, CELS, Editores del Puerto, 1997, p. 388.

⁸ *Ibidem*, pág. 23.

su actuación no obliga al Tribunal ni devenga costas u honorarios⁹. Por último, es necesario tener en cuenta que el TC no queda vinculado por las mismas ni comprometido a tratarlas en la sentencia¹⁰. Su fuerza y capacidad persuasiva estará en realidad en relación con su consistencia argumentativa.

Interés de IDL en la presentación de un Amicus curiae en materia de derecho a la consulta previa de los Pueblos Indígenas

El Instituto de Defensa Legal, es una institución de derechos humanos, miembro y fundadora de la Coordinadora Nacional de los Derechos Humanos, que tiene un especial interés en el tema de los derechos humanos de los pueblos indígenas. De otro lado, el IDL desarrolla 5 líneas de trabajo en relación con los pueblos indígenas: 1. Defensa legal a indígenas injustamente denunciados por los lamentables hechos del 5 de junio, 2. Difusión de información respecto a la verdadera versión de lo ocurrido y esclarecimiento de los hechos ocurridos en los sucesos de Bagua, 3. Difusión de información académica respecto a los derechos de los pueblos indígenas, el derecho a la consulta y la identidad cultural¹¹, 4. Asesoría política a organizaciones indígenas de base como AIDSESEP y el Consejo Awajun Wampis respecto a los métodos adecuados para exigir el cumplimiento por parte del Gobierno peruano de lo ofrecido luego de los hechos del 5 de junio y para canalizar la causa indígena hacia métodos de lucha adecuados, y 5. Asesoría a la Comisión de la Verdad creada para esclarecer lo que efectivamente sucedió en los hechos referidos.

Desde el IDL elaboramos en mayo del 2009 el documento: “Cuál es el tema de fondo en el conflicto entre los pueblos amazónicos y el Estado?¹²”, en el cual planteábamos que la raíz del problema se encontraba en el incumplimiento del convenio 169 de la OIT, que era una norma vinculante para las partes, donde se señalaba la necesidad de someter a un proceso de consulta toda clase de disposiciones y medidas que afectara a los pueblos indígenas. De otro lado, después de lo ocurrido en Bagua, desde el IDL se envió una delegación de abogados a la zona donde habían ocurrido los hechos, de manera que se pudiera identificar las responsabilidades del caso, así como prestar asistencia humanitaria y legal a las víctimas de la represión policial. Lo que permitió iniciar una serie de vínculos con organizaciones de la zona que se mantienen hasta la fecha.

En base a ello y considerando la necesidad de utilizar las diversas herramientas que el sistema legal proporciona para articular una mejor defensa de los derechos de los pueblos indígenas, se solicitó una audiencia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la misma que fue concedida y llevada a cabo en los primeros días de noviembre. Al respecto, se elaboró un informe que se presentó con la participación de representantes de AIDSESEP¹³. Finalmente, cabe señalar que para el IDL este trabajo con las poblaciones indígenas en cuanto a la defensa y promoción de sus derechos guarda coherencia con la labor desplegada en el tema de acceso a la justicia de la población rural, lo que nos ha permitido interrelacionarnos con poblaciones indígenas amazónicas y andinas, encontrando características similares respecto a sus problemas perspectivas.

Importancia de los procesos de inconstitucionalidad en trámite

⁹ Ibídem.

¹⁰ Ibídem.

¹¹ Se puede revisar todos los artículos que hemos escrito sobre el tema en nuestro portal www.justiciaviva.org.pe. Destacan de manera especial por ejemplo, La Revista idélee N° 194/2009, que trae un especial sobre los hechos de Bagua.

¹² Juan Carlos Ruiz Molleda, ¿Cuál es el tema de fondo en el conflicto entre los pueblos amazónicos y el Estado? Razones que sustentan la inconstitucionalidad de Los Decretos Legislativos 994, 1081, 1064, 1079, 1089, 1090 y 1085, IDL, Lima, 2009. Puede ser revisado en <http://www.justiciaviva.org.pe/webpanel/publicaciones/archivo02072009-222016.pdf>

¹³ El derecho a la consulta de los pueblos indígenas de Perú, documento elaborado y presentado por el Instituto de Defensa Legal, la Fundación para un debido proceso y la Universidad de Seattle de Estados Unidos. Ver: http://www.justiciaviva.org.pe/webpanel/doc_int/doc05112009-200958.pdf.

El proceso de inconstitucionalidad contra los decretos legislativos cuestionados por los Pueblos Indígenas es de mucha trascendencia e importancia para el país. Si tenemos en cuenta que estos procesos tienen como objetivo revisar la adecuación de los decretos legislativos expedidos por el Poder Ejecutivo en el marco de la ley de delegación de facultades legislativas (Ley 29157) a propósito del TLC con Estado Unidos¹⁴, con la Constitución y los derechos de los pueblos indígenas contenidos en el Convenio 169 de la OIT, en especial con el derecho a la consulta previa, y que la expedición de los mismos y su no derogatoria, ocasionó los lamentables sucesos de Bagua, concluiremos que estos procesos revisten de una importancia nacional.

Además, debemos de tener en cuenta que las sentencias del TC son vinculantes (doctrina jurisprudencial o precedentes vinculantes), y que el TC queda vinculado a sus propios fallos (jurisprudencia horizontal) y, éstos obligan también a los jueces de otras jurisdicciones y a jueces inferiores (jurisprudencia vertical), rápidamente concluiremos que lo que está en juego, es el derecho a la consulta, no solo de las comunidades nativas de San Martín que son las que han presentado los procesos de inconstitucionalidad, sino de las comunidades nativas de toda la Amazonía y de las comunidades campesinas de todo el país.

Es importante que los Pueblos Indígenas comprueben que el sistema democrático y el Estado Constitucional de Derecho¹⁵ no es un sistema ajeno a sus demandas y exigencias de protección de sus derechos, sino que muy por el contrario, este puede ser una herramienta para la efectiva protección de sus derechos reconocidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos. En ese sentido, si ellos logran efectiva protección, comprobarán, que antes que recurrir a mecanismos de lucha “por fuera del sistema”, ellos pueden y deben reconducir sus demandas a procesos constitucionales, los cuales están precisamente diseñados para la defensa de la Constitución y la protección de los derechos fundamentales, tal como reza el artículo II del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional. Finalmente, estos procesos son importantes toda vez que la consulta previa permitirá sin lugar a dudas institucionalizar el diálogo entre el Estado y los Pueblos Indígenas, y visibilizar la opinión de los pueblos indígenas, hoy minimizada y desoída por el poder político.

b. La cobertura constitucional del derecho a la consulta

La fuerza normativa de la Constitución en un Estado Constitucional de Derecho

Si tenemos en cuenta que el derecho a la consulta contenido en el Convenio 169 de la OIT y en general los TIDH (tratados internacionales de derechos humanos) se incorporan a la Constitución a través de las cláusulas de apertura y que la Constitución y el propio TC les ha reconocido rango constitucional a estos derechos, resulta necesario analizar cuál es la naturaleza y los efectos jurídicos de la Constitución.

¹⁴ Un análisis de la constitucionalidad de la ley de delegación de facultades legislativas puede ser encontrado en: http://www.justiciaviva.org.pe/documentos_trabajo/analisis_decretos/delegacion_facultades.doc.

¹⁵ También llamado Neoconstitucionalismo. Ver Miguel Carbonell (editor), Neoconstitucionalismo (s), Editorial Trotta, Madrid, 2003. También ver Miguel Carbonell (editor), Teoría del Neoconstitucionalismo, Editorial Trotta, Madrid, 2007. En este último texto se sugiere leer el debate entre Luis Prieto Sanchís, defensor del Neoconstitucionalismo, la crítica al Neoconstitucionalismo de Juan Antonio García Amado, la réplica de Luis Prieto Sanchís, el artículo Carlos Bernal Pulido. Finalmente, también recomendamos la lectura de Luis Prieto Sanchís, Justicia Constitucional Y Derechos Humanos, Editorial Trotta, Madrid, 2003, págs. 101 y siguientes.

En primer término debe reconocerse el carácter vinculante de la Constitución Política¹⁶. Si bien la Constitución es una norma política en la medida en que organiza y limita el ejercicio de poder, es también y fundamentalmente una norma jurídica vinculante para todos los poderes públicos y para los propios particulares, sin excepción alguna¹⁷. En segundo lugar, debe reconocerse la supremacía o superioridad jerárquica de la Constitución en el sistema de fuentes¹⁸. Es decir, la Constitución no sólo es una norma jurídica, sino que es la norma suprema del ordenamiento jurídico, es la norma de mayor importancia en el sistema de fuentes del Derecho, cuyos efectos irradia a todo el ordenamiento jurídico. De ahí que se señale con propiedad, que ella condiciona la validez de todos los demás componentes del orden jurídico, y que representa un criterio de interpretación prioritario¹⁹. Ello solo es posible, gracias “a la omnipresencia de la Constitución en todas las áreas jurídicas y en todos los conflictos mínimamente relevantes, en lugar de espacios exentos a favor de la opción legislativa o reglamentaria”²⁰.

Una lógica consecuencia de los dos elementos antes predicados de la Constitución Política, es la eficacia y aplicación inmediata de esta. Negarle dicha característica implica regresar al Estado Legislativo de derecho en el cual la Constitución no vinculaba a los poderes públicos. En efecto, si la Constitución es una verdadera norma suprema, ello supone que no requiere del desarrollo legislativo para desplegar su fuerza vinculante. En tal sentido, en la medida en que los preceptos constitucionales sean relevantes en un proceso cualquiera, su aplicación resultará obligatoria²¹. La supremacía o superioridad jerárquica en el sistema de fuentes y la eficacia o aplicación directa de la Constitución se encuentra recogida en los artículos 51^{o22} y 138^o de la Carta Política.

Como señala De Otto, uno de los problemas clave de los ordenamientos en los que la Constitución tiene verdadero valor de norma jurídica es el de si resulta o no aplicable por los órganos llamados a aplicar el ordenamiento, fundamentalmente por los jueces -eficacia directa- o si, por el contrario, la Constitución constituye sólo un mandato dirigido al legislador y que solo afectará a la actividad de los demás órganos del Estado en la medida en que se haya incorporado a las leyes -eficacia indirecta-²³. Como agrega este autor, se trata en definitiva, si la Constitución es en si misma fuente de derecho”²⁴. Para este autor, la opción por un sistema u otro de eficacia tiene una enorme influencia sobre la operatividad de la Constitución, en cada caso serán diferentes las consecuencias.

¹⁶ Seguimos el esquema desarrollado por Prieto Sanchis cuando caracteriza los elementos caracterizadores de lo que el llama un constitucionalismo fuerte. Ver: Luis Prieto Sanchís, *Justicia Constitucional y derechos Fundamentales*, Trotta, Madrid, 2003, pág. 116.

¹⁷ El Tribunal Constitucional ha desarrollado jurisprudencialmente el principio según el cual ningún poder puede estar exento del control constitucional, pues lo contrario significaría que el poder constituyente está por encima del poder constituido. Así por ejemplo en la sentencia recaída en el exp. N° 00006-2006-CC/TC, f.j. 44, señala que “En un Estado Constitucional Democrático los poderes constituidos no están por encima de la Constitución, sino que están sometidos a ella”. Esto implicaría en los hechos la pérdida o la limitación de la eficacia normativa de la Constitución. Ver por ejemplo Luis Castillo Córdova, *La inexistencia de ámbitos exentos de vinculación a la Constitución*, en: *Gaceta Jurídica*, julio 2007, año 13, pág. 73 y siguientes.

¹⁸ Para García de Enterría, el origen de esto está en la distinción entre un poder constituyente, que es de quien surge la Constitución, y los poderes constituidos por éste, de los que emanan todas las normas ordinarias. De aquí se dedujo inicialmente, la idea de “rigidez” de la norma constitucional, que la asegura una llamada “súper legalidad formal”, que impone formas reforzadas de cambio o modificación constitucional, frente a los procedimientos ordinarios”. Esto a su vez, llevará al reconocimiento de una “superlegalita material” que asegura a la Constitución una preeminencia jerárquica sobre todas las demás normas del ordenamiento, producto de los poderes constituidos por la Constitución misma, obra del poder constituyente. Cfr. Eduardo García de Enterría, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Editorial Civitas, 3ra edición, Madrid, 1985, pág. 50.

¹⁹ Luis Prieto Sanchís, *Justicia Constitucional y derechos Fundamentales*, Trotta, Madrid, 2003, pág. 116.

²⁰ *Ibidem*, pág. 117.

²¹ *Ibidem*, pág. 116.

²² “La Constitución prevalece sobre toda norma legal; la ley, sobre las normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente”

²³ Ignacio de Otto. *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*, 7^o reimpresión, Ariel Derecho, Barcelona, 1999, pág. 76.

²⁴ *Ibidem*.

Si la Constitución solo obliga directamente al legislador, y a los demás únicamente de modo indirecto en cuanto están sometidos a la ley, la acomodación del contenido del ordenamiento a las prescripciones constitucionales dependerá de aquél y, en consecuencia, la única garantía posible será el control de constitucionalidad de la ley. En otras palabras, la Constitución solo estará presente en el ordenamiento jurídico por mediación del legislador y del órgano que lleve a cabo el control de constitucionalidad de la ley²⁵.

Por el contrario -siguiendo a De Otto-, la eficacia directa de la Constitución implica que los jueces, y en general todos los llamados a aplicar el derecho, habrán de tomar la norma constitucional como una premisa de su decisión, igual que cualquier otra norma, con las siguientes consecuencias: a) dado que la Constitución es norma superior habrán de examinar con ella todas las leyes y cualquier norma para comprobar si es o no conforme a la Constitución; b) habrán de aplicar la norma constitucional para extraer de ella la solución del litigio o, en general, para configurar de un modo u otro una situación jurídica; c) habrán de interpretar todo el ordenamiento conforme a la Constitución²⁶.

Un cuarto elemento es la garantía jurisdiccional de la Constitución²⁷. La denominada garantía jurisdiccional o judicial no es otra cosa que la exigibilidad en sede jurisdiccional de la Constitución. Esto significa que la primacía de la Constitución, como la de cualquier otra normatividad, es jurídicamente imperfecta si carece de una garantía jurisdiccional y, concretamente, si la constitucionalidad de las decisiones y actos de los poderes públicos no es enjuiciable por órganos distintos de aquellos que son sus propios actores²⁸. La cobertura constitucional de esta característica se encuentra en los artículos 138º y 200º de la propia Constitución.

El principio de normatividad y la aplicación inmediata de la Constitución

Debe insistirse en este punto, pues a menudo algunos operadores del derecho a nivel regional y local le asignan a la Constitución una naturaleza programática y política, en detrimento de su fuerza normativa²⁹. Siguiendo a García de Enterría debemos de señalar que “Lo primero que hay que establecer con absoluta explicitud es que toda la Constitución tiene valor normativo inmediato y directo”³⁰. La vinculación normativa de la Constitución afecta a todos los ciudadanos y a todos los poderes públicos, sin excepción, y no solo al Poder Legislativo como mandatos o instrucciones que a éste solo cumpliese desarrollar –tesis tradicional del “carácter programático” de la Constitución--; y entre los poderes públicos, a todos los Jueces y Tribunales y no solo al Tribunal Constitucional³¹.

²⁵ *Ibídem*.

²⁶ *Ibídem*.

²⁷ Este tema ha sido desarrollado por Hans Kelsen, *La garantía jurisdiccional de la Constitución (La justicia constitucional)*. México D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México, 2001.

²⁸ Manuel García Pelayo, “El status del Tribunal Constitucional”. *Revista Española de Derecho Constitucional* Nº 1. Madrid, 1981, pág. 18.

²⁹ Como bien señala, la tradición de nuestro derecho constitucional “conduce a negar a la Constitución valor normativo específico fuera del ámbito de la organización y las relaciones de los poderes superiores; todo lo demás, y en concreto toda la parte material de la Constitución, contendría solo principios “programáticos”, indicaciones que solo en cuanto el legislador recogiera llegarían a encarnarse en normas jurídicas verdaderas, las leyes de desarrollo de tales principios, únicas normas aplicables por los tribunales y vinculantes para los poderes públicos y para los ciudadanos”, Eduardo García de Enterría, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Editorial Civitas, 3ra edición, Madrid, 1985, pág. 39.

³⁰ *Ibídem*, pág. 63.

³¹ *Ibídem*, pág. 64.

El carácter normativo o fuerza vinculante directa³² esta recogida en los artículos 38 y 45 de la Constitución. Según estas normas, todos los peruanos tienen el deber de respetar, cumplir y defender la Constitución, y quienes lo ejercen (el poder) lo hacen con las limitaciones y responsabilidades que la Constitución y las leyes establecen.

Sin embargo, se puede objetar que no todas las disposiciones de la Constitución tienen vigencia inmediata, pudiendo señalarse que muchas normas requieren una norma de desarrollo legislativo para entrar en vigencia. Es el caso de aquellos órganos que requieren una ley orgánica para concretar su funcionamiento, pues en ella se fijan las condiciones de su utilización y de su otorgamiento a particulares. En efecto, una de las principales objeciones que ha hecho el gobierno es que el artículo 6 del Convenio 169 de la OIT, no es una norma de aplicación inmediata, pues no existe una norma de desarrollo legislativo que desarrolle el derecho a la consulta y en general, que no desarrolle el contenido de este derecho. Sustentan esta posición en que no está regulado el ejercicio de este derecho.

Si la Constitución es una verdadera norma jurídica, y además no cualquiera si no una de carácter fundamental, es necesario atribuirle un carácter adicional a efectos de que su finalidad de limitación al poder político no se vea desacreditada. Como señala Castillo Córdova, tal carácter, como regla general, es el de aplicabilidad inmediata, particularmente de las normas referidas a derechos constitucionales³³. Agrega Castillo que “lo contrario, supondría dejar su efectividad en manos (y al arbitrio) de aquel a cuyo control y limitación va precisamente dirigida la norma constitucional, pues se estaría supeditando el cumplimiento de las normas constitucionales en general, y las referidas a los derechos en particular, a una futura legislación o reglamentación, ya del órgano Legislativo, ya de la Administración pública”³⁴.

Y es que “una norma de tales caracteres (norma fundamental y fundamentadora del ordenamiento jurídico) no puede depender en su eficacia de ninguna otra. Es por eso que es de aplicación inmediata”³⁵. Si esto es así en relación con las normas constitucionales en general, con mucha mayor razón, las normas que reconocen derechos son de aplicación inmediata. Como señala Castillo, debido al importante papel que juegan como límites al poder y, por tanto como obligaciones estatales, se “exige además que los derechos humanos fundamentales sean directamente vinculantes para todos los poderes del Estado (...) que el desarrollo que pueda o deba efectuar el legislativo no se configure como una mediación necesaria e imprescindible para su efectiva vigencia”³⁶. Agrega este autor que “La regla general de directa aplicabilidad de los derechos constitucionales no tiene problema alguno de verificarse para cuando se trata de normas sobre derechos que por su propia naturaleza o contenido, basta sean recogidos en el texto constitucional para que, a partir de ahí y sin ninguna dificultad puedan desplegar y toda su virtualidad normativa”³⁷.

En el caso del derecho a la consulta, no se trata de normas de la parte orgánica de la Constitución, que reparte competencias entre las diferentes instituciones públicas sino de normas que concretan derechos constitucionales (el derecho a la consulta es una manifestación del derecho constitucional

³² El concepto de fuerza vinculante directa de la Constitución viene de la sentencia del Tribunal Constitucional Español 15/82, 23 de abril sobre objeción de conciencia. Puede ser consultada en Luis López Guerra, Las sentencias básicas del Tribunal Constitucional, centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 2000, pág. 79 y sgts.

³³ Luis Castillo Córdova, Los derechos constitucionales. Elementos para una teoría general, Palestra, Lima 2007, pág. 200.

³⁴ *Ibíd.*

³⁵ *Ibíd.*, pág. 201.

³⁶ Luis Prieto Sanchis, El sistema de protección de los derechos fundamentales: el artículo 53 de la Constitución Española, ADH 2, Universidad Complutense, Instituto de derechos Humanos, Madrid, marzo de 1983, pág. 382. Citado por Luis Castillo Córdova, op. cit., pág. 201.

³⁷ Citado por Luis Castillo Córdova, op. cit., pág. 201.

a la participación y a la identidad cultural). Como se puede advertir, la falta de una ley de desarrollo legislativo del derecho a la consulta, no impide necesariamente la fuerza normativa de las diferentes normas que regulan el derecho a la consulta.

Debe hacerse una distinción entre disposiciones de la parte dogmática (que recoge los derechos fundamentales) y disposiciones de la parte orgánica (que establecen funciones y competencias de los diferentes órganos del Estado). No le falta razón a quienes que señalan que hay normas cuya vigencia está supeditada a su desarrollo legislativo, estableciéndose una obligación positiva sobre el legislador para que desarrolle determinadas disposiciones constitucionales, admitiéndose la posibilidad de conminarse al legislador a hacerlo a través del proceso de violación de la Constitución por omisión legislativa. Sin embargo, si es claro es que los derechos fundamentales son de aplicación inmediata, sin necesidad de intermediación legislativa.

Lo contrario significaría que la vigencia de la Constitución estaría supeditada a la voluntad –si es que no a la paciencia y al temperamento- del legislador, lo cual es un absurdo, pues el poder constituido (Congreso) estaría por encima que el poder constituyente (la Constitución Política), lo cual no es posible en el Estado Constitucional de Derecho, pues contradice los dos elementos antes referidos.

Esto ha sido recogido por el propio TC en el principio de fuerza normativa de la Constitución, según el cual “La interpretación constitucional debe encontrarse orientada a relevar y respetar la naturaleza de la Constitución como norma jurídica, vinculante *in toto* y no sólo parcialmente. Esta vinculación alcanza a todo poder público (incluyendo, desde luego, a este Tribunal) y a la sociedad en su conjunto”³⁸.

No se trata de una interpretación aislada y forzada, un caso similar tuvo que resolver el Tribunal Constitucional Español en sus primeros años de funcionamiento, donde tuvo que definir la fuerza normativa del derecho constitucional a la objeción de conciencia, a pesar que no estaba desarrollado legislativamente. Esta sentencia es considerada una de las principales sentencias del TC Español, y es relevante revisarla pues se pronuncia sobre el tema que nos interesa: la fuerza vinculante directa de la Constitución. Nos referimos a la sentencia del Tribunal Constitucional Español 15/82, 23 de abril sobre objeción de conciencia³⁹.

“De ello no se deriva, sin embargo, que el derecho del objetor esté subordinado a la actuación del legislador. El que la objeción de conciencia sea un derecho que para su desarrollo y plena eficacia requiera la *interpositio legislatoris* no significa que sea exigible tan sólo cuando el legislador lo haya desarrollado, de modo que su reconocimiento constitucional no tendría otra consecuencia que la de establecer un mandato dirigido al legislador sin virtualidad para amparar por sí mismo pretensiones individuales. Como ha señalado reiteradamente este tribunal, los principios constitucionales y los derechos y libertades fundamentales vinculan a todos los poderes públicos [...] y son origen inmediato de derechos y obligaciones y no meros principios programáticos; el hecho mismo de que nuestra norma fundamental [...] prevea un sistema especial de tutela a través del recurso de amparo, [...] no es sino una confirmación del principio de su aplicabilidad inmediata”⁴⁰.

Luego agrega que:

³⁸ STC Exp. N° 05854-2005-AA/TC, f.j. 13. Ver también STC exp. N° 0976-2001-AA/TC, f.j. 5 y STC exp. N° 1124-2001-AA/TC, f.j. 6.

³⁹ Esta tesis puede ser consultada en Luis López Guerra, Las sentencias básicas del Tribunal Constitucional, centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 2000, pág. 79 y sgts.

⁴⁰ *Ibidem*, pág. 85.

