

EXP. N.º 0022-2009-PI/TC  
LIMA  
GONZALO TUANAMA TUANAMA  
Y MÁS DE 5000 CIUDADANOS

## SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 09 días del mes de junio de 2010, el Tribunal Constitucional en sesión de Pleno Jurisdiccional, con la asistencia de los magistrados Mesía Ramírez, Beaumont Callirgos, Vergara Gotelli, Landa Arroyo, Calle Hayen, Eto Cruz y Álvarez Miranda, pronuncia la siguiente sentencia con los fundamentos de voto de los magistrados Vergara Gotelli y Landa Arroyo, que se agregan.

### ASUNTO

Demanda de Inconstitucionalidad interpuesta por Gonzalo Tuanama Tuanama, en representación de más de 5000 ciudadanos contra el Decreto Legislativo N.º 1089.

### DEMANDA Y CONTESTACIÓN

#### **a) Demanda contra el Decreto Legislativo N.º 1089, que regula el Régimen Temporal Extraordinario de Formalización y Titulación de Predios Rurales**

Con fecha 01 de julio de 2009, se interpone demanda de inconstitucionalidad contra el Decreto Legislativo N.º 1089, que regula el Régimen Temporal Extraordinario de Formalización y Titulación de Predios Rurales, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 28 de junio de 2008.

- Los demandantes refieren que “sin entrar al fondo del contenido de la norma”, ésta fue promulgada sin efectuar ninguna consulta previa e informada a los pueblos indígenas, tal como lo ordena el Convenio 169 de la Organización Internacional de Trabajo (OIT), afectándose con ello los derechos fundamentales de los pueblos indígenas, como el derecho a la consulta previa y el derecho colectivo al territorio ancestral, establecidos en los artículos 6, 15, 17 del mencionado convenio. De igual forma, expresan que no se tomaron en cuenta los artículos 19, 30 y 32 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (DNUDPI) aprobado por la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas.
- Alegan que con dicha norma se afectan otros derechos establecidos en el Convenio N.º 169, como el derecho sobre las tierras de los pueblos indígenas (artículos 13 al 19), en el considerando que no se tomaron en cuenta medidas que garanticen la protección de sus derechos de propiedad y posesión. Refieren que se afecta también el derecho a la libre determinación de las comunidades nativas, previsto en el artículo 17 del Convenio, que declara el respeto de sus formas tradicionales de transmisión de sus territorios. Por último, alegan que se estaría vulnerando lo previsto en el artículo 19 del Convenio en cuanto se afecta el derecho al desarrollo de políticas agrarias adecuadas para los pueblos indígenas.
- Expresan que este decreto legislativo “es de espíritu inconstitucional”, ya que tiene el evidente propósito de derogar el Decreto Ley N.º 22175 y su reglamento, el Decreto Supremo 003-79-AA, dejando vigente el Decreto Legislativo N.º 667, Ley de Registro de Predios Rurales.
- Alegan además que al no haberse respetado el derecho de consulta de los pueblos indígenas se ha contravenido el artículo 118, inciso 1 de la Constitución, que obliga al Presidente de la República a cumplir y hacer cumplir la Constitución y los tratados, leyes y demás disposiciones legales.
- Estiman, a manera de precisión, que el Decreto Legislativo ha sido promulgado en virtud de la Ley N.º 29157, que otorgó al Ejecutivo la “Facultad de legislar sobre diversas materias relacionadas con la

implementación del acuerdo de promoción comercial Perú- Estados Unidos, y con el apoyo a la competitividad económica para su aprovechamiento”.

- Finalmente, en la sección IV de la demanda (Existencia y alcances de la infracción inconstitucional), alegan que el Decreto Legislativo N.º 1089, vulnera lo previsto en el artículo 6 inciso 1 a) y 2 del Convenio N.º 169 de la OIT (derecho al consentimiento previo, libre e informado), así como el artículo 19 de la DNUDPI. Además, sugieren que ello es una interpretación restrictiva del derecho de propiedad y posesión de los pueblos indígenas contraviniendo los artículos 13 y 14 del Convenio N.º 169, así como los artículos 70 y 88 de la Constitución.

## **b) Contestación de la demanda**

Con fecha 19 de octubre de 2009, el Ejecutivo, a través del Procurador Público de la Presidencia del Consejo de Ministros contesta la demanda alegando lo siguiente:

- Explica que mediante el Decreto Legislativo N.º 1089 se ha dado un marco normativo para simplificar y optimizar los procedimientos de formalización de propiedad rural, generando condiciones idóneas para que los agricultores obtenga la titularidad sobre sus terrenos. Con el saneamiento de la propiedad y la titulación de predios rurales y su acceso a la formalidad del registro inmobiliario se otorga seguridad jurídica sobre la tenencia de la tierra.
- Expresa que el Decreto Legislativo N.º 1089, no ha excedido el marco delegado por la Ley N.º 29157, ya que este versa sobre materias específicamente delegadas por dicha Ley autoritativa, puesto que está dirigido a la mejora del marco regulatorio y a la promoción de la inversión privada y la mejora de la competitividad de la producción agropecuaria, con la finalidad de mejorar la competitividad económica para aprovechar el acuerdo de Promoción Comercial Perú–Estados Unidos.
- De otro lado argumenta que con el Decreto Legislativo no se está derogando la Ley N.º 22175, de Comunidades Nativas y Desarrollo Agrario de la Selva y Ceja de Selva, máxime si es que el decreto legislativo es de carácter temporal y que no se ha pretendido legislar sobre derechos fundamentales de los pueblos indígenas.
- Subraya por su parte, que la DNUDPI no ha sido ratificada por el Estado peruano por lo tanto no forma parte de nuestro ordenamiento al no haber sido ratificado, careciendo de efectos vinculantes al Estado peruano.
- Alude además, que el Convenio N.º 169 de la OIT no es aplicable puesto que la población peruana es predominantemente mestiza. Las comunidades campesinas que en su origen fueron ancestrales –indígenas-, con el “desarrollo de la civilización ahora son mestizas, tal es el caso de las comunidades campesinas de la costa y de los valles interandinos de la sierra” (sic). En tal sentido, alegan que “darle la condición de pueblos indígenas a esas comunidades sería discutible, puesto que ellas indudablemente forman parte del sector mestizo prevaleciente en la sociedad peruana.” Sería arbitrario así, explica, que se considere a todas las comunidades como pueblos indígenas. Por tal motivo, resulta necesario una ley a fin de que se dicten los requisitos, condiciones y características que debería considerarse propios de los pueblos indígenas.
- Expresa adicionalmente que no se puede establecer la inconstitucionalidad del Decreto Legislativo N.º 1089, ni de ninguna otra norma legal con rango de ley por no haberse efectuado la consulta previa a los pueblos indígenas, por cuanto no existe una norma que establezca cuáles son los pueblos indígenas en nuestro país, qué temas han de ser consultados y bajo que procedimiento se producirá la consulta.
- Finalmente, expresa que el ámbito de aplicación del Decreto Legislativo N.º 1089 es una medida de alcance general y “no vincula expresamente de manera directa a las comunidades campesinas”. Agrega que el decreto legislativo es de carácter temporal, de lo que se debe concluir que la no realización de la consulta no implica la inconstitucionalidad de la norma.

## FUNDAMENTOS

1. Como se aprecia de la demanda de inconstitucionalidad interpuesta, los actores sostienen que la normativa cuestionada es inconstitucional debido a que fue aprobada sin que se haya realizado una consulta previa e informada a los pueblos indígenas, tal como lo estipula el Convenio N.º 169 de la OIT y los artículos 19, 30 y 32 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (DNUDPI). Por tal motivo, a fin de resolver el caso, resulta necesario revisar algunos aspectos o elementos propios de los pueblos indígenas, así como las obligaciones establecidas en su favor por los tratados o por declaraciones internacionales.
2. Si bien en la demanda planteada se alega que los cuestionamientos contra las normas son efectuadas “sin entrar al fondo del contenido de la norma”, a lo largo de la demanda existen otros argumentos que al parecer estarían cuestionando aspectos de índole material del decreto legislativo. No obstante ello, y en virtud de lo solicitado expresamente por los demandantes este Tribunal se remitirá a emitir pronunciamiento sobre la supuesta omisión del proceso de consulta.

### § I. El Estado peruano como un Estado pluricultural y pluriétnico

3. Del artículo 2, inciso 2, de la Constitución, se infiere un reconocimiento de la *tolerancia a la diversidad* como valor inherente al texto constitucional, lo que debe comprenderse, a su vez, como una aspiración de la sociedad peruana. En tal sentido, los individuos no pueden ser arbitrariamente diferenciados perjudicándoseles por motivos basados, entre otros, por su opinión, religión o idioma. Así, toda fuerza homogeneizadora que no respete o que amenace las singularidades de las personas identificables bajo algún criterio de relevancia constitucional debe ser erradicada. Con ello se pretende construir una unidad sobre la base de la diversidad, contemplando el derecho a la igualdad como protector de diferentes manifestaciones de la personalidad del ser humano. Es por ello que la Constitución, erigida sobre el reconocimiento de la dignidad de la persona, del que emanan los principios de libertad, igualdad y solidaridad, debe ser concebida desde una concepción pluralista que tutele las diferentes formas de percibir y actuar en la realidad. Así, en la STC 0042-2004-AI/TC, este Tribunal ha dicho que “la Constitución de 1993 ha reconocido a la persona humana como miembro de un Estado multicultural y poliétnico; de ahí que no desconozca la existencia de pueblos y culturas originarios y ancestrales del Perú” [fund. 1]. Pero no solo no desconoce, sino que la Constitución obliga a su tutela y protección. Así, lo específico y complejo de la protección de los grupos minoritarios étnicos ha significado que se planteen medidas constitucionales específicas para su defensa.
4. En esta línea, debe subrayarse el artículo 2, inciso 19, de la Constitución, que establece del derecho a la identidad étnica y cultural, el artículo 89 que establece que además del castellano, también son idiomas oficiales el quechua, el aimara y las demás lenguas aborígenes en las zonas donde predominen. Por su parte, el artículo 89, 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. A su vez, el artículo 149, permite que las comunidades nativas y campesinas puedan aplicar su derecho consuetudinario, ejercitando funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito de territorial, siempre que no vulneren derechos fundamentales. De otro lado, se ha determinado que las tierras de las comunidades no son materia de prescripción, salvo que sean abandonadas. Y si bien se reconoce el respeto de la diversidad y el pluralismo cultural, ello se efectuará siempre que se materialicen “dentro del marco de respeto a los derechos fundamentales, los principios constitucionales y los valores superiores que la Constitución incorpora, tales como la dignidad de la persona humana (artículo 1 de la Constitución), la forma democrática de Gobierno (artículo 43) y la economía social de mercado (artículo 58)”. Es relevante mencionar también que el artículo 191 de la Constitución prescribe que la ley establecerá porcentajes mínimos para hacer accesible la representación de género, comunidades campesinas y nativas, y pueblos originarios en los Consejos Regionales y Concejos Municipales. Con ello, los pueblos indígenas -término utilizado en el Derecho internacional- han sido

proveídos con herramientas legales que buscan proteger su existencia y su cosmovisión (*Weltanschauung*).

