



EL FORTALECIMIENTO DE LOS DERECHOS DE LAS COMUNIDADES INDÍGENAS A PROPÓSITO DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO RECAÍDA EN EL EXPEDIENTE N.º 00151- 2021-PA/TC, Y LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

ENHANCEMENT OF INDIGENOUS COMMUNITIES' RIGHTS IN LIGHT OF THE
PERUVIAN CONSTITUTIONAL COURT RULING IN CASE N.º 00151-2021-PA/TC,
AND THE JURISPRUDENCE OF THE INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN
RIGHTS

Dabilui Antonio Isasi Cabrera¹

Eduardo Jesus Chocano Ravina²

Resumen: Los autores abordan la Sentencia del Tribunal Constitucional peruano emitida en el Expediente N.º 00151-2021-PA/TC, que resalta la importancia de la protección de los derechos

¹ Bachiller en Derecho por la Universidad de San Martín de Porres. Miembro del Centro de Estudios de Derecho Procesal Constitucional por la misma casa de estudios. Miembro del Grupo de Estudios Constitucionales de la Universidad Nacional Federico Villarreal. Miembro egresado del Taller de Derecho Constitucional de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Código ORCID: <https://orcid.org/0009-0007-2727-9995>. Correo electrónico: dabilui.isasi@gmail.com

² Estudiante de Derecho en la Universidad de Lima y de Filosofía en la Universidad TECH. Miembro del Grupo de Estudios Constitucionales de la Universidad Nacional Federico Villarreal. Autor del libro "El Café de Cada Mañana". Asistente en investigación sobre derecho y filosofía. Código ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-2254-6197>. Correo electrónico: ejchocano@gmail.com

de las comunidades indígenas, como la consulta previa, la participación ciudadana en el desarrollo de la sociedad, y el derecho de propiedad. Asimismo, se detalla brevemente la aplicación del test de la distintividad en el presente caso. Por último, se resalta la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre estos temas.

Palabras claves: Tribunal Constitucional, comunidades indígenas, consulta previa, participación ciudadana, test de distintividad, Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Abstract: The authors delve into the judgment rendered by the Peruvian Constitutional Court in Case N°. 00151-2021-PA/TC, underscoring the crucial importance of protecting the rights of indigenous communities. This encompasses elements such as prior consultation, citizen engagement in societal development, and property rights. Furthermore, a succinct overview of the application of the distinctiveness test in the current case is provided. Lastly, the authors highlight the jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights concerning these issues.

Keywords: Constitutional Court, indigenous communities, prior consultation, citizen participation, distinctiveness test, Inter-American Court of Human Rights.

1. Introducción

En el contexto de su evidente diversidad cultural, el Perú se presenta como un país pluricultural, donde el respeto por la identidad lingüística, la equidad de género y la libertad religiosa adquieren una relevancia constitucional. En este sentido, el derecho a la igualdad emerge como un pilar fundamental para garantizar el pleno reconocimiento y respeto de los derechos de todas las comunidades. A su vez, el Estado peruano tiene la responsabilidad de asegurar que cada ciudadano sea tratado con justicia y equidad, conforme a nuestro ordenamiento jurídico nacional y a los compromisos internacionales en materia de Derechos Humanos adquiridos a través de diversos tratados internacionales.

A diferencia de la actual, la Constitución peruana de 1979 reflejaba disposiciones destinadas a salvaguardar los

derechos de las comunidades indígenas, con especial énfasis en sus tierras. En la actualidad, el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), ratificado por el Perú, desempeña un papel fundamental al garantizar los derechos de los pueblos indígenas, integrándose plenamente en el marco jurídico nacional. Este Convenio logra salvaguardar lo que anteriormente se protegía de forma directa con la Constitución de 1979.

Bajo el análisis efectuado sobre este derecho de los pueblos indígenas, es importante advertir que su integración al ordenamiento jurídico no fue inmediata una vez suscrito el tratado. Por el contrario, y como bien destacamos en este artículo, se logra gracias a un trabajo jurisprudencial del Tribunal Constitucional peruano al ser el órgano encargado del control de la Constitución (Constitución Política del Perú, 1993).