“Es cierto que cuando se opera con esa reserva de configuración legal el mandato constitucional puede no tener, hasta que la regulación se produzca, más que un mínimo contenido [...] pero ese mínimo contenido ha de ser protegido, ya que de otro modo el amparo [...] de la Constitución carecería de efectividad y se produciría la negación radical de un derecho que goza de la máxima protección constitucional en nuestro ordenamiento jurídico. La dilación en el cumplimiento del deber que la Constitución impone al legislador no puede lesionar el derecho reconocido en ella”⁴¹.

Esta referencia es muy importante y se aplica a nuestro caso, toda vez que en el caso del derecho a la consulta, si bien no hay un procedimiento específico de la consulta previa, ello no impide que las normas del Convenio 169 de la OIT que reconocen dicho derecho, funcionen como criterio y parámetro de validez sustancial al momento de aprobar normas, partiendo de la premisa que, los derechos fundamentales son límites de la facultad legislativa del Congreso. Esta función de parámetro de validez no es otra cosa, que ese mínimo contenido vinculante y protegible.

Reconocimiento constitucional del derecho a la consulta

El derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas tiene cobertura constitucional directa a través de las normas referidas al sistema electoral, concretamente en los artículos 176, 178, 181 y 182 de la Constitución. Asimismo, tiene cobertura constitucional indirecta, a través de las normas que reconocen el derecho a la participación consagrado en los artículos 2.17 y 31 de la Constitución y el derecho a la identidad cultural, reconocidos en el artículo 2.19 de la Constitución.

De igual manera, tiene cobertura constitucional indirecta, toda vez que el derecho a la consulta de los pueblos indígenas ha sido reconocido en instrumentos internacionales de derechos humanos, firmados y ratificados por el Estado Peruano, entre los que se encuentra el Convenio 169 de la OIT, el cual ha sido incorporado al ordenamiento jurídico constitucional y al bloque de constitucionalidad, a través de las cláusulas de apertura⁴², contenidas en los artículos 3, 55 y en la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución. Volveremos luego sobre este tema.

Si revisamos nuestra Constitución veremos que el derecho a la consulta no ha sido recogido de forma expresa en el artículo 31 de nuestra Carta Política que recoge el derecho a la participación política. En efecto, al reconocer el derecho a la participación, nuestro constituyente ha reconocido un catálogo “cerrado” de derechos que permiten el ejercicio del derecho a participación política⁴³, a diferencia de otros países como por ejemplo Colombia, que han reconocido un catálogo abierto.

“Artículo 31°. Los ciudadanos tienen derecho a participar en los asuntos públicos mediante referéndum; iniciativa legislativa; remoción o revocación de autoridades y demanda de rendición de cuentas. Tienen también el derecho de ser elegidos y de elegir libremente a sus representantes, de acuerdo con las condiciones y procedimientos determinados por ley orgánica. Es derecho y deber de los vecinos participar en el gobierno municipal de su jurisdicción. La ley norma y promueve los mecanismos directos e indirectos de su participación. Tienen derecho al voto los ciudadanos en goce de su capacidad civil. El voto es personal, igual, libre, secreto y obligatorio hasta los setenta

⁴¹ Ibídem pág. 86.

⁴² Alejandro Saiz Arnaiz, La apertura constitucional al derecho internacional y europeo de los derechos humanos. El artículo 10.2 de la Constitución Española, Consejo general del Poder Judicial. Madrid, 1999, pág. 49.

⁴³ Cfr. Janeyri Boyer Carrera, “El derecho de participación política en el Perú desde una perspectiva comparada. Un derecho debilitado”, en Revista Diálogos con la Jurisprudencia N° 92, Mayo 2006, Gaceta Jurídica, Lima, 2006, pág. 36.

años. Es facultativo después de esa edad. Es nulo y punible todo acto que prohíba o limite al ciudadano el ejercicio de sus derechos”.

Otro tanto se puede decir del artículo 2 inciso 17 de la Constitución, en el sentido que estamos ante una norma que define una lista cerrada:

“Artículo 2°. Toda persona tiene derecho:

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

No obstante ello, el capítulo XIII referido al sistema electoral del Título IV de la Estructura del Estado de la Constitución, se reconocen de manera genérica la posibilidad de realizar consultas populares en varias disposiciones. Por ejemplo, el artículo 176 que es la norma general sobre el sistema electoral, luego de reconocer que el sistema electoral tiene por finalidad asegurar que las votaciones traduzcan la expresión auténtica, libre y espontánea de los ciudadanos, reconoce que éste tiene por funciones básicas la ejecución entre otros procesos de las consultas populares”

*“Artículo 176°. El sistema electoral tiene por finalidad asegurar que las votaciones traduzcan la expresión auténtica, libre y espontánea de los ciudadanos; y que los escrutinios sean reflejo exacto y oportuno de la voluntad del elector expresada en las urnas por votación directa. Tiene por funciones básicas el planeamiento, la organización y la ejecución de los procesos electorales o de referéndum u otras **consultas populares...**”.*

Adviértase, que a diferencia del artículo 31 que es cerrado, esta norma es abierta, pues deja abierta la posibilidad de realizarse otras consultas populares. No se trata de una afirmación suelta y aislada. Muy por el contrario, luego, el artículo 178 reconoce como competencias del JNE fiscalizar las consultas populares⁴⁴. Posteriormente en el artículo 181⁴⁵ de la Constitución se le reconoce al JNE la facultad de justicia electoral en materias entre las que destaca las consultas populares. En esa misma línea y en relación con la Oficina Nacional de Procesos Electorales señala el artículo 182 que le corresponde a esta **“organizar todos los procesos electorales, de referéndum y los de otros tipos de consulta popular...”**. De otro lado, el artículo 184 hace referencia a la facultad del JNE de “declara[r] la nulidad de un proceso electoral, de un referéndum o de otro tipo de consulta popular cuando los votos nulos o en blanco, sumados o separadamente, superan los dos tercios del número de votos emitidos”. Y finalmente, el artículo 185 precisa que **“el escrutinio de los votos en toda clase de elecciones, de referéndum o de otro tipo de consulta popular se realiza en acto público e ininterrumpido sobre la mesa de sufragio”**.

De la lectura de las normas referidas al sistema electoral, podemos concluir que si existe un reconocimiento general del derecho a las **“consultas populares”** en general, en primer lugar.

⁴⁴ “Artículo 178°. Compete al Jurado Nacional de Elecciones:

1. Fiscalizar la legalidad del ejercicio del sufragio y de la realización de los procesos electorales, del referéndum y de otras consultas populares, así como también la elaboración de los padrones electorales. [...]

5. Proclamar a los candidatos elegidos; el resultado del referéndum o el de otros tipos de consulta popular y expedir las credenciales correspondientes”.

⁴⁵ “Artículo 181°. El Pleno del Jurado Nacional de Elecciones aprecia los hechos con criterio de conciencia. Resuelve con arreglo a ley y a los principios generales de derecho. En materias electorales, de referéndum o de otro tipo de consultas populares, sus resoluciones son dictadas en instancia final, definitiva, y no son revisables. Contra ellas no procede recurso alguno”.

Ciertamente, ello solo es posible se hace necesario hacer una interpretación “sistemática”⁴⁶ de estas normas con el artículo 31 de la Constitución. Una interpretación de los artículos 2.17 y 31 de la Constitución de espaldas a las normas sobre sistema electoral desconocerían que el ordenamiento jurídico tiene una entidad propia distinta de las normas que lo integran. Olvidaría que el ordenamiento jurídico es un sistema, es decir, una estructura dotada de un orden interno, en el que sus elementos se relacionan entre sí armónicamente conjugados. Como consecuencia de esta condición sistemática, se atribuyen al ordenamiento jurídico una serie de características tales como la unidad, la coherencia y la plenitud⁴⁷. Según De Asís: “las normas cobran sentido en relación con el texto legal que las contiene o con el ordenamiento”; el denominado argumento sistemático es aquel en el que: “a un enunciado normativo o a un conjunto de enunciados normativos debe atribuirse el significado establecido por el sistema jurídico”⁴⁸. Asimismo, el criterio de coherencia establece que “las normas deben ser interpretadas de modo tal que se evite su contradicción con otras”⁴⁹.

Esta interpretación también es posible gracias a los principios de unidad de la constitución y concordancia práctica. Según el primero, la Constitución es considerada como un “todo” armónico y sistemático, desde el que el ordenamiento jurídico se interpreta. Por ello, no es posible realizar una interpretación aislada⁵⁰. Según el segundo, las disposiciones constitucionales que aparezcan como contradictorias deben ser interpretadas conjuntamente, sin sacrificar los valores constitucionales protegidos. Al final, el resultado de la interpretación debe procurar la protección de los derechos fundamentales⁵¹. Una segunda conclusión que podemos sacar de esto, es que, al estar en el capítulo sobre sistema electoral las normas sobre consultas populares, este derecho se entronca y se ancla en los derechos políticos, es decir, en el derecho de participación política.

En todo caso, esto no es nada nuevo, para el Estado pues las propias normas reglamentarias aprobadas para implementar el derecho a la consulta así lo han reconocido. Es el caso por ejemplo del artículo 5 del Decreto Supremo 28-2008-EM (Reglamento de participación ciudadana en el subsector minero), que reconoce como fundamento de la consulta el derecho a la participación, o el decreto supremo 12-2008-EM (Reglamento de participación ciudadana para la realización de actividades de hidrocarburos). En este último caso, el considerando primero y el artículo 1

⁴⁶ Según De Asís “deben ser interpretados de forma coherente con el ordenamiento. Éste es precisamente el significado general del criterio sistemático” Rafael De Asís Roig, *Jueces y normas: La decisión judicial desde el ordenamiento*. Madrid: Marcial Pons, 1995, pág. 206.

⁴⁷ José Luis Del Hierro, *Introducción al Derecho*. Madrid: Editorial Síntesis, 1997, pág. 96.

⁴⁸ De Asís Roig, op. cit., 1995, pág. 188.

⁴⁹ *Ibidem*.

⁵⁰ Para el TC el principio de interpretación sistemática y unitaria de la Constitución señala que los diferentes operadores del sistema de justicia, al interpretar cada una de las cláusulas de la Constitución, no ha de entenderlas como si cada una de ellas fuera compartimentos estancos o aislados, sino cuidando de que se preserve la unidad de conjunto y de sentido, cuyo núcleo básico lo constituyen las decisiones políticas fundamentales expresadas por el Poder Constituyente. Por ello, ha de evitarse una interpretación de la Constitución que genere superposición de normas, normas contradictorias o redundantes”. STC exp. N° 0005-2003-AI/TC, f.j. 23. Ver también STC exp. N° 5854-2005-PA/TC, f.j. 12.

⁵¹ Para el TC, el Principio de coherencia normativa señala que “Dicha noción implica la existencia de la unidad sistémica del orden jurídico, lo que, por ende, presume una relación armónica entre las normas que lo conforman. Ello es así por la necesaria e imprescindible compatibilidad, conexión axiológica, ideológica y lógica entre los deberes y derechos asignados, además de las competencias y responsabilidades establecidas en el plano genérico de las normas de un orden jurídico. Lo opuesto a la coherencia es la antinomia o conflicto normativo, es decir, la existencia de situaciones en las que dos o más normas que tienen similar objeto, prescriben soluciones incompatibles entre sí, de modo tal que el cumplimiento o aplicación de una de ellas acarrearía la violación de la otra, ya que la aplicación simultánea de ambas resulta imposible. Como puede colegirse de lo expuesto, la coherencia se ve afectada por la aparición de las denominadas antinomias. Estas se generan ante la existencia de dos normas que simultáneamente plantean consecuencias jurídicas distintas para un mismo hecho, suceso o acontecimiento. Allí se cautela la existencia de dos o más normas afectadas “por el síndrome de incompatibilidad” entre sí. STC exp. N° 0005-2003-AI/TC, f.j. 4. Ver también STC exp. N° 5854-2005-PA/TC, f.j. 12.

reconocen que el fundamento del derecho a la consulta es la participación ciudadana. Por último, solo basta con mirar el título de ambas normas, para darse cuenta que ambas están sustentadas en la participación ciudadana.

Se puede apreciar en consecuencia, que el derecho a la consulta no es ajeno a los valores, derechos y principios contenidos en la Constitución. Todo lo contrario, éste está conectado con el derecho a la participación política, el cual a su vez tiene como sustento y fundamento, el principio democrático o principio de la soberanía del pueblo, que sustenta y da forma al Estado Constitucional de Derecho junto con el derecho y principio de dignidad humana. Sobre este punto volveremos más tarde. En conclusión, independientemente que la Constitución Política no haya reconocido literalmente el derecho el derecho a la consulta en el artículo 31, este derecho está incorporado al elenco de derechos reconocido en la Constitución. Ello es posible en virtud de su consagración en las normas sobre sistema electoral y en el propio Convenio 169 de la OIT, el cual como dijimos, al contener derechos humanos de los pueblos indígenas y al haber sido firmado y ratificado por el Estado Peruano, devienen en normas de aplicación inmediata.

El derecho a la consulta previa ya ha comenzado a ser desarrollado legislativamente

Prueba de la fuerza normativa del Convenio 169 de la OIT y del derecho a la consulta es que muchas normas de naturaleza legal o reglamentaria se han expedido al amparo de las mismas. Si bien aún no se ha desarrollado en específico el procedimiento a seguirse para realizar la consulta previa de actos normativos o administrativos susceptibles de afectar directamente a los pueblos indígenas, diversas normas han sido aprobadas a nivel de la legislación interna que recogen la mayoría de las veces tangencialmente el derecho a la consulta, y en otros casos, cuando lo han intentado desarrollar lo ha desnaturalizado, pues buena parte de estas normas lo reducen a meros actos de información antes que a verdaderos procesos de consulta conforme a lo establecido en el Convenio⁵². Entre las más importantes tenemos⁵³:

- Decreto Supremo N° 028-2008-EM mediante el cual aprueban el Reglamento de participación ciudadana en el sub sector minero.
- Resolución Directoral N° 304-2008 MEM/DM, mediante la cual se aprueban normas que regulan la participación ciudadana en el subsector minero
- Decreto Supremo N° 12-2008-EM norma mediante la cual se aprobó el Reglamento de Participación Ciudadana para la realización de actividades de hidrocarburos y publicado el 20 de febrero del año 2008.
- La Ley N° 28611 (13/10/05), Ley General del Ambiente, cuyo artículo 70° dispone que las autoridades públicas deben promover la participación e integración en la gestión del ambiente de los pueblos indígenas, comunidades campesinas y nativas.
- La Resolución Ministerial N° 596-2002-EM-DM, que aprueba el Reglamento de Consulta y Participación Ciudadana en el Procedimiento de Aprobación de los Estudios Ambientales en el Sector Energía y Minas, del Ministerio de Energía y Minas. Esta norma fue sustituida por el Decreto Supremo N° 028-2008-EM, mediante la cual se aprobó el Reglamento de participación ciudadana en el sub sector minero, la cual fue publicada el 27 de mayo del año 2008.

⁵² Wuille M. Ruiz Figueroa, “El Convenio 169 OIT sobre pueblos indígenas y tribales: derecho a la consulta y participación en el aprovechamiento de los recursos naturaleza”, ponencia en el seminario “Gobernabilidad y las industrias extractivas en territorios indígenas”, Lima, 1-2 de febrero 2007, organizado por la Asociación Paz y Esperanza, pág. 18.

⁵³ Cfr. Perú, Informe Alternativo 2006 sobre el Convenio 169 de la OIT. Versión abreviada, Paz y Esperanza, Lima, 2006, págs. 23 y 24.

- El Decreto Supremo N° 042-2003-EM, que establece el compromiso previo de las empresas mineras de respetar las instituciones, autoridades, culturas y costumbres de las localidades donde operan, del Ministerio de Energía y Minas.
- La Resolución Ministerial N° 010-2001-EM/DGAA, que establece el proceso de consulta en las actividades energéticas, mineras y de hidrocarburos del Ministerio de Energía y Minas.
- Guía de Relaciones Comunitarias. Sub sectores electricidad, hidrocarburos y minería. Dirección General de Asuntos Ambientales, Ministerio de Energía y Minas, Lima Perú. Enero, 2001.
- La Directiva N° 012-2000- PROMUDEH/SETAI, que reconoce el derecho de los pueblos indígenas a ser consultados y a participar en toda decisión que los involucre o pueda afectarlos, del Ministerio de la Mujer y Desarrollo Social.

No son las únicas normas⁵⁴, sin embargo, si nos da una idea de la recepción en la legislación interna inicial. No es el lugar ni la oportunidad de analizarlas, basta señalar que existen normas legales y reglamentarias que ya regulan el derecho a la consulta y que una tarea pendiente es evaluar si estos decretos supremos se ajustan a la Constitución y al Convenio 169 de la OIT.

El derecho a la participación política y el principio democrático como fundamentos del derecho a la consulta de los pueblos indígenas

El ejercicio del derecho a la consulta permite ejercer, concretar y proteger diferentes derechos “sustanciales” de los pueblos indígenas todos ellos reconocidos en el Convenio 169 de la OIT, el cual sabemos tiene rango constitucional. Nos referimos al derecho a la participación política, al derecho a la identidad cultural, al derecho a sus territorios, al derecho a su autodeterminación, al derecho al desarrollo, y al derecho al medio ambiente sano. En este texto haremos referencia solo a dos derechos, al derecho a la participación y al derecho a la identidad cultural⁵⁵.

Pero además, no solo se trata de que el derecho a la consulta, concrete otros derechos, sino a su vez, que está conectados con otros derechos, los cuales no pueden ser interpretados de forma aislada, toda vez que ello es incompatible con la naturaleza interdependiente e indivisible del conjunto de derechos. Es el caso del derecho a la consulta, el cual, como lo ha puntualizado la Corte Constitucional de Colombia, “constituye un instrumento básico para preservar la integridad étnica, social, económica y cultural de las comunidades de indígenas y para asegurar, por ende, su subsistencia como grupo social”⁵⁶. En otra oportunidad la Corte Constitucional de Colombia ha señalado que “existe un nexo muy claro entre la consulta como mecanismo de participación y la defensa de la integridad cultural de las comunidades étnicas”⁵⁷.

⁵⁴ Wuille Ruiz Figueroa en su ponencia en el seminario “Gobernabilidad y las industrias extractivas en territorios indígenas” señala como normas que han desarrollado el derecho a la consulta las siguientes: • Ley N° 26570, Ley de Servidumbre Minera; Ley N° 27037, Ley de Promoción de Inversión en la Amazonía; Resolución Ministerial N° 728-99-EM/ VMM, Reglamento de participación ciudadana en el procedimiento de aprobación de los estudios ambientales presentados al Ministerio de Energía y Minas; Ley N° 27446, Ley del Sistema Nacional de Evaluación del Impacto Ambiental; Resolución Directoral N° 006-2004-MTC, Reglamento de Consulta y Participación Ciudadana en el Proceso de Evaluación Ambiental y Social en el Sub sector Transportes; Decreto Supremo N° 066-2005-EM, Establece que la Dirección General de Gestión Social es el órgano encargado de la promoción de relaciones armoniosas entre las empresas mineras y la sociedad civil, así como de la prevención y solución de conflictos en el sub sector; Decreto Supremo N° 015-2006-EM, Reglamento para la protección ambiental en las actividades de hidrocarburos. Deroga el Decreto Supremo N° 046-93-EM.30; etc.

⁵⁵ No podemos perder de vista que los derechos humanos en general y los derechos de los pueblos indígenas en particular, son interdependientes e indivisibles.

⁵⁶ Ver las siguientes sentencias de la Corte Constitucional de Colombia T-188 del año 1993, T-342 de 1994, SU 039 de 1997, C-825 de 2001 y la C-825 de 2001.

⁵⁷ Corte Constitucional de Colombia C-620 de 2003.

El derecho a la consulta es una manifestación y una concreción del derecho constitucional a la participación política. El derecho a la participación política es la facultad que tienen todos los seres humanos de intervenir en los más diversos aspectos de la vida en sociedad⁵⁸. Parte del contenido de este derecho fundamental, es sin lugar a dudas el derecho a elegir y ser elegidos. Sin embargo, ahí no se agota, el derecho de los ciudadanos a participar en consultas es una manifestación del derecho a la participación política reconocido en la Constitución Política en diferentes preceptos constitucionales⁵⁹.

El derecho a la participación no solo está recogido en el artículo 2.17 y 31 y en las normas referidas al sistema electoral. También tenemos el artículo 23 de la Convención Americana de Derechos Humanos que consagra los Derechos Políticos⁶⁰. Tenemos de igual modo, el artículo 21 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el artículo XX de la Declaración Americana y 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. De conformidad con el inciso 1 letra a del artículo 23 antes mencionado, el derecho a la participación se da en los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos. Habría que preguntarse qué puede haber más público en una comunidad, que la opinión de sus miembros sobre determinadas normas o medidas que le afecten.

Como podemos apreciar, el derecho a la participación política ha sido recogido por diferentes artículos de la carta política, lo cual no hace otra cosa que evidenciar la importancia y la trascendencia de este derecho en el Estado democrático⁶¹. Así mismo, es pertinente señalar que la carta política es clara cuando dice que la participación se da en la vida política, económica, social y cultural de la Nación. Advertimos también, que no se restringe este derecho al campo estrictamente

⁵⁸ Luis Huerta. El derecho fundamental a la participación política. En *Lecturas sobre temas Constitucionales*. Comisión Andina de Juristas. N° 12, Lima, 1996, pág. 59.

⁵⁹ Artículo 2°. Toda persona tiene derecho:

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

Artículo 31°. Los ciudadanos tienen derecho a participar en los asuntos públicos mediante referéndum; iniciativa legislativa; remoción o revocación de autoridades y demanda de rendición de cuentas. Tienen también el derecho de ser elegidos y de elegir libremente a sus representantes, de acuerdo con las condiciones y procedimientos determinados por ley orgánica. Es derecho y deber de los vecinos participar en el gobierno municipal de su jurisdicción. La ley norma y promueve los mecanismos directos e indirectos de su participación. Tienen derecho al voto los ciudadanos en goce de su capacidad civil. El voto es personal, igual, libre, secreto y obligatorio hasta los setenta años. Es facultativo después de esa edad. Es nulo y punible todo acto que prohíba o limite al ciudadano el ejercicio de sus derechos.

Artículo 35°. Los ciudadanos pueden ejercer sus derechos individualmente o a través de organizaciones políticas como partidos, movimientos o alianzas, conforme a ley. Tales organizaciones concurren a la formación y manifestación de la voluntad popular. Su inscripción en el registro correspondiente les concede personalidad jurídica. La ley establece normas orientadas a asegurar el funcionamiento democrático de los partidos políticos, y la transparencia en cuanto al origen de sus recursos económicos y el acceso gratuito a los medios de comunicación social de propiedad del Estado en forma proporcional al último resultado electoral general.

⁶⁰ Artículo 23.- Derechos Políticos

1. Todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades.

a) de participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos;
b) de votar y ser elegidos en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores, y
c) de tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país.

⁶¹ El artículo 2.17 y el 31 no son los únicos artículos que hacen referencia al derecho a la participación política. El artículo 13 de la Constitución Política señala el derecho de los padres de participar en el proceso educativo, el artículo 21 de la misma hace referencia a la participación de privada en la conservación, restauración exhibición y difusión del patrimonio cultural de la nación, el artículo 24 del mismo cuerpo normativo a la participación de las organizaciones representativas de los trabajadores y de los empleadores en la regulación por el Estado de las remuneraciones mínimas, el artículo 29 de la norma suprema hace referencia a la participación de los trabajadores en la utilidad de la empresa, el artículo 153 de la carta política sobre la participación política de los jueces política, el artículo 163 señala la participación ciudadana en la defensa nacional, etc.

político, sino que abre este derecho a un conjunto de dimensiones, que van más allá de la elección de autoridades políticas. Es por ello que para Marcial Rubio, el artículo 2 inciso 17 establece “el derecho global de las personas a la participación en las dimensiones política, económica, social y cultural de la Nación”⁶². Para este autor, la participación individual supone el derecho del individuo a involucrarse por sí, y sin el concurso inmediato al menos de otras personas, en las diferentes dimensiones de la vida social⁶³.