## § II. Derecho a la identidad

5. Sobre el *derecho a la identidad étnica*, es pertinente precisar que de acuerdo a lo expresado por este Tribunal Constitucional, el derecho a la identidad étnica es una especie del derecho a la identidad cultural (sentencia del Expediente 0006-2008-PI/TC, fundamento 21). Aquel consiste en la facultad que tiene la persona que pertenece a un grupo étnico determinado de ser respetada en las costumbres y tradiciones propias de la etnia a la cual pertenece, evitándose con ello que desaparezca la singularidad de tal grupo. Esto es, el *derecho de la etnia a existir*, de conformidad con la herencia de los valores de sus ancestros y bajo símbolos e instituciones que diferencian a tal comunidad de las demás. Asimismo, el reconocimiento de tal derecho “supone que el Estado social y democrático de Derecho está en la obligación de respetar, reafirmar y promover aquellas costumbres y manifestaciones culturales que forman parte de esa diversidad y pluralismo cultural [...]” (HÄBERLE, Peter. *Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura*. Tecnos, Madrid; 2000, p. 34). En la STC 03343-2007-PA/TC, este Tribunal recogió lo expuesto en la Resolución Ministerial N.º 159-2000-PROMUDEH, que enumera una serie de manifestaciones de tal derecho. Así, se reconoce que el derecho a la identidad étnica es:

“el conjunto de valores, creencias, instituciones y estilos de vida que identifican a un Pueblo Indígena, Comunidad Campesina o Comunidad Nativa” y que tal derecho comprende: “a. El derecho a decidir sobre su propio desarrollo. b. El respeto a sus formas de organización. c. El derecho a ser escuchados y consultados en forma previa a toda acción o medida que se adopte y que pueda afectarles. d. El derecho a participar en la formulación, diseño, ejecución, monitoreo y evaluación de los planes, programas y proyectos de desarrollo nacional, regional o local que pueda afectarles. [...]” (subrayado agregado).

## § III. Sobre la aplicabilidad de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (DUNDPI)

6. Los demandantes han hecho una referencia directa al DUNDPI, alegando que no se han cumplido una serie mandatos contenidos en dicha declaración. De otro lado, el Ejecutivo alega que tal declaración no es aplicable en nuestro ordenamiento, puesto que no ha sido ratificada por el Estado peruano, por consiguiente, no sería aplicable al presente caso. Esta discusión hace necesario que el Tribunal Constitucional, determine cual de las soluciones propuestas es la constitucionalmente legítima.
7. Acerca de la DUNDPI, debe tenerse en cuenta que la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas aprobó “La Declaración de Derechos de los Pueblos Indígenas” con fecha 13 de septiembre de 2007, cuyo texto fue adoptado con 143 votos a favor, 4 en contra y 11 abstenciones. Dicho documento, consta de 46 artículos los cuáles establecen principios jurídicos sobre los pueblos indígenas. Se trata de un instrumento de derecho internacional, debiendo considerarse de igual modo que se trata de una declaración y no de un tratado, por lo que no cabe la ratificación. No obstante ello, debe explicarse que las declaraciones representan un amplio acuerdo y consenso de la comunidad internacional. En efecto, al ser el fruto de negociaciones y aceptación por la mayoría de la Asamblea General de las Naciones Unidas, conllevan una fuerza moral, además de una evidente orientación de la comunidad internacional hacia el respeto y la tutela de los pueblos indígenas, al plantear un contenido de los derechos humanos en el contexto de los pueblos indígenas.
8. El contenido de la declaración no es de vinculación obligatoria, lo que no implica que no tenga ningún efecto jurídico. Las declaraciones representan aquellas metas y objetivos a los que la comunidad internacional se impone. Son lo que en el derecho internacional se conoce como *soft law*, esto es, una guía que sin dejar de tener un efecto jurídico, no termina por vincular obligatoriamente a los Estado, representando su contenido un código de conducta sin que sean legalmente vinculantes.

En tal sentido, la DNUDPI, será considerada por este Tribunal en su calidad de norma de carácter de *soft law*, sin que se genere una obligación convencional por parte del Estado peruano.

#### **§ IV. Sobre la aplicabilidad del Convenio N.º 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT)**

9. En el caso del Convenio N.º 169 de la OIT, la situación es distinta. Como ya ha sido desarrollado por el Tribunal Constitucional en la STC 03343-2007-PA/TC [fundamento 31], tal convenio forma parte de nuestro ordenamiento jurídico, por lo tanto, como cualquier otra norma debe ser acatada. De otro lado, los “tratados internacionales sobre derechos humanos no sólo conforman nuestro ordenamiento sino que, además, ostentan rango constitucional” [STC N.º 0025-2005-PI/TC, Fundamento 33]”. Por consiguiente, en virtud del artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, el tratado internacional viene a complementar -normativa e interpretativamente- las cláusulas constitucionales sobre pueblos indígenas que, a su vez, concretizan los derechos fundamentales y las garantías institucionales de los pueblos indígenas y sus integrantes.

#### **§ V. Argumentos esbozados por el Ejecutivo sobre la aplicabilidad del Convenio N.º 169 de la OIT**

10. El representante del Ejecutivo ha argumentado que el Convenio N.º 169 no es aplicable puesto que la mayoría de la población peruana es mestiza. Se confunde con ello el reconocimiento de cierto sector de la sociedad como Pueblo Indígena y de otro lado la vigencia del Convenio N.º 169. Como se acaba de expresar el referido tratado internacional forma parte del ordenamiento, teniendo sus mandatos rango constitucional. Aspecto distinto será el de su aplicación, esto es, determinar quiénes son los sujetos pasibles de reclamar los derechos reconocido en el tratado. El artículo 1 del citado convenio explica que el ámbito de aplicación será el referido a los Pueblos Indígenas, los cuales son definidos como aquellos que descienden de poblaciones que habitaban el país o región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o colonización o del establecimiento de las fronteras estatales, que conservan sus propias costumbres instituciones sociales, económicas, culturales y políticas o parte de ellas. Este tipo de datos se tendrán que determinar en cada caso en concreto, lo que no significa que el convenio no forme parte del ordenamiento jurídico nacional. Por el contrario, debe afirmarse sin lugar a dudas que la normativa del Convenio N.º 169, forma parte del parámetro constitucional, por lo que si una norma de rango inferior la contraviene esta tendría que ser declarada inconstitucional. En consecuencia, argumentaciones como las planteadas por el Ejecutivo, deben ser desestimadas.
11. De otro lado, se ha argumentado también que el Convenio N.º 169 no ha sido reglamentado, por lo que no podría ser aplicado. El planteamiento subyacente a este argumento esgrime que el referido Convenio sería una norma programática, no pudiendo ser aplicada sin que previamente exista una regulación domestica que la desarrolle. Al respecto, este planteamiento puede ser cuestionado desde dos diferentes perspectivas. En primer lugar, asumiendo como lo alega el Ejecutivo que se trata de una norma programática, debe tenerse presente que el Convenio fue suscrito por el Estado peruano en 1994, entrando en vigencia el 1995. Es decir, a la fecha han transcurrido más de 15 años de su entrada en vigencia, tiempo suficiente para su regulación, lo que no ocurrió por exclusiva responsabilidad del Estado. Esta argumentación no hace sino poner en evidencia una omisión por parte del Estado, debiendo por ello ser desestimada. En todo caso, este Tribunal no soslaya que con fecha 19 de mayo de 2010 el Congreso ha aprobado la *Ley sobre el Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios reconocidos en el Convenio N.º 169 de la OIT*, lo que importa un avance importante en la tutela del derecho de consulta.
12. En segundo lugar, no es un argumento constitucionalmente válido excusar la aplicación de derechos fundamentales debido a una ausencia de regulación legal o infra legal. Ello sería dejar en manos de la discrecionalidad estatal el cumplimiento de los derechos fundamentales, posición que riñe con el Estado Constitucional del Derecho en la que la Constitución vincula a toda la sociedad, incluyendo a los órganos constitucionales o a los llamados Poderes de Estado. Desde esta perspectiva, la

naturaleza programática o aplicativa no tienen mayor incidencia puesto que lo concreto es que debido a una omisión normativa se deniega el ejercicio de una serie de derechos fundamentales a un sector de la sociedad. Más aun, en el caso de compromisos internacionales, deben tenerse presente los artículos 26 y 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. El primero de ellos establece que: “Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe.” Mientras que el segundo indica que; “Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado.” Si bien en este caso no se está justificando el incumplimiento del Convenio N.º 169 en base a una disposición de derecho interno, se pretende justificarlo en base a una omisión, situación que bien puede interpretarse subsumida en el mandato del artículo 27 de la convención mencionada.

