

Tribunal
Constitucional



REVISTA PERUANA DE
DERECHO
CONSTITUCIONAL

Reforma Constitucional,
Política y Electoral

61 NUEVA ÉPOCA | 2013
Edición Especial

SUMARIO

REVISTA PERUANA DE DERECHO CONSTITUCIONAL

N.º 6, NUEVA ÉPOCA
EDICIÓN ESPECIAL 2013

Reforma Constitucional, Política y Electoral

PRESENTACIÓN

Ernesto Álvarez Miranda 13

ESTUDIOS

Domingo García Belaunde

La Constitución peruana de 1993: sobreviviendo a todo pronóstico 19

José Palomino Manchego

¿Reforma, mutación o enmienda constitucional?..... 35

Francisco Morales Saravia

La Reforma de la Constitución de 1993 y sus problemas..... 61

Edwin Figueroa Gutarra

Certiorari y Reforma Constitucional. Entre propuestas y necesidades..... 81

César Delgado Guembes

Entre la participación absoluta y la ficción representativa. ¿Qué podemos esperar y qué no, del régimen representativo?..... 101

Victorhugo Montoya Chávez

La selección de candidatos para las elecciones congresales de 2011..... 153

Berly Javier Fernando López Flores

El control parlamentario de los decretos de urgencia..... 179

Stephen Haas del Carpio

La transición política peruana y la participación obligatoria de la ciudadanía en los procesos electorales peruanos. Presentación de la problemática e hipótesis..... 193

Rafael Rodríguez Campos/ Edith Neyra Córdova
*Consenso Electoral para una nueva ley de los derechos de participación y control
ciudadanos. Proceso de revocación de autoridades*..... 219

Cynthia Vila Ormeño
*Las Reformas Electorales en el Perú (1978 - 2012) y el principio de representación
proporcional*..... 239

MISCELÁNEA

Francisco Távora Córdova
*El juez como garante de los derechos y el papel de la ética en las democracias
constitucionales*..... 271

Martha Paz
*La Corte Constitucional Colombiana reivindica una categoría olvidada.
La trabajadora sexual como "sujeto de especial protección"* 279

Abraham García Chávarri
Derecho a la Integración y soberanía. Anotaciones interrelacionales 299

Sergio Bobadilla Centurión
*Breve análisis del contexto socio-histórico-político-jurídico para el surgimiento
jurisprudencial del Derecho a la Verdad. ¿Es viable su normativización positiva
constitucional*..... 311

Paola Brunet Ordoñez Rosales
Derechos de los pueblos indígenas en la jurisprudencia constitucional peruana 339

Aldo Blume Rocha
*La legitimidad democrática del juez en el marco del Estado Constitucional de Derecho:
El debate respecto a la dificultad contramayoritaria* 365

Carmen Ortega Chico
*Interpretación y aplicación de lo dispuesto en el artículo 68° de la Ley de Relaciones
Colectivas de Trabajo. Alcances del hoy denominado arbitraje obligatorio.* 387

JURISPRUDENCIA COMPARADA

1. *Caso: Alimentación forzosa de internos en casos de peligro de muerte por Gonzalo Carlos Muñoz Hernández*
STCE N.º 120/1990 403
2. *Caso: Sobre la ilegalización de partidos políticos por Alberto Neira López*
STCE N.º 48/2003 405

JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL

Reforma Constitucional:

1. *Exp. N.º 0014-2002-AI/TC por Nadia Paola Iriarte Pamo*
Demandante: Colegio de Abogados del Cusco
Norma impugnada: Ley N.º 27600
Link: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00014-2002-Mhtml> 417
2. *Exp. N.º 0014-2003-AI/TC por Evelyn Chilo Gutiérrez*
Demandante: Alberto Borea Odria y más de cinco mil ciudadanos
Norma impugnada: el denominado "documento promulgado el 29 de diciembre de 1993 con el título de Constitución Política del Perú de 1993"
Link: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00014-2003-ALhtml> 425

Reforma Política:

1. *Exp. 00013-2009-AI/TC por Miriam Handa Vargas*
Demandante: Treinta y un congresistas de la República
Norma impugnada: artículo 25º del Reglamento del Congreso de la República modificado mediante la Resolución Legislativa N.º 008-2007-CR publicada en el diario oficial El Peruano el 4 de octubre de 2008.
Link: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/00013-2009-ALhtml> 431
2. *Exp. 0050-2004-AI/TC por Miriam Handa Vargas*
Demandante: Colegio de Abogados del Callao y más de cinco mil ciudadanos
Norma impugnada: Leyes N.º 28389 y N.º 28449.
Link: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/00050-2004-AI%2000051-2004-AI%2000004-2005-AI%2000007-2005-AI%2000009-2005-ALhtml> 439

Materia Electoral:

1. *Exp. N.º 0002-2011-CC/TC por Carolina Parra Decheco*
Demandante: Oficina Nacional de Procesos Electorales (ONPE)
Demandado: Jurado Nacional de Elecciones (JNE)
Link: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2011/00002-2011-CC.html> 461

2. *Exp. N° 0003-2006-AI/TC por Nora Luzmila Fernández Lazo*
Demandante: Más de cinco mil ciudadanos
Norma impugnada: artículo 37° de la Ley N° 28094 —Ley de Partidos
Políticos (LPP)
Link: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/00003-2006-AI.html> 467

Relevante y de actualidad:

1. *Exp. 0022-1996-AI/TC (publicada agosto de 2013) por Jaime de la Puente Parodi*
Caso: La Ejecución de la Sentencia sobre la Cancelación de los Bonos Agrarios
Link: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2013/00022-1996-AI%20Resolucion.pdf>.... 473
2. *Exp. 01969-2011-HC/TC por Carlos Quispe Astoquilha*
Caso: Frontón
Link: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2013/01969-2011-HC.pdf> 483
3. *Exp. 00013-2012-AI/TC por Clementina del Carmen Rodríguez Fuentes*
Caso: Reforma del Sistema Peruano de Pensiones
Link: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2013/00013-2012-AI.pdf> 487
4. *Exp. 04147-2012-PA/TC por Claudia Orbegoso Gamarra*
Caso: Racismo y Discriminación por parte de un Abogado - Multa
Link: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2013/04147-2012-AA.pdf> 493

DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDIGENAS EN LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL PERUANA

PAOLA BRUNET ORDOÑEZ ROSALES (*)

SUMARIO: I. Introducción. II. El Estado Constitucional Multicultural y los derechos fundamentales. III. La Tutela Constitucional de los Pueblos Indígenas en el caso peruano. HL Derechos Indígenas en la Jurisprudencia Constitucional Peruana. IV Conclusiones.

I. INTRODUCCION

En la actualidad nuestro país enfrenta una serie de conflictos sociales entre las comunidades campesinas y/o nativas, las empresas dedicadas a la extracción de recursos naturales (minerales, especies acuáticas, hidrocarburos, árboles, etc.) y el Estado. Estos enfrentamientos exigen respuestas desde las distintas disciplinas, siendo la jurídica tal vez no la más importante pero sí la típicamente eficaz para resolver dichos problemas. Esta postura propositiva, si bien no la única, constituye el aliciente principal del presente artículo.

Los reclamos sociales "indígenas" son común denominador de los Estados latinoamericanos (véase, por ejemplo, el reclamo de los Wichi en Argentina, de la comunidad de Cañaris en Perú, de los indígenas de Mato Grosso do Sul por sus territorios ancestrales, etc.). Así, también es usual que la mayoría de constituciones sudamericanas (Guatemala, Ecuador, Perú, Venezuela, Colombia y Bolivia), tomando como norte el marco constitucional, y comprendiendo el transfondo de los reclamos indígenas hayan otorgado un reconocimiento al tema materia de investigación: *los derechos de los pueblos indígenas* recurriendo para ello a categorías tradicionalmente propias de las ciencias sociales como son: *el multiculturalismo, pluralismo e interculturalidad*.

Es más, como consecuencia de ello, y a modo de complemento, los órganos jurisdiccionales, como el Poder Judicial y el Tribunal Constitucional, como se presenta en el caso peruano, también han complementado a modo de interpretación, promoción y reafirmación, el valor y la importancia que reviste en la región sudamericana el reconocimiento de los *derechos de los pueblos indígenas sudamericanos*. Ello responde a que en América Latina se concentra una gran cantidad de grupos, cada uno con rasgos culturales propios, que la

hacen extraordinariamente diversa; en Latinoamérica se habla cerca de medio millar de idiomas indígenas u originarios.

