

Tribunal
Constitucional



REVISTA PERUANA DE
**DERECHO
CONSTITUCIONAL**

Constitución Económica:
Desarrollo, Medio Ambiente
y Conflicto Social

5 | NUEVA ÉPOCA | 2012
Edición especial |

SUMARIO

REVISTA PERUANA DE DERECHO CONSTITUCIONAL

N.º 5, NUEVA ÉPOCA
EDICIÓN ESPECIAL 2012

Constitución Económica: Desarrollo, Medio Ambiente y Conflicto Social

PRESENTACIÓN	13
--------------------	----

ESTUDIOS

Oscar Súmar Albuja <i>Protección de libertades económicas por el Tribunal Constitucional del Perú: Un análisis estadístico y econométrico</i>	17
Raffo Velasquez Melendez <i>Notas para una teoría general de garantías en la expropiación forzosa</i>	35
Ernesto Álvarez Miranda y Carolina Canales Cama <i>Minería y conflicto social en el Perú: Los principios de la Constitución Económica peruana en materia de inversión</i>	85
Daniel Yacolca Estares <i>Concepto jurídico de medio ambiente en el Perú</i>	111
Eddie Cóndor Chuquiruna <i>Conflictividad socio-ambiental y marco constitucional</i>	135
Roque Benavides Ganoza y Vanessa Farah Chávez <i>La minería en el contexto de las actividades de explotación de recursos naturales</i>	147
Areli Valencia Vargas <i>Salud, derechos y desarrollo extractivo: Revelando interconexiones a propósito del caso peruano</i>	153
José Francisco Gálvez <i>El desarrollo del derecho indígena en el Perú</i>	181

Vanessa Tassara Zevallos <i>¿Cuál es la finalidad constitucional que persigue el artículo 149° de la Constitución?</i>	203
Nadia Iriarte Pamo <i>Derechos colectivos de los pueblos indígenas</i>	219
Juan Ramón Rivero Mejía <i>Apuntes sobre el derecho a la libre determinación de nuestros pueblos indígenas</i>	233
Juan Carlos Ruiz Molleda <i>Una aproximación al derecho de los pueblos indígenas a beneficiarse de la explotación de los recursos naturales en sus territorios</i>	255
Martha Cecilia Paz <i>La protección constitucional de las comunidades indígenas en riesgo de extinción y la consulta previa como derecho fundamental. El caso colombiano.</i>	287
Avigail Eisenberg <i>El Test de Distintividad Cultural en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Canadá</i>	305

JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL

10 SENTENCIAS FUNDAMENTALES COMENTADAS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS (2005-2012)

1) <i>STC 00020-2005-PI y 0021-2005-PI, de fecha 27 de setiembre de 2005. Sobre la competencia de un Gobierno Regional para legalizar el cultivo de la hoja de coca. Por Evelyn Chilo Gutiérrez.</i>	315
2) <i>STC 03343-2007-PA, de fecha 20 de febrero de 2009. El Caso Cordillera Escalera y la primera piedra sobre la consulta previa. Por Cynthia Vila Ormeño.</i>	325
3) <i>STC 04611-2007-PA, de 15 de abril de 2010. Legitimidad activa de las comunidades nativas en los procesos de tutela de derechos y titularidad del derecho al honor: aspectos procesales y sustantivos. Por Fabiana Orihuela Silva.</i>	333
4) <i>STC 00022-2009-PI, de fecha 17 de junio de 2010. Derecho de consulta: contenido, características y elementos. Por Jaime de la Puente Parodi.</i>	341
5) <i>STC 06316-2008-PA, de fecha 30 de junio de 2010. El derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas en situación de aislamiento voluntario. Caso AIDSESEP I. Por Aldo Blume Rocha.</i>	349