Tras reconocer la importancia de proteger a las comunidades indígenas, es relevante examinar el caso que se pretende analizar como punto de partida para este artículo. La Sentencia 461/2023 del Expediente N.º 00151-2021-PA/TC, emitida por el Tribunal Constitucional peruano, refleja claramente el constante interés en salvaguardar los derechos fundamentales, incluso de aquellos que no están explícitamente contemplados en la Constitución de 1993. Esta sentencia, a nuestro juicio, sirve como ejemplo emblemático de la continua evolución del marco legal y constitucional peruano hacia una mayor protección de los derechos humanos.

Al respecto, en el seguido caso se alegó la vulneración de los artículos 2, incisos 3 y 22; 66, 70 y 88 de la Constitución, así como de los artículos 14, 15 y 17 del Convenio 169 de la OIT. Los artículos a los que se hace referencia, regulados a nivel nacional e internacional, abordan los siguientes derechos:

- A la consulta previa,
- A la libre determinación,
- A la propiedad comunal,
- A los recursos naturales,
- A la identidad cultural, y
- A la libertad religiosa.

Dentro de este contexto constitucional, la Organización Regional de los Pueblos Indígenas del Oriente (ORPIO), como parte demandante, presentó una solicitud de declaración de nulidad respecto

a una serie de resoluciones que consideraba perjudiciales. Estas resoluciones, objeto de controversia, son las siguientes:

(i) La Resolución Ministerial 213-2011-MEM-DM, publicada en el diario oficial con fecha 5 de mayo de 2011, que aprueba el Primer Plan de Transmisión de la LT 220KV Moyobamba-Iquitos y Subestaciones Asociadas: la cual decidió cuál ruta seguirá la Línea de Transmisión Eléctrica 220 KV;

(ii) El acuerdo del consejo directivo de Proinversión adoptado en su sesión de fecha 7 de julio de 2011, publicado el 9 de julio de 2011, que aprobó el plan de promoción que convocó dicho organismo y que rigió el concurso público que otorgó la buena pro para la construcción de la LT 220 KV Moyobamba-Iquitos y subestaciones asociadas (Acuerdo Proinversión N° 436-2-2-11), en el que se puso a licitación la ejecución de la LT sobre la ruta ya decidida; y,

(iii) El Contrato de Concesión de Sistema Garantizado de Transmisión del Proyecto "Línea de Transmisión 220 KV Moyobamba-Iquitos y Subestaciones Asociadas", que celebraron el Ministerio de Energía y Minas y la empresa Líneas de Transmisión Peruana SAC, en el que se aprueba contractualmente la ruta de la Línea de Transmisión Eléctrica 220KV. (Tribunal Constitucional, EXP. N.º 00151-2021-PA/TC)

El Tribunal Constitucional resaltó que en relación con la Resolución Ministerial 213-2011-MEM-DM y el contrato de concesión, se había producido la sustracción de la materia. En el caso de la primera, debido a su plazo de vigencia determinado; y en el caso del segundo, porque la empresa Líneas de Transmisión Peruanas (LTP) notificó la resolución de pleno derecho el 3 de octubre de 2017, lo que resultó en la imposibilidad de ejecutar el contrato de concesión firmado.

En ese sentido, el alto Tribunal se limitó a analizar si la decisión administrativa contenida en el Acuerdo de Proinversión N.º 436-2-2-11, adoptado en la sesión del 7 de julio de 2011, vulneraba los derechos fundamentales alegados por la parte demandante. En respuesta a esta situación, el Tribunal Constitucional abordó diversos aspectos, destacando entre ellos los relacionados con las comunidades indígenas. Por lo tanto, comenzaremos examinando el derecho a la consulta previa, seguido por el derecho a la participación ciudadana de los pueblos indígenas y el derecho a la propiedad de los mismos, concluyendo con la evaluación de la distintividad mediante el test correspondiente.

Para cumplir con el objetivo mencionado, en este artículo se llevó a cabo una investigación cualitativa. Este enfoque de investigación se considera apropiado, ya que se centra en la generación de datos descriptivos (Quecedo Lecanda y Castaño

Garrido, 2002, p. 7), comenzando con una fase exploratoria dedicada a la recopilación e interpretación de datos, así como a la elaboración de los diversos contenidos desarrollados. De tal forma que por medio de diversas bases de datos existentes se puede construir conocimiento.