Los numerosos conflictos sociales entre, por un lado, el Estado y las empresas extractivas y, por otro lado, los pueblos indígenas, que en la actualidad afrontamos, tienen su origen en el reconocimiento de la diversidad, que dichos pueblos reclaman, toda vez que la consideran relevante a fin de desarrollar sus proyectos de vida, que no es otra cosa que el derecho a la vida, en su aspecto material. Es decir pretenden no sólo un ambiente de tolerancia, sino que aspiran a un espacio *multicultural*, en el cual puedan desarrollar sus modos de vida, diversos a los del grupo mayoritario.

La naturaleza de las diferencias que hoy son reivindicadas, pueden ser culturales, étnicas, lingüísticas, religiosas, modos de vida, etc. En lo que concierne a la **diversidad cultural**, que como afirma el profesor Parekh Bhikku^[1] es la presencia en un determinado espacio geográfico de diversos grupos culturales; existen subtipos, como son: *a) la diversidad subcultural*, en la que los miembros comparten una cultura en sentido amplio y algunos de ellos, o bien defienden creencias y prácticas distintas en ciertos ámbitos de la vida (gays lesbianas, transexuales), o bien crean por su cuenta modos de vida relativamente diferentes (artistas, pescadores, etc.). *b) la diversidad de perspectiva*, en la que algunos miembros cuestionan ciertos principios o valores de la cultura predominante; ejemplo de ello son las feministas, quienes atacan el prejuicio patriarcal, o los ecologistas que critican el prejuicio antropocéntrico y buscan reconfigurar la cultura existente; y *e) la diversidad Comunal*, se presente en algunas sociedades que tienen en su territorio comunidades reservadas más o menos organizadas que viven con arreglo a sus propios sistemas de creencias y prácticas (inmigrantes, pueblos indígenas, los vascos en España, los catalanes, etc.). Si bien son diferentes entre sí los grupos que reclaman el reconocimiento de sus diferencias, como para poder compartir una agenda filosófica o política común, todos ellos se sienten unidos en la medida en que se resisten a aceptar la *homogeneización y asimilación en sociedades más amplias*".^[2]

Pero este reclamo de reconocimiento de la diversidad de grupos, ¿qué relación tiene con la Teoría del Estado, con la **Teoría general de los derechos fundamentales, etc.?** con el derecho procesal constitucional. Efectivamente, son numerosas las interrogantes y escasas las respuestas.

Comenzaremos afirmando que el reclamo social de los grupos culturales diferenciados encuentra explicación en lo que la academia ha denominado

[1] Parekh Bhikku: *Repensando el Multiculturalismo — Diversidad Multicultural y Teoría Política* Madrid: Istmo 2005, págs. 16.

[2] Vid. Parekh, Bhikku: *Repensando el Multiculturalismo-Diversidad Multicultural y Teoría Política*, Madrid, Istmo, 2005, p. 13.

multiculturalismo, concepto que proviene de las ciencias sociales. El *multiculturalismo* es la convivencia de diversas culturas.^[3] Otros, como Bhikhu Parekh, sostendrán que el *multiculturalismo* no se refiere a la diferencia y a la identidad *per se*, sino a aquellas que se subsumen en una cultura y son sostenidas por ésta. Así el *multiculturalismo* trata de la diversidad cultural o de las diferencias culturales, puesto que existen otros tipos de diferencias.^[5] De lo manifestado, entendemos que el *multiculturalismo* está vinculado a las diferencias culturales presentes en una sociedad.

En doctrina están quienes a este fenómeno de convivencia de grupos culturales diferenciados lo identifican con un concepto familiar para los juristas, este es, *el pluralismo*. En el ámbito jurídico, *el pluralismo* es un principio del Estado constitucional. La Constitución peruana vigente reconoce *el pluralismo político*^[6], por ello promueve la libre participación en los asuntos públicos (artículo 30°), así como un *pluralismo económico*, optando por una economía social de mercado (artículo 58°).

Durante el "Primer Encuentro de Docentes de Derecho Constitucional" celebrado en agosto de 2012,^[7] algunas voces autorizadas refirieron que los conflictos sociales en los que se encuentran involucrados los pueblos indígenas peruanos, tienen en la *interculturalidad* un mecanismo de solución eficaz. La interculturalidad involucra no sólo el reconocimiento de las diferencias (*multiculturalismo*), sino que adicionalmente se mantiene el objetivo de seguir integrados (*pluralismo*), pero dicha integración debe ser dialogada; esto es, debe darse espacio al reconocimiento mutuo y al aprendizaje recíproco (culturas diferentes a la mayoritariamente presente en la sociedad). *La interculturalidad* es un proceso que contribuye a la superación de las desigualdades, no de las diferencias; y en el que se pueden identificar varios pasos sucesivos pero interconectados: *i) énfasis en lo propio, ii) apertura a otros conocimientos*

[3] Real Academia Española. *Diccionario de la Lengua Española*, Vigésima Segunda Edición, Lima, 2005.

[4] Parekh, Bhikhu, *Repensando el Multiculturalismo-Diversidad Multicultural y Teoría Política*, op. cit., p. 15.

[5] *Ídem*, p. 16.

[6] El pluralismo político tiene como actores principales a los partidos políticos, entendido éstos como una versión superada de las facciones políticas, ya que estas sólo buscan meros intereses económicos de grupo. Algunos estudiosos refieren que es recomendable este término en lugar de multiculturalismo, toda vez que sobre el pluralismo existe mayor concordancia y no presenta tantas objeciones a los conceptos base del constitucionalismo.

[7] Primeras Jornadas de Docentes de Derecho Constitucional, organizado por el Tribunal Constitucional y la Academia de la Magistratura Constitucional, celebrado del 20 al 22 de agosto de 2012 en Lima, Perú, ponencia del Dr. Rolando Luque Mogrovejo, adjunto para la prevención de conflictos y la gobernabilidad de la Defensoría del Pueblo sobre Multiculturalismo y Constitución.

y experiencias, y, in) interacción⁸. De lo expuesto podemos concluir que la interculturalidad si bien otorga espacio al reconocimiento mutuo y al aprendizaje recíproco. Ello a su vez genera la construcción de relaciones de cooperación.

II. EL ESTADO CONSTITUCIONAL MULTICULTURAL Y LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

En el Estado moderno, Estado Nación, las instituciones que conforman el Estado no se identifican con las personas que ocupan el poder, así también es peculiar de este tipo de Estado la adopción de funciones en beneficio de la colectividad. En este sentido, se puede indicar como características del actual Estado moderno, al cual se lo identifica como Estado Nación, a las siguientes 1) tiene una base territorial, única fuente de soberanía y goza de autoridad legal ilimitada dentro de sus fronteras; 2) se funda en una serie única de principios constitucionales y muestra una identidad única, singular y nada ambigua; 3) los ciudadanos de un Estado deberían gozar de los mismos derechos. Y puesto que no se tiene en cuenta las diferencias sociales, culturales, etc. que pueda haber entre ellos, «los mismos derechos» tiende a significar derechos idénticos o uniformes; 4) la ciudadanía constituye una forma de relación unitaria, no mediada y homogénea entre el individuo y el Estado. Puesto que se ignoran las identidades culturales, étnicas, etc., de manera que las gentes se consideran únicamente miembros de un Estado, todos los ciudadanos mantienen una relación directa e idéntica con el Estado; 5) los miembros del Estado conforman un único pueblo unido; y, 6) si el Estado es federal (u ostenta un grado de descentralización) sus unidades de base deberían contar, *grosso modo*, con los mismos derechos y potestades, porque si no se estarían violando los principios de igualdad de la ciudadanía y de un espacio legalmente homogéneo¹⁹¹.

Después de la Segunda Guerra Mundial aparece en Europa el Estado Constitucional, el cual también garantiza el cumplimiento de los derechos sociales consagrados en una Constitución, pero añade a ello un rol transcendental de la Constitución, ya no sólo como norma de normas, sino también como fuente de derecho. El Estado Constitucional tiene las siguientes características: "O a) El reconocimiento de que el poder de la mayoría parlamentaria no es absoluto sino relativo en tanto no puede desconocer las competencias y los

[8] Fidel Tubino y otros: "Introducción al V Congreso latinoamericano de educación intercultural bilingüe", en AA.VV.: Actas del V Congreso latinoamericano de educación intercultural bilingüe, Roberto Zariquiey (edit). Lima: Ministerio de Educación, 2003, pág. 36.

[9] Parekh, Bhikhu, op. cit., págs. 274-275.

*límites materiales y formales establecidos en la Constitución; b) La aplicación de la regla de la mayoría, en virtud de la cual para que las decisiones políticas adoptadas sean legítimas se debe permitir la participación de las minorías en la elaboración, aprobación y aplicación de las respectivas políticas; y c) Si bien se exige mayor participación de los ciudadanos en el Estado, también se exige mayor libertad frente al Estado"*m.