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

## § VI. El Derecho de consulta como diálogo intercultural

14. Con el Convenio N.º 169 de la OIT se pretende erradicar modelos de desarrollo que pretendían la asimilación de los pueblos indígenas a la cultura dominante. Con ello no se pretende situar a los pueblos indígenas en una posición de superioridad frente al resto de la población, sino, que los pueblos indígenas se vean beneficiados efectivamente **con los derechos fundamentales que han sido reivindicados en favor del grueso de la sociedad**. En efecto, los pueblos indígenas han existido desde antes de la aparición del Estado peruano, sin embargo, su presencia no ha significado su visibilidad o inclusión efectiva en las políticas de desarrollo. Debe de tenerse presente entonces el olvido histórico que estas poblaciones han padecido a fin de poder comprender no solo a los pueblos indígenas en sí, sino también a la normativa elaborada a fin de tutelar su particular realidad sociológica, cultural, política y económica. Así, la protección otorgada por el convenio se centra en elementos necesarios e indispensables para la conservación y garantía de la existencia de los pueblos indígenas, sin perjuicio de su desarrollo y voluntaria participación en la economía global. Ejemplo de ello será la regulación relativa a las tierras, el reconocimiento y respeto de su identidad y la procura de niveles superiores de educación, salud y calidad de vida.

15. Otro ejemplo será el derecho de consulta previa e informada establecido en el artículo 6 del Convenio N.º 169 de la OIT, que es una de las herramientas más importantes que tienen los pueblos indígenas. Es en realidad una verdadera garantía jurídica que permite en muchos sentidos tutelar a los intereses de los pueblos indígenas. En dicha disposición se indica lo siguiente:

“1. Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán:

a) consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus **instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente;** [...].

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

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

“En caso de que pertenezcan al Estado la propiedad de los minerales o de los recursos del subsuelo, o tenga derechos sobre otros recursos existentes en las tierras, **los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados, y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras.** Los pueblos interesados deberán participar siempre que sea posible en los beneficios que reporten tales actividades, y percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades” (énfasis agregado).

17. El mandato establecido en el artículo 6 es uno de carácter general que pretende propiciar y materializar el diálogo intercultural en todos los diferentes estratos de intervención estatal sobre la situación jurídica de los pueblos indígenas. Dentro de ciertos ámbitos este mandato se refuerza con referencias específicas, por ejemplo, en el caso del ya referido artículo 15, pero también con el artículo 22 (tercer párrafo) y el 28, referidos estos últimos a la formación profesional y a temas educativos.
18. Por medio de tales medidas lo que se pretende es una **reivindicación en clave de inclusión** de los pueblos indígenas. Como ya se ha expresado antes, la historia de los pueblos indígenas en nuestro país, y en otras latitudes, ha estado marcada por la exclusión. Siendo grupos minoritarios, en diversas ocasiones han sido ignorados y violentados por traficantes informales, industriales sin escrúpulos y por el propio Estado. En tal sentido, con el reconocimiento de su identidad, la inclusión pretende la integración de los pueblos indígenas de una manera más justa, respetando la singularidad de su manera de expresar y demostrar su ciudadanía. Esta pretensión no se enmarca dentro de perspectivas de desintegración de lo desigual o atomización, sino más bien de la integración de lo pluricultural. Así, reconociendo la herencia cultural de los pueblos indígenas, el convenio pretende que estos puedan desarrollarse no solo como miembros de un pueblo indígena sino también como miembros de la nación peruana. En suma, el diálogo intercultural que es exigido por este convenio es el elemento que atraviesa dicho cuerpo normativo, persiguiendo con ello ya no la subordinación de una identidad dentro de otra, sino el respeto de las diversas manifestaciones culturales.

## § VII. Medidas susceptibles de afectar directamente a los pueblos indígenas

19. El artículo 6 del Convenio obliga a que se proceda a la consulta de los pueblos indígenas cuando, al *aplicar las disposiciones* del convenio, se prevean medidas legislativas y administrativas *susceptibles de afectarles directamente*. Y si bien en el caso de las resoluciones administrativas la tarea de identificar la medida administrativa que puede afectar directamente a un pueblo indígena no resulta tan compleja -debido a la característica de particularidad que por lo general tienen los actos administrativos-, frente a medidas legislativas la tarea resulta sumamente complicada. Puede resultar bastante sencillo determinar que una norma como la Ley de la Inversión Privada en el Desarrollo de las Actividades Económicas en las Tierras del Territorio Nacional y de las Comunidades Campesinas y Nativas (Ley N.º 26505), es susceptible de afectar directamente a los pueblos indígenas, ya que implica cambios relevantes y directos en la situación jurídica de éstos. Sin embargo, existen otro tipo de normas cuyo análisis no resulta tan sencillo.
20. En efecto, una ley de alcance general que pretende regular la conducta de todos los ciudadanos peruanos, y no particularmente la conducta de los miembros de los pueblos indígenas no implicaría una afectación directa a estos. Si bien, podría generar una modificación en la situación jurídica de los pueblos indígenas esto sería como consecuencia o efecto indirecto de la norma. Por ejemplo, la emisión de un Código Civil o un Código Procesal Penal si bien puede llegar a afectar a los pueblos indígenas, en principio, debe considerarse que se trata de normas que solo provocarían una afectación indirecta, por consiguiente, estarían eximidas del proceso de consulta a los pueblos indígenas.
21. En este contexto pueden observarse tres tipos de medidas legislativas, aquellas dirigidas exclusivamente a regular aspectos relevantes de los pueblos indígenas, en donde la consulta será

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

22. En el caso de autos se está cuestionando un decreto legislativo que en principio contiene normas de alcance general, esto es, que no es posible identificar a las personas naturales o jurídicas específicas que deben obedecerlas, o aquellas en cuyo beneficio han sido dictadas. Esta norma genera una obligación jurídica para la generalidad de la sociedad y el Estado sobre temas que a su vez son de alcance general. En tal sentido, luego del análisis respectivo tendrá que determinarse si es que en ellas existe normativa que afecta directamente a los pueblos indígenas.
23. Respecto al artículo 15 del Convenio, es de precisar que tal supuesto se centra específicamente en el caso en que los intereses de los pueblos indígenas puedan perjudicarse en virtud de la exploración o explotación de recursos naturales existentes en sus tierras. Dicho mandato esta directamente relacionado a la explotación de recursos naturales ubicados dentro del territorio indígena. Cuando ello ocurra se tendrá que proceder a consultar a las comunidades nativas que puedan perjudicarse con tales actividades. Debe comprenderse que no solo serán consultados aquellos pueblos indígenas en cuyo territorio se llevarán a cabo las actividades, sino por ejemplo, también los pueblos indígenas inmediatamente adyacentes a dicho lugar y que sean susceptibles de ser afectados.

#### **§ VIII. El derecho de consulta no implica un derecho de veto de los pueblos indígenas**

24. De la lectura del artículo 6 y 15 del Convenio N.º 169 no se desprende que los pueblos indígenas gocen de una especie de derecho de veto. Es decir, la obligación del Estado de consultar a los pueblos indígenas respecto de las medidas legislativas o administrativas que les podría afectar directamente, no les otorga la capacidad impedir que tales medidas se lleven a cabo. Si bien en el último párrafo del artículo 6 del Convenio se expresa que la consulta debe ser llevada a cabo “con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas”, ello no implica una condición, que de no ser alcanzada significaría la improcedencia de la medida. Lo que explica tal artículo es que tal finalidad debe orientar, debe ser el objetivo de la consulta. De ello se infiere que un proceso de consulta en el que se determine que no se pretende alcanzar tal finalidad, podrá ser cuestionado. Debe afirmarse que no fluye de los artículos del convenio que los pueblos indígenas gocen de un derecho de veto. Lo que pretende la norma es institucionalizar el dialogo intercultural.
25. En suma, es obligatorio y vinculante llevar a cabo el proceso de consulta, asimismo, el consenso al que arriben las partes será vinculante, sin embargo, ello no implicará que el pueblo indígena pueda evitar la aplicación de las normas sometidas a consulta por el hecho de no estar de acuerdo con el acto administrativo o legislativo. Y es que si bien es legítimamente exigible la tutela de los pueblos indígenas, también es cierto que esta realización debe concretizarse dentro de los márgenes del Bien Común, concepto nítidamente establecido en la Constitución como destino fundamental de la actividad del Estado, solo sometido al principio de protección de la dignidad de la persona.

#### **§ IX. Elementos y características del derecho de consulta**

26. Las características esenciales del derecho de consulta revisten particular interés ya que de no tomarse en cuenta estas, las medidas consultadas, podrían ser materia de cuestionamientos. Así, de la propia normativa del convenio se extraen las principales características de este derecho, a saber: a) la buena fe, b) la flexibilidad, c) objetivo de alcanzar un acuerdo, d) transparencia; y, e) implementación previa del proceso de consulta. Estas características son también principios orientadores, así, en caso de presentarse vacíos en la legislación se tendrá que proceder en virtud de

estos principios con el objetivo de maximizarlos. De igual forma, si estos elementos se encuentran ausentes, la afectación del derecho de consulta se tendrá que comprender como una de tipo arbitraria y por lo tanto inconstitucional.

#### a) Buena fe

27. Este Tribunal Constitucional estima que el principio de **buena fe** conforma el núcleo esencial del derecho a la consulta. El principio de buena fe, debe ser comprendido como aquel que busca evitar actitudes o conductas que pretendan la evasión de lo acordado, interferir u omitir cooperar con el desarrollo de la otra parte o la falta de diligencia en el cumplimiento de lo acordado. Con el se permite excluir una serie de prácticas, sutiles, implícitas o expresas, que pretendan vaciar de contenido el derecho de consulta. Tales prácticas están vedadas tanto para el Estado como para los pueblos indígenas o cualquier otro particular que intervenga en el proceso de consulta. Este principio debe verse concretado en las tres etapas elementales en que puede estructurarse el proceso de consulta, a saber: 1) *determinación de la afectación directa*, 2) *la consulta en sentido estricto*, y 3) *la implementación de la medida*. El respeto del principio de buena fe debe ser materializado a lo largo de estas tres etapas.
28. Por ejemplo, en la primera, cuando el funcionario prevea que la medida legislativa o administrativa es susceptible de afectar directamente a los pueblos indígenas, debe comunicársele a las entidades representativas de los pueblos indígenas. No debe tratar de impedirse o imponerse trabas que impida que dicha información sea conocida o que se concrete la consulta. El principio de transparencia obtiene un nuevo contenido en este escenario. En todo caso, frente a este tipo de contextos, los pueblos indígenas podrían utilizar las garantías judiciales pertinentes a fin de subsanar esta situación. En la segunda etapa indicada se comprende que las partes, y sobre todo el Estado, deben estar comprometidos en encontrar un consenso. Sería bastante fútil generar un espacio de discusión y diálogo intercultural, cuando lo que en el fondo se pretende es simplemente la mera apariencia de cumplimiento de la norma, sin que se recaiga en lo sustancial de la misma. Como lo explicita el artículo 6 del Convenio **la finalidad del diálogo será llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento de las medidas propuestas**. Para ello se tendrán que tomar en cuenta las costumbres de cada pueblo indígena, evaluando la mejor metodología aplicable para cada caso en concreto. También debe tomarse en cuenta cuestiones relativas al clima y la accesibilidad de los miembros de los pueblos indígenas al lugar en donde se va a llevar a cabo la consulta. No debe optarse por lugares que sean de difícil acceso o que en determinada época del año sea de difícil acceso.