El derecho a la participación no se encuentra limitado a lo que tradicionalmente se conoce como política como lucha por el poder, sino como las distintas formas de distribución de poder que permiten incidir en la dirección de lo público en general⁶⁴. La participación política es un fenómeno complejo y de carácter pluridimensional pues, puede tener diversas expresiones caracterizadas por un grado de influencia, precisión en la información, amplitud del resultado, grado de conflicto, nivel de iniciativa personal y grado de cooperación con otros.⁶⁵

Para el TC, el derecho a la participación “constituye un derecho fundamental cuyo ámbito de protección es la libre intervención en los procesos y la toma de decisiones en el ámbito político, económico, social y cultural. La participación política constituye un derecho de contenido amplio e implica la intervención de la persona, en todo proceso de decisión, en los diversos niveles de organización de la sociedad. De ahí que éste no se proyecta de manera restrictiva sobre la participación de la persona en el *Estado-aparato* o, si se prefiere, en el *Estado-institución*, sino que se extiende a su participación en el *Estado-sociedad*, es decir, en los diversos niveles de organización, público y privado”⁶⁶.

En todo caso, lo que hay que tener claro es que –siguiendo a Marcial Rubio- la vida política es la que tiene relación con el ejercicio del poder y su organización, que en parte es la de todo el aparato del Estado. Asimismo, que en política se participa de muchas maneras, las más elementales son la expresión de la opinión pública y el ejercicio del derecho al voto⁶⁷.

Esta ha sido la opción interpretativa de la Corte Constitucional de Colombia, la cual ha sustentado no solo que el derecho a la consulta es un derecho fundamental, sino que el fundamento de ella es el derecho a la participación. En la sentencia recaída en el exp. N° SU-039 del año 1997, este alto tribunal señaló que:

“3.3. La Constitución en diferentes normas alude a la participación ciudadana que ofrece diferentes modalidades [...] Por lo tanto, la única forma de participación no es la política.

A juicio de la Corte, la participación de las comunidades indígenas en las decisiones que pueden afectarlas en relación con la explotación de los recursos naturales ofrece como particularidad el hecho o la circunstancia observada en el sentido de que la referida participación, a través del mecanismo de la consulta, adquiere la connotación de derecho fundamental, pues se erige en un instrumento que es básico para preservar la integridad étnica, social, económica y cultural de las comunidades de indígenas y para asegurar, por ende, su subsistencia como grupo social. De este modo la participación no se reduce

⁶² Marcial Rubio. Estudio de la Constitución Política de 1993, Fondo Editorial PUCP, volumen I, Lima, 1999, pág. 369.

⁶³ *Ibidem*.

⁶⁴ María Cuevas García, Derechos Humanos y participación política. Puede ser consultado en: <http://www.ucab.edu.ve/ucabnuevo/cdh/recursos/anexo2.doc>

⁶⁵ José Molina Vega y Carmen Pérez Barlat. Carmen. Participación política y derechos humanos. En: Revista IIDH, N° 34 35, San José, 1995, págs. 15 – 16.

⁶⁶ STC exp. N° 5741 – 2006 – PA/TC, f.j. 3.

⁶⁷ Marcial Rubio, op. Cit., pág. 369.

meramente a una intervención en la actuación administrativa dirigida a asegurar el derecho de defensa de quienes van a resultar afectados con la autorización de la licencia ambiental [...] sino que tiene una significación mayor por los altos intereses que ella busca tutelar, como son los atinentes a la definición del destino y la seguridad de la subsistencia de las referidas comunidades.

El derecho de participación de la comunidad indígena como derecho fundamental (art. 40-2 C.P.), tiene un reforzamiento en el Convenio número 169, aprobado por la ley 21 de 1991, el cual está destinado a asegurar los derechos de los pueblos indígenas a su territorio y a la protección de sus valores culturales, sociales y económicos, como medio para asegurar su subsistencia como grupos humanos. De este modo, el citado Convenio, que hace parte del ordenamiento jurídico en virtud de los arts. 93 y 94 de la Constitución, integra junto con la aludida norma un bloque de constitucionalidad que tiende a asegurar y hacer efectiva dicha participación.” (Resaltado nuestro)

De otro lado, debemos de tomar en cuenta que el derecho a la participación política tiene su fundamento y su raíz en el principio democrático⁶⁸, que es constitutivo⁶⁹ del Estado Peruano, tal como se desprende del artículo 43° de la Constitución Política que establece que la República del Perú “es democrática” y del artículo 3° del mismo cuerpo normativo, que hace alusión al principio del “Estado Democrático de Derecho”. Para la doctrina española, la soberanía popular basamento de la democracia constitucional se expresa o realiza justamente a través del ejercicio de dicha soberanía por el pueblo; esto es, a través de la participación activa de éste en la gestión y decisión de los asuntos públicos⁷⁰. El derecho a la participación no es, por tanto, un derecho o libertad pública más, sino la auténtica vertiente subjetivada de toda la estructura democrática del Estado⁷¹.

Como bien señala el TC “La democracia, etimológica y coloquialmente entendida como el “gobierno del pueblo”⁷², mal podría ser concebida como un atributo o característica más del Estado social y democrático de derecho, pues, en estricto, Norma Constitucional y Democracia, son dos factores que se condicionan de modo recíproco”⁷³. En efecto, el carácter democrático no es una característica más del Estado democrático de derecho, sino una de sus elementos constitutivos, a tal punto que el mismo TC señala que la Constitución es la expresión jurídica de un hecho político democrático, pues es la postulación jurídica de la voluntad del Poder Constituyente, como un *totus* social en el que subyace la igualdad⁷⁴.

El mismo TC ha señalado que “el principio democrático, inherente al Estado social y democrático de derecho, alude no sólo al reconocimiento de que toda competencia, atribución o facultad de los poderes constituidos emana del pueblo (principio político de soberanía popular) y de su voluntad plasmada en la Norma Fundamental del Estado (principio jurídico de supremacía constitucional),

⁶⁸ Esto es consenso en la doctrina. Cfr. Luis Prieto Sanchis, ley, Principios, derechos, Instituto de derechos Humanos “Bartolome de las Casas”, Universidad Carlos III de Madrid, Dykinson, 1998, pág. 51. ver también Gustavo Zagrebelsky, El Derecho dúctil, Trotta, Madrid, 1995, págs. 111.

⁶⁹ Mijail Mendoza Escalante. Los Principios Fundamentales del Derecho Constitucional Peruano. Gráfica Bellido, Lima, 2000, pág. 23. Para este autor “Todo sistema constitucional, entendido éste como sistema normativo de la Constitución y que pertenezca por tanto a cualquier Estado, presenta un conjunto de principios fundamentales. Así, en toda Constitución encontramos disposiciones que atañen a las “decisiones políticas fundamentales” en términos de Schmitt, esto es, aquellas que a diferencia del resto de disposiciones constitucionales de detalle o materia diversa, determinan la concreta forma de la unidad política que es el Estado. Según Mortati, se trata del núcleo de principios que constituyen los lineamientos fundamentales que vertebran al Estado y que por lo tanto lo identifican. Tales elementos son así consustanciales a todo sistema constitucional en tanto se presentan como constitutivos del mismo”.

⁷⁰ Fernando Garrido Falla y otros. Comentario a la Constitución. Editorial Civitas SA. Madrid 1985, pág. 443.

⁷¹ *Ibidem*.

⁷² STC exp. N° 0030-2005-AI/TC, f.j. 19.

⁷³ *Ibidem*.

⁷⁴ *Ibidem*.

sino también a la necesidad de que dicho reconocimiento originario se proyecte como una realidad constante en la vida social del Estado, de manera tal que, a partir de la institucionalización de los cauces respectivos, cada persona, individual o colectivamente considerada, goce plenamente de la capacidad de participar de manera activa “en la vida política, económica, social y cultural de la Nación”, según reconoce y exige el artículo 2º, inciso 17, de la Constitución”⁷⁵. (Subrayado nuestro)

En otra oportunidad y en relación con el derecho a la participación política, el TC ha señalado que “La democracia se fundamenta pues, en la aceptación de que la persona humana y su dignidad son el inicio y el fin del Estado (artículo 1º de la Constitución), por lo que su participación en la formación de la voluntad político-estatal es presupuesto indispensable para garantizar el máximo respeto a la totalidad de sus derechos constitucionales”⁷⁶.

En todo caso lo que debemos de tener claro es que si bien el derecho a la participación y el derecho a la consulta están estrechamente vinculados, no toda violación del derecho a la participación implicará una violación al derecho a la consulta. Como lo señala la propia Corte Constitucional de Colombia, “*la consulta previa a la ley, es adicional a la participación que se les debe dar a los pueblos indígenas a partir de su entrada en vigencia, esto es, con posterioridad a la expedición de la respectiva ley; destacándose el especial cuidado que deben observar las autoridades que tienen a su cargo el desarrollo administrativo de la misma, particularmente en lo tocante a la adopción de las medidas administrativas susceptibles de afectar directamente los intereses de tales pueblos*”⁷⁷.

Asimismo, el TC ha señalado de manera clara y precisa que “el principio democrático”⁷⁸ se materializa a través de la participación directa, individual o colectiva, de la persona como titular de una suma de derechos de dimensión tanto subjetiva como institucional (derecho de voto, referéndum, iniciativa legislativa, remoción, o revocación de autoridades, demanda de rendición de cuentas, expresión, reunión, etc.), así como en su participación asociada, a través de organizaciones orientadas a canalizar el pluralismo político”⁷⁹.

Como podemos apreciar entonces, “consustancial a tal cometido es el reconocimiento de un gobierno representativo (artículo 45º de la Constitución) y del principio de separación de poderes (artículo 43º de la Constitución), de mecanismos de democracia directa (artículo 31º de la Constitución), de organizaciones políticas (artículo 35º de la Constitución), del principio de alternancia en el poder y de tolerancia; así como de una serie de derechos fundamentales cuya vinculación directa con la consolidación y estabilidad de una sociedad democrática hace de ellos, a su vez, garantías institucionales de ésta”⁸⁰. Agrega el TC que “Una sociedad en la que no se encuentren plenamente garantizados estos derechos, sencillamente, o no es una comunidad democrática, o su democracia, por incipiente y debilitada, se encuentra, por así decirlo, “herida de muerte”⁸¹.

⁷⁵ STC exp. N° 4677-2004-PA, f.j. 12.

⁷⁶ STC exp. N° 0030-2005-AI/TC, f.j. 22.

⁷⁷ Sentencia C-891 de 2002.

⁷⁸ Ibídem.

⁷⁹ Ibídem, fundamento 23.

⁸⁰ Sentencia del TC recaída en el exp. N° 0030-2005-AI/TC, fundamento 22. Agrega el TC que: “Entre éstos se encuentran los denominados derechos políticos, enumerados en los artículos 2º, inciso 17 y 30º a 35º (entre ellos destaca, de modo singular, el derecho de los ciudadanos a ser elegidos y de elegir libremente a sus representantes, de acuerdo con las condiciones y procedimientos determinados por ley orgánica), los derechos a las libertades de información, opinión, expresión y difusión del pensamiento mediante la palabra oral o escrita o la imagen (artículo 2º, inciso 4), de acceso a la información pública (artículo 2º, inciso 5), de reunión (artículo 2º, inciso 12) y de asociación (artículo 2º, inciso 13)”

⁸¹ STC exp. N° 0030-2005-AI/TC, f.j. 22.

Por otro lado, es necesario subrayar que la Convención Americana de Derechos Humanos opta de manera inequívoca por la Democracia, la que es afirmada tanto en su preámbulo como en el conjunto de sus disposiciones. De acuerdo con este espíritu, la Convención sitúa el origen del poder en la soberanía del pueblo, lo cual supone el derecho de todos los ciudadanos “a participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes” de conformidad con el artículo 23° inciso 1 literal a de dicho cuerpo normativo. De otro lado, para hacer efectiva esta participación todos los ciudadanos tienen derecho a “votar y ser elegidos en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual”, en consonancia con el artículo 23 inciso 1 letra b de la misma Convención.

La importancia que la Convención Americana sobre Derechos Humanos da a los derechos políticos, es tan grande que no permite su suspensión ni siquiera “en caso de guerra de peligro públicos o de otra emergencia que amenace la independencia o la seguridad del Estado”, en consonancia con su artículo 27°. Es decir, que los derechos políticos, para el Pacto de San José de Costa Rica, son tan inderogables como el derecho a la vida. Obsérvese que la Convención Americana obliga a sus Estados partes a tener “instituciones democráticas”, mientras no les permite suspender los derechos políticos que define en su artículo 23°. Esto significa que la Convención entiende por “instituciones democráticas” solamente las que surgen mediante el ejercicio de los derechos políticos enumerados en su artículo 23°. En caso contrario, una institución, para la Convención no es democrática.

Asimismo, se puede apreciar que todo el sistema interamericano de derechos humanos se formula y se basa en la existencia de un sistema democrático como marco de respeto y protección de los derechos humanos. La misma Corte Interamericana de Derechos Humanos ha dado un respaldo categórico a este concepto estableciendo que el respeto y protección de los derechos humanos quedan sujetos a las justas exigencias de una sociedad democrática⁸².

De otro lado, el texto como el preámbulo de la Convención, han establecido que el respeto de los derechos debe darse dentro del sistema democrático o dentro del “cuadro de las instituciones democráticas”. Precisamente de acuerdo con ello, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que “las justas exigencias de la democracia” son las que orientan la interpretación de las normas de la Convención “y en particular de aquellas disposiciones que están críticamente relacionadas con la preservación y funcionamiento de las instituciones democráticas”⁸³.

Concluimos, que el principio democrático se concreta mediante la participación directa, individual de las personas miembros de los pueblos indígenas en los procesos de consulta previa, y que el no respeto de éste, no solo implica una violación del derecho a la participación política, sino que afecta uno de los elementos constitutivos que vertebran el Estado Constitucional de Derecho, como es el principio democrático.

El derecho a la consulta como una herramienta para garantizar el derecho constitucional a la identidad cultural

⁸² La colegiación obligatoria de periodistas (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A No. 5, párrafo 67. Ver http://www.corteidh.or.cr/seriea/seriea_05_esp.doc. En el párrafo 66 la referida opinión consultiva precisa que “Es posible entender el bien común, dentro del contexto de la Convención, como un concepto referente a las condiciones de la vida social que permiten a los integrantes de la sociedad alcanzar el mayor grado de desarrollo personal y la mayor vigencia de los valores democráticos. En tal sentido, puede considerarse como un imperativo del bien común la organización de la vida social en forma que se fortalezca el funcionamiento de las instituciones democráticas y se preserve y promueva la plena realización de los derechos de la persona humana...”. (subrayado nuestro)

⁸³ *Ibidem*, párrafo 44.

No solo el derecho a la participación sustenta el derecho a la consulta. Este último es una herramienta mediante la cual el Estado cumple con su obligación no solo de reconocer sino de proteger el derecho a la identidad cultural⁸⁴ de los miembros de las comunidades indígenas, campesinas y nativas, cuando son procesados ante la justicia ordinaria, tal como lo exige el artículo 2 inciso 19 de la Constitución.

“Artículo 2°. Toda persona tiene derecho:

(...)

19. A su identidad étnica y cultural. El Estado reconoce y protege la pluralidad étnica y cultural de la Nación”.

Como veremos a continuación, este derecho ha sido desarrollado tanto por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional como por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En relación con el máximo órgano de control de la constitucionalidad, debemos de decir que el derecho a la identidad cultural no ha sido ajeno a su jurisprudencia. Este ha merecido un desarrollo constitucional interesante de las normas constitucionales referidas a los derechos culturales, aún cuando todavía insuficiente. No se trata de una interpretación más, se trata de la interpretación que de la Constitución realiza el supremo y definitivo intérprete de la Constitución, de conformidad con el artículo 1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

Comienza el TC reconociendo el multiculturalismo y pluriétnicidad en la Constitución, señalando que “el Constituyente ha proyectado en la Constitución formal un elemento esencial de la Constitución material de la Nación peruana: su multiculturalismo y pluriétnicidad. Se trata de una concreción del principio de Estado social y democrático de derecho, establecido en el artículo 43° de la Constitución”⁸⁵. En otro momento dirá que “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”⁸⁶.

En esa misma línea de reconocimiento de una realidad cultural material y profundamente heterogénea, el TC señala que “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”⁸⁷.

⁸⁴ Para Stavenhagen pueden identificarse tres formas de entender el concepto de cultura. El primer lugar, cultura como capital. Esto es como la herencia o patrimonio cultural de la humanidad, o de determinado grupo social. Esta forma de entender la cultura asimila ésta al concepto de obra: libros, edificios, monumentos, obras artísticas e intelectuales en general. Otra forma de entender la cuestión asimila cultura a actividad creativa. Desde este punto de vista, la cultura no consiste en un acervo de obras, sino en la acción misma de creación intelectual. Una tercera acepción, más amplia, colige que el concepto cultura refiere un modo de vida, es decir, como la suma total de actividades espirituales y productos de un grupo social dado que distingue al mismo de otros grupos sociales. Cfr. Rodolfo Stavenhagen citado por Protección Internacional de los Derechos Económicos Sociales y Culturales. Sistema Universal y Sistema Interamericano, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Costa Rica, 2008, pág. 305.

⁸⁵ STC exp. N° 00020-2005-AI/TC, f.j. 99.

⁸⁶ STC exp. N° 0042-2004-AI/TC, f.j. 1.

⁸⁷ STC exp. N° 0042-2004-AI/TC, f.j. 1.

Es más el TC señala con firmeza que la heterogeneidad de nuestra sociedad no es una falla histórica, sino una virtud que debemos celebrar⁸⁸: “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.

Posteriormente, reconduce lo cultural a los principios constitucionales de tolerancia, de pluralismo y de respeto a la costumbre: “Por su parte, el artículo 43° 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 concreten en grupos minoritarios, no puede ser razón válida para desconocer o, peor aún, menoscabar sus legítimas manifestaciones. Por el contrario, cuando al acto apoyado en el principio mayoritario acompaña el avasallamiento, éste pierde su valor de neutralidad, y prevalecen los valores contra mayoritarios de la Constitución, como la igualdad (inciso 2 del artículo 2°) y el pluralismo (inciso 19 del artículo 2°, artículo 43° y artículo 60°) para recomponer el equilibrio constitucional del que el poder tiende a desvincularse”⁸⁹.

De igual manera, en relación con la importancia de lo “cultural”, señala el TC que estas disposiciones constitucionales, junto con la dignidad humana –como premisa antropológica–, constituye la dimensión principal del contenido cultural de nuestra Constitución, es decir, el conjunto de rasgos distintivos espirituales y materiales, intelectuales y afectivos que caracterizan a una sociedad o a un grupo social; el cual abarca, además de las artes y las letras, los modos de vida, las maneras de vivir juntos, los sistemas de valores, las tradiciones y creencia⁹⁰.

De otro lado, desarrolla e intenta precisar y diferenciar los conceptos de identidad étnica e identidad cultural “La Constitución reconoce, entonces, el derecho tanto a la identidad cultural como a la identidad étnica. Si bien se trata de conceptos jurídicos indeterminados, este Tribunal considera que se trata de dos ámbitos de protección de la identidad cultural, entendidos como identidad de un grupo social y también como expresión cultural general”⁹¹. Agrega el TC que por un lado se trata de la identidad de los grupos étnicos, es decir, de “(...) aquellas características, cualesquiera que puedan ser que, al prevalecer dentro del grupo y distinguirlo de los demás, nos inclinan a considerarlo un pueblo aparte. Para el hombre de la calle un pueblo es el equivalente de lo que el informado llama un grupo étnico”; y, por otro, de la identidad cultural general, esto es, de la identidad de todo grupo social que se genera en el proceso histórico de compartir experiencias y luchas sociales comunes para autodefinirse como pueblo. Por ello, puede afirmarse que entre identidad cultural e identidad étnica existe una relación de género a especie”⁹².

⁸⁸ Carlos Giménez Moreno señala que un punto central para comprender el pluralismo cultural, es que se parte de la afirmación que la diversidad cultural no es un problema ni una carga atávica, sino muy por el contrario, ella es buena y positiva por enriquecedora. Esto significa, que no sólo no hay que rechazarla tratando de hacer homogénea la sociedad, sino que hay que respetarla, aprovecharla, celebrarla. Se trata en otras palabras, de dar espacio y lugar a todas estas experiencias. Para Giménez, se trata de la denominada y defendida “celebración de la diferencia”. Para este autor, se trata de una propuesta de suma y no de resta, todas las expresiones culturales, étnicas, religiosas, lingüísticas, están llamadas a estar presentes en la comunidad sociopolítica, a desarrollarse sin represión, libremente.³⁰ Carlos GIMÉNEZ ROMERO, “Pluralismo, Multiculturalismo e Interculturalidad. Propuesta de clarificación y apuntes educativos”, *Educación y Futuro*, núm. 8, abril 2003, Madrid, Centro de Enseñanza Superior en Humanidades y Ciencias de la Educación “Don Bosco”, p.7, disponible en Internet: http://www.cesdonbosco.com/revista/impresa/8/estudios/texto_c_gimenez.doc.

⁸⁹ STC exp. N° 00020-2005-AI/TC, f.j. 100.

⁹⁰ STC exp. N° 0042-2004-AI, f.j. 1.

⁹¹ STC exp. N° 0006-2008-PI/TC, f. j. 19.

⁹² *Ibidem*.

Asimismo, el TC desarrolla y establece tres obligaciones que le corresponden al Estado frente al tema cultural, el deber de respetar, el deber de promover y el deber de no promover. En efecto, a criterio de este colegiado “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”⁹³.

Luego agrega que “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”. Finalmente precisa que “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” [...] 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)”⁹⁴. Ciertamente, la redacción pudo ser mejor, y pudo haber sido formulada de manera más precisa. Pero la obligación del Estado no queda ahí, “...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”⁹⁵.

Finalmente el TC desarrolla lo que denomina la “Política cultura constitucional”. Señala que “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”⁹⁶.

Como podemos apreciar, el TC ha desarrollado un conjunto de reglas jurídicas que vinculan a los operadores del derecho y del sistema de justicia. Según el art. VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, establece que: “Los jueces interpretan y aplican las leyes o toda norma con rango de ley y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales”⁹⁷, conforme a la

⁹³ STC exp. N° 0042-2004-AI/TC, f.j. 4.

⁹⁴ STC exp. N° 0042-2004-AI/TC, f.j. 4.

⁹⁵ *Ibidem*.

⁹⁶ *Ibidem*, f.j. 5.

⁹⁷ De conformidad con Robert Alexy, Tres escritos sobre derechos fundamentales y la teoría de los principios, Universidad Externado de Colombia, Lima, 2003, pág. 95. “De acuerdo con la definición estándar de la teoría de los principios, los principios son normas que ordenan que algo se realice en la mayor medida posible, de acuerdo con las

interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional”⁹⁸.

c. La consulta previa en el derecho internacional de los derechos humanos

Reconocimiento del derecho a la consulta por el Convenio 169 de la OIT

La norma general que regula el derecho a la consulta es el artículo 6 del Convenio 169 de la OIT⁹⁹. Esta norma establece si se quiere las pautas generales y los principios generales de la consulta.

“Artículo 6

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;

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

c) establecer los medios para el pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas de esos pueblos, y en los casos apropiados proporcionar los recursos necesarios para este fin.

2. Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la **finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas**”. (Resaltado nuestro)

Esta norma es clara, reconoce instituciones y mecanismos de consulta, la obligación del Estado de proveer los recursos necesarios, la promoción de mecanismos e instituciones de consulta adecuados y exige buena fe y proceder de acuerdo a las circunstancias para lograr el desarrollo e la consulta. Sin embargo, un aspecto que merece ser destacado, es que no se trata de una formalidad a superar. El objetivo de este es llegar a un acuerdo, en consecuencia hay que orientar los esfuerzos hacia esa finalidad. Al lado de esta norma general, existen otras normas conexas que deben ser consultadas porque en conjunto forman parte de ese ámbito normativo que delimita el contenido constitucional protegido del derecho a la consulta. Ellas al igual que el artículo 6 son de naturaleza vinculante.