6) <i>STC 05427-2009-PC, de fecha 23 de agosto de 2010. Sobre el control de la inconstitucionalidad por omisión en el caso de la consulta previa.</i> Por Victorhugo Montoya Chávez.	357
7) <i>STC 00025-2009-PI, de fecha 17 de marzo de 2011. Derecho de consulta de pueblos indígenas y la Ley de Recursos Hídricos N.º 29338.</i> Por Susana Távora Espinoza.	365
8) <i>STC 0001-2012-PI, de fecha 17 de abril de 2012. Conga: un problema minero aún sin solucionar.</i> Por Victorhugo Montoya Chávez.	369
9) <i>STC 00316-2011-PA, de fecha 20 de julio de 2012. Carácter autoaplicativo de las normas, prohibición de dragas y derecho de propiedad.</i> Por Fabiana Orihuela Silva.	377
10) <i>STC 1126-2011-PHC, de fecha 24 de setiembre de 2012. La garantía constitucional de la propiedad sobre la tierra de las comunidades nativas y campesinas.</i> Por Javier Adrian Coripuna.	385

JURISPRUDENCIA COMPARADA

Francisco Balaguer Callejón <i>Crisis económica y crisis constitucional en Europa</i>	391
Rolando Luque Mogrovejo <i>La solución amistosa ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos</i>	409

RESEÑA BIBLIOGRÁFICA

NOTICIAS DE LIBROS

Laura Rangel Hernández <i>Jurisdicción Militar y Derechos Humanos. El caso Radilla ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos</i>	443
---	-----

REVISTA DE REVISTAS

<i>Cuestiones Constitucionales</i>	457
<i>Revista de Derechos Humanos de la Universidad de Piura</i>	459
<i>Revista Española de Derecho Constitucional</i>	461

EL TEST DE DISTINTIVIDAD CULTURAL EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE CANADÁ*

AVIGAIL EISENBERG**

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *La cultura en la definición de derechos.* III. *Desafíos del Test de Distintividad Cultural.*

I. INTRODUCCIÓN

En el caso de *R. v. Van der Peet* ([1996] 2 S.C.R. 507), la Corte Suprema de Canadá diseñó un test y un conjunto de criterios para determinar cuándo una práctica cultural aborígen debería ser exceptuada de las normas estatales. Dorothy Van der Peet, miembro de la Primera Nación Stó:lō, demandó ser exonerada de las normas estatales que no permitían a los pescadores individuales vender salmón sin contar con una licencia. Van der Peet argumentó que su derecho a vender salmón tenía como origen su condición de miembro de una nación nativa aborígen cuya identidad cultural estaba íntimamente ligada a la pesca del salmón, y por ende gozaba de protección según el artículo 35 de la Constitución de Canadá^[1]. La Corte Suprema de Canadá, en mayoría,

* La traducción que presentamos ha sido realizada por Isaac Rodríguez y Alvaro Córdova (miembro del Consejo Editor). El título original del artículo es *The Culture Distinctive Test*. Se han preferido los términos “Test de Distintividad Cultural” en lugar de la traducción literal de “La Prueba de la Cultura Distintiva”.

** Profesora en el Departamento de Ciencia Política y Miembro del Programa de Gobierno Indígena de la Universidad de Victoria (Canadá).

[1] El artículo 35 de la Constitución del Canadá, 1982 estipula:

(1) Los derechos existentes -ancestrales o emanados de los tratados- de los pueblos aborígenes del Canadá son reconocidos y afirmados.

se pronunció en contra de Van der Peet bajo el argumento de que el comercio del salmón (no la pesca y el consumo del mismo) no calificaba como derecho aborigen protegido.

Según la Corte, para que una práctica cultural aborigen reciba protección constitucional debe pasar las dos etapas del “test de distintividad cultural” (*the culture distinctive test*). En la primera etapa, el demandante deberá demostrar que la práctica en conflicto forma parte integral de la cultura indígena de la comunidad antes del contacto (*pre-contact*)^[2]. En otras palabras, para ser protegidas, las prácticas deberán ser centrales y no incidentales a la cultura, y tan sólo aquellas prácticas que existían antes del contacto Aborigen-Europeo son elegibles para la protección constitucional. En la segunda etapa, la práctica deberá ser contrabalanceada con el sistema legal con el que entra en conflicto — en este caso el *common law* canadiense. El trabajo de la Corte es presentar perspectivas aborígenes “reconocibles para un sistema legal no-aborigen” a través de un proceso de reconciliación que ponga igual peso a cada perspectiva. En el caso de *Van der Peet* la Corte estaba convencida de que, pese a que el salmón era componente central de la cultura Stó:lō, los Stó:lō no se dedicaron al comercio del salmón antes de que tuvieran contacto con los Europeos. El comercio del salmón era “incidental y ocasional” en el mejor de los casos y no existió un sistema de mercado establecido para el salmón hasta bien entrado el siglo diecinueve. Dado que la práctica no superó la primera etapa del test, la necesidad de determinar si pasaría la segunda etapa no se llegó a presentar.