Dentro del contexto descrito el alto Tribunal Peruano ha referido que en el marco del Estado Constitucional, *"el respeto de los derechos fundamentales constituye un imperativo que el Estado debe garantizar frente a las eventuales afectaciones que pueden provenir tanto del propio Estado —eficacia vertical— como de los particulares —eficacia horizontal"; más aún cuando, a partir del doble carácter de los derechos fundamentales, su violación comporta la afectación no sólo de un derecho subjetivo individual "dimensión subjetiva—, sino también el orden objetivo de valores que la Constitución incorpora —dimensión objetiva— O "ni]*

En el Estado Constitucional Multicultural al rol transcendental de la Constitución en la vida cotidiana de los ciudadanos así como al respeto irrestricto de los derechos inherentes al ser humano, entendido este como ser único e indivisible, se añade el **reconocimiento de la diversidad**; esto significa que el nuevo Estado constitucional debe tener una Constitución en la que se consagre el carácter multicultural de la mayoría de las poblaciones del mundo. Con este agregado en la actualidad se habla del componente multicultural de todas las Constituciones, pero nosotros preferimos hablar de Estado constitucional multicultural, porque en sociedades como la peruana resulta urgente y necesario nombres llamativos a fin de iniciar una cultura de respeto a la diversidad.

El reconocimiento del componente multicultural en los textos constitucionales importa un replanteo de muchos conceptos de la teoría general de los derechos fundamentales, hasta hoy sagrados, como *sujeto de derechos, la titularidad y la legitimidad de los derechos fundamentales*.

De lo expresado podemos colegir que el reclamo indígenas requiere de un nuevo Estado o una respuesta diferente de éste. Un Estado en el cual se reconozcan los derechos fundamentales de todos los miembros de la comunidad estatal, atendiendo las particulares exigencias (culturales, religiosas, lingüísticos, nacionales, etc.) que puedan requerir algunos miembros del colectivo.

Los atributos esenciales que los grupos indígenas reclaman en la actualidad, entre otros, son: a la libre determinación del desarrollo, a la participación, a la consulta previa, a los derechos lingüísticos, a la autonomía comunitaria pudiendo ser regional, departamental, distrital etc., al ejercicio de la justicia

[10] Tribunal Constitucional, STC N° 0005-2007-AI, Fundamentos 14 -24. <http://www.tc.gob.pe/>

[11] Tribunal Constitucional, STC N° 04063-2007-AI, Fundamento 9. <http://www.tc.gob.pe/>

propia dentro de su jurisdicción,^{n²¹} a la educación intercultural bilingüe y demás afines; los cuales forman parte de un *corpus de derechos* en su mayoría *colectivos* enmarcados en nuevos principios de relación entre los Estados y las minorías culturales, nacionales, lingüísticas, religiosas, etc.

El corpus de derechos que le son inherentes a los pueblos indígenas, ha quedado establecido, y tiene fuerza vinculante, a partir de la ratificación del Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, y de la promulgación de numerosas constituciones latinoamericanas en la década de los noventa hacia adelante. El citado corpus de derechos en el caso peruano se ha enriquecido y desarrollado con la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, las decisiones del Tribunal Constitucional y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas de 2007.

El conjunto de derechos de pueblo indígenas exige que en Estado constitucional, en tanto instrumento para que todas las personas gocen de sus prerrogativas en la mayor medida posible, no sólo se reconozca atributos esenciales individuales, sino también aquellas prerrogativas de índole colectiva, siendo indispensable un diálogo intercultural como principal pauta metodológica al momento de establecer políticas públicas.

El Estado constitucional que reconoce el componente multicultural de su sociedad deja atrás las políticas de asimilación, integración forzosa e, incluso, de desaparición física y desculturización que caracterizaron la era pasada. Por el contrario, acepta que no basta con atribuir los mismos derechos a todos, sin atender las particularidades de determinados grupos, porque admite que el derecho a la igualdad ante la ley, tal como lo entendemos hoy, era una ficción, adicionalmente reconoce y vela porque se reconozcan derechos complementarios a las minorías, pudiendo ser éstos de índole individual o colectiva. Sin embargo, este Estado establece condiciones mínimos o estándares mínimos tradicionales exigidos por los grupos minoritarios sean coherentes con los derechos fundamentales, como los comentaremos páginas adelante.

Lo álgido del Estado constitucional multicultural es el referente a la naturaleza de los derechos reclamados por los pueblos indígenas, específicamente los de índole colectiva, como son: a la consulta previa, a la autodeterminación, al ejercicio de justicia propia, a la propiedad comunal por citar algunos. Para los que resultan insuficientes las teorías absoluta y relativa de los derechos fundamentales, ya que han sido elaboradas pensando únicamente en los atributos de ejercicio individual.

El Convenio N° 169 de la OIT y la Constitución peruana constituyen el marco jurídico a fin de otorgar respuesta a la difícil interrogante ¿quién es titular del corpus de derechos reconocido en el citado convenio y la Constitución?. La

[12] Entiéndase indígena, comunal andino o comunal amazónico.

citada norma internacional manda que se identifique a los pueblos indígenas por dos tipos de elementos: los objetivos y el subjetivo. *Los elementos objetivos se refieren a un hecho histórico y a un hecho actual. El elemento subjetivo es la autoconciencia de la identidad, la que vincula ambos hechos (el histórico y el actual)*¹³- I.

El elemento objetivo ordena que serán pueblos indígenas aquellos que descienden de pueblos que pre-existen a los Estados actuales y que hoy conservan en todo o en parte sus instituciones sociales, políticas, culturales, o modos de vida. Resulta oportuno referir que la exigencia de conservación de las instituciones sociales políticas culturales o modos de vida es de naturaleza parcial, no total, ello explica porque en Perú muchas comunidades campesinas, pese a que han perdido el idioma propio (quechua, aymara, etc.) y mantienen a las Rondas campesinas afirman ser titulares de los derechos consagrados en el Convenio 169° y en la Constitución vigente.

El criterio subjetivo se refiere a la autoconciencia que tienen los pueblos de su propia identidad indígena, esto es, que descienden de pueblos originarios y que tienen instituciones propias. Este criterio suele ser determinante en el caso peruano, toda vez que la opresión y el estigma social creado alrededor de lo indígena generó que muchos peruanos negaran dicha condición; sin embargo, afortunadamente en la actualidad la auto identificación como indígena, sea andino, amazónico, rural o urbano esta incrementando.

Dentro del contexto descrito resta señalar que las diferencias culturales, lingüísticas, étnicas obligan a que el contenido de los derechos esenciales, fundamentales, humanos sea replanteado a fin de que responda a las necesidades de las sociedades multiculturales; por ejemplo, pensemos en lo que nosotros conocemos como derechos de género, el rol de la mujer en el mundo occidental difiere de aquel que desarrolla en el islámico, así como de aquel que tiene en las diversas comunidades campesinas o amazónicas de América Latina. Así, una denuncia por maltrato familiar debe ser atendida considerando las diferencias culturales, claro está, respetando la coherencia mínima del núcleo esencial que toda sociedad civilizada debe conservar.

En relación a este núcleo esencial, en el caso peruano ha sido la Corte Suprema, la que a través del Acuerdo Plenario N° 1-2009-/CJ-116, ha señalado que ante la existencia del pluralismo jurídico reconocido en nuestra Constitución (artículo 149°) resulta indispensable señalar los mínimos jurídicos que deben ser respetados por las autoridades de las comunidades campesinas y nativas en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales.

[13] *Cf.* Yrigoyen Fajardo, Raquel: *De la tutela a los derechos de libre determinación del desarrollo, participación, consulta y consentimiento*, Instituto Internacional de Derecho y Sociedad-IIDS, Lima, 2009, p. 2.

III. LA TUTELA CONSTITUCIONAL DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS EN EL CASO PERUANO

Los derechos inherentes a los *pueblos indígenas* como asunto con relevancia constitucional son de reciente fecha. Teniendo como objetivo un acercamiento al componente multicultural de la Constitución peruana esto es a la determinación de su contenido, a los mecanismos de tutela consagrados en el texto constitucional, resulta oportuno hacer una concisa referencia a la historia de la consagración de los pueblos indígenas en nuestros textos constitucionales.

Antes de iniciar el recuento del tratamiento constitucional otorgado a los pueblos indígenas en el Perú, es indispensable señalar que en nuestra normativa los pueblos indígenas serán las comunidades campesinas y nativas, pero en esta década se prefiere denominarlos *pueblos originarios*. A lo largo de nuestra historia constitucional las *comunidades indígenas* en un inicio, luego *comunidades campesinas y nativas* (desde la Reforma Agraria, específicamente con el decreto Ley N° 17716, del 24 de junio de 1969), recién obtienen un reconocimiento constitucional en el siglo XX.