Una segunda norma es el numeral 1 del artículo 7 del Convenio 169 de la OIT. Si bien esta norma no esta referida de forma expresa al derecho a la consulta, ella hace mención del derecho a la participación de los pueblos indígenas en la determinación de las prioridades del desarrollo en sus localidades. Otra norma también importante es el artículo 13 del Convenio 169 referido a la tierra y los territorios. La importancia de ella es que constituye un criterio de interpretación de las demás normas cuando está en juego el derecho de los pueblos indígenas sobre las tierras. Si bien no hay

posibilidades fácticas y jurídicas. Como consecuencia, los principios son mandatos de optimización, que se caracterizan por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferentes grados y de que la medida ordenada en que deben cumplirse, no solo depende de las posibilidades fácticas, sino también de las posibilidades jurídicas”. Agrega que, “El ámbito de las posibilidades jurídicas se determina por los principios que juegan en sentido contrario. Frente a ello, las reglas son normas que siempre pueden ser cumplidas o incumplidas” (pág. 95).

⁹⁸ Código Procesal Constitucional, aprobado mediante Ley N° 28237.

⁹⁹ Organización Internacional del Trabajo. Convenio N° 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, Costa Rica, 1989. Fue aprobado e incorporado a la legislación nacional mediante resolución legislativa N° 26253, publicada el 2 de diciembre de 1993.

ninguna referencia de forma expresa al derecho a la consulta, esta norma reconoce la importancia de las tierras y los territorios para los pueblos indígenas.

Asimismo, el artículo 15 del Convenio hace referencia a la protección especial que el Estado debe prestarle a los recursos naturales. Esta norma establece el derecho de los pueblos indígenas a participar en la utilización, administración y conservación de los recursos naturales. También reconoce que los Estados tienen la obligación de consultar a los pueblos indígenas sobre la explotación de los recursos naturales en sus tierras o territorios, antes de la prospección o explotación de los recursos naturales en sus tierras. Finalmente, se reconoce el derecho de los pueblos indígenas a participar de los beneficios de la explotación, así como a recibir una indemnización.

Finalmente, tenemos el artículo 17 del Convenio 169 de la OIT, es también importante pues está referido en su primer numeral al uso de tierras, y en concreto exige respeto a usos y costumbres en prácticas de transmisión de tierras. En su segundo numeral exige se consulte a los pueblos interesados, siempre que este de por medio la disposición de las tierras de los mismos. Como podemos ver, las normas del Convenio 169 son claras en relación con los derechos que les asisten a los pueblos indígenas sobre la tierra y sobre el derecho a la consulta. Sin embargo no faltaran opiniones que sostengan que el Convenio no es vigente pues no está reglamentado¹⁰⁰. Por ello es necesario analizar la fuerza normativa de estas normas, tarea a la que nos avocaremos posteriormente¹⁰¹.

El derecho a la consulta previa en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de derechos humanos

El derecho a la consulta ha sido abordado por la Corte Interamericana en una reciente sentencia¹⁰² recaída en el *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*. En ella se hace referencia al derecho a ser consultado. Esta sentencia es importante porque contiene un conjunto de reglas vinculantes, incluso para aquellos países que no han sido parte en el proceso como es Surinam, como luego analizaremos.

“la Corte ha manifestado que al garantizar la participación efectiva de los integrantes del pueblo Saramaka en los planes de desarrollo o inversión dentro de su territorio, el Estado tiene el deber de consultar, activamente, con dicha comunidad, según sus costumbres y tradiciones [...] Este deber requiere que el Estado acepte y brinde información, e implica una comunicación constante entre las partes. Las consultas deben realizarse de buena fe, a través de procedimientos culturalmente adecuados y deben tener como fin llegar a un acuerdo. Asimismo, se debe consultar con el pueblo Saramaka, de conformidad con sus propias tradiciones, en las primeras etapas del plan de desarrollo o inversión y no únicamente cuando surja la necesidad de obtener la aprobación de la comunidad, si éste

¹⁰⁰ Ver la entrevista al Presidente del Congreso Javier Velásquez Quesquén en el diario El Comercio el 23 de agosto del año 2008. se le pregunta: “¿Se debió consultar a los nativos antes de emitir los decretos? Y él responde “No está reglamentado. El convenio 169 de la OIT establece que cuando se legisla sobre temas que conciernen a las comunidades deben consultarlos. Pero el reglamento del Congreso no establece el procedimiento para ese tipo de consulta y el decreto es vía facultades delegadas. Vamos a incluirlo, ese ha sido otro de los puntos del acta firmada con los nativos. El Ejecutivo no estaba obligado a consultar porque la Ley 26505 que ellos quieren restablecer y que la dio Fujimori no les fue consultada y, sin embargo, la aceptan”.

¹⁰¹ Debemos de tener en cuenta los informes elaborados por la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT, toda vez que se trata del órgano técnico encargado de la aplicación e interpretación de las disposiciones.

¹⁰² Sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*, de fecha 28 de noviembre de 2007, (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), párrafos 133 al 137.

fuera el caso. El aviso temprano proporciona un tiempo para la discusión interna dentro de las comunidades y para brindar una adecuada respuesta al Estado. El Estado, asimismo, debe asegurarse que los miembros del pueblo Saramaka tengan conocimiento de los posibles riesgos, incluido los riesgos ambientales y de salubridad, a fin de que acepten el plan de desarrollo o inversión propuesto con conocimiento y de forma voluntaria. Por último, la consulta debería tener en cuenta los métodos tradicionales del pueblo Saramaka para la toma de decisiones”¹⁰³.

De igual manera la Comisión Interamericana de Derechos Humanos observó a propósito de otro caso que:

“los Estados deben llevar a cabo consultas efectivas y plenamente informadas con comunidades indígenas con relación a hechos o decisiones que pudieran afectar sus territorios tradicionales. En dicho caso, la Comisión determinó que un procedimiento de “consentimiento pleno e informado” requiere “como mínimo, que todos los integrantes de la comunidad estén plenamente enterados de la naturaleza y consecuencias del proceso que estén provistos de una oportunidad efectiva para participar de manera individual o colectiva”¹⁰⁴.

Incluso la Corte IDH va más allá y habla de la necesidad de obtener el consentimiento de los pueblos indígenas cuando se trata de planes de desarrollo o de inversiones a gran escala:

“Asimismo, la Corte considera que, cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala que tendrían un mayor impacto dentro del territorio Saramaka, el Estado tiene la obligación, no sólo de consultar a los Saramakas, sino también debe obtener el consentimiento libre, informado y previo de éstos, según sus costumbres y tradiciones. La Corte considera que la diferencia entre “consulta” y “consentimiento” en este contexto requiere de mayor análisis”¹⁰⁵.

Finalmente, es también interesante revisar el numeral 8 del fallo de la sentencia de la Corte en el *Caso del Pueblo Saramaka*:

“8. El Estado debe adoptar las medidas legislativas, administrativas o de otra índole que sean necesarias para reconocer y garantizar el derecho del pueblo Saramaka a ser efectivamente consultado, según sus tradiciones y costumbres, o en su caso, el derecho de otorgar o abstenerse de otorgar su consentimiento previo, libre e informado, respecto de los proyectos de desarrollo o inversión que puedan afectar su territorio, y a compartir, razonablemente, los beneficios derivados de esos proyectos con el pueblo Saramaka, en el caso de que se llevaran a cabo, en los términos de los párrafos 129 a 140, 143, 155, 158 y 194(d) de esta Sentencia”.

Ciertamente, esta jurisprudencia sobre el derecho a la consulta, debe ser interpretada de conformidad con la jurisprudencia de la Corte IDH que desarrolla los derechos de los pueblos

¹⁰³ *Ibidem*, párrafo 133.

¹⁰⁴ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe 40/04, Fondo. Caso 12.052. Comunidades Indígenas Maya en el Distrito de Toledo*, *supra* nota 84, párr. 142. Citada por la Comisión en la Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*, de fecha 28 de noviembre de 2007, en el pie de página 130.

¹⁰⁵ Sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*, de fecha 28 de noviembre de 2007, párrafo 134.

indígenas en general¹⁰⁶, más aún si tenemos en cuenta que los derechos humanos no indivisibles e interdependientes, tal como no lo ha recordado Patricia Urteaga en un reciente artículo¹⁰⁷. Luego estos derechos desarrollados jurisprudencialmente, deben ser interpretados de conformidad con el Convenio 169 de la OIT y con la propia Constitución.

El derecho a la consulta en el sistema universal de derechos humanos

El derecho a la consulta también ha sido recogido en el artículo 32 de la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, que fue aprobada recientemente en la Asamblea General de la ONU con el apoyo del Estado Peruano, el 13 de septiembre de 2007 con el voto de 143 países a favor y 4 en contra, con 11 abstenciones.

Artículo 32.-

[...]

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

Esta norma debe ser leída e interpretada en consonancia con otras normas de la misma Declaración. Tenemos el artículo 18 que recoge el derecho a la participación de los Pueblos Indígenas. También tenemos el artículo 19 referido a las consultas en específico, que señala que *“Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por medio de sus instituciones representativas antes de adoptar y aplicar medidas legislativas o administrativas que los afecten, a fin de obtener su consentimiento libre, previo e informado”.*

Aún cuando no esta referido al tema de la consulta, si resulta relevante el artículo 23, pues hace referencia al derecho de los pueblos indígenas a determinar sus prioridades y estrategias para el ejercicio de su derecho al desarrollo. Esta disposición orienta y ayuda comprender la finalidad del derecho a la consulta. Finalmente, tenemos el artículo 38 que establece la obligación estatal de consulta y cooperación con los pueblos indígenas cuando se adopten medidas orientadas a lograr los fines de la mencionada declaración.

También existen pronunciamientos de órganos del sistema universal de derechos humanos en los que se ha fijado posición respecto al tema del derecho a la consulta de los pueblos indígenas. Así tenemos por ejemplo, al respecto, el Relator Especial de la ONU sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los pueblos indígenas, quien ha observado que:

¹⁰⁶ Como muy bien lo desarrollo la jurista colombiana María Clara Galvis, la Corte IDH ha desarrollado un conjunto derechos de los Pueblos Indígenas. Nos referimos por ejemplo al derecho a la propiedad comunitaria (art. 21 de la CADH), el derecho a la participación política (art. 23 de la CADH), el derecho a la Identidad Cultural (art. 5 de la CADH), el derecho a las garantías judiciales (art. 8 de la CADH), y fueron desarrolladas en los siguientes casos: Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua. 31 de agosto de 2001. Serie C No 79, Comunidad Moiwana vs. Suriname. 15 de junio de 2005. Serie C No 124, Comunidad Yakye Axa vs. Paraguay. 17 de junio de 2005. Serie C No 125, Yatama vs. Nicaragua. 23 de junio de 2005. Serie C No 127, López Álvarez vs. Honduras. 1 de febrero de 2006. Serie C No 141, Comunidad Sawhoyamaxa vs. Paraguay. 29 de marzo de 2006. Serie C No 146 Escué Zapata vs. Colombia. 4 de julio de 2007. Serie C No 165, Pueblo Saramaka vs. Suriname. 28 de noviembre de 2007. Serie C No 172, y, Tiu Tojín vs. Guatemala. 26 de noviembre de 2008. Serie C No 190.

¹⁰⁷ Patricia Urteaga Crovetto, Fundamentación Jurídica del derecho a la Consulta y Consentimiento Libre, Previo e Informado en el Marco del Convenio 169 de la OIT. El caso de Perú, pág. 6.

“[s]iempre que se lleven a cabo [proyectos a gran escala] en áreas ocupadas por pueblos indígenas, es probable que estas comunidades tengan que atravesar cambios sociales y económicos profundos que las autoridades competentes nos son capaces de entender, mucho menos anticipar. [L]os efectos principales [...] comprenden la pérdida de territorios y tierra tradicional, el desalojo, la migración y el posible reasentamiento, agotamiento de recursos necesarios para la subsistencia física y cultural, la destrucción y contaminación del ambiente tradicional, la desorganización social y comunitaria, los negativos impactos sanitarios y nutricionales de larga duración [y], en algunos casos, abuso y violencia”¹⁰⁸.

Es importante señalar que si bien las Declaraciones de las Naciones Unidas como la de los pueblos indígenas no es vinculante, pues no se trata de un tratado ratificado por el Estado Peruano, puede interpretarse la Cuarta Disposición Final y Transitoria cuando hace referencia a los “acuerdos”¹⁰⁹, como la expresión de la buena fe y la voluntad de honrar su palabra en relación con los acuerdos que suscribe. Un segundo aspecto tiene que ver con el hecho que la Corte recurre a la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas como criterio interpretativo para arrojar luz sobre el derecho a la consulta. Es decir, si bien esta norma no es vinculante, tiene una fuerza hermenéutica indudable, es decir, contribuye a precisar el contenido de los derechos, siempre que estos hayan sido reconocidos en instrumentos nacionales e internacionales vinculantes, y en el caso de los últimos, firmados y ratificados por el Estado Peruano, como por ejemplo, el Convenio 169 de la OIT. Un tercer comentario es más general, y es que no se trata de reconocimientos aislados, como podemos ver, existen otros organismos y organizaciones internacionales que han señalado que, en determinadas circunstancias y adicionalmente a otros mecanismos de consulta, los Estados deben obtener el consentimiento de los pueblos tribales e indígenas para llevar a cabo planes de desarrollo o inversión a grande escala que tengan un impacto significativo en el derecho al uso y goce de sus territorios ancestrales¹¹⁰.

Finalmente, tenemos el artículo 27 de la Declaración Universal de derechos Humanos dedicado al derecho a la cultura, el cual establece que “Toda persona tiene derecho a tomar parte libremente en la vida cultural de la comunidad”. Bartolomé Clavero sugiere interpretar esta norma en concordancia con el artículo 29 del mismo cuerpo normativo que precisa que “Toda persona tiene deberes respecto a la comunidad puesto que sólo en ella puede desarrollar libre y plenamente su personalidad”¹¹¹.

¹⁰⁸ ONU, Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y libertades fundamentales de los pueblos indígenas, supra nota 97, p. 2. Citado por Sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam, de fecha 28 de noviembre de 2007, (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), párrafo 131.

¹⁰⁹ “Cuarta. Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú”.

¹¹⁰ El Comité de Naciones Unidas para la Eliminación de la Discriminación Racial ha observado que “[e]n cuanto a la explotación de los recursos que yacen en el subsuelo en tierras tradicionales de comunidades indígenas, el Comité observa que la mera consulta con estas comunidades no es suficiente para cumplir con los requisitos establecidos por el Comité en su recomendación general XXIII sobre los derechos de los pueblos indígenas. El Comité, por lo tanto, recomiendo que se obtenga el consentimiento previo e informado de dichas comunidades”. Cfr. Comité de Naciones Unidas para la Eliminación de la Discriminación Racial, *Consideraciones de los Informes presentados por los Estados Partes conforme al artículo 9 de la Convención. Observaciones Finales respecto del Ecuador (sesión sesenta y dos, 2003)*, ONU Doc. CERD/C/62/CO/2, 2 de junio de 2003, párr. 16. Citado por la Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*, de fecha 28 de noviembre de 2007, (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), párrafo 136.

¹¹¹ Bartolomé Salvador Clavero, Multiculturalismo constitucional, con perdón, de veras y en frío, *Revista internacional de los estudios vascos*, Vol. 47, N° 1, 2002, pág. 42.

d. La fuerza normativa directa e inmediata del Convenio 169 de la OIT¹¹²

Si bien la Constitución Política no ha reconocido en forma expresa y literal que los tratados internacionales de derechos humanos tienen rango constitucional, ello se desprende de una interpretación sistemática¹¹³ de la Constitución, de conformidad con los principios de unidad de la Constitución, y concordancia práctica¹¹⁴.

Ello es posible gracias a las cláusulas de apertura del derecho constitucional al derecho internacional de los derechos humanos y a los TIDH¹¹⁵ como ya dijimos antes. Tenemos así, el artículo 55 de la Constitución, el cual reconoce de manera general que los tratados internacionales de derechos humanos forman parte del derecho nacional. Luego tenemos el artículo 3 de la Constitución, el mismo que reconoce que serán también derechos fundamentales aquellos que se funden en la dignidad humana, tales como los derechos humanos reconocidos en la Convención Americana de Derechos Humanos y en el Convenio 169 de la OIT. Finalmente, tenemos la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución, la misma que reconoce que las normas relativas a los derechos y a las libertades reconocidas en la Constitución se interpretan “de conformidad” con los instrumentos internacionales de protección a los derechos humanos, con lo cual queda claro, que no tendrá cobertura constitucional una interpretación que no sea conforme con estos instrumentos internacionales de derechos humanos. No obstante ello, el TC en reiterada, sostenida y uniforme jurisprudencia¹¹⁶ ha sostenido que los tratados internacionales de derechos humanos, no solo forman parte del ordenamiento jurídico, sino que tienen rango constitucional¹¹⁷.

¿Cuáles las consecuencias de la implementación de los tratados internacionales de derechos humanos en el derecho interno? Varias son las funciones que el derecho internacional de los derechos humanos cumple al momento de implementarse su aplicación en el ordenamiento jurídico.

¹¹² Cfr. Los artículos de Martín Abreu La aplicación del Derecho Internacional de Los Derechos Humanos por los tribunales locales: Una introducción t el artículo de Ariel Dulitzky La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales: un estudio comparado. En La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales. Compiladores Martín Abreu y Christian Courtis, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1997.

¹¹³ Martín Borowski, La estructura de los derechos fundamentales, Universidad Externado de Colombia, Serie de Teoría y Filosofía del Derecho, Lima, 2003, pág. 104.

¹¹⁴ Cfr. Principio de concordancia práctica (STC exp. N° 5854-2005-PA/TC, f.j. 12. b); Principio de corrección funcional (STC exp. N° 5854-2005-PA/TC, FJ 12. C); Principio de fuerza normativa de la Constitución (STC exp. N° 5854-2005-PA/TC, f.j. 12. E); Principio de función integradora (STC exp. N° 5854-2005-PA/TC, f.j. 12.d); Principio de unidad de la Constitución (STC exp. N° 04747-2007-HC/TC, f.j. 5 y STC exp. N° 5854-2005-PA/TC, f.j. 12. A).

¹¹⁵ Alejandro Saiz Arnaiz, La apertura constitucional al derecho internacional y europeo de los derechos humanos. El artículo 10.2 de la Constitución Española, Consejo general del Poder Judicial, Madrid, 1999, pág. 49. Como señala este autor comentando el artículo 10.2 de la Constitución Española “al vincular la interpretación de los derechos fundamentales y libertades que la Constitución reconocer a los tratados sobre las mismas materias ratificados por España, expresa en alguna medida la apertura del Estado al Derecho Internacional de los derechos humanos. No se trata ya sólo de la incorporación al derecho interno de los acuerdos, declaraciones, convenciones, etc. Que tengan por objeto los derechos de la persona, que esto no es ninguna novedad [...]; se trata además y sobre todo, de adecuar la actuación de los intérpretes de la Constitución a los contenidos de aquellos tratados, que devienen así, por imperativo constitucional, canon hermenéutico de la regulación de los derechos y libertades en la Norma Fundamental, con lo que se “da unan nueva y distinta eficacia a tales instrumentos internacionales” (págs. 52-53).

¹¹⁶ Cfr. Las siguientes sentencias del TC Exp. N° 0217-2002-HC/TC y STC Exp. N° 0218-2002-HC/TC, f.j. 2; Exp. N° 0026-2004-AI/TC, f.j. 13; Exp. N° 2798-04-HC/TC, f.j. 8; Exp. N.º 1417-2005-AA/TC, f.j. 7; Exp. N° 4677-2005 - PHC/TC, f.j. 11-13; Exp. N.º 5854-2005-PA/TC, f.j. 22-23; Exp. N.º 4587-2004-AA/TC, f.j. 44; Exp. N° 8123-2005-PHC/TC, f.j. 22 y 23; Exp. N° 0047-2004-AI/TC, f.j. 18-22; Exp. N° 8453-2005-PHC/TC, f.j. 22 y 23; Exp. N° 0025-2005-PI/TC y 0026-2005-PI/TC, f.j. 25-35; Exp. N° 0174-2006-PHC/TC, y Exp. N° 8817-2005-PHC/TC, f. j. 22; Exp. N.º 2730-2006-PA/TC, f.j. 12-16; Exp. N° 679-2005-PA/TC, f.j. 35-37; Exp. N° 00007-2007-PI/TC, f. j. 12-26; Exp. N° 03938-2007-PA/TC, f.j. 14; etc.

¹¹⁷ “Los tratados internacionales sobre derechos humanos de los que el Estado peruano es parte integran el ordenamiento jurídico. Dichos tratados no sólo conforman nuestro ordenamiento sino que, además, detentan rango constitucional”. (STC exp. N° 00025-2005-PI/TC y N° 00026-2005-PI/TC acumulados, f.j. 25).

La primera es la *función hermenéutica*, en virtud de la cual al momento de interpretarse los derechos fundamentales y precisarse el contenido constitucional de los mismos, debe recurrirse a los TIDH¹¹⁸. Esta función interpretativa, no solo está recogida en la Cuarta DFT de la Constitución sino en el artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.

Esta función hermenéutica exige a los jueces un esfuerzo de armonización el derecho interno y del derecho internacional. En esa línea argumental, “no se postula la derogación automática de las normas internas, en caso de conflicto con sus obligaciones en el plano internacional, ni el desconocimiento de estas últimas en el orden nacional, sino su armonización e integración”¹¹⁹. Obviamente, si esto no es posible, primara la Constitución y los TIDH como luego sustentaremos.

El TC desarrolla su tesis de la coordinación, según la cual, “No cabe, pues, asumir una tesis dualista de primacía del Derecho internacional sobre el Derecho interno y a la inversa; se requiere, por el contrario, una solución integradora y de construcción jurisprudencial, en materia de relaciones del Sistema Interamericano de Derechos Humanos y el Derecho constitucional nacional. Se precisa de un sistema de articulación competencial entre las jurisdicciones internacional y constitucional, [...] siendo que la confluencia teleológica, dada la protección efectiva de los derechos fundamentales de los ciudadanos peruanos, determina esta relación de cooperación entre ambas jurisdicciones, de conformidad con el artículo 1 de la Constitución, que establece: La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”¹²⁰. En el caso del derecho a la consulta, cada vez que el ordenamiento jurídico¹²¹ o la jurisprudencia¹²² hagan referencia al derecho a la consulta previa, habrá de recurrirse a los TIDH para y terminar de precisar el contenido de este derecho.

Una segunda función que cumplen los TIDH es la denominada *función positiva* de ensanchar el catalogo de derechos fundamentales reconocidos en la Constitución. Ellos solo es posible gracias a las cláusulas de apertura del derecho constitucional y del derecho interno al DIDH y a los TIDH. La consecuencia práctica es que los derechos fundamentales ya no serán los expresamente reconocidos en la Constitución sino el conjunto de derechos reconocidos en los diferentes TIDH y los desarrollados en la jurisprudencia de la Corte IDH. Muy ligada a esta función tenemos la *función negativa*, en virtud la cual los TIDH constituyen limites materiales y criterios de validez sustancial del conjunto del ordenamiento jurídico, y especialmente de la facultad legislativa del Congreso de

¹¹⁸ Cfr. “el contenido constitucionalmente protegido de los derechos reconocidos por la Ley Fundamental no sólo ha de extraerse a partir de la disposición constitucional que lo reconoce; de la interpretación de esta disposición con otras disposiciones constitucionales con las cuales pueda estar relacionada (principio de unidad de la Constitución), sino también bajo los alcances del Derecho Internacional de los Derechos Humanos”. STC N° 4587-2004-AA/TC, f.j. 44.

¹¹⁹ STC exp. N° 00679-2005-AA, f.j. 35.

¹²⁰ STC exp. N° 00679-2005-AA, f.j. 36.