El caso de *Van der Peet* brinda un buen ejemplo de los desafíos que las cortes enfrentan cuando tratan de diseñar y aplicar criterios para evaluar qué es distintivo de una cultura aborigen. Hasta cierto punto, cualquier intento por parte de una Corte de un ex-Estado colonizador para identificar las características distintivas de una cultura aborigen será muy probablemente recibido con sospecha por los

(2) En la presente ley, “pueblos aborígenes del Canadá” incluye a los pueblos Indios, Inuit y Métis del Canadá.

(3) Para una mayor certeza, en el numeral (1) derechos “emanados de los tratados” incluye derechos existentes en virtud de acuerdos de reivindicaciones territoriales o que pudieran haber sido adquiridos así.

(4) Independientemente de cualquier otra estipulación en esta ley, los derechos —ancestrales o emanados de tratados— aludidos en la subsección (1) son garantizados por igual a hombres y mujeres.

(NT: Cuando en este artículo se hace referencia a los “tratados” no se está refiriendo a tratados internacionales suscritos entre diferentes estados modernos, sino tratados pactados entre, en un inicio, la corona británica y las naciones indígenas, y posteriormente, a aquellos realizados entre el Estado canadiense y las naciones indígenas que habitan en el territorio de tal Estado.)

[2] NT: Como se observará más adelante la autora se refiere al contacto entre los europeos y las naciones indígenas que habitaban en América del Norte.

pueblos aborígenes. Muchos pueblos aborígenes ven a las cortes canadienses como instituciones del estado colonizador y por lo tanto especialmente carentes de legitimidad política para definir la naturaleza y el significado de las culturas aborígenes.

II. LA CULTURA EN LA DEFINICIÓN DE DERECHOS

Más allá de este fundamental problema de legitimidad, el test de distintividad cultural genera varias preocupaciones respecto al uso de la cultura para definir derechos. Primero, el test de distintividad cultural esencializa la cultura porque promueve entendimientos especialmente limitados y nostálgicos de lo que constituye una cultura aborígena. En parte, esto se debe a que el test requiere que las comunidades aborígenes definan sus formas de vida ante la corte en términos que puedan ser reducidos a prácticas distintas a las cuales ellos se hubiesen adherido desde antes de la llegada de los europeos. El test así, puede proporcionar a las comunidades un incentivo para auto-esencializarse como un medio de persuadir a la corte del rol integral que una práctica particular ha tenido en su forma de vida. Una segunda preocupación es que el enfoque de derechos aborígenes como derechos culturales es un medio por el cual el Estado coopta a los pueblos aborígenes ofreciendo acomodamiento a un estrecho y limitado conjunto de prácticas culturales distintivas en lugar de las más amplias protecciones de los procesos de asimilación y desposesión en curso que amenazan sus formas de vida. Mientras que muchos pueblos aborígenes buscan maneras de mejorar su autonomía, en algunos casos comprometiéndose en luchas por su autodeterminación, el test de distintividad cultural ofrece, en el mejor de los casos, acomodación y protección legal para algunas prácticas distintivas y tradicionales.

Tercero, el test es etnocéntrico. Aunque la decisión en el caso de *Van der Peet* apunta supuestamente a la “reconciliación” —una palabra que se utiliza varias veces durante la sentencia— la corte se centra solamente en lo que la reconciliación requiere de los pueblos aborígenes, no de ambos pueblos. Por ejemplo, el test permite que solo las prácticas aborígenes desarrolladas antes del contacto sean exceptuadas de la legislación canadiense, pero no impone un requerimiento similar respecto a las prácticas culturales de Europa, esto es que sólo las prácticas culturales Europeas desarrolladas antes del contacto sean elegibles para ser exceptuadas de la legislación canadiense. Por supuesto, una exención para las prácticas culturales Europeas es innecesaria en primer lugar, dado que la ley desde la cual las exenciones se harían fue establecida por los colonizadores europeos y ha evolucionado para acomodar las cambiantes

prácticas culturales de los europeos. La ironía aquí es que la ‘reconciliación’ se requiere sólo de parte de los pueblos aborígenes.

