

COMENTARIO A LA 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

Tutora de la Maestría en Derecho con mención en Política Jurisdiccional
de la Pontificia Universidad Católica del Perú

*1. Materias constitucionalmente relevantes examinadas por el Tribunal
Constitucional*

En la sentencia bajo comentario se identificaron como materias constitucionalmente relevantes, principalmente, las siguientes: (i) la existencia de vías igualmente satisfactorias para la tutela del derecho al honor; (ii) la legitimidad activa de la Comunidad Nativa, su representante y sus miembros, en los procesos constitucionales; (iii) la titularidad del derecho al honor por parte de Comunidades Nativas; (iv) la relación entre el derecho al honor con las libertades comunicativas y (v) los efectos de una sentencia estimatoria, específicamente, los alcances de la *reposición al estado anterior a la vulneración* en el caso del derecho al honor.

2. Contexto histórico-político de la Sentencia

Esta sentencia constituye uno de los primeros pasos en el desarrollo de la jurisprudencia constitucional en lo que respecta a la tutela de los derechos de los pueblos indígenas^[1]. La precedieron pronunciamientos que versaron sobre

[*] Para P.I.J.

[1] Utilizaré indistintamente el término pueblos indígenas, comunidades campesinas, nativas, entre otros, siempre que no sea necesario realizar distinciones. Es decir, siempre que me refiera a elementos comunes a todas las nomenclaturas.

el patrimonio cultural^[2], la Constitución cultural^[3] y, el conocido caso Cordillera Escalera^[4], el cual, hasta antes de publicada la sentencia bajo comentario, era el único pronunciamiento sobre los derechos de los pueblos indígenas.

Dicha sentencia fue la antesala al presente proceso, el cual se inició a inicios del año 2007 y recién fue resuelto en abril de 2010, es decir, luego de haber transcurrido aproximadamente un año desde la publicación de la citada sentencia.

No obstante la importancia del contexto jurisprudencial, debemos resaltar el contexto histórico-político de aquella época. Es el caso que el Tribunal Constitucional conoció esta controversia mientras se llevaba a cabo el conflicto en Bagua, y es casi un año después de la cúspide de estos lamentables acontecimientos que se pronuncia la sentencia bajo comentario.

Es preciso recordar que las protestas sociales en Bagua tuvieron como detonante la promulgación de sendos decretos legislativos por parte del Poder Ejecutivo, mediante los cuales se afectarían los derechos de los pueblos indígenas de la amazonia, principalmente al territorio y a la consulta previa, consagrados en el Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo (en adelante, Convenio 169 OIT), vigente en nuestro ordenamiento desde el año 1995.

Finalmente, el contexto normativo de aquella época se caracterizó por la ausencia de un desarrollo legislativo y reglamentario sobre los derechos de los pueblos indígenas. Así, es recién casi dos años después de publicada la presente sentencia que se publica la Ley de Consulta Previa N° 29785, el 7 de setiembre de 2011.

3. *Análisis*

El 15 de febrero de 2007, Juan García Campos, en representación de la Comunidad Nativa Sawawo Hito 40, interpuso una demanda de amparo contra Roy Maynas Villacrez, en su calidad del director del semanario *El Patriota*, alegando la vulneración a los derechos de la referida Comunidad al nombre, al honor, a la imagen, al trabajo y a contratar.

[2] Sentencia recaída en el expediente N° 00020-2005-PI/TC, de fecha 27 de setiembre de 2005 (Caso Hoja de Coca).

[3] Sentencia recaída en el expediente N° 0042-2004-PI/TC, de fecha 12 de agosto de 2005. Cabe precisar que dicha sentencia no versó sobre los derechos de los pueblos indígenas, sino sobre la determinación de lo que podía considerarse como manifestaciones *culturales* para fines tributarios. Así, la noción de Constitución cultural fue recogida solo como *obiter dicta* y no se equipara a la de Constitución *multicultural* reconocida en el fundamento de voto de la sentencia bajo comentario.

[4] Sentencia recaída en el expediente N° 03343-2007-PA/TC, de fecha 20 de febrero de 2009 (Caso Cordillera Escalera).

En la sentencia se concluyó que el derecho cuya vulneración debía analizarse era el derecho al honor. Así, basándose en el principio *iura novit curia*, el Tribunal Constitucional determinó que cuando la parte demandante hace referencia a los derechos al nombre y a la imagen, lo que en realidad busca es la tutela de su honor.