Esta revisión, que incluyó tanto artículos académicos como sentencias del Tribunal Constitucional, nos permitió desarrollar y proponer nuevos contenidos relacionados con el derecho a la consulta previa, la participación ciudadana de los pueblos indígenas, el régimen de propiedad en el contexto de las comunidades indígenas y la aplicación del test de la distintividad. Cabe destacar que se dio prioridad a la utilización de recursos disponibles en línea debido a su acceso rápido y directo.

2. El derecho a la consulta previa en el Estado peruano

Es importante señalar que el derecho a la consulta previa no está expresamente enumerado en nuestra Constitución Política. Sin embargo, en virtud de su artículo 55, el Estado reconoce como parte del derecho nacional los tratados internacionales celebrados y vigentes, entre los cuales se encuentra el Convenio 169 de la OIT³ sobre pueblos indígenas y tribales.

En relación con lo anterior, los objetivos del Convenio 169 de la OIT (1989) aplican a los pueblos tribales cuyas

³ Convenio 169 de la OIT, aprobado mediante Resolución Legislativa N.º 26253, publicada el 5 de diciembre de 1993.

condiciones sociales, culturales y económicas les distinguen de otros sectores de la colectividad nacional. Sobre ello, el artículo 6, inciso 1 del referido Convenio garantiza que 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" (Convenio Núm. 169 de la OIT, 1989).

Ahondando en la consulta previa, en la Sentencia recaída en el Expediente N.º 03343-2007-PA/TC, el Tribunal Constitucional emitió el primer pronunciamiento sobre el derecho a la consulta previa, concluyendo que dicha consulta "debe realizarse antes de emprender cualquier proyecto relevante que pudiera afectar la salud de la comunidad nativa o su hábitat natural" (Tribunal Constitucional, EXP. N.º 03343-2007-PA/TC).

Posterior a ello, en la Sentencia recaída en el Expediente N.º 00022-2009-PI/TC, se subrayó la importancia del derecho a la consulta previa como derecho constitucional, en tanto el Convenio 169 de la OIT:

(...) no 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. (Tribunal Constitucional, EXP. N.º 0022-2009-PI/TC)

Asimismo, el Tribunal Constitucional dejó establecido que las características y principios que configuran este proceso de consulta son: a) la buena fe, b) la flexibilidad, c) el objetivo de alcanzar un acuerdo, d) la transparencia; y, e) la implementación previa del proceso de consulta (Tribunal Constitucional, EXP. N.º 0022-2009-PI/TC).

En esa misma Sentencia también se señaló que el contenido constitucionalmente protegido del derecho a la consulta previa está comprendido por: "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" (Tribunal Constitucional, EXP. N.º 0022-2009-PI/TC, fd. 37).

De acuerdo a los dos pronunciamientos antes señalados, el alto Tribunal ha mantenido un orden a nivel jurisprudencial sobre el derecho a la consulta previa, los cuales damos cuenta en el siguiente cuadro elaborado:

Tabla 1

Pronunciamientos del TC con respecto al derecho a la consulta previa			
N.º	Expedientes	Fundamentos jurídicos relevantes	Fecha de publicación en la Web del TC
1	06316-2008-PA/TC	14-22	30/06/2010

2	05427-2009-PC/TC	55-60	23/08/2010
3	00023-2009-PI/TC	6-7	19/10/2010
4	00025-2009-PI/TC	20-33	17/03/2011
5	00024-2009-PI/TC	4-9	09/08/2011
6	00005-2012-PI/TC	34-38	14/01/2013
7	02420-2012-PC/TC	29	07/06/2016
8	01717-2014-PC/TC	22-31	31/03/2021
9	03326-2017-PA/TC	29-56	28/06/2023

Fuente: Elaboración propia

Evidentemente los pronunciamientos emitidos por el Tribunal Constitucional han repercutido de manera favorable en nuestro ordenamiento jurídico, ya que en la actualidad contamos con la Ley N.º 29785, Ley del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 7 de setiembre de 2011. En base a lo observado sobre dicha norma con rango ley, podemos advertir lo siguiente:

- El título primero de la ley está dirigido a señalar la finalidad y los principios de la consulta previa;
- El título segundo de la ley está dirigido a precisar los sujetos (pueblos indígenas u originarios) a ser consultado;

- El título tercero de la ley está dirigido a desarrollar las etapas del proceso de consulta;
- El título cuarto de la ley está dirigido a precisar las obligaciones de las entidades estatales respecto al proceso de consulta;
- Cuenta con cuatro (4) disposiciones complementarias finales que subrayan el órgano técnico especializado en la materia, los alcances de la presente norma, la derogación del Decreto Supremo 023-2011-EM, y la fecha de entrada en vigencia.