Convenimos con el profesor Domingo García Belaunde^[14] cuando sostiene que la historia constitucional peruana no sólo es aquella que se inicia con nuestra vida republicana, sino también la que se desarrolló entre 1780 y 1820, denominada *Pre historia Constitucional*, periodo en el que suceden dos hechos relevantes: *a)* La dación de la Constitución de Bayona (1808) y *b)* La Carta de Cádiz (1812). Asimismo, sabemos que en 1820 se inicia nuestra historia constitucional en estricto sentido, la que es dividida en 4 (cuatro) periodos: Primer periodo 1820-1860; Segundo periodo 1860-1920; Tercer periodo 1920-1979 y Cuarto período 1979-1993^[15].

El Perú a inicios del siglo XX da los primeros pasos para abandonar el afán de ciudadanizar a su población dentro de un proyecto mono-cultural; ello sucede en lo que el profesor Domingo García denomina tercer periodo de nuestra historia constitucional, específicamente el 18 de enero de 1920 con la promulgación de la Constitución de 1920, que contiene el primer reconocimiento constitucional de las comunidades indígenas. Dicha Carta en su artículo 58^[16] reconocía a las

[14] García Belaunde, Domingo: "Bases para la Historia Constitucional del Perú", en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. Nueva serie, año XXXIII, núm 98, mayo —agosto, México: 2000, págs. 568 -570.

[15] *Ibidem*.

[16] "El Estado protegerá a la raza indígena y dictará leyes especiales para su desarrollo y cultura en armonía con sus necesidades. La Nación reconoce la existencia legal de las comunidades de indígenas y la ley declarará los derechos que les corresponden", Constitución de 1920,

*comunidades indígenas como sujeto colectivo*¹⁷, claro está dentro de la lógica de un Estado que se sustentaba en la ficción de la homogeneidad cultural. Como lo hemos afirmado, antes de esta elevación constitucional, se identificaba nación con la idea de un sólo pueblo con una sola cultura, religión, idioma e identidad, el cual debía estar regido por una sola ley y sistema de justicia.

Posteriormente, el legislador de 1933, con fecha 19 de marzo de dicho año, decidió otorgar a las comunidades de indígenas todo un título¹⁸. De una lectura de los artículos correspondientes se advierte que el Estado peruano continuó con la negación de la pluralidad cultural en nuestro país y su regulación se circunscribió al aspecto económico (tierras, expropiación).

La Constitución de 1979, surgida en un momento de transición democrática, mantiene algunos elementos del régimen anterior en temas indígenas como el *monismo legal*, desconociendo el derecho consuetudinario¹⁹ de los pueblos indígenas, esencial para desarrollar su proyecto de vida en concordancia con sus normas. Pese a la concertación política lograda para la emisión de la Carta de 1979, dicho consenso político fue ciego a nuestra realidad nacional, tal vez

citado en Gregor Barié, Cletus: *Pueblos indígenas y derechos constitucionales en América Latina: Un panorama*. México, D.F.: INT (Instituto Nacional Indigenista). III (Instituto Indigenista Interamericano), 2000, pág. 457.

[17] Yrigoyen Fajardo, Raquel: *Tratamiento Judicial de la diversidad cultural y la jurisdicción especial en el Perú*. Ponencia presentada en el Congreso Internacional de Antropología Jurídica y Derecho Consuetudinario, organizado por la Asociación Internacional de Antropología Jurídica y Pluralismo Legal y por la Red Latinoamericana de Antropología Jurídica (RELAJU). Arica, 13-17 de marzo, 2000. Consultado en <http://www.alertanet.org>, el 15 de octubre de 2012.

[18] "Título XI Comunidades Indígenas. Artículo 207.- Las comunidades indígenas tienen existencia legal y personería jurídica.

Artículo 208.- El Estado garantiza la integridad de la propiedad de las comunidades. La ley organizará el catastro correspondiente.

Artículo 209.- La propiedad de las comunidades es imprescriptible e inalienable, salvo el caso de expropiación por causa de utilidad pública, previa indemnización. Es, asimismo, inembargable.

Artículo 210.- Los Concejos Municipales ni corporación o autoridad alguna intervendrán en la recaudación ni en la administración de las rentas y bienes de las comunidades.

Artículo 211.- El Estado procurará de preferencia adjudicar tierras a las comunidades de indígenas que no las tengan en cantidad suficiente para las necesidades de su población, y podrá expropiar, con tal propósito, las tierras de propiedad privada conforme a lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 29.

Artículo 212.- El Estado dictará la legislación civil, penal, económica, educacional y administrativa, que las peculiares condiciones de los indígenas exigen".

[19] Entendemos por derecho consuetudinario el sistema de normas, valores y principios que permite a los pueblos y comunidades regular su vida social, resolver conflictos y organizar el orden en el marco de su cultura y necesidades sociales. Tal derecho incluye pautas antiguas o nuevas, propias o adoptadas, pero correspondientes al sistema cultural de sus usuarios y percibidas como propias. También incluye las reglas para crear o cambiar reglas.

porque, a decir de Víctor Raúl Haya de la Torre, si bien el campesinado, indígena en su mayoría era vasto, también era ignaro y no tenía consciencia de clase.

En la Constitución de 1979^[21] continúa la sobrevaloración de la cultura predominante como superior, avanzada, civilizada, y si bien reconocía algunos aspectos de otras culturas, lo hacía bajo una mirada paternalista. Ello se evidencia en el último párrafo de su artículo 161°, que prescribe que: "*() el Estado respeta y protege las tradiciones de las Comunidades campesinas y nativas. Propicia la superación cultural de sus integrantes*". La precitada Constitución, como sus antecesoras, no reconoció el carácter multicultural de nuestra sociedad.

Si bien la Carta de 1979 hizo novedosamente mención a algunos temas como la propiedad comunal, creemos que el Estado Peruano decidió tutelar la *propiedad de las comunidades nativas y/o campesinas* con el interés soterrado de tener poder sobre algo que antes no reconocía y que por conveniencia tuvo que aceptar. Es menester anotar que la Carta del 79 divide a las comunidades indígenas en *campesinas y nativas*, dicha diferenciación no tiene relevancia alguna en la determinación de la aplicación del Convenio 169° de la OIT; sin embargo, reconocemos que la comunidad campesina, originaria en los andes del Perú, debido a la fuerte opresión, ha perdido varias de sus instituciones sociales (el idioma). Ello explica porque la ausencia de identidad indígena de dichas comunidades, no obstante recordar que "*() son las sucesoras de los ayllus incaicos y de las comunidades indígenas coloniales y republicanas, 0,1221*". En lo que respecta a la comunidad nativa, advertimos que si bien estas han mantenido sus instituciones sociales ello ha sido a costa de encabezar la lista de grupos en situación de extrema pobreza.

[20] Germaná, César: "La polémica Haya de la Torre — Mariátegui, reforma o revolución en el Perú", en *Análisis* —N° 2-3. Lima: 1977, pág. 153.

[21] "Capítulo VIII. De las comunidades campesinas y nativas: Artículo 161.- La Comunidades Campesinas y Nativas tienen existencia legal y personería jurídica. Son autónomas en su organización, trabajo comunal y uso de la tierra, así como en lo económico y administrativo dentro del marco que la ley establece. El Estado respeta y protege las tradiciones de las Comunidades Campesinas y Nativas. Propicia la superación cultural de sus integrantes.

Artículo 162.- El Estado promueve el desarrollo integral de las Comunidades Campesinas y Nativas. Fomentan las empresas comunales y cooperativas.

Artículo 163.- Las tierras de las Comunidades Campesinas y Nativas son inembargables e imprescriptibles. También son inalienables, salvo ley fundada en el interés de la Comunidad, y solicitada por una mayoría de los dos tercios de los miembros calificados de ésta, o en caso de expropiación por necesidad y utilidad públicas. En ambos casos con pago previo en dinero. Queda prohibido el acaparamiento de tierras dentro de la Comunidad".

[22] Pareja Paz Soldán, José, *Derecho constitucional peruano y la Constitución de 1979*, Tercera Edición, Lima: 1984, pág. 534.