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

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

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

#### b) Flexibilidad

31. Debido a la diversidad de pueblos indígenas existentes y la diversidad de sus costumbres, inclusive entre unos y otros, es importante que en el proceso de consulta estas diferencias sean tomadas en cuenta. De igual forma, y como ya se ha indicado, las medidas a consultar tienen diversos alcances, siendo por ello pertinente ajustar a cada proceso de consulta al tipo de medida, sea administrativa o legislativa que se pretende consultar. Es por ello que en el artículo 6 del Convenio se establece que las consultas deben ser llevadas a cabo de una “manera apropiada a las circunstancias”.
32. De igual forma, el principio de flexibilidad tendría que entrar a tallar en la intensidad de la consulta cuando esta sea realizada en un contexto de exploración y cuando se pretende la explotación. Si bien en ambos casos procede la consulta, no es menos cierto que en principio la intervención será mayor con la explotación que con la exploración. En tal sentido, ello tendrá que ser tomado en cuenta al momento de analizar la realización del derecho de consulta y los consensos a los que se arriben. Así, mientras mayor intensidad de intervención se prevea, mayor escrutinio tendrá que existir al momento de revisar el proceso de consulta. Ello debido a que se está frente a una intervención que en principio será importante y de un mayor nivel de afectación. En tal sentido, importa mayor participación por parte de los pueblos indígenas directamente afectados.

#### c) Objetivo de alcanzar un acuerdo

33. Debe entenderse que lo que se pretende con el proceso de consulta es que se lleve a cabo un **verdadero diálogo intercultural**. La intención es que dentro de la pluralidad de sujetos de diversas culturas se pueda entablar un diálogo, tomando en cuenta las costumbres de cada pueblo indígena y evaluando la mejor metodología aplicable para cada caso en concreto. Con la finalidad no solo de obtener acuerdos que signifiquen garantizar los legítimos intereses de los pueblos indígenas como la preservación de la calidad ambiental de su territorio, de sus diversas actividades económicas y culturales, en su caso de la justa compensación e incluso, la completa adecuación a nuevos modos de vida; sino en especial al concepto de coparticipación en el disfrute de la riqueza obtenida por la industria ubicada dentro del territorio de determinados pueblos indígenas, los que deberán resultar notoriamente beneficiados.
34. Puesto que el Convenio N.º 169 ha sido suscrito y ratificado por el Estado peruano, es evidente que le impone obligaciones. En este caso la obligación de llevar a cabo la consulta. Es por ello que el **Estado peruano es el responsable que se lleve a cabo la consulta**. Ello desde luego no diluye la responsabilidad de los pueblos indígenas de plantear organizaciones que puedan detectar previamente al dictado de las medidas administrativas o legislativas susceptibles de afectarlos directamente, y por lo tanto, plantear al órgano estatal pertinente que se lleve a cabo la consulta. Ello pone a prueba la transparencia con la que opera el Estado al momento de establecer medidas, en este caso, relativas a los pueblos indígenas.

#### d) Transparencia

35. El principio de transparencia también es inherente al proceso de consulta. Si bien se ha visto manifestación de éste cuando se hizo referencia al principio de buena fe, aquel tiene una relevancia que permite enfatizar su autonomía. Ya se adelantó que en cuanto se establezca que determinadas medidas pueden afectar directamente a los pueblos indígenas, estas deben ser puestas en conocimiento de dichos pueblos. También es importante que se establezca cuales van a ser las consecuencias de tales medidas, sean estas positivas o negativas. Es importante también que se

conozcan cuales van a ser las metodologías de la consulta, así como las normas pertinentes que sustenten la medida. El principio de transparencia también implica que la documentación relevante tendría que ser traducida a fin de que la comprensión de los mismos pueda garantizarse como plenitud. También se tendrán que tomar en cuenta las costumbres de cada pueblo indígena, evaluando la mejor metodología aplicable para cada caso en concreto.

#### **e) Implementación previa del proceso de consulta**

36. Otro punto característico es que la consulta se lleve a cabo **en forma previa** a la toma de la decisión. Y es que la idea esencial de la inclusión de los pueblos indígenas en la discusión del proyecto de la medida administrativa o legislativa es que puedan plantear sus perspectivas culturales, con la finalidad de que puedan ser tomadas en cuenta. La consulta es una expectativa de poder, de influencia en la elaboración de medidas que van a tener un impacto directo en la situación jurídica de los pueblos indígenas. Trasladar esta consulta a un momento posterior a la publicación de la medida elimina la expectativa de la intervención subyacente en la consulta. Además generaría que la consulta se lleve a cabo sobre los hechos consumados, pudiendo relevarse con esto una ausencia de buena fe. En todo caso, las condiciones de los hechos pueden determinar ciertas excepciones, aunque estas siempre serán revisadas bajo un examen estricto de constitucionalidad debido a la sospecha que tales situaciones generan.

#### **§ X. El contenido constitucionalmente protegido del derecho a la consulta**

37. El contenido constitucionalmente protegido de este derecho importa; i) el acceso a la consulta, ii) el respeto de las características esenciales del proceso de consulta; y, iii) la garantía del cumplimiento de los acuerdos arribados en la consulta. No forma parte del contenido de este derecho el veto a la medida legislativa o administrativa o la negativa de los pueblos indígenas a realizar la consulta.
38. En lo que al primer supuesto importa, resulta evidente que si se cumple la condición establecida en el convenio, esto es, si se prevé que una medida legislativa o administrativa será susceptible de afectar directamente a algún pueblo indígena y no se realiza la consulta, es manifiesto que el derecho de consulta sería pasible de ser afectado.
39. En lo que respecta al segundo supuesto indicado, debe comprenderse que si la consulta se lleva a cabo sin que se cumpla con las características esenciales establecidas es evidente que se estaría vulnerando el derecho de consulta. Por ejemplo, la realización de la consulta sin que la información relevante haya sido entregada al pueblo indígena o que no se le haya dado un tiempo razonable para poder ponderar los efectos de la medida materia de la consulta. De generarse estas situaciones procedería su cuestionamiento ante las entidades respectivas.
40. El tercer supuesto implica proteger a las partes de la consulta, tutelando los acuerdos arribados en el proceso. La consulta realizada a los pueblos indígenas tiene como finalidad llegar a un acuerdo, ello no implica otorgar un derecho de veto a los pueblos indígenas. En tal sentido, si es que una vez alcanzado el acuerdo, posteriormente este es desvirtuado, los afectados podrán interponer los recursos pertinentes a fin de que se cumpla con los acuerdos producto de la consulta. Y es que en tales casos, el principio de buena fe se habrá visto afectado. Así, si bien los pueblos indígenas no pueden vetar la ejecución de las medidas consultadas, los consensos arribados en la negociación deben ser respetados de lo contrario, se estaría desvirtuando la esencia misma del proceso de consulta.

#### **§ XI. Etapas del proceso de consulta**

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

configure claramente el proceso de consulta:

- i) El inicio de todo el proceso será la determinación de la medida legislativa o administrativa que puede ser susceptible de afectar directamente a un pueblo indígena. Esta tarea debe ser realizada por la entidad que está desarrollando tal medida.
- ii) En segundo lugar se deben determinar todos los pueblos indígenas posibles de ser afectados, a fin de notificarles de la medida y de la posible afectación.
- iii) Una vez notificados los sujetos que intervendrán, se debe brindar un plazo razonable para que los pueblos indígenas puedan formarse una opinión respecto la medida. Luego tendrá que pasarse a la negociación propiamente dicha.
- iv) Si es que el pueblo indígena se encuentra de acuerdo con la medida entonces, concluye la etapa de negociación.
- v) De lo contrario, si es que el pueblo indígena rechaza la medida propuesta precluye una primera etapa de negociación. Con ello se pretende hacer visible los puntos sobre los cuales existe disconformidad. Este Colegiado estima pertinente que en este punto de la etapa la medida no podrá ser implementada. Para poder lograr ello, se tendrá que iniciar una segunda etapa de negociación dentro de un plazo razonable. Si es que a pesar de los esfuerzos realizados por las partes, no se alcanza consenso alguno, solo entonces el Estado podrá implementar con la medida, atendiendo en lo posible a la peticiones del pueblo indígena.

## **§ XII. Consideraciones en torno al territorio de los pueblos indígenas**

42. En la segunda parte del Convenio N.º 169 se hace referencia a las tierras de los pueblos indígenas, debiendo el Estado parte tomar las medidas necesarias para determinar las tierras que estos ocupan tradicionalmente y garantizar la protección efectiva de sus derechos de propiedad y posesión. Se establece así en su artículo 15 que los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos se verían perjudicados, y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras. Se establecen también, disposiciones que establecen la indemnización a la cual serán acreedores aquellos pueblos que hayan sido trasladados o reubicadas por cualquier pérdida o daño que hayan sufrido.
43. En la demanda y en la contestación se ha hecho referencias al territorio que ocupan los pueblos indígenas. Este sería uno de los puntos que los demandantes alegan que es susceptible de afectar directamente a los pueblos indígenas. Es decir, de acuerdo a los demandantes, las medidas legislativas serían susceptibles de afectar directamente a los pueblos indígenas sobre todo en materia relativa a la posesión y propiedad de sus tierras. Por ello debe tenerse presente algunas consideraciones entorno a este tema. Así, como elemento característico que configura la concepción de la tierra de los pueblos indígenas, debe observarse el artículo 13 del Convenio N.º 169 de la OIT que establece que los gobiernos deben respetar la importancia que las culturas y los valores de su relación con sus tierras o territorios. En el inciso 2, de dicho artículo se establece que la utilización del término “tierras” deberá incluir el concepto de “territorios”, esto, debido a la importancia que los pueblos indígenas le dan a los territorios en donde habitan, situación que no pasó inadvertida por el constituyente que estableció en el artículo 89 de la Constitución de 1993, la autonomía en el uso y la libre disposición de sus tierras, siendo la propiedad de estas imprescriptible, “salvo en el caso de abandono” previsto en el artículo 88.