De igual forma, la precitada Ley cuenta con su propio reglamento aprobado por Decreto Supremo N.º 001-2012-MC⁴. A la luz de ambas normas, destacamos que los pueblos indígenas u originarios serán “consultados de forma previa sobre las medidas legislativas o administrativas que afecten directamente sus derechos colectivos, sobre su existencia física, identidad cultural, calidad de vida o desarrollo” (Ley del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios, reconocido en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), 2011).

Por su parte, el artículo 3 del Reglamento de la Ley N.º 29785 define que por afectación directa “Se considera que una medida legislativa o administrativa afecta directamente al o los pueblos indígenas

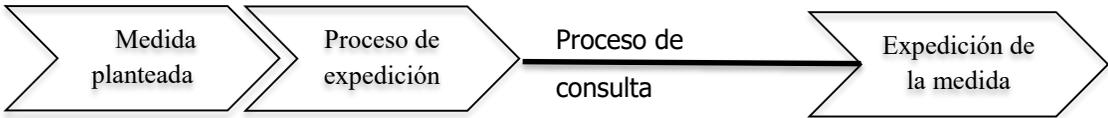
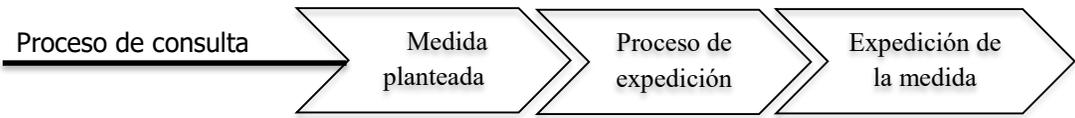
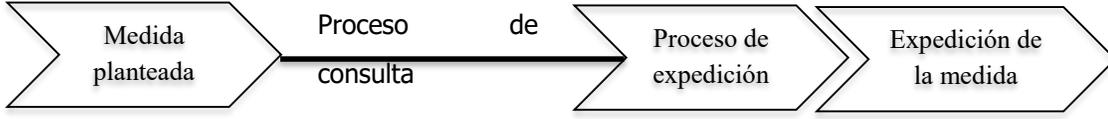
⁴ Reglamento de la Ley N.º 29785, Ley del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios reconocido en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT),

aprobado por Decreto Supremo 001-2012-MC, publicado en el diario oficial *El Peruano* con fecha 3 de abril de 2012.

cuando contiene aspectos que pueden producir cambios en la situación jurídica o en el ejercicio de los derechos colectivos de tales pueblos” (Reglamento de la Ley N.º 29785, Ley del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios reconocido en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), 2012).

De acuerdo a la normativa antes expuesta (Ley N.º 29785 y su Reglamento), consideramos que existe un concepto ambiguo sobre el momento de efectuar la consulta previa, es decir se puede entender los siguientes supuestos:

Tabla 2

Carácter ambiguo del artículo 2 de la Ley 29785	
1	<p>Si la consulta se realiza durante el procedimiento de expedición de la medida legislativa o administrativa.</p>  <pre> graph LR A[Medida planteada] --> B[Proceso de expedición] B --> C[Proceso de consulta] C --> D[Expedición de la medida] </pre>
2	<p>Si la consulta se realiza previamente a presentarse la medida legislativa o administrativa ante el órgano correspondiente.</p>  <pre> graph LR A[Proceso de consulta] --> B[Medida planteada] B --> C[Proceso de expedición] C --> D[Expedición de la medida] </pre>
3	<p>Si la consulta se realiza una vez realizada la medida legislativa o administrativa ante el órgano correspondiente, pero sin ser presentada ante en el órgano correspondiente para su expedición.</p>  <pre> graph LR A[Medida planteada] --> B[Proceso de consulta] B --> C[Proceso de expedición] C --> D[Expedición de la medida] </pre>

Fuente: Elaboración propia

A nuestro criterio, el término: “los pueblos indígenas u originarios serán consultados de forma previa”, debe entenderse siempre y cuando exista una medida legislativa o administrativa debidamente elaborada por parte de la institución u órgano correspondiente. En este caso, el supuesto número 3, resultaría acorde con el artículo 14 del reglamento de Ley N.º 29785.