Asimismo, retomando el citado principio, el Tribunal ensaya la posibilidad de analizar en el presente caso una afectación al derecho de rectificación, por encontrarse vinculado con la protección al honor, a pesar de no haber sido alegado por la demandante. Se reconoce que la rectificación de la publicación agravante sería una forma idónea de tutelar el derecho al honor. Sin embargo, desiste de aquel intento al notar que, “*de los hechos expuestos en la demanda es claro que la accionante lo que desea es la tutela efectiva de su honor, no una rectificación.*”; y además, porque se la estaría dejando desprotegida al no contar con el requisito de procedibilidad para la rectificación.

Finalmente, el Tribunal Constitucional resolvió declarar fundada la demanda en el extremo relativo a la violación al derecho al honor de la Comunidad demandante y de cada uno de sus miembros. Asimismo, adoptó una serie de medidas de satisfacción que el demandado debía cumplir, a las cuales me referiré más adelante.

En la sentencia bajo comentario se identificaron una serie de materias *constitucionalmente relevantes*, de las cuales las principales cinco fueron expuestas en el numeral 1 precedente y serán tratadas en el mismo orden.

En lo que respecta a **(i)** la existencia de vías igualmente satisfactorias para la tutela del derecho al honor, el Tribunal Constitucional determinó que el amparo es la vía idónea para la garantizar dicho derecho, toda vez que aún cuando en la vía civil es posible solicitar una indemnización; y en la vía penal, la represión del agente; solo en el amparo se logra la reposición al estado anterior a la vulneración del citado derecho.

Por otro lado, uno de los aportes más significativos, si no el más, de la presente sentencia es el desarrollo sobre **(ii)** la legitimidad activa de la Comunidad Nativa, su representante y sus miembros, en los procesos constitucionales.

Este tema surge en razón de que el juez de primera instancia declaró inadmisibles la demanda porque la demandante no había adjuntado la copia certificada de la Escritura Pública de su constitución como Comunidad Nativa. Si bien la demandante subsanó dicha observación, de igual modo el Tribunal analizó si dicho requisito sería esencial para la admisibilidad de la demanda. De esta forma, se coligió que la Constitución ha otorgado a las Comunidades Campesinas y Nativas personería jurídica *erga omnes* de manera directa, por lo que su inscripción –a diferencia de lo que ocurre con las personas jurídicas de derecho privado- es declarativa y no constitutiva. En caso que una Comunidad

no esté inscrita, bastaría con mostrar “*medios probatorios que fehacientemente prueben su existencia fáctica.*”

Al respecto, considero que una dificultad para probar la existencia de una Comunidad Nativa o Campesina no inscrita es que los medios probatorios deberán circunscribirse a lo dispuesto en el artículo 9° del Código Procesal Constitucional^[5]. Es decir, a una limitada etapa probatoria, que casi en todos los supuestos se restringe a la prueba documental.

En lo referido a la denominada “*titularidad del representante de la comunidad nativa*” se determinó que el señor Juan García Campos ha acreditado ser Jefe de la Comunidad Nativa, por ello, ostenta la representación de la Comunidad.

Ahora bien, en lo que se refiere a la legitimación colectiva, el Tribunal indicó que la publicación considerada agravante podría afectar a la Comunidad demandante y a sus miembros –al ser parte de la Comunidad–, por lo que “*corresponde reconocer, en el presente caso, la legitimidad activa a cualquiera de sus miembros en tanto se vean afectados.*” En ese orden de ideas, se contempla también la posibilidad de reconocimiento de una “*titularidad colectiva*”, indicándose que si bien no fue planteado por la demandante, “*también hubiera sido válido que cualquiera de los integrantes de la accionante hubiere interpuesto la presente demanda.*”

Sobre el particular, concuerdo con el enfoque de la titularidad colectiva del derecho invocado en el presente caso, toda vez que al estar frente a pueblos indígenas, se deben reinterpretar los derechos constitucionales sobre la base de un enfoque pluralista. En este punto considero importante y práctica la noción de Constitución Multicultural, así como la redefinición del rol del juez en el marco de un Estado multicultural y multiétnico, desarrollados en el fundamento de voto de los magistrados Landa y Eto.

En ese sentido, señalan que hay que reconocer que la Constitución asume una visión occidental de los derechos fundamentales, según la cual las titularidades serían individuales; no obstante ello, los pueblos indígenas –en este caso la Comunidad Nativa–, tienen una visión comunitaria sobre la vida en sociedad, por lo que “*nociones tales como propiedad (...), honor (...) estén siempre cifradas en relación con la comunidad en su conjunto, en vez de referirse a sus miembros individualmente considerados.*” De este modo, esa concepción de la titularidad colectiva de derechos traería como correlato la

[5] **Artículo 9°:** En los procesos constitucionales no existe etapa probatoria. Sólo son procedentes los medios probatorios que no requieren actuación, lo que no impide la realización de las actuaciones probatorias que el Juez considere indispensables, sin afectar la duración del proceso. En este último caso no se requerirá notificación previa.

existencia de intereses (o derechos) colectivos^[6] de los miembros de la Comunidad Nativa.