## **§ XIII. Sobre la obligación del Estado de delimitar los territorios indígenas**

44. Por lo expuesto, es de suma relevancia que el Estado refuerce y dinamice las labores de limitación de los territorios indígenas a fin de brindar una apropiada protección jurídica a los pueblos indígenas, mediante la concretización de los derechos de propiedad de los territorios que cada comunidad ocupa. Con ello también se estaría promoviendo la seguridad jurídica puesto que al momento de lotizar o emprender estudios y acciones con miras a desarrollar la exploración y explotación de recursos naturales se tendría una adecuada perspectiva de la realidad y de cuales son los pasos necesarios a fin de llevar a cabo ese tipo de procesos sin vulnerar derechos fundamentales de los

pueblos indígenas. La apertura económica del mercado pasa por brindar seguridad a los agentes a través de la información sobre las “reglas de juego” las que, en el fondo, no son más que la normativa dirigida a procurar el bien común, así como tutelar los derechos fundamentales de los ciudadanos, dentro del imprescindible respeto por la lógica de la economía social de mercado. Con ello se pretende alcanzar el difícil equilibrio entre inversión, justicia y progreso.

#### § XIV. El abandono de las tierras indígenas

45. Dentro del respeto de las costumbres, es decir, la manifestación de la identidad de los pueblos indígenas, pueden existir prácticas que incluyan el no habitar durante determinado tiempo cierto sector de su territorio debiendo observarse cada caso bajo el principio de razonabilidad. El artículo 89 de la Constitución debe interpretarse dentro del resto de enunciados constitucionales y del Convenio N.º 169. Así, en virtud del principio de *unidad de la Constitución* y el *principio de unidad integradora*, desarrollados por la jurisprudencia de este Tribunal [Exp. N.º 05854-2005-PA/TC, f. 12], el resultado de la interpretación constitucional debe considerar la identidad indígena de quien detenta la propiedad y tomar en cuenta sus costumbres.
46. De tal manera, frente a un caso relativo a territorio indígena, no pueden aplicarse criterios propios de un contexto urbano, dejando a un lado la costumbre de los pueblos indígenas, puesto que ello devendría en una posible vulneración del derecho fundamental de tales pueblos y de sus integrantes. Esto se explica en parte por el tipo de relación existente entre los pueblos indígenas y el territorio ancestral en el que habitan. Es por ello que el artículo 14 del Convenio N.º 169, ordena tomar medidas para salvaguardar el derecho de los pueblos indígenas interesados en utilizar tierras que no estén exclusivamente ocupadas por ellos, pero a las que hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia.

#### § XV. Consideraciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre territorio indígena

47. De acuerdo a lo estipulado en el artículo V del Código Procesal Constitucional el contenido y alcances de los derechos constitucionales deben ser interpretados de conformidad con los tratados de derechos humanos así como las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales de derechos humanos. De ahí la importancia de las decisiones de la Corte Interamericana sobre Derechos Humanos, para la labor que realiza este Tribunal Constitucional. Dicho artículo, que en realidad es la consolidación de la jurisprudencia de este Tribunal Constitucional, que se originó en la sentencia del Expediente N.º 00218-2002-HC/TC (fundamento 2), ha sido desarrollado por este Tribunal en la sentencia del Expediente N.º 007-2007-PI/TC, expresando que: “las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos son vinculantes para todos los poderes públicos y que esta vinculatoriedad no se agota en su parte resolutoria, sino que se extiende a la *ratio decidendi*, incluso en aquellos casos en los que el Estado peruano no haya sido parte en el proceso” En tal sentido, a continuación se procederá a presentar algunos de los criterios más importantes que la Corte ha vertido en materia relativa a la protección del territorio indígena.
48. Así, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha expresado, en opinión que este Tribunal comparte, que “la estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe de ser reconocida y comprendida como la base fundamental de su cultura, vida espiritual, integridad, supervivencia económica y su preservación y transmisión a las generaciones futuras” [*Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*, párrafo 131]. De esta forma, se observa un concepto más amplio y diferente de los derechos territoriales, relacionado directamente con la supervivencia del pueblo indígena y “con el control de su hábitat como una condición necesaria para la reproducción de su cultura, para su propio desarrollo y para llevar a cabo sus planes de vida. La propiedad sobre la tierra garantiza que los miembros de las comunidades indígenas conserven su patrimonio cultural” [párrafo 146].
49. Es también útil recordar que previamente a la sentencia referida, en la sentencia del *Caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*, se subrayó la tradición comunitaria de la

propiedad colectiva de la tierra de los pueblos indígenas. Se indicó así que la “pertenencia de ésta no se centra en un individuo sino en el grupo y su comunidad.” Se resaltó además que para los pueblos indígenas “la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras” [párrafo 149].

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

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

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

## § XVI. La coparticipación de la riqueza. La indemnización como beneficio compartido.

52. Es cierto que cuando un pueblo indígena se ve perjudicado por la expropiación de su territorio se puede vulnerar algo más que su derecho fundamental a la propiedad. Se pone en riesgo también la propia existencia del pueblo indígena y sus valores espirituales. **Es por ello, que la obligación del Estado no debe remitirse al pago de un justiprecio, sino que debe ir más allá, hacia un beneficio compartido. No basta pues con que se les otorgue nuevas tierras de igual extensión y calidad, sino que los pueblos indígenas deben beneficiarse de la explotación que se lleva a cabo en sus territorios ancestrales originales de los que fueron separados, garantizando con ello no solo la continuidad de su existencia sino el mejoramiento de la calidad de vida. Solo así puede comprenderse justificada la expropiación de tierras indígenas, de lo contrario, los miembros de tales pueblos podrán recurrir a las vías legales pertinentes a fin de tutelar sus derechos.** De igual forma tendrá que considerarse ello cuando la indemnización sea consecuencia de intervenciones sobre propiedad de los pueblos indígenas tales como la servidumbre.
53. El esquema de apertura para inversión no es contrario a los principios de la justicia distributiva. Ambos esquemas deberán interactuar a fin de lograr la explotación razonable de recursos y el bienestar común. Evidentemente alcanzar tal equilibrio no es consecuencia de un solo acto o de la labor de una sola entidad pública sino del Estado en su conjunto, esto es, a partir de una política de Estado que progresivamente comience a brindar prestaciones y servicios adecuados para el bien común.

## § XVII. Análisis de la norma cuestionada

54. La norma cuestionada establece el marco normativo para simplificar y optimizar los procedimientos de formalización y titulación de predios rurales, generando condiciones idóneas para que los agricultores obtengan la titularidad sobre sus terrenos. Con el saneamiento de la propiedad y la titulación de predios rurales y su acceso a la formalidad del registro inmobiliario se otorga seguridad jurídica sobre la tenencia de la tierra. Así, el Decreto Legislativo N.º 1089 declara de interés público la formalización y titulación de los predios rústicos y tierras eriazas habilitadas a nivel nacional por un período de 4 años contados a partir de la vigencia de tal decreto legislativo. Tal como se aprecia en la exposición de motivos, con el decreto legislativo se pretende establecer un régimen extraordinario de formalización, facultando al Organismo de Formalización de Propiedad Informal -COFOPRI- a que ejecute procesos de formalización y titulación masivos de propiedad rural de manera directa, rápida, simplificada y segura.
55. Sin embargo, en la propia exposición de motivos de la norma se declara de interés público nacional no solo la formalización y titulación de predios rústicos y tierras eriazas habilitadas, sino también a las Comunidades Campesinas y Nativas. Esta referencia no fue incluida en el decreto legislativo, generando con ello cierta confusión. Y es que si bien en la norma no se hace referencia específica a las tierras de los pueblos indígenas, tampoco son materia de exclusión de los alcances de la norma. En el segundo párrafo del artículo 5 del Decreto Legislativo se establece que únicamente están excluidos los predios que se encuentran comprendidos en procesos de inversión privada y los declarados de interés nacional. Lo expuesto es relevante porque podría significar la afectación directa de los derechos de los pueblos indígenas, esto es, una modificación inmediata y significativa de la situación jurídica de los pueblos indígenas y sus integrantes. Por el contrario, si es que no se determina tal relación de afectación, entonces no sería necesario llevar a cabo la consulta y la presente demanda devendría en infundada.
56. En virtud del principio de conservación de la ley -que exige al juez constitucional “salvar”, hasta donde sea razonablemente posible, la constitucionalidad de una ley impugnada [STC 004-2004-CC/TC, fund, 3.3]- debe ponderarse la interpretación de la norma. Y es que la declaratoria de inconstitucionalidad solo procede cuando se trata de una inconstitucionalidad evidente y cuando no exista otra disposición o interpretación factible. Por consiguiente, observándose que la norma bajo cuestionamiento permite interpretar que los alcances de su articulado excluyen a los Pueblos Indígenas, es de esta manera en que debe ser comprendida o interpretada la norma. En este sentido, y solo de esta manera la norma sería constitucional, puesto que la regulación no recae sobre los Pueblos Indígenas. En suma, la norma bajo análisis es constitucional en tanto se excluya de su aplicación a los pueblos indignas, de otra forma, la norma habría tenido que ser sometida a un proceso de consulta.
57. Al respecto, es de considerar que el propio Ejecutivo así lo ha interpretado. Y es que el Decreto Supremo N.º 032-2008-VIVIENDA -que reglamenta la norma cuestionada-, en el artículo 3, numeral 1, establece el ámbito de aplicación de la norma, no siendo aplicables los procedimientos establecidos a los territorios de comunidades campesinas y nativas. De igual forma, el artículo 15, establece que el diagnóstico físico legal de la unidad territorial será elaborado y suscrito por un abogado y un ingeniero en ciencias agrarias, debiendo contener, entre otros aspectos, la identificación del territorio de las Comunidades Campesinas y Comunidades Nativas, inscritas o no, a efectos de garantizar que no se aplique sobre dicho territorio los procedimientos previstos en dicho Reglamento. En el artículo 77 también se aprecia que las disposiciones establecidas sobre tolerancias registrales permisibles, no son aplicables al territorio de las comunidades campesinas y nativas. Y en el artículo 79 se establece que las disposiciones establecidas sobre rectificación de áreas, linderos y medidas perimétricas no son aplicables al territorio de las comunidades campesinas y nativas.
58. Como se aprecia, el reglamento especifica que el presente decreto legislativo no es aplicable al ámbito de los territorios de los pueblos indígenas. Esta exclusión debe entenderse que alcanza a los