La Constitución de 1993 es resultado de lo decidido por el Congreso Constituyente Democrático de 1992, que elaboró la Carta fundamental en un ambiente de autoritarismo, ya que el Presidente de la República hasta dicha fecha tenía un origen democrático, pero en abril de 1992 disolvió el Parlamento buscando otorgarse una Ley fundamental que se ajuste a sus ambiciones políticas. Si bien es conocido que la Constitución del 1993 fue elaborada a medida de Fujimori, no podemos negar los avances jurídicos que ella trajo consigo, siendo uno de ellos la consagración por vez primera de los derechos indígenas a nivel constitucional

En nuestra Constitución vigente observamos el reconocimiento *del pluralismo cultural* existente en nuestra sociedad, *el derecho individual a la identidad diferenciada y del derecho colectivo de las diferentes culturas y grupos étnicos* a recibir respeto y protección por parte del Estado. En este marco del reconocimiento de la diversidad cultural, el Estado Peruano en su texto constitucional *consagra derechos específicos a las comunidades campesinas y nativas como son derecho a la identidad cultural, a la educación respetando la cultura, a una educación intercultural bilingüe, al uso del idioma propio, a la existencia legal propia y al ejercicio de funciones jurisdiccionales; los mismos que en su mayoría han sido desarrollados por el Tribunal Constitucional.*

IV. LOS DERECHOS INDÍGENAS EN LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL PERUANA

Siendo la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (TC) en el Perú un referente obligatorio para todo trabajo de investigación en temas constitucionales, resulta importante señalar que a la fecha son más de una decena de resoluciones emitidas^[24] por el máximo colegiado concernientes a los derechos de los pueblos indígenas peruanos.

El Tribunal Constitucional en la sentencia recaída Exp. N° 0042-2004-A1, *Caso Toros*, publicado el 12 de agosto de 2005, desarrolló el componente **cultural** de la Constitución peruana, determinó las disposiciones constitucionales que conforman la Constitución Cultural Peruana, las cuales son: el artículo 1° la

[23] El artículo 2° inciso 19), el artículo 15°, el artículo 17°, el artículo 48°, el artículo 88°, artículo 89° y el artículo 149°.

[24] Exp N° 00872-199-AA, Exp. N° 0042-2004-AI Caso Toros, Exp. N° 0020-2005-PI y 0021-2005-I Caso Hoja de coca, Exp. N° 4719-2007-HC, Exp. N° 0028-2009-PI, Exp. N° 04611-2007-AA, Exp. N° 00022-2009-PI, Exp. N° 06316-2008-AA, Exp. N° 05427-2009-PC, Exp. N° 00023-2009-PI, Exp. N° 00025-2009-PI, Exp. N° 00024-2009-PI, Exp. N° 01126-2011-HC Caso Tres Islas y Exp. N° 0001-2012-PI

Constitución de 1993, artículo 2° incisos 8), 17), 19), artículo 14°, artículo 18°, artículo 21°. También señaló que el Estado, en relación con la Constitución Cultural tiene un deber que se manifiesta en tres aspectos:

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

4.1. Derecho a la Identidad Cultural artículo 2° inciso 19) de la Constitución

En lo relacionado al derecho a la identidad cultural el Tribunal Constitucional por primera vez en la resolución emitida en el Exp N° 00872-199-AA, refirió: *Que el derecho a la identidad cultural está contenido el artículo 2° inciso 19) de la Constitución Política del Estado, el mismo que establece que toda persona tiene derecho a "[...] su identidad étnica y cultural. El Estado reconoce y protege la pluralidad étnica y cultural de la Nación [...]"*, concordada tal disposición con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en el que se reconoce el derecho de las personas a tener su propia vida, y cultura, con todas sus manifestaciones, a profesar y practicar su propia religión, a emplear su propio idioma y a cultivarlos procurando la coexistencia de diversas culturas y el desarrollo de los pueblos en forma pacífica.

Posteriormente en el Exp. N° 0006-2008-PI conocido como caso Hoja de coca de Puno, publicado el 7 de agosto de 2008, el Tribunal Constitucional sostiene que el derecho a la identidad cultural fue introducido como "novedad" en la actual Constitución y que el artículo 2°, inciso 19), de la Ley Suprema consagra el derecho de toda persona: "*19) A su identidad étnica y cultural. ()*".

Refirió también el Tribunal que la Constitución reconoce, el derecho tanto a la identidad cultural como a la identidad étnica, expresando que: "*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. 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.*"

Adicionalmente el máximo Colegiado constitucional sostiene que *La identidad cultural*, como elemento de integración de la sociedad en el marco del pluralismo que profesa el Estado Democrático y Constitucional, también es concebida *como un conjunto de manifestaciones y rasgos culturales de diversa índole, que cumple las funciones simultáneas de caracterizar a una sociedad o un grupo social, es decir, de imprimirle cualidades que posibiliten su propio reconocimiento como grupo que vive e interactúa en un contexto y tiempo determinado, así como de identificar las diferencias frente a los demás grupos sociales*, por la constatación de que no comparten de modo total o parcial dichas manifestaciones o rasgos culturales.

En la sentencia emitida en el Exp. N° 03343-2007-AA/TC el Tribunal Constitucional reiteró que el derecho a la identidad étnica es una especie del derecho a la identidad cultural: "*Derecho a la identidad étnica aquel consiste en la facultad que tiene la persona que pertenece a un grupo étnico determinado de ser respetada en las costumbres y tradiciones propias de la etnia a la cual pertenece, evitándose con ello que desaparezca la singularidad de tal grupo. Esto es, el derecho de la etnia a existir, de conformidad con la herencia de los valores de sus ancestros y bajo símbolos e instituciones que diferencian a tal comunidad de las demás. Asimismo, el reconocimiento de tal derecho "supone que el Estado social y democrático de Derecho está en la obligación de respetar, reafirmar y promover aquellas costumbres y manifestaciones culturales que forman parte de esa diversidad y pluralismo cultural"*.

4.2. Derecho al uso del idioma propio artículo 2° inciso 19)

El Tribunal Constitucional en el Exp. 04719-2007-HC, publicado el 23 de julio de 2008 refirió que los derechos lingüísticos,; "(...) *se proclaman como derechos individuales, pero no puede desconocerse la dimensión colectiva que se asocia a la mayoría de ellos, puesto que el uso de una lengua no tiene sentido individualmente y porque la lengua no sólo es una forma de comunicarse sino que también es una forma de expresar una identidad y un sentir colectivo*".

El Tribunal recordó que en el artículo 2°, inciso 19) la Constitución reconoce que "*Todo peruano tiene derecho a usar su propio idioma ante cualquier autoridad mediante un intérprete. Los extranjeros tienen este mismo derecho cuando son citados por cualquier autoridad*". Y precisamente lo establece para asegurar el respeto de los derechos culturales y las garantías mínimas de los procesados a fin de que puedan ejercer sus derechos fundamentales, como es el caso del derecho de defensa.

4.3. Derecho a la Educación Intercultural Bilingüe (EIB)

La EIB en una sociedad con diversidad cultural, lingüística y étnica es un derecho de primer orden, ya que es una herramienta eficaz para alcanzar la integridad nacional y para el desarrollo, por tanto la tarea del Estado no debe limitarse, a *fomentar* la EIB, sino que debe estar orientada a brindar un servicio educativo adecuado a los peruanos culturalmente diferenciados, en atención a los mandatos constitucionales como son la dignidad de la persona, el derecho a la igualdad y a la diversidad cultural. Creemos que un razonamiento diverso quiebra la unidad que una Ley base debe mantener.

La EIB es un derecho fundamental inherente a las comunidades campesinas y nativas (pueblos indígenas), toda vez que el lenguaje o lengua autóctona es vital para preservar, fomentar y difundir la cultura de una comunidad determinada es tal. En este sentido, si uno de los contenidos principales o manifestaciones esenciales de la identidad cultural es el lenguaje autóctono de la comunidad, la educación que han de recibir los integrantes de una comunidad nativa y/o campesina y, la forma como han de transmitir sus conocimientos ancestrales y tradiciones se ha de hacer respetando la lengua madre. Y este derecho se consigue por intermedio de una EIB, la misma que si bien no tiene un reconocimiento expreso en nuestra Constitución, dicho derecho se desprende o se fundamenta a partir del derecho a la identidad cultural consagrada expresamente en la Constitución, y a través de la figura de los derechos no enumerados (*numerus apertus*) consagrado en el artículo 3° de la Constitución peruana de 1993, así como de una interpretación sistemática del artículo 2°, inciso 19, artículo 17°, in fine, y artículo 48° de la Constitución.

Si bien a la fecha sobre el derecho a la EIB el máximo Tribunal Constitucional peruano no ha emitido pronunciamiento alguno, sin embargo es pertinente referir que un Recurso de Queja¹²⁵¹ ante la denegatoria de un recurso de agravio constitucional (RAC) fue presentado por la Unidad de Gestión Educativa de San Ignacio invocando derechos indígenas específicamente el derecho a la Educación Intercultural Bilingüe, sin embargo, por no encontrarse vigente el RAC a favor del precedente, el Tribunal, fiel a su línea jurisprudencial, decidió desestimar el recurso de queja, haciendo hincapié en que la citada unidad de gestión educativa tiene en el *amparo vs. amparo* el cauce procesal adecuado para impugnar la resolución de vista que ha sido emitida lesionando derechos constitucionales.