En efecto, consideramos que el proceso de consulta previa resulta eficaz cuando se tiene una medida administrativa o legislativa realizada, toda vez que se cuenta con un análisis adecuado de su impacto, independientemente de los recursos que se demandan para la realización de dicho análisis.

Debemos indicar que entre los primeros antecedentes del reconocimiento del derecho a la consulta previa por parte de

la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) se encuentra el Caso Comunidad indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. En esta ocasión, la Corte IDH acreditó que la mencionada comunidad había rechazado la oferta de adjudicación de sus tierras contenidas en un proyecto legislativo. Este último se había originado sin “haber sido consultada ni acordada previamente con los miembros de la Comunidad” (Corte IDH, Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs Paraguay, 2005).

Posterior a ello, la Corte IDH, a través del Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam, resaltó el derecho a la consulta previa, libre e informada de pueblos indígenas y tribales frente a eventuales proyectos que impliquen la afectación de los recursos naturales en sus territorios. Este tema queda evidenciado en el párrafo 133 del mencionado Caso:

Primero, la Corte ha manifestado que al garantizar la participación efectiva de los integrantes del pueblo Saramaka en los planes de desarrollo o inversión dentro de su territorio, el Estado tiene el deber de consultar, activamente, con dicha comunidad, según sus costumbres y tradiciones (supra párr. 129). Este deber requiere que el Estado acepte y brinde información, e implica una comunicación constante entre las partes. Las consultas deben realizarse de buena fe, a través de procedimientos culturalmente adecuados y deben tener como fin llegar a un acuerdo. Asimismo, se debe consultar con el pueblo

Saramaka, de conformidad con sus propias tradiciones, en las primeras etapas del plan de desarrollo o inversión y no únicamente cuando surja la necesidad de obtener la aprobación de la comunidad, si éste fuera el caso. El aviso temprano proporciona un tiempo para la discusión interna dentro de las comunidades y para brindar una adecuada respuesta al Estado. El Estado, asimismo, debe asegurarse que los miembros del pueblo Saramaka tengan conocimiento de los posibles riesgos, incluido los riesgos ambientales y de salubridad, a fin de que acepten el plan de desarrollo o inversión propuesto con conocimiento y de forma voluntaria. (El énfasis es nuestro) (Corte IDH, Caso del Pueblo Saramaka vs Surinam, 2007)

Por su parte, en el Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador, la Corte IDH ha señalado que “se debe consultar, de conformidad con las propias tradiciones del pueblo indígena, en las primeras etapas del plan de desarrollo o inversión y no únicamente cuando surja la necesidad de obtener la aprobación de la comunidad” (Corte IDH, Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs Ecuador, 2012).

Por otro lado, la Corte IDH ha establecido en el Caso Comunidad Garífuna de Puente Piedra y sus miembros Vs. Honduras en su párrafo 215 que los Estados deben cumplir con los siguientes procedimientos:

i) efectuar un proceso adecuado y participativo que garantice su derecho a la consulta; ii) realizar un estudio previo de impacto ambiental y social; y iii) en su caso, compartir razonablemente los beneficios que se produzcan de la explotación de los recursos naturales. (Corte IDH, Caso Comunidad Garifuna de Puente Piedra y sus miembros vs Honduras, 2015)

Finalmente, al volver enfatizar en el carácter general que tienen las normas en nuestro ordenamiento jurídico peruano sobre el derecho a la consulta previa, podremos evidenciar -como ya lo hemos señalado- que continúan las problemáticas, ya que los procedimientos para cubrir los vacíos legales advertidos quedan a discrecionalidad de los órganos competentes, inclusive si nos ponemos a observar que las modificaciones se efectúan en los reglamentos.

3. El derecho a la participación ciudadana de los pueblos indígenas

Antes de partir con el derecho a la participación ciudadana de los pueblos indígenas, es importante conocer respecto al derecho de libre determinación de los pueblos indígenas. El artículo 7.1 del Convenio 169 de la OIT garantiza en un primer extremo la libre determinación de los pueblos indígenas, toda vez que señala que estos:

deberán tener el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural. (Convenio Núm. 169 de la OIT, 1989, p.31)

Por otro extremo, consideramos que dicho artículo también promueve el derecho de participación de dichos pueblos, en tanto se dispone que estos “deberán participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente” (Convenio Núm. 169 de la OIT, 1989, p.31).