territorios de los pueblos indígenas que cuenten con o sin reconocimiento. En estos últimos casos, en todo caso, las partes tienen el legítimo derecho para iniciar las acciones legales a fin de subsanar la situación generada. Es de precisar que ello no implica que se esté frente a una inaplicación de los alcances de una norma de rango legal, sobre la base de un decreto supremo. Se trata más bien de la propia interpretación del decreto legislativa de conformidad con la Constitución. Así, lo relacionado con la delimitación del territorio de los pueblos indígenas es ordenado legalmente por las normas específicas sobre la materia. En tal sentido, este Tribunal considera que al no haberse determinado que las normas del presente decreto legislativo sean *susceptibles de afectar directamente* a los pueblos indígenas, al no ser los pueblos indígenas sujetos pasivos de la norma, no resulta necesario llevar a cabo el proceso de consulta. Por lo tanto, la demanda debe ser desestimada por no haberse vulnerado el derecho de consulta con el Decreto Legislativo N.º 1089.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

### **HA RESUELTO**

1. Declarar **INFUNDADA** la demanda de inconstitucionalidad contra el Decreto Legislativo N.º 1089, que regula el Régimen Temporal Extraordinario de Formalización y Titulación de Predios Rurales.
2. **INTERPRETAR** el Decreto Legislativo N.º 1089 de conformidad con el fundamento 57 de la presente sentencia, debiendo comprenderse que la norma no es aplicable para el caso de los pueblos indígenas.

Publíquese y notifíquese.

SS.

**MESÍA RAMÍREZ**  
**BEAUMONT CALLIRGOS**  
**VERGARA GOTELLI**  
**LANDA ARROYO**  
**CALLE HAYEN**  
**ETO CRUZ**  
**ÁLVAREZ MIRANDA**

EXP. N.º 00022-2009-PI/TC  
LIMA  
GONZALO TUANAMA  
TUANAMA Y MÁS  
DE 5,000 CIUDADANOS

### FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO VERGARA GOTELLI

Emito el presente fundamento de voto por las siguientes consideraciones:

1. Llega a esta sede la demanda de inconstitucionalidad contra el Decreto Legislativo N° 1089, que regula el Régimen Temporal Extraordinario de Formalización y Titulación de Predios Rurales, publicado en el Diario Oficial *El Peruano* el 28 de junio de 2008, cuestionándose principalmente que la norma cuestionada ha sido emitida sin que se lleve a cabo la consulta previa e informada a los pueblos indígenas, conforme lo dispone el Convenio 169 de la Organización Internacional de Trabajo (OIT), afectándose con ello los derechos fundamentales a la consulta previa y el derecho colectivo al territorio ancestral establecido en los artículos 6, 15 y 17 del mencionado convenio, y los artículos 19, 30 y 32 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas (DNUDPI) aprobado por la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas. Asimismo refieren que con la normatividad cuestionada se le está vulnerando el derecho sobre las tierras de los pueblos indígenas, el derecho a la libre determinación de las comunidades nativas y el desarrollo de políticas agrarias adecuadas para los pueblos indígenas.

Finalmente sugieren los demandantes que ello es una interpretación restrictiva del derecho de propiedad y posesión de los pueblos indígenas contraviniendo los artículos 13 y 14 del Convenio N° 169 de la OIT, así como los artículos 70° y 88° de la Constitución Política del Perú

2. El Poder Ejecutivo a través del Procurador Público de la Presidencia del Consejo de Ministros contesta la demanda señalando principalmente que el decreto cuestionado se he emitido para simplificar y optimizar los procedimientos de formalización de propiedad rural, generando condiciones idóneas para que los agricultores formalicen su situación y en consecuencia obtengan la titularidad sobre sus predios rurales y su acceso a la formalidad. Asimismo refiere que la delegación otorgada no ha sido excedida puesto que se busca la mejora del marco regulatorio y la promoción de la inversión privada y la mejora de la competitividad de la producción agropecuaria, con la finalidad de mejorar la competitividad económica para aprovechar el acuerdo de Promoción Comercial Perú – Estados Unidos. Agregan que el decreto legislativo cuestionado no está derogando la Ley N° 22175, Ley de Comunidades Nativas y Desarrollo Agrario de la Selva y Ceja de Selva, no sólo porque el decreto es de carácter temporal sino que no se está afectando de manera alguna los derechos fundamentales de los pueblos indígenas.
3. La Constitución Política del Perú en su artículo 89° reconoce que “*Las Comunidades Campesinas y*

*las Nativas tienen existencia legal y son personas jurídicas.*

*Son autónomas en su organización, en el trabajo comunal y en el uso y la libre disposición de sus tierras, así como en lo económico y administrativo, dentro del marco que la ley establece. La propiedad de sus tierras es imprescriptible, salvo en el caso de abandono previsto en el artículo anterior.*

**El Estado respeta la identidad cultural de las Comunidades Campesinas y Nativas.**” (RESALTADO NUESTRO)

4. Es así que el Estado por medio de su Carta Constitucional reconoce su diversidad pluricultural y étnica, por lo que en respeto al principio-derecho de dignidad de la persona humana, del cual se desprenden los otros derechos fundamentales de la persona humana, debe tutelar diversas formas de concebir el mundo, es decir la cosmovisión que tienen de lo que los rodea. Es necesario mencionar que muchos de los Estados y la definición de sus territorios han sido producto de luchas entre países, por lo que las conquistas han traído como consecuencias pluralidad de naciones dentro un mismo Estado. Es así que encontramos diversas manifestaciones culturales, exteriorizadas en singulares formas de convivencia, por lo que el Estado, tras largas luchas por la defensa de derechos fundamentales, se ha visto en la obligación no sólo de respetar dichas formas de convivencia sino de buscar mecanismos tendientes a garantizar que éstas comunidades subsistan, claro está todo dentro del marco del respeto de los derechos fundamentales.
5. En esta línea a los pueblos indígenas se les ha reconocido una serie de derechos fundamentales a fin de proteger su etnia, sus costumbres, sus usos, etc, por lo que al existir un reconocimiento constitucional, éstos quedan facultados para reclamar judicialmente el respeto de dichos derechos. En conclusión, el Estado, en su función pacificadora, debe respetar y garantizar los derechos fundamentales de las diversas manifestaciones culturales, reconociéndole su identidad étnica y su arraigo con la comunidad en la que se desarrollan sus integrantes.
6. Asimismo encontramos el Convenio N° 169 de la OIT, brindando un soporte a la normatividad constitucional nacional, de manera que la interpretación que se realice respecto a la normativa constitucional no puede ser contraria a la interpretación que realizan los instrumentos internacionales. Lo vertido en el mencionado convenio es de suma importancia puesto que reconoce y brinda protección a los pueblos indígenas, señalando principalmente que *“Reconociendo las aspiraciones de esos pueblos a asumir el control de sus propias instituciones y formas de vida y de su desarrollo económico y a mantener y fortalecer sus identidades, lenguas y religiones, dentro del marco de los Estados en que viven;”*
7. En tal sentido queda claro que existe protección constitucional e internacional respecto a la protección de los pueblos indígenas. En este contexto uno de los derechos que se les reconoce a éstos es el derecho de consulta, de manera que el Estado se ponga en contacto directo con estos pueblos verificando la existencia –como se denomina en el proyecto en mayoría– de un dialogo intercultural, buscando recoger versiones tendientes a coadyuvar al Estado en su función de protección ante alguna medida que afecte directamente su desarrollo y vivencias. Es así que debe determinarse qué medida, tanto legislativa como administrativa, debe ser pasible de reputarse como inconstitucional o ilegal por afectar derechos fundamentales de los pueblos indígenas, de manera que no se cuestione cualquier medida asumida por un ente estatal con la simple argumentación de afectación de derechos, ya que es necesario que exista un agravio real y concreto expresado en un acto ilegal que vulnera derechos fundamentales. Es así que se exige que el cuestionamiento que se realice a una norma a fin de denunciarla de atentatoria de derechos fundamentales de los pueblos indígenas, debe de contener los argumentos tendientes a expresar de qué forma la medida legislativa, por ejemplo, le está afectando sus derechos, debiendo evidenciar de sus argumentos que la afectación debe ser a un aspecto relevante de la comunidad y no un aspecto que puede resultar hasta insustancial o irrelevante.
8. Es así que encontramos en el proyecto en mayoría la referencia al derecho al veto, expresando *la consulta debe ser llevada a cabo “con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el*

*consentimiento acerca de las medidas propuestas”, ello no implica una condición, que de no ser alcanzada significaría la improcedencia de la medida. (...) Debe afirmarse que no fluye de los artículos del convenio que los pueblos indígenas gocen de un derecho de veto.”* Es así que se establece la obligatoriedad de que se realice el proceso de consulta, pero sin que ello implique de ninguna manera el derecho al veto por parte de los pueblos indígenas. Respecto a ello considero necesario expresar que dicha afirmación de ninguna manera puede significar que el Estado realice la consulta respecto de una medida que afecte directamente a las comunidades sólo por mero formalismo, sino que dicho derecho sea ejercido a cabalidad, siendo obligación del Estado brindar los mecanismos, legales o administrativos, de manera que el proceso de consulta se lleve con eficacia. Qué pretendo señalar con esto?, que se evite una actitud estatal que traduzca el derecho de consulta en *un saludo a la bandera* y no sólo simple obligación Estatal. Es en tal sentido que el señalar a rajatabla que los pueblos indígenas no tienen derecho a veto puede implicar que la balanza se vea inclinada a favor del Estado, puesto que por mero cumplimiento realizarían el procedimiento de consulta, sin que finalmente se lleve a cabo el objetivo constitucional establecido, como es el dialogo intercultural y la función pacificadora. Por ello es necesario que se establezcan mecanismos tendientes al aseguramiento de que la exigencia de la consulta se lleve a cabo a cabalidad, verificándose debidamente i) la existencia del dialogo entre las partes, ii) cuáles son las objeciones u observaciones ante la medida a implementarse, iii) si las objeciones u observaciones son razonables y iv) si el Estado analizó, evaluó y, de ser estrictamente necesario, si asumió la observación realizada, debiendo fundamentar su decisión, ya sea para dar una negativa o para adoptar alguna medida como consecuencia a la observación hecha. Todo ello debe ser estrictamente requerido y sustentado, de manera que se busque la eficacia del proceso de consulta, verificándose que el Estado adopte todos los mecanismos idóneos para que el procedimiento señalado no sea sólo un mero formalismo, vaciando de contenido al derecho de consulta.