¹²¹ Cfr. La directiva 012-2000-PROMUDEH/SETAI, expedida por el Ministerio de la Mujer y Desarrollo Social, que reconoce el derecho de los pueblos indígenas a ser consultados y a participar en toda decisión que los involucre o pueda afectarlos; La resolución ministerial 010-2001-EM/DGAA del Ministerio de Energía y Minas, que establece el proceso de consulta en las actividades energéticas, mineras y de hidrocarburos; La resolución ministerial 596-2002-EMDM, del Ministerio de Energía y Minas, que aprueba el Reglamento de Consulta y Participación Ciudadana en el Procedimiento de Aprobación de los Estudios Ambientales en el Sector Energía y Minas. Esta norma fue sustituida por el decreto supremo 028-2008-EM, mediante el cual se aprobó el Reglamento de Participación Ciudadana en el Subsector Minero, publicado el 27 de mayo del 2008; El decreto supremo 042-2003-EM, del Ministerio de Energía y Minas, que establece el compromiso previo de las empresas mineras de respetar las instituciones, autoridades, culturas y costumbres de las localidades donde operan; La ley 28611, Ley General del Ambiente, cuyo artículo 70.º dispone que las autoridades públicas deben promover la participación e integración de los pueblos indígenas, comunidades campesinas y nativas en la gestión del ambiente; El decreto supremo 12-2008-EM, norma mediante la cual se aprobó el Reglamento de Participación Ciudadana para la realización de actividades de hidrocarburos, publicado el 20 de febrero del 2008.

¹²² Cfr. STC exp. N° 03343-2007-PA/TC, f.j. 31, 33 y 35.

la República. Esta fuerza vinculante ha sido reconocida en el propio artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional¹²³. En palabras del propio TC:

“El rango que detentan trae consigo que dichos tratados estén dotados de fuerza activa y pasiva propia de toda fuente de rango constitucional; es decir, fuerza activa, conforme a la cual estos tratados han innovado nuestro ordenamiento jurídico incorporando a éste, en tanto derecho vigente, los derechos reconocidos por ellos, pero no bajo cualquier condición, sino a título de derechos de rango constitucional. Su fuerza pasiva trae consigo su aptitud de resistencia frente a normas provenientes de fuentes infraconstitucionales, es decir, ellas no pueden ser modificadas ni contradichas por normas infraconstitucionales e, incluso, por una reforma de la Constitución que suprimiera un derecho reconocido por un tratado o que afectara su contenido protegido. Los tratados sobre derechos humanos representan en tal sentido límites materiales de la propia potestad de reforma de la Constitución”¹²⁴.

La jurisprudencia de la Corte IDH también vincula a todos lo funcionarios y poderes públicos

Pero no solo los TIDH vinculan a los jueces nacionales, la jurisprudencia de la Corte IDH también vincula a los jueces peruanos cuando interpreta y desarrolla la Convención Americana de Derechos Humanos. El fundamento de esta regla está en el artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, el cual ha señalado que “El contenido y alcances de los derechos constitucionales protegidos por los procesos regulados en el presente Código deben interpretarse de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos, los tratados sobre derechos humanos, así como de las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según tratados de los que el Perú es parte”. Sobre esa base, el TC ha señalado que:

“al Tribunal Constitucional [...] no le queda más que ratificar su reiterada doctrina, imprescindible para garantizar los derechos fundamentales, bien se trate de procesos jurisdiccionales, administrativos o políticos: que las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos son vinculantes para todos los poderes públicos y que esta vinculatoriedad no se agota en su parte resolutive, sino que se extiende a la ratio decidendi, incluso en aquellos casos en los que el Estado peruano no haya sido parte en el proceso”¹²⁵.

Adviértase que el TC dice que este carácter vinculante va más allá de los procesos jurisdiccionales, alcanzando a las autoridades entre las que se encuentran los congresistas y el Poder Ejecutivo. Esto importante para el caso del derecho a la consulta porque como luego veremos, la Corte IDH ha desarrollado y en otros casos ha reinterpretado derechos humanos desde la perspectiva de los derechos de los pueblos indígenas, interpretación que es vinculante para todos los jueces nacionales.

¹²³ “artículo V.- El contenido y alcances de los derechos constitucionales protegidos por los procesos regulados en el presente Código deben interpretarse de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos, los tratados sobre derechos humanos, así como de las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según tratados de los que el Perú es parte”.

¹²⁴ STC exp. N° 00025-2005-PI/TC y 00026-2005-PI/TC, acum. f.j. 34.

¹²⁵ STC exp. N° 00007-2007- PI/TC, f.j. 36. No es la única vez que lo ha reconocido, “De conformidad con la IV Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política del Estado, los derechos y libertades reconocidos en la Constitución deben interpretarse de conformidad con los tratados internacionales en materia de derechos humanos suscritos por el Estado Peruano. Tal interpretación, conforme con los tratados sobre derechos humanos, contiene, implícitamente, una adhesión a la interpretación que, de los mismos, hayan realizado los órganos supranacionales de protección de los atributos inherentes al ser humano y, en particular, el realizado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, guardián último de los derechos en la Región”. (STC exp. N° 0217-2002-HC/TC, f.j. 2).

En relación con el derecho a la consulta, el reconocimiento de la fuerza vinculante de la jurisprudencia es importante toda vez que la Corte IDH en la sentencia en el Caso Saramaka como ya hemos visto, ha desarrollado importantes reglas en relación con el derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas. En tal sentido, a pesar que el caso no es de Perú, lo ahí resuelto, sería vinculante para el Estado Peruano.

Los jueces tienen la obligación de aplicar directamente los TIDH y la jurisprudencia de la Corte IDH¹²⁶

La consecuencia práctica del reconocimiento que los TIDH tienen rango constitucional y que se incorporan al ordenamiento jurídico, es que los jueces tienen la obligación jurídica de aplicar los TIDH directamente a los casos que resuelven, sin necesidad de ninguna intermediación legislativa o desarrollo legislativo previo. Y esto no solo lo ha reconocido la Corte IDH en su jurisprudencia sino el propio TC en su jurisprudencia vinculante.

En efecto, la Corte IDH ha denominado a esta obligación “control de la convencionalidad”. Según la doctrina se presentan dos tipos de Control de convencionalidad: en sede nacional y en sede interna. En relación con el segundo, “el juez interno tiene competencia para inaplicar el derecho interno y aplicar la Convención u otro tratado, mediante un examen de confrontación normativo (derecho interno con el tratado), en un caso concreto y adoptar una decisión judicial protegiendo los derechos de la persona humana”¹²⁷.

En el caso *Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile*, la Corte IDH señaló dijo:

“La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana”¹²⁸.

¹²⁶ Puede ser revisado nuestro trabajo La aplicación del derecho internacional de los derechos humanos por los jueces nacionales. A propósito de la sanción de OCMA a los jueces en el caso El Frontón, Documento de trabajo N° 31, Lima, 16 de julio de 2009 publicado en el portal de Justicia Viva, el cual puede ser revisado en: http://www.justiciaviva.org.pe/webpanel/doc_trabajo/doc16072009-225849.pdf

¹²⁷ Ernesto Rey Cantor. Control de convencionalidad de las leyes y derechos humanos, México: Editorial Porrúa, México, 2008, pp. 46 y 47. Revisar también Néstor Pedro Sagues, El control de convencionalidad en particular sobre las Constituciones Nacionales, en: Revista Jurídica del Perú. Derecho Privado y público, Editora Normas Legales, N° 104, octubre 2009, Lima, pág. 79 y sgts.

¹²⁸ Corte IDH, *Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile*, párr. 124. Posteriormente en la sentencia recaída en el Caso trabajadores del Congreso cesados vs. Perú, la Corte IDH señalará que: “Cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin. En otras palabras, los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también “de convencionalidad” ex officio entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. Esta función no debe quedar limitada exclusivamente por las manifestaciones o actos de los accionantes

En igual sentido, el TC en la sentencia recaída en el caso Navarrete estableció que:

“El mandato imperativo derivado de la interpretación en derechos humanos implica, entonces, que toda la actividad pública debe considerar la aplicación directa de normas consagradas en tratados internacionales de derechos humanos, así como en la jurisprudencia de las instancias internacionales a las que el Perú se encuentra suscrito”¹²⁹.

La consecuencia de la obligación de aplicar directamente los TIDH y la jurisprudencia de la Corte IDH, es evidente, el incumplimiento de la consulta previa ocasiona responsabilidad internacional del Estado Peruano por incumplimiento de obligaciones convencionales. En efecto, el incumplimiento del artículo 6 del Convenio 169 de la OIT y recogido y desarrollado en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos¹³⁰ (Corte IDH) genera responsabilidad internacional del Estado Peruano, pues implica un incumplimiento de la obligación del Estado Peruano de respetar y garantizar los derechos contenido en el artículo 1.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) y una violación de la obligación de adoptar disposiciones de derecho interno para hacer efectivos los derechos humanos, obligación recogida en el artículo 2 de la misma CADH, y finalmente, una violación de la obligación del Estado de proporcionar las garantías judiciales y de protección judicial en casos de violación, contenidas en los artículos 8 y 25 de la mencionada CADH.

Como lo señala la Corte IDH en el Caso Velásquez Rodríguez todos los estados tienen la obligación de “(...) de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Como consecuencia de esta obligación los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos (...) y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos” (párrafos 166-168). Asimismo, ha señalado que “La obligación de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos no se agota con la existencia de un orden normativo dirigido a hacer posible el cumplimiento de esta obligación, sino que comporta la necesidad de una conducta gubernamental que asegure la existencia, en la realidad, de una eficaz garantía del libre y pleno ejercicio de los derechos humanos” (párrafo 167).

La Corte IDH en el mismo caso indica que el deber de garantía implica que el Estado debe prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos, y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos. La obligación del Estado consiste en el ejercicio de la acción penal correspondiente contra aquellos funcionarios públicos, o cualquier individuo, que sea presuntamente responsable de la violación alegada. El Derecho Internacional de los Derechos Humanos, de esta manera vela por la protección de los derechos de las personas, pero simultáneamente exige la intervención del Derecho Penal contra aquellos que resulten responsables de la infracción. (párr. 164)

en cada caso concreto, aunque tampoco implica que ese control deba ejercerse siempre, sin considerar otros presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de ese tipo de acciones”. Corte IDH. *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de Noviembre de 2006. Serie C No. 158, párrafo 128.

¹²⁹ STC N° 02798-2004-HC/TC, f.j. 8.

¹³⁰ Cfr. Corte IDH, *Caso del Pueblo Saramaka v. Suriname*, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 28 de noviembre de 2007, Corte Interamericana de Derechos Humanos.

En otra oportunidad, la Corte IDH ha precisado la obligación estatal de remover obstáculos. La Corte señaló que “que en cumplimiento de su obligación de investigar y, en su caso, sancionar a los responsables de los hechos, el Estado debe remover todos los obstáculos, de facto y de jure, que impidan la debida investigación de los hechos, y utilizar todos los medios disponibles para hacer expedita dicha investigación y los procedimientos respectivos, a fin de evitar la repetición de hechos tan graves como los presentes. El Estado no podrá argüir ninguna ley ni disposición de derecho interno para eximirse de su obligación de investigar y, en su caso, sancionar penalmente a los responsables de los hechos”. (Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá, párr. 246).

En el presente caso, no cabe la menor duda que el obstáculo que impide el pleno cumplimiento y la plena vigencia del derecho a la consulta es la falta de una adecuada reglamentación del procedimiento específico, recayendo la responsabilidad en el Estado, y en los jueces de manera concreta en salvar y superar los obstáculos, a efectos de garantizarse y protegerse este derecho, pudiendo incluso llegado el caso, ante la resistencia del legislador suplirlo de manera excepcional¹³¹.

Los tratados internacionales de derechos humanos son límites de la facultad legislativa del Congreso: el bloque de constitucionalidad

Una consecuencia del rango constitucional que hoy ostentan los TIDH, es que hoy son parte del denominado bloque de constitucionalidad¹³². Se entiende por bloque de constitucionalidad, aquel conjunto de normas, que al lado y junto con la Constitución, componen el parámetro de evaluación de la constitucionalidad de las leyes, dada su importancia y trascendencia. Esto implicaría que una norma legal (los decretos legislativos por ejemplo) puede ser inconstitucional no solo por violar la Constitución de manera directa, sin, en forma indirecta cuando viola o resulta incompatible con algunas de las normas que forman parte del bloque de constitucionalidad¹³³.

En palabras del TC, “la infracción indirecta de la Constitución implica incorporar en el canon del juicio de constitucionalidad a determinadas normas además de la propia Carta Fundamental. Se habla en estos casos de vulneración “indirecta” de la Constitución, porque la invalidez constitucional de la norma impugnada no puede quedar acreditada con un mero juicio de compatibilidad directo frente a la Constitución, sino sólo luego de una previa verificación de su disconformidad con una norma legal perteneciente al parámetro de constitucionalidad”¹³⁴.

¹³¹ Esto lo ha reconocido la doctrina comparada: "Como lo ha mostrado la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal [alemán], en modo alguno un tribunal constitucional es impotente frente a un legislador inoperante. El espectro de sus posibilidades procesales-constitucionales se extiende, desde la mera constatación de una violación de la Constitución, a través de la fijación de un plazo dentro del cual debe llevarse a cabo una legislación acorde con la Constitución, hasta la formulación judicial directa de lo ordenado por la Constitución". Alexy, R., Teoría de los derechos fundamentales, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, p. 497. También ha sido reconocido por el TC de alguna manera, cuando reconoce que no hay derecho sin procedimiento, debiendo el juez suplirlo “A la condición de derechos subjetivos del más alto nivel y, al mismo tiempo, de valores materiales de nuestro ordenamiento jurídico, le es consustancial el establecimiento de mecanismos encargados de tutelarlos, pues es evidente que derechos sin garantías no son sino afirmaciones programáticas, desprovistas de valor normativo. Por ello, bien puede decirse que, detrás de la constitucionalización de procesos como el hábeas corpus, el amparo o el hábeas data, nuestra Carta Magna ha reconocido el derecho (subjetivo-constitucional) a la protección jurisdiccional de los derechos y libertades fundamentales”. (STC Exp. N° 1230-2002-HC/TC, f.j. 4; STC exp. N° 2488-2002-HC/TC, f.j. 22).

¹³² En la sentencia STC exp. 0047-2004-AI/TC en los fundamentos 18 al 22 el TC reconoce a los tratados como fuentes de derecho.

¹³³ Un estudio de los orígenes franceses de este concepto recepcionado en España lo podemos encontrar en: Francisco Rubio Llorente. La forma del poder (Estudios sobre la Constitución), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, págs. 99 y sgts.

¹³⁴ STC exp. N° 00020-2005-AI/TC, f.j. 27. En relación con el concepto de bloque de constitucionalidad. Ver también STC exp. N° 007-2002-AI/TC, f.j. 5; STC exp. N° 0041-2004-AI/TC, f.j. 14; STC exp. N° 0046-2004-AI/TC, f.j. 128; STC exp. N° 0020-2004-AI/TC, f.j. 27.

Esta figura ha sido incorporada a nuestro ordenamiento jurídico, a través del artículo 79 del Código Procesal Constitucional, cuando señala que “Para apreciar la validez constitucional de las normas el Tribunal Constitucional considerará, además de las normas constitucionales, las leyes que, dentro del marco constitucional, se hayan dictado para determinar la competencia o las atribuciones de los órganos del Estado o el **ejercicio de los derechos fundamentales de la persona**” (resaltado nuestro). No es la única norma que recoge esta figura, el artículo 109 del Código Procesal Constitucional recoge el contenido del bloque de constitucionalidad para el caso de conflictos de competencias.

Y en el caso concreto de los TIDH, esta inserción en el bloque de constitucionalidad es fruto de una interpretación sistemática de los artículos 79 del Código Procesal Constitucional en consonancia con el artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, y con la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política. Todo esto es importante para efectos prácticos, toda vez que al momento de evaluar la constitucionalidad de los decretos legislativos expedidos por el Poder Ejecutivo, los TIDH y en concreto el Convenio 169 de la OIT cumplirá una función de parámetro de validez constitucional.

La Constitución y los TIDH como criterios de validez de las decisiones del Estado

Una consecuencia de la especial fuerza normativa de la Constitución, y de las normas que a ella se agregan a través de las cláusulas de apertura del derecho constitucional al derecho internacional y de la técnica del bloque de constitucionalidad, es que, estas constituyen un criterio de validez sustancial de toda decisión del Estado, en especial de los poderes públicos¹³⁵. En efecto, en un Estado Constitucional de Derecho, la Constitución no solo establece las reglas de “cómo” decir el derecho, sino también aquellas sobre “qué cosa” el derecho no puede decir y sobre “qué cosa” debe decir¹³⁶, ya que en un Estado Constitucional, las normas están condicionadas a la norma superior, que es la Constitución, porque esta última tal como lo expresa Luigi Ferrajoli, es: “*La positivización de principios y derechos fundamentales en normas constitucionales, condicionando la legitimidad del sistema político a su plena tutela y observancia(...)*”¹³⁷.

La Constitución impone dos tipos de límites, los formales y los materiales. Los primeros regulan el procedimiento de formación de las normas, obligando al órgano emisor a que cumpla la forma establecida para ello. Los segundos, vinculan el contenido de las disposiciones futuras, prohibiendo el contenido que contradiga lo regulado por la Constitución¹³⁸.

El TC en su jurisprudencia ha señalado: “*que la legitimidad de los actos administrativos no viene determinada por el respeto a la ley –más aún si esta puede ser inconstitucional– sino, antes bien, por su vinculación a la Constitución. Esta vinculación de la administración a la Constitución se aprecia en el artículo IV del Título Preliminar de la Ley del Procedimiento Administrativo General, el cual, si bien formalmente ha sido denominado por la propia Ley como «Principio de legalidad», en el fondo no es otra cosa que la concretización de la supremacía jurídica de la Constitución, al*

¹³⁵ Eduardo García de Enterría, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Editorial Civitas, 3ra edición, Madrid, 1985, pág. 49.

como criterios de validez

¹³⁶ Luigi Ferrajoli, *Positivismo Crítico, Derechos y Democracia*. En: XI Seminario Eduardo García Maynes sobre teoría y filosofía del derecho. Ciudad de México del 4 al 6 de septiembre de 2001, pág. 10.

¹³⁷ *Ibíd.*, pág. 12.

¹³⁸ Ricardo Guastini. *La Constitución como límite a la legislación* En: *Libro de Estudios de Teoría Constitucional*. Fontamara: México, 2001. Pág. 47 - 48

prever que «[l]as autoridades administrativas deben actuar con respeto a la Constitución, la ley y al derecho (...)”¹³⁹

Por ello, debemos de entender que la Constitución es la norma jurídico-política suprema, jurisdiccionalmente aplicable, que garantiza la limitación del poder para asegurar que éste, en cuanto es manifestación jurídica del principio político de soberanía popular, sirva para la tutela de los derechos fundamentales y el respeto del ordenamiento jurídico de la nación¹⁴⁰, por lo que ninguna norma, sin importar el órgano que la emita, pueda alejarse de lo dispuesto en la misma Norma Fundamental.

La doctrina nos señala que existen fundamentalmente dos formas de entender el derecho. Para el *positivismo jurídico*, el criterio de reconocimiento tanto de la existencia como de su validez es la forma como se producen las leyes, independientemente de su contenido, mientras que el *constitucionalismo jurídico*, condiciona la validez de las leyes también a la sustancia de las decisiones, o sea, a la coherencia de sus contenidos con los principios de justicia establecidos por las constituciones¹⁴¹. En otras palabras, en el Estado Legislativo de Derecho (positivismo jurídico) la preocupación y los esfuerzos están orientados a establecer las reglas sobre “cómo” decir el derecho. A diferencia de éste, en el Estado Constitucional de Derecho (constitucionalismo jurídico), además de las reglas sobre “cómo” decir derecho, se establecen reglas sobre “qué cosa” el derecho no puede decir y sobre “qué cosa” debe decir”¹⁴².

Como señala Ferrajoli, los derechos fundamentales se convierten en condiciones sustanciales de validez: “*De hecho, todos los derechos fundamentales –desde los derechos clásicos de libertad hasta los derechos sociales– equivalen a vínculos de sustancia y no de forma, que condicionan la validez sustancial de las normas producidas y expresan, por decirlo de algún modo, los objetivos y la razón social de ese moderno artificio que es el estado constitucional de derecho*”¹⁴³. Agrega que “*Así pues, el Estado Constitucional de Derecho se configura como el instrumento constituido por el conjunto de estas normas, gracias a las cuales todos los poderes se encuentran sujetos a la ley: en el doble sentido que todos los poderes, también aquellos de mayoría, sólo pueden ejercerse en las formas establecidas por las normas formales y están, además, sujetos a normas sustanciales que imponen límites y vínculos a los contenidos de sus decisiones para tutelar los derechos de todos los individuos*”¹⁴⁴. En palabras de José Luis Serrano, “la validez de una norma no depende solo de su promulgación o de su vigencia espacial, material, personal, competencial, procedimental o temporal; sino también de un juicio de coherencia estático, de contenido o sustancial que conforma a la norma con el sistema jurídico en su totalidad, incluyendo dentro a la constitución histórica”¹⁴⁵.

Para García de Enterría, las normas infra constitucionales “sólo serán válidas si no contradicen, no ya sólo el sistema formal de producción de las mismas que la Constitución establece, sino, y sobre

¹³⁹ STC exp. Nº 3741-2004-AA/TC, f.j. 6.

¹⁴⁰ STC exp. Nº 0023-2005-PI/TC, f.j. 1.

¹⁴¹ Luigi Ferrajoli, Positivismo crítico, derechos y democracia, en Revista Isonomía Nº 16, abril 2002, pág. 7. Ver: <http://www.cervantesvirtual.com>.

¹⁴² También llamado Neoconstitucionalismo. Ver Miguel Carbonell (editor), Neoconstitucionalismo (s), Editorial Trotta, Madrid, 2003. También ver Miguel Carbonell (editor), Teoría del Neo constitucionalismo, Editorial Trotta, Madrid, 2007. En este último texto se sugiere leer el debate entre Luis Prieto Sanchís, defensor del Neo constitucionalismo, la crítica al Neo constitucionalismo de Juan Antonio García Amado, la réplica de Luis Prieto Sanchís, el artículo Carlos Bernal Pulido. Finalmente, también recomendamos la lectura de Luis Prieto Sanchís, Justicia Constitucional y derechos Humanos, Editorial Trotta, Madrid, 2003, pág. pág. 101 y siguientes.

¹⁴³ Luigi Ferrajoli, op. cit., pág. 11.

¹⁴⁴ Ibídem, pág. 13 y 14.

¹⁴⁵ José Luis Serrano. Validez y Vigencia. La aportación garantista a la teoría de la norma jurídica. Trotta: Madrid, 1999. Pág. 101

todo, el cuadro de valores y de limitaciones del poder que en la Constitución se expresa”¹⁴⁶. La consecuencia práctica es la subordinación de las leyes y de los decretos legislativos a las Constituciones Políticas, no sólo en lo que respecta a las formas de su producción, sino también en lo que hace a los significados normativos producidos. Esto significa que “una norma formalmente válida y, por lo tanto, existente, pueda ser, sin embargo, sustancialmente inválida porque su significado contradice las normas constitucionales sustanciales”¹⁴⁷. Esto es lo que ocurre con los decretos legislativos expedidos por el gobierno en forma inconsulta, si bien formalmente los autores de los mismos pueda que hayan observado los procedimientos para aprobar este tipo de normas, sin embargo, sustancialmente en la medida que no fueron consultados tienen un vicio de nulidad, en la medida en que violan el Convenio 169 de la OIT.

e. El derecho a la consulta en la experiencia comparada

El Convenio 169 viene siendo aplicado por tribunales locales en países latinoamericanos

La aplicación del Convenio 169 de la OIT por parte de los tribunales locales no es una aspiración, es una realidad en la mayoría de los países latinoamericanos que al igual que Perú, han firmado y ratificado el Convenio 169 de la OIT. En efecto, un trabajo reciente de la OIT de sistematización de sentencias de aplicación del Convenio 169, demuestra no solo que los tribunales nacionales e internacionales en América Latina vienen aplicando el Convenio 169 de la OIT en sede judicial, sino que se le reconoce a esta Convención la condición de fuente jurídica de obligaciones¹⁴⁸.