Sin perjuicio de lo señalado, la sentencia bajo comentario genera ciertas interrogantes en lo que respecta a la legitimidad activa en la tutela de derechos colectivos, como el alegado en este caso. Quizá a primera vista pase desapercibida la diferencia que habría si un individuo de la colectividad –un miembro de la Comunidad- interpusiera la demanda, o si lo hiciera el representante de la Comunidad. En buena cuenta, parecería que de igual modo se tutelan los derechos de la Comunidad, que es lo que ambos pretenderían. Sin embargo, ¿cuál sería el alcance de la sentencia?

En el fundamento de voto se señala sobre los intereses colectivos que *“la sentencia surtirá efectos respecto de todos los demás integrantes de la colectividad que se encuentren en posición idéntica a la del que ejercitó la acción correspondiente.”* ¿Ello implicaría que un pronunciamiento de fondo en un proceso iniciado por un solo miembro de ese colectivo –a modo de ejemplo- ha generado cosa juzgada? ¿Aún si fuera desestimatorio? Es decir, ¿ya no procedería otra demanda iniciada con la misma pretensión a pesar de que sean otros miembros del colectivo los accionantes? ¿Qué sucedería si en un caso hay un desistimiento de la pretensión colectiva, ello generaría también cosa juzgada e imposibilitaría a los otros miembros de la Comunidad iniciar otro proceso?

Tal vez sería más sencilla la respuesta si, como en el presente caso, el representante de la Comunidad es quien inicia el proceso y más aún, si ésta se encuentra inscrita, podría colegirse que dicha representación alcanza a toda la colectividad. Tal como sucedería con una persona jurídica de derecho privado. En este caso, lo que sí podría cuestionarse –si el pronunciamiento fuese desestimatorio o podría perjudicarse a miembros de la colectividad- es si la representación fue adecuada, o cabría alegar vicios en la representación. Como se puede advertir, hay una diferencia entre ambos escenarios propuestos.

En otros ordenamientos jurídicos se ha tratado la problemática de los efectos de la cosa juzgada cuando se tutelan intereses difusos, colectivos e individuales homogéneos. A modo de ejemplo, señala Hitters, sobre la Ley del año 1995 sobre la protección del medio ambiente en Buenos Aires, que *“con muy buen tino el artículo 38 dispone que las sentencias ‘no harán cosa juzgada en los casos en que la decisión desfavorable al accionante, lo sea por falta o insuficiencia de prueba’.”*^[7]

[6] Es importante destacar que en el fundamento de voto se distinguen entre intereses difusos, intereses colectivos e intereses individuales homogéneos.

[7] HITTERS, Juan Carlos. Alcance de la cosa juzgada en los procesos colectivos. En: Revista La Ley, Buenos Aires, octubre de 2005, p. 26.

La citada es una de las tantas opciones. En el caso peruano, en la sentencia recaída en el expediente N° 05270-2005-AA/TC, de fecha 19 de junio de 2007, se han esbozado algunos lineamientos que responden de manera incipiente a esta problemática, pero en el marco de los intereses difusos; no de los colectivos ni individuales homogéneos. Por tanto, aún se mantienen pendientes dichas cuestiones, ante lo cual cabría preguntarse si sería oportuno resolver dicha problemática jurisprudencial o legislativamente. Por ahora, quedan abiertas a la deliberación de todos nosotros.

La tercera materia constitucionalmente relevante sería la **(iii)** la titularidad del derecho al honor por parte de Comunidades Nativas. Como he adelantado, el Tribunal Constitucional ha reconocido que las Comunidades tienen derecho al honor y que, en el presente caso, su titularidad sería colectiva. Sin embargo, la sentencia en mayoría no reconoce la titularidad de este derecho desde un enfoque pluralista, sino reconoce que “*el honor, como concepto único, también es aplicable a las personas jurídicas*” (subrayado y resaltado agregados). Sobre el particular, reitero mi conformidad con los lineamientos desarrollados en el fundamento de voto.

Luego de haber determinado que la demandante cuenta con la titularidad del derecho en abstracto, trataremos la cuarta materia constitucionalmente relevante, es decir, **(iv)** la relación entre el derecho al honor con las libertades comunicativas, a fin de determinar si efectivamente hubo una vulneración. De este modo, la publicación considerada violatoria de dichos derechos afirmaba lo siguiente:

“En esta oportunidad hemos seguido de cerca de la empresa Forestal Venao que opera y arrasa con la madera de la especie caoba por la frontera de Perú con Brasil en contubernio con las comunidades nativas que caen a su merced (...)”.