9. En conclusión no puede existir el derecho al veto en la forma como suele considerarse, es decir como necesario rechazo a la medida que el ente estatal pudiera dar, porque es éste a través de sus gobiernos de turno el llamado a fijar las políticas en las materias que le conciernen como gobernante sin dejar la posibilidad de que cada vez que un pueblo denominado indígena no está de acuerdo con alguna medida dictada por el Ejecutivo pueda con su simple expresión prohibir la ejecución de lo ya decidido.
10. Con lo expuesto sólo pretendo de que el derecho de consulta sea ejercido a cabalidad, buscando la intervención activa de las partes, de manera que no se produzcan posiciones abusivas por ninguna de ellas. Con ello no quiero expresar una posición parcializada en defensa de las comunidades nativas sino la eficacia del procedimiento de consulta que involucra a ambas partes, las que deben actuar bajo el principio de buena fe.
11. Es así que concuerdo con el proyecto en mayoría, puesto que se cuestiona una norma que, primero, es de carácter general, es decir no está dirigida específicamente a los pueblos indígenas sino a los que se encuentren en dichas circunstancias; y segundo, que si bien en el Decreto Legislativo cuestionado en su contenido no indica que la disposición no es aplicable a los territorios de los pueblos indígenas, en su Reglamento sí se realiza dicha especificación, por lo que la norma la norma debe de interpretarse en ese sentido.
12. Finalmente debo expresar que no estoy de acuerdo con la referencia que se hace en el proyecto en mayoría respecto a la figura de la expropiación, puesto que no es materia que deba ser objeto de mención en el caso de autos

Mi voto es porque se declare **INFUNDADA** la demanda de inconstitucionalidad contra el Decreto Legislativo N° 1089, debiéndose interpretar dicha norma de acuerdo a lo expresado en el fundamento 11.

Sr.  
**VERGARA GOTELLI.**

EXP. N.º 0022-2009-PI/TC  
LIMA  
GONZALO TUANAMA  
TUANAMA Y MÁS  
DE 5000 CIUDADANOS

### **FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO LANDA ARROYO**

Con el debido respeto de los magistrados, emito el presente fundamento de voto en base a los siguientes argumentos:

1. Con fecha 1 de julio de 2009, se interpone demanda de inconstitucionalidad contra el Decreto Legislativo N.º 1089, que regula el Régimen Temporal Extraordinario de Formalización y Titulación de Predios Rurales, publicada en el diario oficial El Peruano el 28 de junio de 2008. Alegan que esta norma fue promulgada sin efectuar la consulta previa e informada a los pueblos indígenas, como ordena el Convenio 169 de la OIT, afectándose el derecho a la consulta previa e informada, el derecho colectivo a la territorio, la libre determinación de los pueblos indígenas, el respeto de sus formas tradicionales de transmisión de sus territorios y el derecho al desarrollo de políticas agrarias adecuadas para los pueblos indígenas. Asimismo, refiere que no se ha tomado en consideración la Declaración de la Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

#### **El Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países independientes**

2. El Convenio 107 de la OIT parte de la idea de que es “la promoción de mejores condiciones sociales y económicas para los pueblos indígenas en general (el objetivo), pero dentro de un esquema que no

parece un futuro para formas culturales y asociativas indígenas permanentes y políticamente significativas”, además este Convenio se concibe “en función de los miembros de las poblaciones indígenas y sus derechos como individuos en pie de igualdad en relación con la sociedad en su conjunto”. Asimismo, si bien este Convenio reconoce “el derecho consuetudinario indígena y el derecho a la propiedad comunal de la tierra. Este reconocimiento, tiene un carácter transitorio y se ve eclipsado por una persistente deferencia e incluso preferencia por programas nacionales de integración y asimilación no coercitivas.”<sup>[1]</sup>

3. Por el contrario, el Convenio 169, fruto de la revisión del Convenio 107 de 1957, significa un profundo cambio en la política de la comunidad internacional referidas sobre todo a los conceptos de la *integración y asimilación* que era parte fundamental del Convenio 107, por tanto la idea básica se centra en superar estas concepciones *anacrónicas*, y plantear como idea básica el reconocimiento de las “aspiraciones de estos pueblos a asumir el control de sus propias instituciones y formas de vida y de su desarrollo económico y a mantener y fortalecer sus identidades, lenguas y religiones, dentro del marco del Estado en que viven;”<sup>[2]</sup>
4. Nuestro país conciente de la importancia de este Convenio y considerando la riqueza cultural y vulnerabilidad de los pueblos indígenas en el Perú, aprobó mediante Resolución Legislativa N.º 26253, publicada el 5 de diciembre de 1993, el Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes.
5. Al respecto, este Colegiado al interpretar la Constitución ha establecido que los tratados internacionales de derechos humanos forman parte de nuestro ordenamiento jurídico y además ostentan rango constitucional,<sup>[3]</sup> por tanto el Convenio 169 de la OIT complementa normativa e interpretativamente las cláusulas constitucionales sobre pueblos indígenas.
6. A su turno, “el Comité de Derechos Humanos ha enfatizado que la norma de la integridad cultural incluida en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos requiere la participación efectiva de los pueblos indígenas con respecto a las decisiones que les pueda afectar colectivamente, incluidas las decisiones que puedan afectar a sus vínculos culturales con la tierra y los recursos naturales.”<sup>[4]</sup>
7. Por otro lado, es necesario precisar que no es factible apelar a la ausencia de regulación legal del derecho de consulta por parte del Estado peruano para incumplir sus disposiciones, esta omisión de ninguna manera puede significar el incumplimiento y vigencia de los derechos fundamentales en general, lo contrario significaría entender que del legislador depende la eficacia de los derechos humanos

### **El derecho de consulta en el Convenio 169**

8. El derecho de consulta como expresión del *autogobierno*, y éste a su vez de la autodeterminación de los pueblos indígenas, reconoce su participación efectiva y libre en las esferas de decisión que les afecte, es decir, tiene como objetivo asegurar su participación en todos los niveles en la adopción de decisiones dentro de un diálogo intercultural. Así, el derecho de consulta se fundamenta en el derecho a que los pueblos indígenas establezcan libremente sus prioridades de desarrollo, a fin de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas que les afecten.
9. A este respecto, y a fin de garantizar plenamente este derecho fundamental, el Estado asume la responsabilidad de agotar todos los mecanismos posibles de diálogo a fin de lograr el consentimiento de los pueblos indígenas sobre las medidas en general que puedan afectarles, es decir, no basta con la formalidad de realizar el procedimiento de consulta o realizar un procedimiento meramente informativo sino de materialmente sea un auténtico procedimiento de diálogo y que incluso pueda

desembocar en un procedimiento de negociación. Por tanto, las medidas de *desarrollo* deben ser en lo posible y, agotando todas las vías instrumentales para llegar al consentimiento, fruto del diálogo intercultural y dentro de los principios que rigen el Estado Democrático y Social de Derecho.

10. Por otro lado, a fin de garantizar este derecho es necesario establecer mecanismos instrumentales o procedimentales de tal manera que conceda a los pueblos indígenas la oportunidad de influir efectivamente en las decisiones que los afecten, de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, a fin de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento, tomando en consideración los propios procedimientos indígenas consuetudinarios para la toma de decisiones, con información previa y necesaria.
11. En ese sentido, el Convenio 169 de la OIT ha establecido en el artículo 6 que:
  - “1.- Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán:
    - a) Consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se provean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente;
  - 2.- Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberá efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas.”

Por su lado, el artículo 15 refiere respecto a la participación en la utilización, administración y conservación de los recursos naturales y en el punto 2 establece que “En caso de que pertenezcan al Estado la propiedad de los minerales o de los recursos del subsuelo, o tenga derechos sobre otros recursos existentes en las tierras, los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados, y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras (...)”.

12. Consecuentemente, es una obligación de ineludible cumplimiento para el Estado consultar previa e informadamente, mediante procedimientos apropiados y a través de sus instituciones representativas tradicionales, a los Pueblos Indígenas cuando se provean medidas legislativas o administrativas e incluso los programas de prospección o explotación de recursos naturales que les afecte.
13. Sumado a esto es necesario recordar que “un elemento fundamental del derecho internacional de los derechos humanos (y más propiamente de los Pueblos Indígenas) es el deber de los estados de garantizar el goce efectivo de los derechos y de ofrecer formas de reparación cuando éstos han sido violados”<sup>[5]</sup>, considerando la situación de vulnerabilidad y exclusión del que han sido parte en nuestro país.
14. Por consiguiente, el Estado al suscribir el Convenio de 169 de la OIT, ha asumido la responsabilidad de reconocer, adecuar y garantizar los derechos fundamentales de los Pueblos Indígenas, es decir, a la vez que adecua su legislación interna, implementa los mecanismos para su protección efectiva. Consiguientemente tiene la obligación de regular legalmente el derecho de consulta *previa consulta a los pueblos indígenas*, es decir con participación efectiva de los representantes y de acuerdo a sus usos y costumbres de esta ley, sin que esto signifique, que mientras no se apruebe esta ley este derecho carezca de eficacia.
15. Es en el marco de estas obligaciones y en aras de asegurar un proceso de diálogo con los Pueblos Indígenas, el Congreso de la República aprobó el Dictamen del Texto Sustitutorio de la Ley del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios, en el que se reconoce a los Pueblos Indígenas u Originarios a ser consultados de forma previa e informada sobre medidas administrativas o legislativas que afecten directamente sus derechos y que la finalidad de la consulta es lograr un acuerdo o consentimiento a través de un diálogo intercultural que haga efectiva su

participación y consideración en la toma de decisiones, señalando como principios rectores de la Consulta a los principios de *Oportunidad* (previa), *Interculturalidad*, *Buena Fe*, *Flexibilidad*, *Plazo razonable* (que permite conocer y reflexionar sobre las medidas que los afecte), *Ausencia de coacción o condicionamiento e Información Oportuna*. Estableciendo incluso los criterios de identificación de los Pueblos Indígenas como son la *descendencia directa de las poblaciones originarias*, *estilos de vida*, *vínculos espirituales e históricos*, *instituciones sociales y costumbres propias*, y *patrones culturales y modos de vida*.