En el fundamento jurídico núm. 7 del citado Recurso de Queja el Tribunal Constitucional de forma clara ha sostenido, que es procedente el Amparo, ya que "... ***El uso de dicha opción procesal resulta por lo demás plenamente legítima, tratándose como en efecto ocurre de un reclamo sustentado en la aparente vulneración de diversos contenidos de la denominada "Constitución Multicultural" tema de capital importancia como este Tribunal lo ha sostenido en más de una oportunidad***"²⁶¹.

El Tribunal dejó claro que los pueblos indígenas peruanos tienen el mecanismo procesal del amparo para tutelar el Derecho a la Educación Intercultural Bilingüe, a donde pueden acudir de forma directa como sujetos procesal activo y requerir al Estado peruano para que respete el derecho a la Educación Intercultural Bilingüe o haga eficaz los mandatos y obligaciones que se desprenden del artículo 2°, inciso 19), artículo 17° *in fine*, y artículo 48° de la Constitución, que reconocen y regulan el derecho a la Educación Intercultural Bilingüe, en el marco de la cláusula de *numerus apertus* establecido en el artículo 3° de la Constitución.

4.4. Oficialidad de los idiomas originarios artículo 48° de la Constitución

El alto Tribunal en la resolución recaída en el Exp. 03343-2007-AA, caso Cordillera Escalera 20 de febrero de 2009 ha expresado que en el artículo 48° de la Constitución, se reconoce como idiomas oficiales el quechua, el aimara y las demás lenguas aborígenes en las zonas donde predominen.

Así también refiere el máximo Tribunal que el artículo 191° de la Constitución manda que la ley establecerá porcentajes mínimos para hacer accesible la representación de género, comunidades campesinas y nativas, y pueblos originarios en los Consejos Regionales y Concejos Municipales. Con

[25] Recurso regulado en el artículo 119° del Código Procesal Constitucional, nos estamos refiriendo al Exp N° 113-2011-Q/TC

[26] Tribunal Constitucional, STC N° 113-2011-Q/TC, Fundamento 7. <http://www.tc.gob.pe>

ello, los pueblos indígenas -término utilizado en el Derecho internacional- han sido proveídos con herramientas legales que buscan proteger su existencia y su cosmovisión (*Weltanschauung*).

4.5. Propiedad Comunal, tierras y territorio indígena, artículo 88° de la Constitución

En la resolución emitida en el Exp. 03343-2007-AA, caso Cordillera Escalera, el Tribunal Constitucional sostiene que *sobre los derechos indígenas se debe disponer una tutela adecuada a su contexto y necesidades. Por ejemplo, en materia de propiedad recuerda que la relación entre los pueblos indígenas y la tierra difiere de la nuestra (eminentemente patrimonial, posesión. Ya que éstos mantienen con aquella un vínculo es espiritual).*

El Tribunal en la citada resolución también explica porque el artículo 13° del Convenio N° 169 de la OIT establece que el término "tierras", para el caso de los pueblos indígenas, incluye el concepto de "territorio". Para ello hace referencia a pronunciamiento de la Corte Interamericana (Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tigni vs. Nicaragua): "Entre los indígenas existe una tradición comunitaria sobre una forma comunal de la propiedad colectiva de la tierra, en el sentido de que la pertenencia de ésta no se centra en un individuo sino en el grupo y su comunidad. (...)"

Luego en la resolución emitida en el Exp. N° 00023-2009-PI, publicada el 19 de octubre de 2010 el Tribunal Constitucional señaló que *el artículo 66° de la Constitución prescribe que los recursos naturales, renovables y no renovables son patrimonio de la Nación, siendo el Estado soberano de su aprovechamiento. Añade que el artículo 15 del Convenio N.° 169 de la OIT, prevé el caso en que los recursos naturales sean propiedad del Estado. Inclusive aquellos que están en los territorios indígenas. En tal sentido, el propio Convenio N.° 169 establece la posibilidad de que los recursos naturales puedan pertenecer al Estado, motivo por lo cual no existe contradicción alguna entre la Constitución y el Convenio N.° 169 y entre el principio de dominio eminential y el Convenio N.° 169, que más bien contempla tal posibilidad.*

4.6. La Personería Jurídica de las comunidades campesinas y nativas, artículo 89° de la Constitución

El Tribunal Constitucional en la sentencia emitida en el EXP N° 0042-2004-AI estableció que *la Constitución reconoce la existencia legal, personería jurídica, de las comunidades campesinas y nativas y que la Constitución impone al Estado la obligación de respetar su identidad cultural.*

En la sentencia expedida en el caso Cordillera Escalera el Tribunal Constitucional afirma que el artículo 89° de la Norma Fundamental *reconoce la autonomía organizativa, económica y administrativa a las comunidades nativas*, así como la libre disposición de sus tierras, reiterándose de igual forma la obligación del Estado de respetar su identidad cultural.

En el año 2010, en la sentencia emitida en el Exp. 04611-2007-AA el Tribunal Constitucional desarrollo un análisis de la figura de la *legitimidad con especial referencia a las comunidades nativas*. Para tal examen consideró que *los fines* del proceso constitucional son garantizar la primacía de la Constitución y la vigencia de los derechos fundamentales y *que, la Constitución* reconoce a las comunidades campesinas y nativas existencia legal y personería jurídica sin someter su existencia a inscripción o formalidad alguna (artículo 89°).

Reitero que dentro *del Estado social y democrático de derecho, las personas jurídicas en general son titulares de derechos fundamentales en la medida que su naturaleza permita su ejercicio, naturaleza tanto del derecho como de la persona jurídica. La referencia preferente de titularidad, según la propia Constitución recae en las personas naturales a través de la vinculación subjetiva de forma individual, pero sin necesidad de entrar a definir el concepto de persona jurídica, lo cual corresponde al ordenamiento infraconstitucional. Es posible constatar que su presencia, en la casi totalidad de oportunidades, responde al ejercicio de un derecho atribuible a toda persona natural.*

Entiende el Tribunal que, *en la medida en que las organizaciones conformadas por personas naturales se constituyen con el objeto de que se realicen y defienden sus intereses, esto es, actúen en representación y sustitución de las personas naturales, muchos derechos de estas últimas se extienden a las personas jurídicas. En este sentido, cabe diferenciar entre personas jurídicas de substrato propiamente personalista, representado por una colectividad de individuos (universitates personarum), y personas jurídicas caracterizadas por la prevalencia del substrato patrimonial (universitates bonorum).*

Refirió también el Tribunal Constitucional que *la Constitución, en forma excepcional y privilegiada, ha otorgado a las comunidades campesinas y nativas personería jurídica erga omnes en forma directa, sin la necesidad de realizar la inscripción previa en algún registro para afirmar su existencia, al representar una forma de universitates personarum. El acto administrativo de inscripción es entonces, a diferencia de lo que ocurre con las personas jurídicas de derecho privado, declarativo y no constitutivo.*

Adicionalmente estableció el Tribunal *que una inscripción en el registro sería útil para acreditar la existencia de la personería. La falta de inscripción registral no puede desvirtuar su personería jurídica, pero sí es relevante como prueba a efectos de ejercer su capacidad procesal. Pero si la comunidad está*

inscrita, está obligada a presentar su registro. En caso de estarlo, bastaría con mostrar medios probatorios que fehacientemente prueben su existencia fáctica. No es posible que se pueda colocar a la comunidad en una situación de indefensión tal que, por temas netamente formales (incumplimiento de acto administrativo declarativo), terminen desconfigurando lo señalado en la Constitución, en concordancia válidamente aceptada con el Convenio N.º 169.

En el caso materia de comentario, el Tribunal Constitucional expuso que la comunidad inscrita constituye una persona jurídica de derecho privado. Tomando en cuenta la informalidad o aformalismo de los procesos constitucionales y el principio *pro actione*, aun cuando la inscripción no fuese validada, o no se haya realizado, una comunidad nativa o campesina tendría la legitimidad para plantear la demanda, toda vez que la exigencia constitucional de considerarse como persona jurídica no requiere necesariamente la existencia de un registro.