Sobre este último extremo, el destacado especialista, Carhuatocto Sandoval (2019) señala que “el derecho a la consulta previa es un derecho colectivo que se materializa en un acto administrativo cuya legitimidad y validez depende exclusivamente de la voluntad de la entidad estatal” (p. 64).

Por su parte, el ilustre jurista Francisco José Eguiguren Praeli (2016) complementa lo antes señalado agregando que tal derecho:

(...) constituye expresión del desarrollo de la democracia política y social, del respeto a la diversidad y

pluralidad étnica y cultural existente en múltiples Estados y regiones del mundo. Constituye una forma de eliminación de la desigualdad y de la discriminación que tradicionalmente han padecido estas colectividades humanas. (p. 62)

En cuanto a lo subrayado en la Sentencia N.º 00151-2021-PA/TC, se enfatiza que el derecho de participación de los pueblos indígenas “garantiza que estos puedan participar activamente en los asuntos que les competen” (Tribunal Constitucional, EXP. N.º 00151-2021-PA/TC). Asimismo, se destaca que este es:

(...) un deber constitucional, que surge del derecho a la participación en la vida política, social y económica del país reconocido en el artículo 2, inciso 17, de la Constitución, pero con el énfasis especial que merecen las comunidades nativas, que las distinguen, en atención a su cosmovisión, del resto del colectivo nacional (...). (Tribunal Constitucional, EXP. N.º 00151-2021-PA/TC)

Habiendo dejado en claro que tanto el derecho de la consulta previa y de participación se desprenden del Convenio 169 de la OIT, consideramos pertinente proceder con el desarrollo del régimen de propiedad en el caso de las comunidades indígenas, el cual podemos ir mencionando posee una protección especial por parte del Estado. Adicional a lo ya señalado, es importante observar lo dicho por el Tribunal

Constitucional respecto a la diferencia del derecho a la consulta previa con el derecho a la participación ciudadana de las comunidades indígenas:

Así pues, mientras que el derecho a la consulta previa garantiza que la opinión de los pueblos indígenas sea tomada en cuenta antes de adoptarse una decisión definitiva que pueda afectarles, el derecho a la participación ciudadana hace posible la libre intervención de las personas en el ámbito político, económico, social y cultural de la nación. Es por esto que el propio Convenio 169 regula por separado este último derecho en sus artículos 6, inciso b, y 7. (Cfr. Sentencia 05427-2009-PA/TC, fundamento 62). [Énfasis nuestro]. Esta dimensión de tutela es un derecho continente en donde se puede incardinar la pretensión de los recurrentes: libre determinación, propiedad comunal, recursos naturales, identidad cultural y libertad religiosa (en visión propia). (EXP. N.º 00151-2021-PA/TC)

De esta manera el Tribunal Constitucional busca dejar en claro que ambos derechos son distintos entre sí y que es el derecho a la participación ciudadana un derecho continental que busca la protección de la intervención de las comunidades indígenas en los múltiples aspectos de una vida en sociedad como lo es el religioso o cultural.

Por otro lado, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) en el caso Comunidad Garífuna de San Juan y sus miembros Vs. Honduras ha destacado su jurisprudencia con respecto al derecho a la participación y a la consulta previa en su párrafo 119 de la siguiente manera:

(...) el derecho a la consulta de los pueblos indígenas y tribales, además de constituir una norma convencional, es también un principio general del Derecho Internacional que está cimentado, entre otros, en la estrecha relación de dichas comunidades con su territorio y en el respeto de sus derechos a la propiedad colectiva y a la identidad cultural. Dichos derechos deben ser garantizados, particularmente, en una sociedad pluralista, multicultural y democrática. Esto implica la obligación de los Estados de garantizar a los pueblos indígenas y tribales su participación en las decisiones relativas a medidas que pueden afectar sus derechos, y en particular su derecho a la propiedad comunal, de acuerdo con sus valores, costumbres y formas de organización. (El énfasis es nuestro) (Corte IDH, Caso Comunidad Garífuna de San Juan y sus Miembros vs Honduras, 2023)

En el mismo tenor, la Corte IDH en el Caso del Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku ha establecido en su párrafo 187 que: "la planificación y realización del proceso de consulta no es un deber que

pueda eludirse delegándolo en una empresa privada o en terceros, mucho menos en la misma empresa interesada en la explotación de los recursos en el territorio de la comunidad sujeto de la consulta" (Corte IDH, Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs Ecuador, 2012).