El mencionado informe presenta 4 sentencias en Argentina, 2 en Belice, 3 en Bolivia, 1 en Brasil, 15 en Colombia, 9 en Costa Rica, 3 en Ecuador, 5 en Guatemala, 2 en México y 2 en Venezuela. En ese mismo informe, la OIT señala que parte de la influencia del Convenio 169 de la OIT ha consistido en establecerse como modelo inspirador de reformas constitucionales y legales en materia indígena en la región aparecen reflejadas de una u otra manera en constituciones y en normas legales en los distintos países de la región¹⁴⁹. Sin embargo, agrega que la influencia del Convenio 169 no se ha limitado al papel de “legislación modelo”, a ser seguida por los poderes políticos locales. Añade que el 169 ha sido empleado e invocado por las propias comunidades y pueblos indígenas, y por otros actores, públicos y privados, que han actuado en defensa de los derechos e intereses de esas comunidades. Y parte del empleo de ese instrumento internacional ha consistido, justamente, en el litigio ante los tribunales locales y, cuando ha sido posible, ante los órganos del sistema regional de derechos humanos¹⁵⁰.

El informe de la OIT señala que “La mayoría de la jurisprudencia recogida proviene o se refiere, naturalmente, a países que son parte del Convenio 169, y para los que por ende ese instrumento internacional constituye una fuente jurídica directa de obligaciones”¹⁵¹. Sobre la incorporación, el

¹⁴⁶ Como bien señala Eduardo García de Enterría, la tradición de nuestro derecho constitucional “conduce a negar a la Constitución valor normativo específico fuera del ámbito de la organización y las relaciones de los poderes superiores; todo lo demás, y en concreto toda la parte material de la Constitución, contendría solo principios “programáticos”, indicaciones que solo en cuanto el legislador recogiera llegarían a encarnarse en normas jurídicas verdaderas, las leyes de desarrollo de tales principios, únicas normas aplicables por los tribunales y vinculantes para los poderes públicos y para los ciudadanos”, La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional, Editorial Civitas, 3ra edición, Madrid, 1985, pág. 50.

¹⁴⁷ Ferrajoli, op. cit., pág. 11.

¹⁴⁸ OIT, La aplicación del Convenio Num. 169 por Tribunales nacionales e internacionales en América Latina. Una compilación de casos, OIT, Agosto, 2008. Texto inédito.

¹⁴⁹ *Ibidem*, pág. 9.

¹⁵⁰ *Ibidem*.

¹⁵¹ *Ibidem*, pág. 10.

panorama de los países representados en esta muestra de sentencias, es casi unánime: la tradición dominante en América Latina es la monista, es decir, la incorporación de un tratado internacional al derecho interno, una vez que ha sido debidamente ratificado. En relación con el rango asignado al Convenio 169 de la OIT¹⁵².

Otro de los factores que permite comprender el alcance de la aplicación del Convenio 169 por tribunales de América Latina es la amplia variedad de acciones judiciales en las que se registra su empleo. Este se ha usado como argumento de la parte que plantea la demanda judicial, pero también como excepción o como justificación de defensas de fondo. La experiencia de los tribunales de América Latina muestra una gran riqueza en las posibilidades de invocación del 169, que no se agotan en absoluto en el litigio de carácter constitucional¹⁵³.

La aplicación del Convenio 169 en las sentencias constitucionales de la Corte Constitucional Colombiana

Colombia ha desarrollado uno de los marcos constitucionales y jurídicos más progresistas de América Latina en lo que concierne a asuntos multiculturales. Los desarrollos jurídicos colombianos han sido considerados por activistas y por personas encargadas del diseño de políticas públicas como un ejemplo del tipo de legislación que otros países de la región deberían adoptar¹⁵⁴, por ello la jurisprudencia de Colombia es quizá uno de los casos más emblemáticos y una experiencia a revisar¹⁵⁵, no solo en materia de justicia constitucional sino sobre todo, en lo relacionado con respeto de los derechos de los pueblos indígenas¹⁵⁶. Además no podemos olvidar que de conformidad con el TC se “puede recurrir al Derecho Constitucional comparado como un quinto método de interpretación, en la medida de que se torna en una herramienta explicativa necesaria, pues es en el conocimiento de esa diversidad de repuestas en el contexto de procesos de descentralización, que se podrá establecer los criterios y pautas que deben determinar el análisis del juez constitucional en cada caso en concreto”¹⁵⁷.

Según un informe la OIT, Colombia tiene más de 40 casos de sentencias en los que se invoca el Convenio 169 de la OIT¹⁵⁸. Una de las particularidades de la experiencia colombiana, es que le reconoce al Convenio 169 de la OIT no solo fuerza normativa, sino que lo incorpora a su

¹⁵² *Ibidem*, pág. 11.

¹⁵³ *Ibidem*, pág. 13.

¹⁵⁴ Daniel Bonilla Maldonado, *La Constitución multicultural*, Siglo de Hombre Editores, Pontificia Universidad Javeriana y Universidad de los Andes, Bogotá, 2006, pág. 25.

¹⁵⁵ Cfr. Colombia: La implementación del derecho a la consulta previa previsto en el Convenio 169 de la OIT, en: *La Consulta Previa con los Pueblos Indígenas: Legislación y jurisprudencia en Brasil, Colombia, Ecuador y Perú*, Red Jurídica para la defensa de la Amazonía, Quito, 2009. Sobre la función de la jurisprudencia en el desarrollo de los derechos culturales se puede consultar Juan Pablo Vera Lugo, la jurisprudencia como campo de reflexión de la diversidad cultural: apropiación jurídica de nociones culturales, en: *Revista Universitas humanística*, N.º. 62, 2006, págs. 205 y sgts. Un estudio de conjunto sobre el desarrollo de la jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana en materia de derechos de los pueblos indígenas puede ser encontrado en Daniel Bonilla Maldonado, *La Constitución multicultural*, Siglo de Hombre Editores, Pontificia Universidad Javeriana y Universidad de los Andes, Bogotá, 2006.

¹⁵⁶ Para una visión de conjunto ver Catalina Botero Marino, *Multiculturalismo y derechos de los pueblos indígenas en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana*. Revista Precedente, Anuario Jurídico, Facultad de Derecho y Humanidades. Cali, Universidad ICESI, 2003, págs. 45-87.

¹⁵⁷ STC exp. N.º 0002-2005-AI/TC, f.j. 45.

¹⁵⁸ *Ibidem*, pág. 9. Ver nota de página número 10. Cfr. sentencia T-405-93 23 de septiembre de 1993, pág. 17; Sentencia SU039-97 3 de febrero de 1997, pág. 20; Sentencia T-634-99 30 de agosto de 1999; pág. 23; Sentencia C-620-03 29 de julio de 2003; pág. 38, pág. 43; Sentencia T-737-05 de julio de 2005, pág. 15, pág. 18; Sentencia T 880-06 29 de octubre de 2006, pág. 57; Sentencia C-030/08 de enero de 2008, pág. 45; pág. 48, Sentencia C-175/09 de marzo de 2009, pág. 28.

ordenamiento a través de la técnica del bloque de constitucionalidad¹⁵⁹. En efecto, y a manera de ejemplo podemos destacar que en la sentencia SU039-97, del 3 de febrero de 1997, la Corte Constitucional Colombiana¹⁶⁰ señala que el “citado Convenio, que hace parte del ordenamiento jurídico en virtud de los arts. 93 y 94 de la Constitución, integra junto con la aludida norma un bloque de constitucionalidad que tiende a asegurar y hacer efectiva dicha participación” (pág. 20). En la sentencia T-634-99, de fecha 30 de agosto de 1999, dirá que “el Convenio 169 de la OIT, ratificado por la ley 21 de 1991, Convenio que hace parte del ordenamiento jurídico colombiano (art. 93 C.P.)” (pág. 23)¹⁶¹.

Asimismo, en la Sentencia C-620-03, de fecha 29 de julio de 2003, señaló que “las anteriores disposiciones están recogidas en un Convenio adoptado por la Conferencia General de la OIT, aprobado por Colombia mediante la Ley 21 de 1991, respecto del cual la jurisprudencia constitucional ha estimado que, en cuanto el mismo consagra la protección de derechos que han sido estimados fundamentales –los derechos a la integridad cultural y el subsiguiente derecho de consulta en las decisiones relativas a recursos naturales-, forma parte del llamado bloque de constitucionalidad” (pág. 38).

Finalmente, en la Sentencia C-175/09 de marzo de 2009, la Corte señaló que “La determinación de un marco jurídico del derecho a la consulta previa se obtiene a partir de las normas legales anotadas, las cuales son reforzadas por la regulación derivada del derecho internacional de los derechos humanos, en especial lo previsto por el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo” (pág. 28)

Un caso paradigmático en Colombia: La derogación de la Ley Forestal por no haber sido consultada

Varias son las sentencias que la Corte Constitucional de Colombia ha expedido en procesos constitucionales donde se ha discutido el derecho a la consulta previa¹⁶². Sin embargo, siguiendo a Diego López, podemos identificar la sentencia fundadora de línea¹⁶³, que sería la SU – 039 de 1997 (“Caso U’wa”), sentencias confirmadoras¹⁶⁴ de ésta, y posteriormente, podemos la sentencia hito¹⁶⁵ C-030/08 (Ley General Forestal)¹⁶⁶. En todo caso, una mirada panorámica de la línea

¹⁵⁹ Christian Courtis, Apuntes sobre la aplicación del Convenio 169 de la OIT sobre los pueblos indígenas por los tribunales de América Latina, en. Revista Sur, Revista Internacional de Derechos Humanos, Año N° 6, Número 10, Sao Paulo, Junio del año 2009, pág. 58.

¹⁶⁰ Cfr. Hernán Alejandro Olano García, ¿Cómo analizar sentencias de la Corte Constitucional Colombiana? Autores, En: Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional, N° 3, 2005, págs. 335-346.

¹⁶¹ Una publicación oficial del gobierno colombiano sobre el derecho a la consulta que va la pena revisar es: Ministerio del Interior y de Justicia, La Consulta Previa a Pueblos. Indígenas y Tribales. Compendio de Legislación, Jurisprudencia y Documentos de Estudio, Bogotá 2006. Es interesante anotar el hecho que Colombia que actualmente cuenta con un gobierno de derecha como es el de Uribe, desarrolle no solo una política pública en materia de derecho a la consultas, sino que cuente con una oficina encargada de impulsar las consultas, al interior del referido ministerio.

¹⁶² Cfr. Sentencia T-380-93 de septiembre de 1993; Sentencia T-405-93 23 de septiembre de 1993; Sentencia SU039-97 del 3 de febrero de 1997; Sentencia T-652/98 del 10 de noviembre de 1998; Sentencia T-634-99, del 30 de agosto de 1999; sentencia C-418-02, del 28 de mayo de 2002; sentencia C-891/02 de octubre de 2002; sentencia SU-383-03, del 13 de mayo de 2003; sentencia C-620-03, del 29 de julio de 2003; sentencia T-737-05 de julio de 2005; sentencia T 880-06, del 29 de octubre de 2006; sentencia C-030/08, de enero de 2008; sentencia C-175/09, de marzo de 2009.

¹⁶³ Diego Eduardo López Medina, El derecho de los jueces. Obligatoriedad del precedente constitucional, análisis de sentencias y líneas jurisprudenciales y teoría del derecho judicial, 2da edición, Legis, Bogotá, 2006, pág. 164.

¹⁶⁴ *Ibidem*, pág. 166.

¹⁶⁵ *Ibidem*, pág. 161.

¹⁶⁶ En tal sentido coincidimos con la selección de Christian Courtis, Apuntes sobre la aplicación del Convenio 169 de la OIT sobre los pueblos indígenas por los tribunales de América Latina, en. Revista Sur, Revista Internacional de Derechos Humanos, Año N° 6, Número 10, Sao Paulo, Junio del año 2009, págs. 64-68.

jurisprudencial de la Corte Constitucional Colombiana, puede ser encontrada en esta última sentencia¹⁶⁷.

La sentencia recaída en el caso de la Ley Forestal C-30 del año 2008 resulta relevante pues se trata de una Ley aprobada por el Congreso Colombiano, que no fue consultada antes de expedirse, hecho que guarda una similitud con el caso que estamos analizando, de decretos legislativos no consultados expedidos por el gobierno¹⁶⁸. Además, un elemento común con el Perú es que Colombia no ha realizado una sistemática e integral implementación del Convenio 169 de la OIT, por parte del Poder Ejecutivo y por parte del Poder Legislativo¹⁶⁹. Se trata de una acción de inconstitucionalidad dirigida contra la Ley General Forestal (Ley 1021 de 2006). La ley fue impugnada por haberse omitido la consulta previa establecida por el artículo 6 del Convenio 169 de la a las comunidades indígenas y afrodescendientes afectadas por las disposiciones de la ley¹⁷⁰.

La sentencia reiteró la línea jurisprudencial trazada en materia de reconocimiento de la diversidad étnica y cultural como principio constitucional y fundamento de la nacionalidad colombiana.

¹⁶⁷ Sentencia C-030/08, del 23 de enero de 2008. Ver el numeral 4 titulado “Marco jurídico del derecho de los pueblos indígenas y tribales a la consulta de las medidas administrativas o legislativas que los afecten directamente”, págs 53-83.

¹⁶⁸ No es el primer caso donde se cuestiona la constitucionalidad de una medida legislativa por no haber sido previamente consultada. El primer caso donde se cuestionó judicialmente la constitucionalidad de una medida legislativa recayó en la sentencia C-169 del año 2001. Fue en el proyecto de ley estatutaria que reglamentaba la participación política de las minorías étnicas en el Congreso de la República, las organizaciones indígenas cuestionaron la constitucionalidad de la mencionada medida por tal motivo, la Corte constitucional al resolver la controversia señaló que ese momento sólo era obligatoria la consulta previa sobre medidas administrativas que se refieran a la exploración y explotación de recursos naturales, que al no encontrarse regulado legalmente el proceso de consulta para medidas legislativas no era obligatorio para el Estado. Posteriormente, en la tramitación del Código de Minas (Ley 685 de 2001) la Corte Constitucional en las sentencias C- 418 de 2002 y C – 891 de 2002, reiteró que no era obligatorio el proceso de consulta previa sobre medidas legislativas por no haber reglamentado para estos casos, y que aún así efectivamente estas comunidades habían sido consultadas previamente antes de que el ejecutivo nacional radicara la propuesta legislativa a consideración del Congreso, y que se encontraba documentada la acción gubernamental que buscó en diferentes instancias, talleres y reuniones alcanzar un acuerdo sobre las normas que se incluirían en este estatuto referidas a los pueblos indígenas, con los representantes de la Organización Nacional Indígena de Colombia – ONIC, finalidad que no se materializó, por lo que habiéndose agotado el proceso de consulta sin acuerdo entre las partes era viable que el gobierno y el órgano legislativo procedieran a tramitar y aprobar la correspondiente legislación, como en efecto se realizó. La implementación del derecho a la consulta previa previsto en el Convenio 169 de la OIT, en: La Consulta Previa con los Pueblos Indígenas: Legislación y jurisprudencia en Brasil, Colombia, Ecuador y Perú, Red Jurídica para la defensa de la Amazonía, Quito, 2009, págs. 94 y 95.

¹⁶⁹ En Colombia el derecho a la consulta está regulado en la Ley 21 de 1991 que incorporó el Convenio 169 de la OIT, en la Constitución Política de Colombia en los artículos 1, 2, 7, 10, 330 parágrafo y 332. En la ley 99 de 1993 Art. 76, en el Decreto 1320 de 1998 y en la Resolución 3598 de 2008 G. Consulta Previa. En relación con la Decreto 1320, como señala la experta colombiana Sorelly Paredes, este adolece de un vicio de inconstitucionalidad que lo hace receptor de la excepción de inconstitucionalidad, e incluso la Corte Constitucional así lo estableció en la Sentencia T-652 de 1998 (Caso Urrá). El mencionado vicio consiste en que está reglamentando un Derecho Fundamental (La Consulta Previa) y estas reglamentaciones solo pueden hacerse mediante Leyes Estatutarias, conforme lo establece el literal a) del artículo 152 de la Constitución. En segundo término se tiene que el Decreto 1320 de 1998 (aceptando en gracia de discusión su aplicabilidad), está dirigido a regular Consultas Previas para la EXPLOTACIÓN de recursos naturales, luego para actividades como la sísmica no aplicaría puesto que dicha actividad no es de EXPLOTACIÓN. Es por esta razón que el decreto 1320 se ha entendido como regulador de Consultas Previas con Licencia Ambiental. Como tercer punto, el artículo tercero del Decreto 1320 de 1998 (nuevamente aceptando, en gracia de discusión, su aplicabilidad), se refiere a proyectos o actividades a realizar en zonas NO TITULADAS y habitadas en forma regular y permanente por comunidades indígenas o negras, luego cuando se está dentro de Resguardos o títulos colectivos de comunidades negras, no aplica. Si se quiere consultar bibliografía se puede revisar: La implementación del derecho a la consulta previa previsto en el Convenio 169 de la OIT, en: La Consulta Previa con los Pueblos Indígenas: Legislación y jurisprudencia en Brasil, Colombia, Ecuador y Perú, Red Jurídica para la defensa de la Amazonía, Quito, 2009, pág. 82. La única norma que reglamento el derecho a la consulta, el Decreto N° 1320 de 1998, por medio de la cual se trato de reglamentar el derecho a la consulta en relación con la explotación de los recursos naturales en sus territorios, fue declarada inconstitucional por la Corte Constitucional de Colombia.

¹⁷⁰ Seguimos la cronología de los hechos elaborada por el OIT en: La aplicación del Convenio Num. 169 por Tribunales nacionales e internacionales en América Latina. Una compilación de casos, OIT, Agosto, 2008, pág. 122 y sgts.

Destacó que esa especial protección se traduce en el deber de adelantar procesos de consulta con las comunidades indígenas y tribales para la adopción y la ejecución de decisiones susceptibles de afectarlas, deber que surge de diversas normas constitucionales y del 169 de la OIT.

Sin embargo, dado que en el caso se cuestionaba la sanción de una ley sin consulta previa, la Corte agregó nuevos criterios a su jurisprudencia anterior. Así, señaló que, cuando se trata de proyectos de ley, el deber de consulta no surge frente a toda medida legislativa que sea susceptible de afectar a las comunidades indígenas, sino únicamente frente a aquellas que puedan afectarlas directamente. Aclaró, que la afectación directa puede darse tanto cuando el legislador decida expresamente regular las materias previstas por el Convenio 169, como cuando la medida, pese a su alcance general, repercute de manera directa sobre las comunidades indígenas y tribales.

Señala la Corte “No le corresponde a la Corte pronunciarse sobre los contenidos de la ley forestal, ni evaluar los criterios orientados a mostrar, por ejemplo, unas eventuales bondades de la ley desde la perspectiva de conservación ambiental o, por el contrario, su impacto negativo en este frente”. Agrega que “De lo que se trata en este escenario de control de constitucionalidad, a la luz del problema jurídico que se ha planteado, es, de advertir la presencia de opiniones encontradas en ese y en otros frentes, las cuales, independientemente del lado en el que se encuentre la razón, evidencian la necesidad de adelantar una consulta en los términos del artículo 6° del Convenio 169 de la OIT, precisamente en la medida en que, entre los objetivos de dicha consulta está el de enterar a las comunidades y discutir con ellas, los posibles efectos, positivos o negativos que una determinada medida legislativa pueda tener sobre ellas”.

Luego señala algo que es aplicable al caso peruano, y que explica los sucesos de Bagua el 5 de junio del año 2009, “En este escenario, cabe observar, por ejemplo, que las experiencias del pasado reciente permitían a las comunidades indígenas y afrocolombianas abrigar un temor fundado sobre el impacto que un proyecto de Ley General Forestal podría tener sobre sus modos de vida, lo cual, a su vez, hacía patente su interés en participar, más allá de lo que concierne al gobierno de sus propios territorios, en la discusión de medidas de limitación, control y mitigación de tales impactos.”

Este caso también resulta interesante pues como la propia CCC lo reconoce, no había un desarrollo legislativo sobre el punto, “Si bien es cierto que, como se ha señalado, existe un margen de flexibilidad en torno a la manera como debe hacerse efectiva la consulta, en la medida en que no existen desarrollos legislativos sobre la materia y que, inclusive, la exigencia de que la consulta sea previa, en materia de medidas legislativas no es absoluta en relación con el momento de presentación del proyecto de ley, no es menos cierto que un proyecto de la dimensión, la complejidad y las implicaciones del que pretenda regular de manera integral los asuntos forestales, exigía que, como condición previa a su radicación en el Congreso, el gobierno adelantara un ejercicio específico de consulta con las comunidades indígenas y tribales, que permitiera hacer efectivo su derecho de participación”.

Y sobre las virtudes de realizar el proceso de consulta señala que “Dicho proceso habría permitido identificar dificultades, establecer las discrepancias relevantes en las aproximaciones, buscar alternativas, y, en todo caso, propiciar que el debate en el Congreso se enriqueciera con el aporte de posiciones previamente decantadas en las que, si bien no era imperativo el consenso, si permitirían apreciar con nitidez los aspectos que desde la perspectiva de las comunidades podrían resultar problemáticos”.

La CCC concluye que “la adopción de la ley debió haberse consultado con esas comunidades, para buscar aproximaciones sobre la manera de evitar que la misma las afectara negativamente, así como

sobre el contenido mismo de las pautas y criterios que, aún cuando de aplicación general, pudiesen tener una repercusión directa sobre los territorios indígenas y tribales, o sobre sus formas de vida”.

Concluye la CCC que “Para que se hubiese cumplido con el requisito de la consulta habría sido necesario, poner en conocimiento de las comunidades, por intermedio de instancias suficientemente representativas, el proyecto de ley; ilustrarlas sobre su alcance y sobre la manera como podría afectarlas y darles oportunidades efectivas para que se pronunciaran sobre el mismo. Ese proceso no se cumplió, razón por la cual la Corte concluye que, dado que la ley versa sobre una materia que se relaciona profundamente con la cosmovisión de esas comunidades y su relación con la tierra, y que, por acción o por omisión, es susceptible de afectarlas de manera directa y específica, no hay alternativa distinta a la de declarar la inexecutable de la ley”¹⁷¹.

f. L fuerza normativa directa del derecho a la consulta previa contenido en el artículo 6 del Convenio 169 de la OIT

El derecho a la consulta es vinculante y tiene efectos normativos inmediatos

Debemos comenzar por recapitular los puntos antes desarrollados y señalar que todos los jueces, servidores públicos, en cuanto vinculados a la Constitución, “deben aplicar la totalidad de sus preceptos sin posibilidad alguna de distinguir entre artículos de aplicación directa y otros meramente programáticos¹⁷², que carecerían de valor normativo”¹⁷³. En otras palabras, la constitución tiene el carácter de derecho directamente aplicable, sin necesidad de la intermediación de una ley¹⁷⁴. Ello implica que los derechos fundamentales en su interpretación como principios, no deben ser confundidos con enunciados programáticos, es decir con normas no vinculantes¹⁷⁵.

Es necesario diferenciar entre el concepto de fuerza vinculante de una norma constitucional y la eficacia normativa de las normas constitucionales. Todas las normas constitucionales y las normas de los tratados internacionales de derechos humanos tienen fuerza normativa, pero no todas las normas constitucionales tienen la misma eficacia normativa, ello dependerá de su naturaleza, y de su contenido normativo. Esto ocurre con el derecho a la consulta previa.