Sobre la titularidad colectiva *en el caso de las comunidades nativas nuestro Tribunal Constitucional les reconoció una legitimación colectiva para interponer la demanda de amparo, advirtiendo que si bien la Constitución omite referirse a ella, el Código Procesal Constitucional sí lo hace estableciendo que el afectado ostenta tal legitimidad. Por tanto, la afectación a la comunidad en su buen nombre por ejemplo podría generar sentimientos de afectación, por ser parte del grupo social (universitates personarum) por ello corresponde reconocer, la legitimidad activa (sería caso por caso) a cualquiera de sus miembros en tanto se vean afectados.*

4.7. Derecho al ejercicio de funciones jurisdiccionales regulado en el artículo 149º de la Constitución

Una manifestación de la autonomía organizativa, económica y administrativa referida será la posibilidad de que estas comunidades puedan ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial siempre que no violen derechos fundamentales (artículo 1499^[27])

El artículo 149º de la Constitución reconoce un pluralismo jurídico¹nde tipo igualitario, debemos recordar que existen estos pluralismos jurídicos, donde los sistemas jurídicos diversos al de la cultura hegemónica tienen igual valor —es decir lo suyo vale tanto como lo mío y, los pluralismos jurídicos unitarios en los que el sistema jurídico diverso al "oficial" es aquel que prevalecerá sobre los otros— yo valoro lo suyo en la medida que sea parecido a lo mío.

[27] Exp N° 03343-2007-AA/TC

[28] Entendido como la situación en la que dos o más sistemas jurídicos coexisten (o, mejor dicho, colisionan, se contraponen y hasta compiten) en el mismo espacio social (véase ANTONIO PEÑA JUMPA: *La otra justicia. • a propósito del artículo 149º de la Constitución peruana.* En Desfatiendo Entuertos, Boletín N° 3-4, Octubre 1994, IPRECON, página 11

En el caso peruano la Corte Suprema de Justicia de la República a través del Acuerdo Plenario N° 1-2009/CJ-116 se ha pronunciado en relación a los derechos fundamentales que no pueden ser vulnerados en el ejercicio de la justicia en el *'fuero especial comunal'*. Dicho pronunciamiento responde a la presencia cada vez más frecuente de casos difíciles en los que el desconocimiento de los mecanismos de sanción utilizados por las rondas campesinas como el chicotazo, baño con agua helada, caminar descalzo, generaron que los ronderos fueran acusados por el Ministerio Público por la supuesta comisión de delitos contra el cuerpo y la salud.

En el precitado Acuerdo la Suprema reconoce al fuero especial comunal, en atención al mandato constitucional regulado e el artículo 149° de nuestra Ley base, y reconociendo la necesidad de entablar un diálogo con las Rondas campesinas a fin de poder establecer los mínimos jurídicos a ser respetados, es decir la justicia penal ordinaria entendió que no se puede jugar ajedrez con las reglas de damas chinas; por ejemplo en los andes de Cajamarca el que roba o hurta debe recibir chicotazos.

El pluralismo jurídico también nos invita a reflexionar en torno a que la cultura no es solo lo que vemos, por ejemplo en nuestro real existe una madre virgen, pero nos cuesta aceptar que existe una pachamma a la que le debemos todo aquello que poseemos para nuestra subsistencia. Retomando los mínimos jurídicos o como lo denominan la Corte Suprema Peruana en el citado Acuerdo¹²⁹¹ determinó que el núcleo esencial de los derechos fundamentales a considerarse son la vida, la dignidad humana, la prohibición de torturas, de penas y de tratos inhumanos, humillantes o degradantes, la prohibición de la

[29] (...) El segundo, el factor de congruencia, exige que la actuación de las Rondas Campesinas, basadas en su derecho consuetudinario, no vulnere el núcleo esencial de los derechos fundamentales —se trata de aquellos derechos fundamentales en los que existe suficiente consenso intercultural-, entendiendo por tales, como pauta general, los derechos fundamentales que no pueden derogarse ni siquiera en situaciones de máximo conflicto o estados de excepción. La premisa es que los derechos fundamentales vinculados a la actuación de las Rondas Campesinas y de sus integrantes, en este caso el derecho a la identidad étnica y cultural y el derecho colectivo al ejercicio de la jurisdicción especial, nunca se reconocen de manera absoluta, y que existen otros derechos individuales y colectivos con los cuales deben ponderarse los derechos fundamentales antes citados [RENÉ PAUL AMRY: *Defensa cultural y pueblos indígenas: propuestas para la actualización del debate*. En: Anuario de Derecho Penal 2006, página 95]-. Entre los derechos fundamentales de primer orden, inderogables, es de citar, enunciativamente, la vida, la dignidad humana, la prohibición de torturas, de penas y de tratos inhumanos, humillantes o degradantes, la prohibición de la esclavitud y de la servidumbre, la legalidad del proceso, de los delitos y de las penas —bajo la noción básica de „previsibilidad“ para evitar vulnerar el derecho a la autonomía cultural (Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia T-349, del 8 de agosto de 1996)-. Estos derechos, en todo caso, han de ser interpretados, desde luego, de forma tal que permitan comprender, en su significado, las concepciones culturales propias de las Rondas Campesinas en donde operan y tienen vigencia.

esclavitud y de la servidumbre, la legalidad del proceso, de los delitos y de las penas —bajo la noción básica de "previsibilidad" para evitar vulnerar el derecho a la autonomía cultural.

Sin embargo, restan situaciones aun por definir, pensemos en la división de competencias por materias, esto es, que delitos serán sancionados por el *fuero especial comunal* y cuales por la justicia penal ordinaria. Una situación particular de relevancia se presenta en la Selva Peruana, donde algunas comunidades nativas sancionan con la muerte a los miembros acusados de practicar *la brujería*. Aquí surgen algunas interrogantes; ¿resulta posible aceptar que en pro del pluralismo jurídico reconocido en el artículo 149° de la Constitución el Estado Peruano admita una nueva situación de aplicación de la pena de muerte?. Es más pensemos, en aquella situación donde algunos miembros de determinada comunidad en ejercicio de su derecho individual a la libertad religiosa deciden convertirse al evangelismo, el cual manda que abonen un diezmo mensual, que sean propietarios de sus tierras y que no realicen labores comunales los días sábados. Situaciones que son advertidas por las autoridades de su comunidad, los que deciden imponerles una sanción (chicotazos, baños de agua fría, etc); la misma que es cuestionada por los conversos ante autoridades nacionales. Aquí son varias las interrogantes a ser atendidas, que debe prevalecer el ejercicio del derecho a la libertad religiosa de algunos miembros de una comunidad o el derecho a la comunidad de practicar en su jurisdicción la religión que sea acorde con sus instituciones sociales, organizativas, etc.

Otro aspecto relevante para el pluralismo jurídico reconocido en nuestro ordenamiento tiene que ver con establecer la institución que determinara ¿quiénes son autoridades indígenas?. En algunas comunidades campesinas como la de Cañaris la máxima autoridad es la asamblea.

4.8. El derecho a la libre Autodeterminación

El Tribunal Constitucional sostiene^[30] que en nuestro ordenamiento se encuentra reconocido el derecho de la libre autodeterminación de los pueblos indígenas. Tal autodeterminación, sin embargo, no debe ser confundida con pretensiones autárquicas, separatistas o antisistémicas, puesto que deben considerarse juntamente con el principio de unidad de gobierno e integridad territorial del Estado (artículos 43° y 54° de la Constitución).

Conceptualiza el Tribunal que la libre autodeterminación *es la capacidad pueblos indígenas de organizarse de manera autónoma, sin intervenciones de índole política o económica por parte de terceros, y la facultad de aplicar su derecho consuetudinario a fin de resolver los conflictos sociales surgidos*

[30] Exp. 03343-2007-AA denominado Cordillera Escalera.

al interior de la comunidad, siempre que en el ejercicio de tal función no se vulneren derechos fundamentales de terceros, de los cuales el Estado es garante, por ser guardián del interés general y, en particular, de los derechos fundamentales. Establece el Tribunal que la *libre determinación*, juntamente con la concepción que los pueblos indígenas tienen sobre la tierra, sirve de base para la configuración y sustento del derecho a la consulta previa.

4.9. El derecho a la consulta Previa

La consulta previa en términos del Tribunal Constitucional es una concretización del artículo 2° inciso 17) de la Constitución^[31], y se encuentra explícitamente recogido en los artículos 6 y 7 del Convenio N.° 169. El artículo 6, literal a), indica que cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectar directamente a los pueblos indígenas, el Gobierno tendrá que consultar previamente y mediante los procedimientos apropiados e instituciones representativas. Tales consultas deberán efectuarse de buena fe y de forma apropiada a las circunstancias del caso, con la finalidad de llegar a un acuerdo y lograr el consentimiento de las medidas propuestas.

El Tribunal Recuerda que el artículo 7° del Convenio N° 169 expone que los pueblos indígenas tienen derecho a decidir sobre sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, debiendo participar en la formulación, "aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente". El Tribunal reitera^[32] el valor constitucional del derecho a la consulta de los pueblos indígenas. Ya sea como una concretización del derecho a la participación, reconocido en el artículo 2° inciso 17) de la Constitución [STC 3343-2007-PA/TC], o ya en su condición de un derecho fundamental específico, derivado de su reconocimiento en un tratado con rango constitucional, como el Convenio 169° de la OIT [STC 6316-2008-PA/TC y STC 5427-2009-PC/TC].