Por lo tanto, tenemos un marco debidamente establecido, que a pesar de los fallos del Tribunal Constitucional y la Corte IDH, aún logran existir zonas donde no se cumple debidamente el respeto al derecho a la consulta previa, ni al de participación de ciudadana.

4. El régimen de propiedad en el caso de las comunidades indígenas

Antes de partir con el régimen de propiedad en el caso de las comunidades indígenas, es importante presentar incipientemente en qué consiste el derecho de propiedad. Este derecho se presenta en la Constitución Política, primero en el artículo 2, inciso 16, con estas palabras: "Toda persona tiene derecho: (...) A la propiedad y a la herencia" (Constitución Política del Perú, 1993); y luego posee desarrollo más amplio mediante el artículo 70 de la misma Norma Fundamental:

El derecho de propiedad es inviolable. El Estado lo garantiza. Se ejerce en armonía con el bien común y dentro de los límites de ley. A nadie puede privarse de su propiedad si no, exclusivamente, por causa de seguridad nacional o necesidad

pública, declarada por ley, y previo pago en efectivo de indemnización justipreciada que incluya compensación por el eventual perjuicio. Hay acción ante el Poder Judicial para contestar el valor de la propiedad que el Estado haya señalado en el procedimiento expropiatorio. (Constitución Política del Perú, 1993)

De esta manera, entendemos que el derecho a la propiedad es parte de la libertad económica que se brinda a los privados mediante el artículo 59 de la Constitución con el objetivo de proteger su titularidad y protección de un bien en específico, lo cual se logra al establecer que el derecho de propiedad es inviolable bajo ciertos supuestos.

Una vez se analizó brevemente al derecho de propiedad, podemos pasar al derecho de propiedad en el caso de las comunidades indígenas, al respecto de ello, la norma suprema contempla el siguiente en el artículo 89:

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. (Constitución Política del Perú, 1993)

Como se puede observar, la Constitución Política señala que la propiedad en el caso de las comunidades indígenas resulta imprescriptible. Asimismo, el Convenio 169 de la OIT (1989) señala en su artículo 14, inciso 1 que:

1. Deberá reconocerse a los pueblos interesados el derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan. Además, en los casos apropiados, deberán tomarse medidas para salvaguardar el derecho de los pueblos interesados a utilizar tierras que no estén exclusivamente ocupadas por ellos, pero a las que hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia. A este respecto, deberá prestarse particular atención a la situación de los pueblos nómadas y de los agricultores itinerantes.

Por último, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas expresa en sus artículos 26 y 27, el derecho que tienen estos pueblos sobre las tierras, territorios y recursos que han poseído, siendo el Estado quien se encarga de asegurar su reconocimiento y protección a través de un proceso equitativo, independiente, imparcial, abierto y transparente.

Al respecto del tema planteado en este apartado, el jurista Antonio Peña Jumpa señaló lo siguiente de la causal de distinción entre el derecho de propiedad en general con el caso de las comunidades indígenas:

La propiedad en las Comunidades Andinas está vinculada a su medio geográfico y su cultura. El medio geográfico es vivo en el mundo de las comunidades. Los cerros, las laderas, los ríos, las lagunas, los bosques o la pampa son espacios geográficos que interactúan con las lluvias, el viento, la granizada, el sol y la presencia del ser humano. (Peña Jumpa, 2012, p. 259)

Por lo tanto, en base a lo citado, entendemos que la importancia de la propiedad en el caso de las comunidades indígenas proviene de que estas poseen un valor tanto cultural como a su estilo de vida para ellos. Ellos se adecuan al terreno donde viven y brindan un significado al medio geográfico en donde se encuentran. Por lo tanto, resulta importante una protección especial por parte del Estado como de todos los agentes de la sociedad.

Asimismo, es importante mencionar lo señalado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos al respecto en el Informe N.º 40/04, Comunidades Indígenas Mayas del Distrito de Toledo: "(...) La Comisión ha subrayado el carácter singular del derecho de propiedad aplicado a los pueblos indígenas, puesto que las tierras tradicionalmente utilizadas y ocupadas por estas comunidades es un factor primordial

de su vitalidad física, cultural y espiritual" (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2004, párrafo 155).