¹⁷¹ No son los únicos casos, tenemos también el caso Arcos de Ecuador. Esta sentencia que es importante por la similitud del supuesto fáctico con el caso de los decretos legislativos es el caso del Tribunal Constitucional N° 170-2002-RA, Claudio Mueckay arcos v. Dirección Regional de Minería de Pichincha, sentencia del 13 de agosto del año 2002. Esta sentencia es sugerente, porque una de los argumentos de defensa del Estado fue la falta de reglamentación legal de la consulta. El Tribunal Constitucional rechazó tal argumento, sosteniendo que no puede alegarse para desconocer el derecho de los pueblos y comunidades indígenas a ser consultados su falta de reglamentación legal.

¹⁷² Según García de Enterría “Los enunciados programáticos eran normas no vinculantes para el legislador. La vulneración de normas no vinculantes en contraposición a las normas vinculantes, no puede ser establecida por un tribunal [...] Dichos enunciados ostentan exclusivamente una validez política, moral o divina. Sin embargo, los derechos fundamentales del moderno Estado constitucional democrático se garantizan mediante normas vinculantes”. García de Enterría, op. cit., pág. 62.

¹⁷³ Eduardo García de Enterría, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Editorial Civitas, 3ra edición, Madrid, 1985, pág. 68.

¹⁷⁴ *Ibidem*, pág. 73. Incluso este autor señala en relación con las normas de la Constitución de la parte orgánica que “Los preceptos orgánicos constitucionales son de inmediata aplicación por todos los poderes públicos y, en concreto, por los propios órganos a que la regulación constitucional se refiere. Existan o no normas complementarias o de desarrollo de esta regulación, ésta es plenamente eficaz por sí misma y por tanto, rige la formación y el funcionamiento de los órganos afectados, sin que éstos o cualquiera otro con los que entren en relación tengan que solicitar del Tribunal Constitucional interpretación o aplicación ninguna [...] la eficacia inmediata de la Constitución en su función organizadora de los nuevos poderes así lo impone” (pág. 80).

¹⁷⁵ Martín Borowski, *La estructura de los derechos fundamentales*, Universidad Externado de Colombia, Serie de Teoría y Filosofía del Derecho, Lima, 2003, pág. 62.

Si bien no está legislado el procedimiento para la realización del proceso de consulta, esto no impide que las normas que reconocen el derecho a la consulta funcionen como un parámetro de validez sustancial y constitucional de las facultades legislativas del Congreso. El fundamento de ello descansa en el hecho que el derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas, no necesita de una ley de desarrollo legislativo para desplegar efectos normativos como parámetro de validez. Una tesis contraria supondría no solo vaciar de contenido las normas constitucionales sino que sería incompatible con el principio de fuerza normativa de la Constitución y con la naturaleza jurídica y vinculante de la propia Constitución, “no todos los artículos de la Constitución tienen el mismo alcance y significación normativas, pero todos, rotundamente enuncian efectivas normas jurídicas, [...] sea cual sea su posible imprecisión o indeterminación”¹⁷⁶,

Asimismo, la afirmación de que existen disposiciones constitucionales que no son vinculantes es incompatible con el principio constitucional¹⁷⁷ de fuerza normativa de la constitución, según el cual “La interpretación constitucional debe encontrarse orientada a relevar y respetar la naturaleza de la Constitución como norma jurídica, vinculante *in toto* y no sólo parcialmente. Esta vinculación alcanza a todo poder público (incluyendo, desde luego, a este Tribunal) y a la sociedad en su conjunto”¹⁷⁸. En otras palabras, dado que la Constitución pretende verse actualizada, y en virtud de que las posibilidades y condicionamientos históricos de tal actualización van cambiando, en la solución de los problemas jurídicos constitucionales, será preciso dar preferencia a aquellos puntos de vista que ayuden a las normas de la Constitución a obtener la máxima eficacia, bajo las circunstancias de cada caso¹⁷⁹

Sería extraño que hubiese normas no jurídicas en un ordenamiento constitucional. Si una Constitución es un documento jurídico, un sistema normativo, y fundamentalmente jurídico, no tiene sentido admitir que, en ese conjunto normativo, existan disposiciones no jurídicas, meramente directivas e indicativas, como se sustentan para las normas programáticas¹⁸⁰. Es erróneo pretender que ciertas disposiciones constitucionales, solo porque no tiene eficacia positiva directa e inmediata, no sean normas jurídicas, y normas jurídicas constitucionales¹⁸¹.

El desconocimiento de la fuerza normativa de las normas constitucionales tiene su origen en la doctrina constitucional norteamericana que clasifica las normas constitucionales desde el punto de vista de su aplicación en autoaplicativas o autoejecutables o aplicables por si mismas o incluso suficientes en sí mismas, y disposiciones no autoaplicativas, o no autoejecutables, o no ejecutables por si mismas o incluso no suficientes por si mismas¹⁸².

Según esta doctrina, las constitucionales autoejecutables son aplicables, porque están revestidas de plena eficacia jurídica por regular directamente a las materias situaciones o comportamientos de las que conocen, en tanto que las normas constitucionales no autoejecutables son de aplicación dependiente de leyes ordinarias¹⁸³. En otras palabras, las normas autoejecutables son “las

¹⁷⁶ Eduardo García de Enterría, op. Cit., pág. 68, pág. 68.

¹⁷⁷ La Primera Disposición Final de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (Ley 28301) en relación con la fuerza normativa de los principios constitucionales “Los jueces y Tribunales interpretan y aplican las leyes y toda norma con rango de ley y los reglamentos respectivos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos, bajo responsabilidad”.

¹⁷⁸ STC exp. N° 0976-2001-AA, Fundamento 5; STC exp. N° 1124-2001-AA, f.j. 6. STC exp. N° 0976-2001-AA, f.j. 5; STC exp. N° 1124-2001-AA, f.j. 6.

¹⁷⁹ Konrad Hesse, Escritos de Derecho Constitucional, Madrid, CEC, 1992, pág. 48.

¹⁸⁰ José Alfonso Da Silva. Aplicabilidad de las normas constitucionales. UNAM, México D. F., 2003, pág. 36.

¹⁸¹ *Ibidem*, págs. 37-38.

¹⁸² *Ibidem*, pág. 59.

¹⁸³ *Ibidem*, pág. 60.

determinaciones, para ejecutar las cuales, no hay necesidad de constituir una autoridad, ni crear o indicar un proceso especial, y aquellas donde el derecho instituido se crea armado por si mismos, por su propia naturaleza, de sus medios de ejecución y preservación”¹⁸⁴. Las normas no autoejecutables son las que “no revisten de los medios de acción esenciales para su ejercicio en sus derechos, que otorgan, a los encargos, que imponen, establecer competencias, atribuciones, poderes cuyo uso tienen que esperar que la legislatura, según su criterio, lo habilite a ejercerse”¹⁸⁵.

Sin embargo, la clasificación de las normas en autoaplicativas y no autoaplicativas no corresponde a la realidad de la ciencia jurídica, ni a las necesidades prácticas de aplicación de las Constituciones, pues sugiere la existencia, en éstas, de normas ineficaces y desprovistas de imperatividad¹⁸⁶. Y la razón es que no “hay, en una Constitución, cláusulas, a las que se debe atribuir meramente el valor moral de consejos, avisos o lecciones. Todas tienen fuerza imperativa de reglas, dictadas por la soberanía nacional o popular por si mismas todos los efectos posibles, pues son siempre pasivas de nuevos desarrollos mediante legislación ordinaria, ni las llamadas no autoaplicativas son de eficacia nula, pues producen efectos jurídicos y tienen eficacia, aunque relativa y reducida”¹⁸⁷. Agrega Da Silva que cada norma constitucional es siempre ejecutable por si misma hasta donde pueda, hasta donde sea susceptible de ejecución. El problema se sitúa, justamente, en la determinación de ese límite, en la verificación de cuales efectos parciales es posible de cada uno¹⁸⁸.

En definitiva, del mismo modo que se puede afirmar que no hay norma constitucional alguna del todo ineficaz, porque todas son de modo unívoco constitucionalmente conocidas en relación con sus destinatarios, también se puede sustentar que ninguna es, en si misma completa¹⁸⁹. En efecto, como lo señala Crisafulli, “no se sabrá verdaderamente en qué consiste el carácter completo de una norma; cada norma, en cierto sentido es incompleta, porque es general y abstracta, tanto que necesita del trabajo de intérprete para volverse aplicable concretamente a los casos singulares de la vida social, comprendidos en la respectiva categoría”¹⁹⁰.

Por último, y siguiendo a Da Silva, “no hay norma constitucional destituida de eficacia. Todas ellas irradian efectos jurídicos, importando siempre en una innovación del orden jurídico preexistente a la entrada en vigor de la Constitución a la que se adhieren, y en una nueva ordenación instaurada. Lo que se puede admitir es que la eficacia de ciertas normas constitucionales no se manifiesta en la plenitud de los efectos jurídicos pretendidos por el constituyente, en cuanto no se emite una normativa jurídica ordinaria o complementaria ejecutoria, prevista o requerida.¹⁹¹ Luego agrega que “Por regla, las normas que facultan al legislador a regular determinado asunto, mediante ley [...] son permisivas, pero no destituidas de eficacia, pues limitan la acción del titular de la permisión, lo que prueba que están dotadas de imperatividad, por cuanto, dadas las circunstancias de su incidencia, obligan a determinado comportamiento”¹⁹².

Incluso los derechos económicos, sociales y “culturales” pueden ser exigidos judicialmente

Para algunos el derecho a la consulta previa es un derecho derivado del derecho a la participación política, en consecuencia tendría una naturaleza de derecho civil y político (DCP), para otros, el

¹⁸⁴ Ruy Barbosa, Comentarios a Constitucao Federal Brasileira, pág. 475 y ss. Vol. 2. Citado Da Silva, op. cit., pág. 60.

¹⁸⁵ *Ibidem*.

¹⁸⁶ *Ibidem*, pág. 61.

¹⁸⁷ *Ibidem*,

¹⁸⁸ *Ibidem*.

¹⁸⁹ *Ibidem*.

¹⁹⁰ Crisafulli, La Costituzione e le sue disposizione di principio, pág. 106. Citado por Da Silva, op. Cit., pág. 62.

¹⁹¹ José Alfonso Da Silva, Aplicabilidad de las normas constitucionales. UNAM: México D. F., 2003. Pág. 67

¹⁹² *Ibidem* pág. 120.

derecho a la consulta es un derecho de naturaleza cultural, en consecuencia, es un derecho económico, social y cultural (DESC). Esta diferenciación pudiera ser relevante para algunos sectores que sostiene que los primeros son de aplicación inmediata y los segundos de aplicación diferida. Sin embargo, como luego demostraremos, esta diferenciación está superada pues todos los derechos generan efectos vinculantes aunque de diferentes manera e intensidad.

En efecto, muchas cosas equívocas se dicen sobre la fuerza normativa de los DESC, así por ejemplo, se han repetido muchos dogmas que son prejuicios ideológicos antes que argumentos sólidos de dogmática jurídica. Entre las cosas se han señalado está que los DESC son normas programáticas que no otorgan verdaderos derechos subjetivos. Se señalaba que había una diferencia entre valor normativo y pleno de DCP y valor simbólico o político de los DESC.

La principal diferencia que señalan los partidarios de la doctrina que le desconoce valor jurídico vinculante de los DESC “reside en la distinción entre obligaciones negativas y positivas: de acuerdo a esta línea de argumentación, los derechos civiles se caracterizarían por establecer obligaciones negativas para el Estado -por ejemplo, abstenerse de matar, de torturar, de imponer censura, de violar la correspondencia, de afectar la propiedad privada- mientras que los derechos sociales exigirían obligaciones de tipo positivo -por ejemplo, dar prestaciones de salud, educación o vivienda”¹⁹³. En ese sentido, contra la exigibilidad de los derechos sociales, aun cuando tengan reconocimiento constitucional, se dice que como se trata de derechos que establecen obligaciones positivas, su cumplimiento depende de la disposición de fondos públicos, y que por ello el Poder Judicial no podría imponer al Estado el cumplimiento de conductas de dar o hacer¹⁹⁴.

Sin embargo urge superar esta visión. Es necesario superar esa visión rígida, pues todos los derechos, llámense civiles, políticos, económicos o culturales tienen un costo, y prescriben tanto obligaciones negativas como positivas. Los derechos civiles no se agotan en obligaciones de abstención por parte del Estado: exigen conductas positivas, tales como la reglamentación -destinada a definir el alcance y las restricciones de los derechos-, la actividad administrativa de regulación, el ejercicio del poder de policía, la protección frente a las interferencias ilícitas del propio Estado y de otros particulares, la eventual imposición de condenas por parte del Poder Judicial en caso de vulneración, la promoción del acceso al bien que constituye el objeto del derecho¹⁹⁵.

Y es que tanto los DCP como los DESC ambos tienen obligaciones positivas y negativas. Como señalan los referidos autores, “Amén de ello, muchos de los llamados derechos civiles se caracterizan justamente por exigir la acción y no la abstención del Estado: piénsese, por ejemplo, en el derecho a contar, en caso de acusación penal, con asistencia letrada costada por el Estado en caso de carecer de recursos suficientes, o en el derecho a garantías judiciales adecuadas para proteger otros derechos”¹⁹⁶. Esto implica que los DESC no se agotan en obligaciones positivas, “los derechos sociales tampoco se agotan en obligaciones positivas: al igual que en el caso de los derechos civiles, cuando los titulares hayan ya accedido al bien que constituye el objeto de esos

¹⁹³ Víctor Abramovich y Christian Curtis, Apuntes sobre la exigibilidad judicial de los derechos sociales. En *Jura Gentium*, Revista de filosofía del derecho internacional y de la política global. Puede ser revisado en: <http://www.juragentium.unifi.it/es/surveys/latina/courtis.htm>. Un argumento en esa misma línea también se puede encontrar en Antonio A. Cancado Trindade. *El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el siglo XXI*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2001. Revisar en especial, el capítulo III titulado “Indivisibilidad de los derechos humanos: la búsqueda de la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales en el plano internacional”.

¹⁹⁴ *Ibídem*

¹⁹⁵ *Ibídem*

¹⁹⁶ *Ibídem*

derechos -salud, vivienda, educación, seguridad social- el Estado tiene la obligación de abstenerse de realizar conductas que lo afecten”¹⁹⁷.

Siguiendo a Abramovich, todo derecho, entonces, requiere para su efectividad obligaciones positivas y negativas. Por eso, varios autores proponen un esquema interpretativo consistente en el señalamiento de "niveles" de obligaciones estatales, que caracterizarían el complejo que identifica a cada derecho, independientemente de su adscripción al conjunto de derechos civiles o al de derechos sociales. Proponen en concreto, 4 niveles de obligaciones: obligaciones de respetar, obligaciones de proteger, obligaciones de asegurar y obligaciones de promover el derecho en cuestión. Las obligaciones de respetar se definen por el deber del Estado de no injerir, obstaculizar o impedir el acceso al goce de los bienes que constituyen el objeto del derecho; las obligaciones de proteger consisten en impedir que terceros interfieran, obstaculicen o impidan el acceso a esos bienes; las obligaciones de asegurar suponen asegurar que el titular del derecho acceda al bien cuando no puede hacerlo por sí mismo; y las obligaciones de promover se caracterizan por el deber de desarrollar condiciones para que los titulares del derecho accedan al bien.

Ninguno de estos niveles puede caracterizarse únicamente a través de las distinciones obligaciones positivas/obligaciones negativas, u obligaciones de resultado/obligaciones de medio, aunque ciertamente las obligaciones de respetar están fundamentalmente ligadas a obligaciones negativas o de abstención, y las obligaciones de proteger, asegurar y promover involucran un mayor activismo estatal, y por ende, un número mayor de obligaciones positivas o de conducta. En todo caso, “no existen diferencias de sustanciales entre las obligaciones correspondientes a derechos civiles y derechos sociales, debe cuestionarse vigorosamente la idea de que sólo los derechos civiles resultan justiciables”¹⁹⁸.

En síntesis, si bien puede concederse que existen limitaciones a la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales, cabe concluir en el sentido exactamente inverso, es decir, dada su compleja estructura, no existe derecho económico, social o cultural que no presente al menos alguna característica o faceta que permita su exigibilidad judicial en caso de violación¹⁹⁹. Además, es imposible que el Estado nada cumpla, “Resulta difícilmente imaginable la situación en la cual el Estado incumpla total y absolutamente con toda obligación positiva vinculada con un derecho social”²⁰⁰.

Queda claro entonces tanto desde la perspectiva constitucional como desde la perspectiva internacional de los DESC que todas las normas son jurídicas y vinculantes, pudiendo diferenciarse su eficacia normativa, de conformidad con la estructura y las particularidades de la norma constitucional o del DIDH.

El TC reiteradamente ha reconocido el carácter vinculante y la aplicación inmediata de los Convenios de la OIT²⁰¹

El TC ha reconocido de forma reiterada y uniforme el carácter vinculante de las normas y pronunciamientos de la OIT por el TC. Eso significa que el Convenio 169 de la OIT no es el primer Convenio al que se le ha reconocido y se le reconocerá fuerza normativa. En los diferentes

¹⁹⁷ *Ibíd*em

¹⁹⁸ *Ibíd*em.

¹⁹⁹ *Ibíd*em.

²⁰⁰ *Ibíd*em.

²⁰¹ Cfr. Alfredo Villavicencio Ríos, “Vinculatoriedad de las normas y pronunciamientos de la OIT en el derecho peruano según el Tribunal Constitucional peruano”, documento no publicado preparado para el Diploma en Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

convenios de la OIT lo que es de aplicación inmediata son los derechos reconocidos en dichos instrumentos.

Podemos encontrar desde las sentencias que citan en su fundamentación convenios de la OIT²⁰², hasta aquellas que además le atribuyen una función hermenéutica:

“Según lo establecido en la cuarta disposición final y transitoria de la Constitución; el artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional; los artículos 26º, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; 1º y 24º, de la Convención Americana de Derechos Humanos; 3º, del Protocolo de San Salvador, y **1º y 3º, del Convenio N.º 111 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT)**, relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación, todos ellos ratificados por el Perú, que **constituyen parámetro de interpretación constitucional**, se proscribire cualquier trato discriminatorio”²⁰³. (subrayado nuestro)

También, las que señalan en forma clara su aplicación inmediata.

“Precisado ya el parámetro constitucional descrito sobre el cual se asienta la jornada laboral de ocho horas, el Tribunal Constitucional no puede dejar de destacar que las citadas disposiciones de los Tratados de Derechos Humanos [Convenio de la OIT], **que deben ser aplicadas obligatoriamente para interpretar los derechos y libertades que la Constitución reconoce [...]**”²⁰⁴. (resaltado nuestro)

Otras asumen que estos convenios de la OIT cumplen una función de parámetro constitucional:

“De las disposiciones citadas, que constituyen el **parámetro constitucional** que debe emplearse para la configuración del derecho a la jornada laboral de ocho horas diarias, conforme a la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución, se desprende que [...]”²⁰⁵. (resaltado nuestro)

En otros casos, incluso el TC ha tomado nota de las recomendaciones de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo (OIT):

“Que, (...) el Tribunal Constitucional ratifica que la sentencia de autos no solo es fiel expresión de la Constitución, como debe ser, sino que, además, coincide con las conclusiones de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo (OIT)”²⁰⁶.

Queda clara la fuerza normativa de los convenios de la OIT y su implementación por el TC. Esto es sumamente relevante, toda vez que al igual que la mayoría de la Convenio de la OIT referidos a materia laboral, el Convenio 169 de la OIT desarrolla también derechos, pero de los pueblos

²⁰² Revisar las siguientes sentencias del TC: Exp. N° 725-96-AA/TC, f.j. 1; Exp. N° 632-2001-AA/TC, f.j. 3; EXP. N.º 1396-2001-AA, f.j. 7; Exp. N° 008-2005-PI/TC, f.j. 17; Exp. . N° 008-2005-PI/TC, f.j. 52; Exp. . N° 0206-2005-PA/TC, f.j. 10; Exp. . N° 0206-2005-PA/TC, f.j. 11; EXP. N.º 3311-2005-PA/TC, f.j. 5; EXP. N.º 4635-2004-AA/TC, f.j. 14; EXP. N.º 4635-2004-AA/TC, f.j. 17; EXP. N.º 4635-2004-AA/TC, f.j. 29; Exp. N° 3828-2006-PA/TC, f.j. 9; y EXP. N° 7957-2005-PA/TC, f.j. 8.

²⁰³ STC exp. N° 01875-2006-PA/TC, f.j. 8.

²⁰⁴ STC exp. N.º 4635-2004-AA/TC, f.j. 16.

²⁰⁵ *Ibidem*, f.j. 15.

²⁰⁶ STC exp. N° 7957-2005-PA/TC, f.j. 7.

indígenas. Además no podemos dejar de señalar que el Tc ya ha reconocido que el Convenio 169 de la OIT tiene rango constitucional, con lo cual cierra el debate acerca de la fuerza normativa de este instrumento del DIDH.

“habiéndose aprobado el Convenio N° 169 [...] su contenido pasa a ser parte del Derecho nacional, tal como lo exp. licita 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”²⁰⁷.

La fuerza normativa del artículo 6 del Convenio 169 de la OIT en relación con los decretos legislativos

Un primer punto antes de interpretar el artículo 6 del Convenio 169 de la OIT es diferenciar las normas de las disposiciones. Una importante herramienta, necesaria en la interpretación constitucional, es el establecimiento de los conceptos de norma y disposición. Uno de los presupuestos conceptuales necesarios e indispensables al momento de la interpretación constitucional es la distinción fundamental entre disposición, norma y posición jusfundamental. Si bien esta nomenclatura esta pensada para la interpretación de las normas de derechos fundamentales, su uso, sobre todo el de las dos primeras, es también valido para la interpretación del conjunto de las normas de la Constitución²⁰⁸.

Para Díaz Revorio, puede entenderse por “disposición” cualquier enunciado que forma parte de un documento normativo, esto es, cualquier enunciado del discurso de las fuentes; “norma” sería cualquier enunciado que constituye el sentido o significado adscrito de una o varias disposiciones o fragmentos de disposiciones²⁰⁹. La disposición sería por tanto el texto, el conjunto de palabras que forman una oración, mientras que la norma sería su significado, esto es, el resultado de su interpretación. Agrega Díaz que no puede haber norma sin previa actividad interpretativa; ni puede hablarse ya de disposiciones (sino de norma) para referirse al resultado de dicha actividad o proceso. Desde el punto de vista de la interpretación, las disposiciones constituyen su objeto, y las normas su resultado²¹⁰. Señala Bernal Pulido que a causa de su redacción lapidaria, casi todas las disposiciones de derecho fundamental presentan un elevado grado de indeterminación normativa. Como consecuencia de esta circunstancia, cada una de estas disposiciones puede serle adscrita interpretativamente una multiplicidad de normas de derecho fundamental²¹¹.

Para el TC, las disposiciones de derecho fundamental son los enunciados lingüísticos de la Constitución que reconocen los derechos fundamentales de la persona, las normas de derecho fundamental son los sentidos interpretativos atribuibles a esas disposiciones, mientras que las

²⁰⁷ STC exp. N° 03343-2007-PA/TC, f. j. 31.

²⁰⁸ El concepto de norma adscrita fue desarrollado por Robert Alexy, Teoría de los derechos fundamentales, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, pág. 65. “Si se vinculan los dos criterios que se refieren al texto constitucional, es posible definir provisionalmente los conceptos de disposición de derecho fundamental y de norma de derecho fundamental l de la siguiente manera: disposiciones de derecho fundamental son los enunciados formulados en los artículos 1 a 19 LF y los enunciados contenidos en los artículo 20 párrafo 4, 33, 38, 101 y 104 LF que confieren derechos individuales. Norma de derecho fundamental son las normas directamente expresadas por estos enunciaos”.

²⁰⁹ Javier Díaz Revorio, Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional. Significado, tipología, efectos y legitimidad. Análisis especial de las sentencias aditivas, Editorial Lex Nova, Valladolid, 2001, págs. 35 y 36

²¹⁰ *Ibíd*em, pág. 36

²¹¹ Carlos Bernal Pulido, El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales, centro de Estudios Políticos Constitucionales, Madrid, 2003, pág. 77.

posiciones de derecho fundamental, son las exigencias concretas que al amparo de un determinado sentido interpretativo válidamente atribuible a una disposición de derecho fundamental, y que se busca hacer valer frente a una determinada persona o entidad²¹².