De lo señalado se ha comprobado que Forestal Venao es responsable de “(...) *la destrucción de nuestros bosques ahora con mayor voracidad en complicidad con las comunidades nativas y con el respaldo del silencio de funcionarios de este gobierno y demás autoridades (...)*” (...)” [Fundamento jurídico N° 2 de la sentencia bajo comentario, subrayado y resaltado agregados].

En la sentencia bajo comentario se ha considerado que esta publicación considerada agravante se realizó en el ejercicio del derecho a la libertad de expresión del demandado. Sin embargo, en el fundamento de voto, por el contrario, se afirmó que se trataría del derecho a la libertad de información del demandado. Considero indispensable establecer cuál es el derecho que entraría en conflicto con el derecho al honor de la demandante, toda vez que hay diferencias según se trate de un derecho u otro.

A mayor abundamiento, en cuanto a la relación entre el derecho al honor y la libertad de expresión, cabe indicar que esta última “*encuentra su límite en la ausencia de excesos verbales injustificados y que no constituyen parte necesaria de cualquier exposición de ideas*”^[8]. En cambio, en lo que respecta a la libertad de información, cabe señalar que “*la legitimidad de los enunciados verdaderos en los casos en que se discute la vulneración del derecho al honor, obedece a la necesidad de hacer corresponder la actuación del sujeto con su valoración social. (...) la divulgación de hechos verdaderos pero íntimos puede responder a un interés general, lo cual puede legitimar una intromisión en el derecho al honor (...)*”^[9] Sin perjuicio de lo antes mencionado, también se ha contemplado la posibilidad de que –en el marco del derecho a la libertad de información- se vulnere el derecho al honor con la verdad.^[10]

En el caso materia de comentario, considero que el derecho del demandante en virtud del cual realizó la publicación considerada como agravante era el de la libertad de información, ya que lo que pretendía era la transmisión de información y no la manifestación de opiniones. No creo que esta sea siquiera uno de los casos en los que ambos derechos limitarían, como es el caso de las *mixed opinions*, que –como su nombre lo evidencia- mezclan información con opiniones.

De este modo, considero que sí era esencial determinar la veracidad de la información publicada, toda vez que, como sería de interés general, podría justificarse su publicación. Sin embargo, en el presente caso, en tanto el demandado no contestó la demanda y, en consecuencia, no logró demostrar la veracidad, concuerdo con que se produjo una vulneración al derecho de la Comunidad. Ello en tanto dichas afirmaciones generarían una disminución del reconocimiento de la Comunidad desde una perspectiva social y podría llegar incluso a impedir su desarrollo.

Finalmente, la última materia constitucionalmente relevante a tratar versa sobre (v) los efectos de una sentencia estimatoria, específicamente, los alcances de la *reposición al estado anterior a la vulneración* en el caso del derecho al honor. La fórmula empleada en este caso es la de “*satisfacciones*”^[11], consistentes en (1) el envío de una carta notarial de desagravio a la Comunidad, (2)

[8] MARCIANI BURGOS, Betzabé. El derecho a la libertad de expresión y la tesis de los derechos preferentes. Lima: Palestra, 2004, p. 233

[9] Ídem, p. 233 - 235

[10] Este es el caso denominado el *prejuicio del Marqués*, resuelto por el Tribunal Constitucional Español. Ver STC 232/1993, de 12 de julio de 1993, citada en MARCIANI, Ídem, 235.

[11] Concepto recogido de las sentencias expedidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Por ejemplo, el caso Aloboetoe y otros Vs. Surinam. Sentencia de fecha 10 de setiembre de 1993.

la publicación de la mencionada carta en el diario de mayor circulación de la región y (3) la publicación de un suplemento especial que reproduzca la presente sentencia.

Esta fórmula no ha tenido eco en la jurisprudencia constitucional, únicamente se ha aludido una vez más en un voto singular del magistrado Landa^[12]. Entonces, al hacer un balance tres años después de la publicación de la presente sentencia, es factible concluir que cuando se pretende garantizar el derecho al honor frente a *excesos* del ejercicio de la libertad de información, se prefiere alegar el derecho a la rectificación. Si el Tribunal considerase más ventajosa la tutela del honor por medio de satisfacciones, quizá habríamos visto algún intento de aplicar el tan celebrado principio denominado *iura novit curia* para reconducir el derecho invocado.

[12] Sentencia recaída en el expediente N° 05659-2007-PA/TC, de fecha 9 de setiembre de 2009.