Pese a estas preocupaciones, sería un error concluir que las demandas que hacen los grupos para el reconocimiento y protección de su identidad cultural no son útiles en el contexto de establecer derechos constitucionales. Determinar dentro del contexto de las disputas constitucionales si una práctica cultural particular es central a la identidad de una comunidad, tal como lo es la supuesta intención de la distintividad cultural, y reconciliar lo que es central para una cultura con aquello que es central para otra, puede ser de ayuda como un medio para revertir la exclusión social y para corregir los prejuicios institucionales. Las personas poseen un marcado sentido de identificación con sus lenguas, culturas, territorios y religiones y, en los últimos 30 años, muchas instituciones nacionales e internacionales han llegado a reconocer que estas identificaciones podrían generar legítimas demandas que muy a menudo han sido ignoradas o suprimidas en los Estados-Naciones contemporáneos. Las instituciones públicas, tales como las cortes y las legislaturas, deberían desarrollar pautas justas para evaluar estas demandas y deberían ser obligadas a confrontar las complejas cuestiones sobre legitimidad política y etnocentricidad en el proceso de evaluar las demandas que las minorías vulnerables presentan para la protección de algún aspecto de su identidad cultural.

III. DESAFÍOS DEL TEST DE DISTINTIVIDAD CULTURAL

La pregunta importante en relación al test de distintividad cultural es si este tipo de test puede ayudar a rastrear la injusticia histórica y la exclusión social de los pueblos aborígenes, y si las cortes canadienses pueden desarrollar la capacidad de atenuar los desafíos que a veces afectan a la toma de decisiones públicas en esta área, tales como el esencialismo, la cooptación estatal y el sesgo (o prejuicio) etnocéntrico. Algo como el test de distintividad cultural podría resultar útil si es que pone de manifiesto los sesgos implícitos de modo que puedan ser confrontados y cambiados. Pero hasta ahora, los activistas (legales) en Canadá siguen sin estar convencidos de que el test canadiense resulte útil para promover la justicia y la emancipación de los pueblos aborígenes. La Corte Suprema de Canadá no fue unánime en el caso de *Van der Peet*, y los jueces disidentes manifestaron su oposición por el uso del “momento mágico del contacto Europeo” en lugar de las “tradiciones y estándares de los pueblos aborígenes en cuestión” como referencia del test. Dicho esto, los pueblos aborígenes en Canadá también tienen serias reservas respecto al test de distintividad cultural pero aun así deben continuar enmarcando sus argumentos respecto el

artículo 35 de la Constitución utilizando el test. A nivel internacional, el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas ha desarrollado un conjunto más amplio de criterios para evaluar las demandas de las minorías culturales, incluyendo los pueblos indígenas, para la protección de sus identidades distintivas según el artículo 27 del Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos. Pero hasta ahora, existe poca evidencia de que las cortes canadienses vayan a modificar su test de forma que reflejen los criterios más generosos que se usan a nivel internacional.

Ciertamente, no hay un conjuro mágico que forje relaciones justas dentro de una sociedad pluralista. Pero parece razonable suponer que estas relaciones mejoran al encontrarse maneras en las que las instituciones públicas, tales como las cortes, puedan abocarse a, en lugar de evitar, discusiones sobre las demandas que los grupos aborígenes presentan para el reconocimiento y protección de su identidad cultural. Estas discusiones deben prestar atención a los desafíos del esencialismo, la cooptación, la etnocentricidad y los problemas de legitimidad. Un test de distintividad cultural es una de dichas maneras, y es probable que sean usadas y desarrolladas con más frecuencia por las instituciones nacionales e internacionales.

* * * * *