En tal sentido, se llamará disposición al enunciado lingüístico de un documento que ocupa un lugar entre las fuentes jurídico formales del Derecho. Es decir, el texto normativo. De otro lado, serán normas los sentidos o significados que pueden ser atribuidos a una o varias disposiciones (sentidos interpretativos). Esto significa que en un artículo de una ley, denominado disposición, pueden existir varias normas. Es decir, se denomina “*disposición*” al texto o enunciado, es decir, el conjunto de palabras que integran un determinado precepto legal. Será llamado “*norma*”, el conjunto de significados de las disposiciones de derecho fundamental. El contenido normativo, o sea el significado o sentido de ella. Como puede observarse, la interpretación “constitucional” no es una actividad improvisada y sencilla, supone el manejo de un conjunto de categorías y de técnicas, indispensable para desentrañar el significado y las diferentes normas de las disposiciones constitucionales.

Existe una “disposición” que es el artículo 6 del Convenio 169 de la OIT, y de ella, vía interpretación, en consonancia con las demás normas constitucionales debe extraerse una o varias “norma(s)” que permitan la realización del derecho a la consulta²¹³. Y para ello, se debe “(re)interpretar” esta disposición en la parte que establece la obligación del Estado de realizar la consulta cada vez que prevea adoptar alguna decisión normativa o administrativa que pueda afectar a los pueblos indígenas.

Artículo 6

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;**

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

c) establecer los medios para el pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas de esos pueblos, y en los casos apropiados proporcionar los recursos necesarios para este fin.

2. Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas.

Varias son las posibles interpretaciones (normas) del artículo 6 del Convenio 169 de la OIT (disposición):

Norma 1 (resultado de la interpretación del art. 6, letra b)

Si no está desarrollado legislativamente el proceso de consulta, no habrá obligación de consultar las leyes susceptibles de afectar directamente a los pueblos indígenas

Norma 2 (resultado de la interpretación del art. 6 letras a y b)

²¹² STC exp. N° 01417-2005-AA/TC, f.j. 24.

²¹³ No es la única disposición del Convenio 169 de la OIT referida al derecho a la consulta, también tenemos los artículos 7, 13, 15 y 17 del propio Convenio 169 de la OIT.

El Congreso no puede aprobar leyes susceptibles de afectar directamente a los pueblos indígenas, si antes no las ha consultado debidamente con los pueblos indígenas afectados directamente. Cada vez que prevea aprobar leyes susceptibles de afectar directamente a los pueblos indígenas, el Congreso debe consultar con estos, de conformidad con el procedimiento previamente aprobado por este.

Frente a la “norma 1” propuesta por los demandados (el gobierno) fruto de una interpretación “literalista”²¹⁴ o “textualista” del artículo 6 letra b) del Convenio 169, que establece que el derecho a la consulta no es aplicable toda vez que no hay legislado un procedimiento para hacerlo, proponemos nosotros una interpretación contenida en las “norma” 2, la cual consideramos se ajusta mejor con la fuerza normativa de la Constitución. Esta “norma 1”, que es fruto de una interpretación literal, es incompatible con la Constitución pues lesiona el principio de fuerza normativa de la Constitución y del Convenio 169 de la OIT, al vaciar de contenido normativo y jurídico el artículo 6 del Convenio 169 de la OIT.

El problema con la interpretación literal en este caso es que afecta el principio de supremacía de la Constitución. La Constitución, en tanto norma fundamental positiva, vincula a todos los poderes públicos, y, por tanto, una interpretación constitucional no puede ser contraria a los preceptos constitucionales, a los principios que de estos derivan o que se infieren de ellos, y a los valores a cuya realización aspira. Así, al interpretar el artículo 6 del Convenio 169 de la OIT de manera aislada como si fuera la única norma de nuestro ordenamiento jurídico, se viola el criterio de la interpretación sistemática.

Frente a una interpretación “literalista”, proponemos una interpretación que opte por *armonizar y concordar las diferentes disposiciones constitucionales*. La armonización de las diferentes “normas” interpretadas de las disposiciones constitucionales solo es posible a través de los principios constitucionales²¹⁵. Lo primero que debe hacerse es armonizar los sentidos interpretativos de diferentes disposiciones contenidas en el Convenio 169 de la OIT, y ello solo será posible a través de la aplicación de los principios de interpretación constitucional. Como se sabe, la función de los principios de interpretación constitucional es orientar y canalizar la labor del intérprete de la Constitución²¹⁶. Siguiendo a Hesse²¹⁷, puede hablarse, en primer lugar, del *principio de unidad de la Constitución*. Este exige que, al encontrar diferentes disposiciones y aún cuando estas se encuentren en diferentes partes –orgánica y dogmática-, debe partirse de la premisa que la Constitución debe ser considerada como un “todo” armónico y sistemático, desde el que el

²¹⁴ En realidad la interpretación literal responde a una teoría. Más allá de los matices, detrás de esta forma de interpretar la Constitución se encuentra el “originalismo”, teoría que ha sido sumamente cuestionada en la doctrina. En síntesis, siguiendo a Miguel Beltrán de Felipe puede señalarse que los argumentos contra la teoría “originalista” pueden resumirse como sigue: 1) Encuentra grandes dificultades para localizar y determinar inequívocamente la original intención de los autores de la Constitución, 2) Da al traste con el sistema de fuentes al negar validez a gran parte de la reciente jurisprudencia del TC, 3) Niega la realidad constitucional de que existen y deben existir cláusulas abiertas, e incluso niega el concepto mismo de Constitución, 4) La petrificación que implica el originalismo no es legítima ni desde el punto de vista social ni desde el puramente interpretativo. Ver Miguel Beltrán de Felipe, *Originalismo e interpretación*. Dworkin vs. Bork: una polémica constitucional, Civitas, Madrid, 1989, pág. 91 y 92.

²¹⁵ Como ha podido advertirse, la función de los principios constitucionales es la de servir de guía en la interpretación para optimizar la protección y la eficacia de las normas. En relación con su fuerza vinculante, cabe decir que esta tiene cobertura constitucional y sustento legal en la primera disposición de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y el artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.

²¹⁶ César Landa, *Interpretación Constitucional y Derecho Penal*, en: *Interpretación y aplicación de la ley penal*, Anuario de Derecho Penal, 2005, Fondo Editorial de la PUCP, Lima 2006, pág. 89.

²¹⁷ Konrad Hesse, op. Cit., pág. 41

ordenamiento jurídico se interpreta. Por ello, no es posible realizar una interpretación aislada²¹⁸ del artículo 6 del Convenio 169 de la OIT, la cual se ha incorporado a la Constitución vía cláusulas interpretativas.

De igual modo, al encontrar normas cuyos sentidos literales resultan aparentemente contradictorios, se debe, en virtud del *principio de concordancia práctica*, interpretar dichas disposiciones constitucionales de manera conjunta, sin sacrificar los valores constitucionales protegidos, procurando la protección de los derechos fundamentales²¹⁹. Todas las disposiciones sobre el derecho a la consulta debemos de interpretarlas de conformidad con el derecho fundamental a la participación y con el derecho a la identidad cultural, y con las normas de la Constitución que establecen la obligación del Estado de garantizar la protección de los derechos fundamentales.

Esta interpretación de las distintas normas del Convenio 169 de la OIT, tampoco puede perder de vista el *principio de función integradora*. Según este, la interpretación realizada debe tener como resultado la integración y pacificación de las relaciones entre los poderes del Estado y entre éstos y los ciudadanos. Esto significa que no puede entenderse como interpretación válida aquella que le resta o desconoce este derecho a los pueblos indígenas, tal como lo sostiene los demandados.

Finalmente, frente a quienes sostienen que el artículo 6 del Convenio 169 de la OIT es una norma programática o que solo tendrá vigencia cuando sea desarrollada legislativamente, debe ser interpretado siempre en consonancia con el *principio de fuerza normativa de la Constitución*, de conformidad con el cual, la interpretación realizada debe hacer respetar la naturaleza de norma jurídica de toda la Constitución, por la que es vinculante a los poderes del Estado y a los particulares.

Si bien el artículo 6 del Convenio 169 de la OIT exige una ley que establezca el proceso de consulta en específico, tiene relación con el corazón de la Constitución, pues permite ejercer y concretar derechos y principios constitucionales de primera importancia, incluso protegibles mediante procesos constitucionales. En efecto, el artículo 6 del Convenio 169 de la OIT “concreta” el derecho a la participación. Concreta además, el principio democrático o soberanía popular: “El poder del Estado emana del pueblo”, plasmado en el artículo 45°; Toda persona tiene derecho “A participar, en forma individual o asociada, en la vida política, económica, social y cultural de la Nación”, recogido en el artículo 2° inciso 17; “Los ciudadanos tienen derecho a participar en los asuntos públicos”, reconocido en el artículo 31° de la Constitución.

²¹⁸ Para el TC el principio de interpretación sistemática y unitaria de la Constitución señala que los diferentes operadores del sistema de justicia, al interpretar cada una de las cláusulas de la Constitución, no ha de entenderlas como si cada una de ellas fuera compartimentos estancos o aislados, sino cuidando de que se preserve la unidad de conjunto y de sentido, cuyo núcleo básico lo constituyen las decisiones políticas fundamentales expresadas por el Poder Constituyente. Por ello, ha de evitarse una interpretación de la Constitución que genere superposición de normas, normas contradictorias o redundantes”. Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el exp. N° 0005-2003-AI/TC, f.j. 23.

²¹⁹ Para el TC, el Principio de coherencia normativa señala que “Dicha noción implica la existencia de la unidad sistémica del orden jurídico, lo que, por ende, presume una relación armónica entre las normas que lo conforman. Ello es así por la necesaria e imprescindible compenetración, compatibilidad y conexión axiológica, ideológica y lógica entre los deberes y derechos asignados, además de las competencias y responsabilidades establecidas en el plano genérico de las normas de un orden jurídico. Lo opuesto a la coherencia es la antinomia o conflicto normativo, es decir, la existencia de situaciones en las que dos o más normas que tienen similar objeto, prescriben soluciones incompatibles entre sí, de modo tal que el cumplimiento o aplicación de una de ellas acarrearía la violación de la otra, ya que la aplicación simultánea de ambas resulta imposible. Como puede colegirse de lo expuesto, la coherencia se ve afectada por la aparición de las denominadas antinomias. Estas se generan ante la existencia de dos normas que simultáneamente plantean consecuencias jurídicas distintas para un mismo hecho, suceso o acontecimiento. Allí se cautela la existencia de dos o más normas afectadas “por el síndrome de incompatibilidad” entre sí. Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el STC exp. N° 0005-2003-AI/TC, f.j. 4.

Asimismo, el artículo 6 del Convenio 169 de la OIT, permite concretar y materializar el artículo 2º inciso 19 de nuestra Carta Política cuando precisa que toda persona tiene derecho “A su identidad étnica y cultural. El Estado reconoce y protege la pluralidad étnica y cultural de la Nación”. Concreta también la directriz y el principio contenido en el artículo 44º de la Constitución que precisa que son deberes primordiales del Estado “garantizar la plena vigencia de los derechos humanos” y el principio “justicia”. Concreta sin lugar a dudas, el principio dignidad humana, recogido en el artículo 1º de la Constitución. Por último, concreta el principio constitucional consagrado en el artículo 59º según “El Estado brinda oportunidades de superación a los sectores que sufren cualquier desigualdad”.

Otro principio a tener presente al momento de interpretar el artículo 6 del Convenio 169 de la OIT es el principio *pro homine*, el cual exige optar por aquella interpretación que garantice la protección de los derechos de los Pueblos Indígenas. El principio constitucional vinculante *pro homine* –o *pro libertatis*–, recogido por el TC²²⁰ y cuya cobertura constitucional se encuentra en el artículo 1 de la Constitución, exige que ante diferentes interpretaciones de una disposición legal o constitucional, se debe optar por aquella que conduzca a una mejor protección de los derechos fundamentales, descartando así las que restrinjan o limiten su ejercicio. Asimismo, el Convenio 169 de la OIT, recoge también este principio en su artículo 35, según el cual, se deben aplicar las normas, ya sea internacionales o nacionales o incluso las costumbres, recomendaciones, laudos o acuerdos nacionales, como muy apunta Raquel Yrigoyen²²¹, que otorguen más derechos y ventajas a los pueblos indígenas.

Según éste entonces, en el caso del artículo 6 del Convenio 169 de la OIT, se debe optar por aquella interpretación que posibilite a la población indígena el mayor ejercicio de sus derechos y una protección más efectiva. La interpretación del artículo 6 del Convenio 169 debe optimizar la protección de los derechos fundamentales. Este artículo no puede ser interpretado de espaldas al artículo 44º de la Constitución, que recoge la obligación estatal de proteger derechos, al principio de justicia recogido también en el artículo 44º de la Constitución, al principio de protección de los sectores sociales en situación de desventaja plasmado en el artículo 59º, y de espaldas al principio *pro homine* recogido en el artículo 1º, todos ellos de la Constitución Política.

Finalmente, a diferencia de una interpretación restrictiva, una interpretación que reconoce fuerza normativa al artículo 6 del Convenio 169 de la OIT permite a los pueblos indígenas contar una herramienta efectiva e idónea para la defensa y el ejercicio de sus derechos constitucionales desprotegidos por el Estado, entre los que destaca el derecho a la participación, a la identidad cultural, al desarrollo, etc. y garantizar la plena vigencia de los derechos humanos (art. 44º). En otras palabras, la interpretación que reconoce fuerza normativa al artículo 6 del Convenio 169 de la OIT, es consonante con el principio *pro homine*, en la medida en que hace de la consulta previa una herramienta a través de la cual el Estado cumple con su obligación de proteger los derechos de los pueblos indígenas.

²²⁰ El Principio *Pro homine* y *pro libertatis* ha sido recogido por el TC en su jurisprudencia, en la sentencia recaída en el exp. N° 0075-2004-AA/TC, f.j. 6 cuando precisa que “Asimismo, y por extensión, la interpretación de la recurrida no resulta acorde con los principios *pro homine* y *pro libertatis*, según las cuales, ante diferentes interpretaciones de un dispositivo legal, se debe optar por aquella que conduzca a una mejor protección de los derechos fundamentales, descartando así las que restrinjan o limiten su ejercicio. Vale decir, el principio *pro homine* impone que, en lugar de asumirse la interpretación restrictiva, e impedir el derecho a la efectiva tutela jurisdiccional, se opte por aquella que posibilite a los recurrentes el ejercicio de dicho derecho. La tesis interpretativa que posibilitaría este último supuesto es, justamente, la que proviene del propio tenor literal del mencionado artículo 80º del CPC”.

²²¹ Raquel Yrigoyen Fajardo, El Convenio Núm. 169 de la OIT y su aplicación en Perú, Instituto Internacional de Derecho y Sociedad-IIDS, pág. 5.

La conclusión es evidente, la norma 1 fruto de una interpretación literal del artículo 6 del Convenio 169 de la OIT, que desconoce fuerza normativa al derecho a la consulta es incompatible con los derechos, principios, valores contenidos en la Constitución. Por ello consideramos que la norma 2 que reconoce a esta fuerza vinculante, es la más adecuada. El fundamento de ello es que si bien no hay un procedimiento específico de la consulta previa, ello no impide que las normas del Convenio 169 de la OIT que reconocen dicho derecho, funcionen como criterio y parámetro de validez sustancial al momento de aprobar normas.

g. Conclusiones

- Si bien el artículo 13.A del Reglamento del Tribunal Constitucional establece que el TC podrá solicitar información los Amicus curiae si fuera el caso, siempre que permita esclarecer aspectos especializados que puedan surgir del estudio de los actuados, tampoco prohíbe que instituciones o especialistas en determinados materias que son objeto de examen por parte del TC, presenten estos informes cuando no son requeridos por este alto tribunal. La cobertura constitucional de la posibilidad que particulares presenten amicus curiae, tiene sustento en la propia Constitución, concretamente, en el derecho de petición (artículo 2.20 de la Constitución), en el principio de publicidad de los procesos judiciales (artículo 139.4 de la Constitución) y en el derecho de participación (artículos 2.17 y 31 de la Constitución).
- En un Estado Constitucional de Derecho, la Constitución Política no solo tiene fuerza vinculante sino que ostenta la mayor jerarquía normativa, lo cual trae como consecuencia, que esta sea de aplicación inmediata. Pero no solo eso, sino que ella cuenta con mecanismos de defensa judicial como son los procesos constitucionales. El carácter normativo o fuerza vinculante directa esta recogida en los artículos 38 y 45 de la Constitución y en el principio de fuerza normativa de la Constitución. Según estas normas, todos los peruanos tienen el deber de respetar, cumplir y defender la Constitución, y quienes ejercen el poder, lo hacen con las limitaciones y responsabilidades que la Constitución y las leyes establecen.
- El derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas tiene cobertura constitucional directa a través de las normas referidas al sistema electoral, concretamente en los artículos 176, 178, 181 y 182 de la Constitución. Asimismo, tiene cobertura constitucional indirecta, a través de las normas que reconocen el derecho a la participación consagrado en los artículos 2.17 y 31 de la Constitución y el derecho a la identidad cultural, reconocidos en el artículo 2.19 de la Constitución.
- Asimismo, el derecho a la consulta tiene cobertura constitucional indirecta en instrumentos internacionales de derechos humanos, firmados y ratificados por el Estado Peruano, entre los que se encuentra el Convenio 169 de la OIT, el cual ha sido incorporado al ordenamiento jurídico constitucional y al bloque de constitucionalidad, a través de las cláusulas de apertura, contenidas en los artículos 3, 55 y en la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución. Volveremos luego sobre este tema.
- El ejercicio del derecho a la consulta permite ejercer, concretar y proteger diferentes derechos “sustanciales” de los pueblos indígenas todos ellos reconocidos en el Convenio 169 de la OIT, el cual sabemos tiene rango constitucional. Nos referimos al derecho a la participación política, al derecho la identidad cultural, al derecho a sus territorios, al derecho a su autodeterminación, al derecho al desarrollo, y al derecho al medio ambiente sano. En este texto haremos referencia solo a dos derechos, al derecho a la participación y al derecho a la identidad cultural.

- El derecho a la consulta es una manifestación y una concreción del derecho constitucional a la participación política. El derecho a la participación política es la facultad que tienen todos los seres humanos de intervenir en los más diversos aspectos de la vida en sociedad. Parte del contenido de este derecho fundamental, es sin lugar a dudas el derecho a elegir y ser elegidos. Sin embargo, ahí no se agota, el derecho de los ciudadanos a participar en consultas es una manifestación del derecho a la participación política reconocido en la Constitución Política en diferentes preceptos constitucionales.
- El derecho a la consulta es una herramienta mediante la cual el Estado cumple con su obligación no solo de reconocer sino de proteger el derecho a la identidad cultural de los miembros de las comunidades indígenas, campesinas y nativas, cuando son procesados ante la justicia ordinaria, tal como lo exige el artículo 2 inciso 19 de la Constitución. Este derecho ha sido desarrollado tanto por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional como por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.
- El derecho a la participación política tiene su fundamento y su raíz en el principio democrático, que es constitutivo del Estado Peruano, tal como se desprende del artículo 43° de la Constitución Política que establece que la República del Perú “es democrática” y del artículo 3° del mismo cuerpo normativo, que hace alusión al principio del “Estado Democrático de Derecho”.
- Si bien la Constitución Política no ha reconocido en forma expresa y literal que los tratados internacionales de derechos humanos tienen rango constitucional, ello se desprende de una interpretación sistemática de la Constitución, de conformidad con los principios de unidad de la Constitución, y concordancia práctica. Ello es posible gracias a las cláusulas de apertura del derecho constitucional al derecho internacional de los derechos humanos y a los TIDH.
- Pero no solo los TIDH vinculan a los jueces nacionales, la jurisprudencia de la Corte IDH también vincula a los jueces peruanos cuando interpreta y desarrolla la Convención Americana de Derechos Humanos. El fundamento de esta regla está en el artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional. Los jueces tienen la obligación jurídica de aplicar los TIDH directamente a los casos que resuelven, sin necesidad de ninguna intermediación legislativa o desarrollo legislativo previo. Y esto no solo lo ha reconocido la Corte IDH en su jurisprudencia sino el propio TC en su jurisprudencia vinculante.
- Una consecuencia del rango constitucional que hoy ostentan los TIDH, es que hoy son parte del denominado bloque de constitucionalidad. Se entiende por bloque de constitucionalidad, aquel conjunto de normas, que al lado y junto con la Constitución, componen el parámetro de evaluación de la constitucionalidad de las leyes, dada su importancia y trascendencia. Esto implicaría que una norma legal (los decretos legislativos por ejemplo) puede ser inconstitucional no solo por violar la Constitución de manera directa, sino, en forma indirecta cuando viola o resulta incompatible con algunas de las normas que forman parte del bloque de constitucionalidad.
- La aplicación del Convenio 169 de la OIT por parte de los tribunales locales no es una aspiración, es una realidad en la mayoría de los países latinoamericanos que al igual que Perú, han firmado y ratificado el Convenio 169 de la OIT. En efecto, los tribunales nacionales e internacionales en América Latina vienen aplicando el Convenio 169 de la OIT en sede judicial, sino que se le reconoce a esta Convención la condición de fuente jurídica de obligaciones.

- Colombia es quizá uno de los casos más emblemáticos y una experiencia a revisar, no solo en materia de justicia constitucional sino sobre todo, en lo relacionado con respeto de los derechos de los pueblos indígenas. Según un informe la OIT, Colombia tiene más de 40 casos de sentencias en los que se invoca el Convenio 169 de la OIT. Una de las particularidades de la experiencia colombiana, es que le reconoce al Convenio 169 de la OIT no solo fuerza normativa, sino que lo incorpora a su ordenamiento a través de la técnica del bloque de constitucionalidad.
- La clasificación de las normas en autoaplicativas y no autoaplicativas no corresponde a la realidad de la ciencia jurídica, ni a las necesidades prácticas de aplicación de las Constituciones, pues sugiere la existencia, en éstas, de normas ineficaces y desprovistas de imperatividad. Y la razón es que no hay, en una Constitución, cláusulas, a las que se debe atribuir meramente el valor moral de consejos, avisos o lecciones. Todas tienen fuerza imperativa de reglas, dictadas por la soberanía nacional o popular por sí mismas todos los efectos posibles, pues son siempre pasivas de nuevos desarrollos mediante legislación ordinaria, ni las llamadas no autoaplicativas son de eficacia nula, pues producen efectos jurídicos y tienen eficacia, aunque relativa y reducida. Cada norma constitucional es siempre ejecutable por sí misma hasta donde pueda, hasta donde sea susceptible de ejecución. El problema se sitúa, justamente, en la determinación de ese límite, en la verificación de cuales efectos parciales es posible de cada uno.
- El TC ha reconocido de forma reiterada y uniforme el carácter vinculante de las normas y pronunciamientos de la OIT por el TC. Eso significa que el Convenio 169 de la OIT no es el primer Convenio al que se le ha reconocido y se le reconocerá fuerza normativa. En los diferentes convenios de la OIT lo que es de aplicación inmediata son los derechos reconocidos en dichos instrumentos.
- La conclusión es evidente, la interpretación del gobierno que desconoce fuerza normativa al derecho a la consulta es incompatible con los derechos, principios, valores contenidos en la Constitución. Por ello consideramos que la interpretación que reconoce a esta fuerza vinculante, es la más adecuada y ajustada a la Constitución, al Convenio 169 de la OIT y en general al ordenamiento jurídico. El fundamento de ello es que si bien no hay un procedimiento específico de la consulta previa, ello no impide que las normas del Convenio 169 de la OIT que reconocen dicho derecho, funcionen como criterio y parámetro de validez sustancial al momento de aprobar normas.