Asimismo, respecto a la *decisión final* sobre la aprobación de la medida legislativa o administrativa corresponde a la entidad estatal competente, la misma que debe ser motivada, evaluando los puntos de vista, sugerencia y recomendaciones planteados pro los pueblos indígenas <sup>[6]</sup>

## La jurisdicción constitucional y la función pacificadora

16. Este Tribunal, con relación a la Constitución, ha tenido la ocasión de manifestar que la jurisdicción constitucional no actúa ni puede actuar como un órgano *neutro*, sino, por el contrario, como su principal promotor. Así, siendo la Constitución una norma fundamental abierta, encuentra en el Derecho Procesal Constitucional y, específicamente, en el CPCConst., un instrumento concretizador de los valores, principios y derechos constitucionales, de manera tal que, en última instancia, estos informan el razonamiento y la argumentación del juez constitucional, por lo que el principio de dirección judicial del proceso (artículo III del Título Preliminar del CPCConst) se redimensiona en el proceso constitucional, en la medida en que la jurisdicción constitucional no es simple pacificadora de intereses de contenido y alcance subjetivos, sino del orden público constitucional en conjunto <sup>[7]</sup>. En tal sentido, los procesos constitucionales gozan de una dimensión objetiva orientada a preservar y defender el orden público constitucional, expresado en que el Estado se disgrega en múltiples centros de poder equilibrados.
17. Asimismo, este Colegiado ha resaltado que sus funciones en un Estado Democrático son tres, a saber: a) la valoración de la norma sometida a control constitucional, b) la labor de pacificación, pues debe solucionar controversias mediante decisiones cuyos efectos deben ser modulados de acuerdo a cada caso presentado, y c) la labor de ordenación, en el sentido de que tiene una eficacia de ordenación general con efecto vinculante sobre los aplicadores del Derecho -en especial sobre los órganos jurisdiccionales-, y sobre los ciudadanos en general. <sup>[8]</sup>
18. Por tanto, teniendo en consideración la función pacificadora del Tribunal Constitucional y de la jurisdicción constitucional en general, y considerando que el proyecto de sentencia de la ponencia declara infundada la demanda, no viene al caso y no es necesario para resolver la controversia, que se incluya en el fundamento 24 y 25, que el derecho de consulta no implica un derecho de veto, más aún si el pleno del Congreso de la República al aprobar el Dictamen del Texto Sustitutorio de la Ley del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios, de la Comisión de Constitución y Reglamento, haya excluido estos términos por considerar que no generaba consenso entre los actores y por tanto no conducía a un diálogo. <sup>[9]</sup> De igual manera, en los fundamentos 44 a 53 se hace referencia a aspectos que no trascienden en la resolución de la controversia y que, por el contrario, podría significar un innecesario cuestionamiento de las mismas, toda vez que se hace referencia a la *apertura del mercado para la procura del bien común*, al abandono de la tierras y el uso que debería darles el Estado, la posesión, la indemnización en caso de expropiación, el esquema de apertura para la *inversión*, entre otros. Más aun considerando que la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones “insta al Gobierno a que tome todas las medidas necesarias para determinar las tierras que los pueblos interesados ocupan tradicionalmente y garantizar la protección efectiva de sus derechos de propiedad y posesión, inclusive a través del acceso efectivo a procedimientos adecuados para solucionar sus reivindicaciones de tierras” <sup>[10]</sup>

19. Asimismo, es necesario precisar que el procedimiento establecido en el reglamento de Participación Ciudadana para la Realización de Actividades de Hidrocarburos, aprobado por Decreto Supremo N.º 012-2008-EM es insuficiente al no contener las garantías establecidas en el Convenio 169 de la OIT. Por otro lado, al establecer criterios sobre la procedencia del proceso de amparo para la tutela del derecho de consulta debe considerarse la situación de exclusión y vulnerabilidad de los Pueblos Indígenas, a fin de superar la relación de asimetría con el Estado y otros grupos, por tanto es menester resaltar que la carga de la prueba en los procesos de amparo en muchos casos incluso tendría que invertirse para superar estas asimetrías y hacer efectivo el Convenio 169 de la OIT considerando su aplicación al caso concreto.
20. Por ello, estimo que es necesario, en virtud de la facultad pacificadora, buscar en la medida de lo posible y dentro de nuestras competencias coadyuvar en el diálogo intercultural buscando reunir esfuerzos para lograr la implementación apropiada de este derecho fundamental, a fin de que los derechos y prioridades de desarrollo de los Pueblos Indígenas sean tomadas en consideración dentro de un marco de diálogo propio de un Estado Democrático y Social de Derecho, de cuya efectividad va a depender la reducción de la conflictividad social en el Perú que lamentablemente ha sucedido en estos últimos años.

### Análisis del caso concreto

21. En tal sentido, considerando que en el presente caso se impugna El Decreto Legislativo N.º 1089, que declara de interés público nacional la formalización y titulación de predios rústicos y tierras eriazas habilitadas, a nivel nacional por un periodo de 4 años, a partir de su vigencia, por vulnerar el derecho de consulta previa reconocido en el Convenio 169, la controversia radica en determinar si este decreto va a afectar el estatus jurídico de la propiedad de los Pueblos Indígenas y de ser así, considerando que no se realizó el procedimiento de consulta previa, declarar la inconstitucional del referido decreto y expulsarlo del ordenamiento jurídico o, de lo contrario, su conformidad constitucional.
22. Al respecto, en la exposición de motivos <sup>[11]</sup> del citado decreto, se establece que: “1. declárese de interés público nacional la formalización y titulación de predios rústicos, tierras eriazas habilitadas, **así como de Comunidades Campesinas y Nativas**, a nivel nacional y se establece un régimen temporal y extraordinario de 4 años (...)”; pero, por otro lado, en el Decreto Supremo N.º 032-2008-Vivienda, Reglamento del Decreto Legislativo N.º 1089, se establece en el artículo 3 que: “Los procedimientos establecidos en el presente Reglamento, sobre formalización y titulación de predios rústicos y tierras eriazas habilitadas en propiedad del Estado, de declaración de propiedad por prescripción adquisitiva de dominio en predios rústicos, de reversión de predios rústicos adjudicados a título oneroso ocupados por asentamientos humanos, no serán aplicables en:
  - 1) Los territorios de Comunidades Campesinas y Nativas; (...)”
23. Este Tribunal ha tenido la oportunidad de precisar que en virtud del principio de conservación de la ley, es obligación del Juez constitucional “salvar” hasta donde sea razonablemente posible, la constitucionalidad de la ley impugnada.
24. En tal sentido, considerando que la Constitución en el artículo 89 ha establecido un régimen especial sobre la propiedad de las tierras de las Comunidades Campesinas y Nativas, en vista de la naturaleza y trascendencia que tiene, en un país multicultural y diverso como el nuestro, otorgándole incluso la imprescriptibilidad de éstas, salvo en caso de abandono; consecuentemente para el desarrollo o regulación de los alcances de la propiedad *comunal* es necesario de una Ley especial. Por tanto, el Decreto Legislativo N.º 1089 que establece el régimen temporal extraordinario de formalización y titulación de predios rurales, si bien tiene alcance nacional, no ha establecido expresamente la afectación a la propiedad *comunal* (indígena y campesina), porque para ello sería necesario de una Ley Orgánica; entonces se entiende que dicho decreto no afecta a los Pueblos Indígenas.
25. Por lo tanto, este Decreto Legislativo sólo puede ser interpretado de forma tal que la formalización y

titulación de predios rústicos y tierras eriazas a nivel nacional, no afecte o incida directamente en los derechos de los Pueblos Indígenas modificando su situación jurídica, porque de lo contrario su inconstitucionalidad sería a todas luces evidente. Es por este motivo que el Decreto Supremo N.º 032-2008-Vivienda, ha excluido a los Pueblos Indígenas de la regulación extraordinaria de la propiedad de formalización y titulación de predios rústicos y tierras eriazas y si bien en la exposición de motivos hubo intención de *regular* de alguna manera la situación jurídica de la propiedad de los Pueblos Indígenas, ha incurrido en error.

26. Por lo tanto, considero que no se ha vulnerado el derecho a la consulta previa de los Pueblos Indígenas, porque el Decreto Legislativo N.º 1089 no afecta a los Pueblos Indígenas, conforme a la interpretación realizada.

Por estas consideraciones mi voto es porque se declare **INFUNDADA** la demanda de inconstitucionalidad.

S.

## LANDA ARROYO

---

[1] Anaya, James “Los Pueblos Indígenas en el Derecho Internacional”, Trotta Madrid 2005 Pag. 90

[2] Convenio 169, preámbulo, párrafo 5.

[3] STC 0025-2005-PI/TC

[4] Anaya James, “Los Pueblos Indígenas en el Derecho Internacional. Ed. Trotta. Madrid 2005 pag. 237.

[5] Ib. pag. 244.

[6] Texto Sustitutorio de la Ley del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios.

[7] STC 0005-2005-CC/TC FJ 4

[8] STC N.º 0054-2004-AI / TC FJ 16.

[9] <http://www.larepublica.pe/archive/all/larepublica/20100520/9/pagina/15>

[10] Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones. Observación, CEACR/80º reunión (publicación febrero de 2010)

[11] Este texto no fue publicado en el Diario Oficial El Peruano, fue enviado por la Presidencia del Consejo de Ministros, mediante Oficio N.º 650-2008-DP/SCM. Nota incluida en la Exposición en el SPIJ.