Estableció¹ que el derecho a la consulta tiene un ámbito protegido. El que se encuentra constituido por una serie de posiciones iusfundamentales, entre las cuales el Tribunal Constitucional ha identificado:

(a) el derecho colectivo a ser consultados ante medidas estatales que afecten directamente sus derechos e intereses grupales. En particular, los que estén vinculados con su existencia física, identidad cultural, calidad de vida o desarrollo colectivo;

[31] EXP 3343-2007-PA/TC

[32] **Exp. 00025-2009-PI** publicado el 17 de marzo de 2011

[33] Exp 0022-2009-PI/TC, FJ. N° 37]:

(b) el derecho a que la consulta se realice de manera previa y bajo la observancia de los principios de buena fe, flexibilidad, transparencia, respeto e interculturalidad; y

(c) el derecho a que se cumplan los acuerdos arribados en el proceso de consulta, encontrándose excluido de este programa normativo del derecho a la consulta, lo que coloquialmente se ha venido en denominar "derecho al veto".

V. CONCLUSIONES

1. Los diversos conflictos sociales que operan tanto a nivel del Estado como de las empresas extractivas y las minorías culturales, nacionales, étnicas, lingüísticas, tienen como punto de partida en común el reconocimiento de la diversidad, la cual es reclamada por diversos grupos, reivindicando que la misma es relevante a fin de desarrollar sus proyectos de vida, materializando de esta forma el derecho humano a la vida.
2. En este contexto surge la noción de multiculturalismo, concepto de las ciencias sociales que ha sido estudiado desde diversas perspectivas. De forma análoga, también se ha acuñado el concepto de pluralismo, el cual ostenta sus propios principios, e implica que se aceptan las diferencias, no busca eliminarlas, teniendo como meta la integración.
3. Recientemente se ha venido proponiendo que para el caso latinoamericano y sobre todo peruano, es más propicio emplear el término interculturalidad cuando se aborden temas sobre los derechos de las comunidades campesinas y comunidades amazónicas. Este concepto involucra no sólo el reconocimiento a las diferencias (multiculturalismo), sino que adicionalmente se mantiene el objetivo de seguir integrados (pluralismo), pero dicha integración debe ser dialogada; esto es, debe darse espacio al reconocimiento mutuo y al aprendizaje recíproco (culturas diferentes a la mayoritariamente presente en la sociedad).
5. En Sudamérica, los reclamos de reconocimiento de la diversidad cultural, étnica, etc., son ubicuos en las minorías indígenas y pueblos autóctonos. Debido a ello es relevante señalar que el corpus de derechos que le es inherente a dichos pueblos ha quedado establecido, y tiene fuerza vinculante a partir de la ratificación del Convenio N°169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, en 1989, así como en las constituciones políticas de los países de la región promulgadas en la década de los noventa en adelante. El contenido esencial de los derechos se ha enriquecido y desarrollado con la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

- y la Declaración de Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas de 2007.
6. Los derechos fundamentales son, sin duda alguna, la base del Estado constitucional. Es deber del Estado asumir una posición de fomento y respeto a la multiculturalidad, que tenga en el diálogo intercultural su principal pauta metodológica al momento de establecer políticas públicas. Ello no está exento de dificultades, como desarrollar los derechos de los pueblos indígenas: consulta previa, autodeterminación, ejercicio de justicia comunitaria por citar algunos, los cuales tienen un carácter colectivo, lo que colisiona con la dogmática limitada de los atributos de ejercicio individual, por lo que es impostergable una propuesta de replanteamiento de los derechos fundamentales, procurando que se respeten estos derechos colectivos.
 7. Los problemas que se afrontan bajo estas condiciones pueden resumirse en las siguientes interrogantes: ¿quién es titular del corpus de derechos reconocido en el Convenio 169 de la OIT? y ¿cómo resolver la tensión entre el universalismo de los derechos fundamentales con el multiculturalismo?

Bibliografía

Ardito Vega, Wilfredo: *Derechos colectivos de los pueblos indígenas: El caso peruano*. 2ª edición. Cuzco: CEBEM, IEE, CBC, APRODEH, 2010.

Boyen, Theodor C. van: "Criterios distintivos de los derechos humanos", en VV.AA., *Ensayos sobre derechos humanos. "Las dimensiones Internacionales de los Derechos Humanos"*, Karel Vasak (editor), vol. I, Comisión Andina de Juristas, Lima, 1990.

Fernández Rodríguez, José Julio y Jacqueline Arguello Lemus: "Aspectos constitucionales de multiculturalismo en América Latina: el caso de los pueblos indígenas", en: Revista *Pensamiento Constitucional*, Año XVI, N° 16, Lima, febrero 2012.

García Belaunde, Domingo: "Bases para la Historia Constitucional del Perú", en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. Nueva serie, año XXXIII, núm 98, mayo —agosto, México: 2000

Gutiérrez, Ignacio: *Derecho Constitucional para la Sociedad Multicultural*, Trotta, Madrid, 2007.

Jiménez, Pablo: "El Amparo Colectivo", en: AA.VV., *Derecho Procesal Constitucional*, Pablo Luis Manili (Coordinador), Editorial Universidad, S.R.L., Buenos Aires, 2005.

Maiorano, Jorge L.: "Amparo colectivo, legitimación del defensor del pueblo", en VV.AA., *Derecho Procesal Constitucional*, Mario Masciotra (Director) y Enrique

- Antonio Carelli (Coordinador), AD-HOC S.R.L, Buenos Aires, 2006.
- Parekh Bhikhu: *Repensando el Multiculturalismo- Diversidad Multicultural y Teoría Política*, Madrid, Istmo 2005.
- Pareja Paz Soldán, José, *Derecho constitucional peruano y la Constitución de 1979*, Tercera Edición, Lima: 1984, pág. 534.
- Peña Jumpa, Antonio: *Multiculturalidad y Constitución: El caso de la Justicia Comunal Aguaruna en el Alto Marañón*. Lima, Centro de Estudios Constitucionales del Tribunal Constitucional, 2009.
- Pérez Lurio, Antonio-Enrique: *Trayectorias contemporáneas de la Filosofía y la Teoría del Derecho*, 4a. edición, Palestra Editores S.A.C., Lima, 2005.
- Primeras Jornadas de Docentes de Derecho Constitucional, organizado por el Tribunal Constitucional y la Academia de la Magistratura Constitucional, celebrado del 20 al 22 de agosto 2012, ponencia del Dr. Rolando Luque Mogrovejo, adjunto para la prevención de conflictos y la gobernabilidad de la Defensoría del Pueblo sobre Multiculturalismo y Constitución.
- Real Academia Española. *Diccionario de la Lengua Española*, Vigésima Segunda Edición, Lima: Publicada por *El Comercio* en 2005.
- Robert Alexy: *Tres Escritos sobre derechos fundamentales*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003.
- Sartori, Giovanni: *La Sociedad Multiétnica (Pluralismo, multiculturalismo y extranjeros)*, traducción del italiano de Miguel Ángel Ruiz de Azúa. Santa Fe de Bogotá, Editorial Grupo Santillana, 2001.
- Vasak, Karel: "Los derechos humanos como realidad legal", en: VV.AA., *Ensayos sobre derechos humanos. "Las dimensiones Internacionales de los Derechos Humanos"*, Karel Vasak (editor), Vol. I, Comisión Andina de Juristas, Lima, 1990.
- Tubino Fidel y otros: "Introducción al V Congreso latinoamericano de educación intercultural bilingüe", en AA.VV.: *Actas del V Congreso latinoamericano de educación intercultural bilingüe*, Roberto Zariquiey (edit). Lima: Ministerio de Educación, 2003.
- Yrigoyen Fajardo, Raquel: *De la tutela a los derechos de libre determinación del desarrollo, participación, consulta y consentimiento*, Instituto Internacional de Derecho y Sociedad-IIDS, Lima,
- Will Kymilicka: *Ciudadanía multicultural*, Barcelona, Editorial Paidós, 1996.

Jurisprudencia constitucional

- Exp. 0872-1999-AA
- Exp. 4232-2004-AA
- Exp. 0042-2004-A1 Toros
- Exp. 0020-2005-PI y 0021-2005-1 hoja de coca
- Exp. 4719-2007-HC Derechos lingüísticos
- Exp. 4611-2007-AA
- Exp. 3343-2007-AA
- Exp. 6316-2008-AA
- Exp. 0006-2008-PI
- Exp. 0022-2009-PI
- Exp. 0023-2009-PI
- Exp. 0025-2009-PI
- Exp. 0028-2009-AI
- Exp. 5427-2009-PC