Por otro lado, la Corte Interamericana de Derechos Humanos señaló en su Opinión Consultiva 23/17 lo siguiente respecto al derecho de propiedad en el caso de las comunidades indígenas:

En particular, en casos sobre derechos territoriales de pueblos indígenas y tribales, este Tribunal se ha referido a la relación entre un medio ambiente sano y la protección de derechos humanos, considerando que el derecho a la propiedad colectiva de estos está vinculado con la protección y acceso a los recursos que se encuentran en los territorios de los pueblos, pues estos recursos naturales son necesarios para la propia supervivencia, desarrollo y continuidad del estilo de vida de dichos pueblos. Asimismo, la Corte ha reconocido la estrecha vinculación del derecho a una vida digna con la protección del territorio ancestral y los recursos naturales (...). (Corte Interamericana De Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-23/17, 2017, p.22)

Con lo señalado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, reforzamos lo advertido por el autor precitado como lo expresado en las normas antes nombradas respecto a que el derecho de propiedad en el caso de las comunidades indígenas posee una protección especial por

parte del Estado debido a que en el caso de estas comunidades su territorio posee un vínculo tanto cultural como en su forma de vivir. De tal forma que de verse afectado este derecho para estas personas se alteraría el desarrollo de todo su prospecto de vida.

Sin embargo, es necesario señalar que en la sentencia que estamos analizando, el Tribunal Constitucional estableció una limitación con respecto a lo que se ha venido desarrollando en relación con la propiedad en el caso de las comunidades indígenas.:

Si bien el concepto de territorio tiene un sentido distinto para las comunidades campesinas y nativas, es menester resaltar que este estatus especial no significa que sea un derecho absoluto. Tienen un derecho a la propiedad para garantizar su desarrollo – incluyendo el sentido de sus actividades culturales, religiosas y económicas– pero este no es absoluto, como ningún derecho fundamental lo es en el Estado constitucional. Así, la consulta previa o la participación no presuponen mayor valor sobre otros derechos fundamentales, sino mecanismos de socialización y de cooperación para afirmar una sociedad más inclusiva y justa en claro respeto a las sociedades heterogéneas que confluyen en el Perú. (Tribunal Constitucional, EXP. N.º 00151-2021-PA/TC)

Lo señalado por el Tribunal Constitucional nos permite comprender que este derecho que poseen las comunidades indígenas no puede ir en contra de los demás derechos presentes en el Estado Constitucional de Derecho peruano. Por lo tanto, no resulta un derecho absoluto.

5. El test de la distintividad

Por último, y lo que consideramos más resaltante de la Sentencia que inspiró la realización del presente artículo, fue el desarrollo del test de la distintividad. Dicho test proviene del caso R. v. Van der Peet de la Corte Suprema de Canadá, el cual señaló, entre diversos aspectos, que:

In assessing a claim to an aboriginal right a court must first identify the nature of the right being claimed in order to determine whether a claim meets the test of being integral to the distinctive culture of the aboriginal group claiming the right. To characterize an applicant's claim correctly, a court should consider such factors as the nature of the action which the applicant is claiming was done pursuant to an aboriginal right, the nature of the governmental regulation, statute or action being impugned, and the practice, custom or tradition being relied upon to establish the right. The activities must be considered at a general rather than specific level. They may be an exercise in modern form of a pre-contact practice, custom or tradition

and the claim should be characterized accordingly

To be integral, a practice, custom or tradition must be of central significance to the aboriginal society in question -- one of the things which made the culture of the society distinctive. A court cannot look at those aspects of the aboriginal society that are true of every human society (e.g., eating to survive) or at those aspects of the aboriginal society that are only incidental or occasional to that society. It is those distinctive features that need to be acknowledged and reconciled with the sovereignty of the Crown. (Supreme Court of Canada, 1996)

De lo citado podemos comprender que al momento de analizar una costumbre atribuido a una comunidad indígena se tiene que identificar si dicha costumbre que se busca proteger forma parte de la cultura distintiva de la comunidad indígena. Asimismo, el análisis debe darse de forma general en tal sentido que se considera que la costumbre proveniente de la época anterior a la influencia europea pudiese sufrir modificaciones respecto a cómo fue en sus inicios. Por otro lado, debe considerarse que para que acontezca su existencia de una costumbre de las comunidades indígenas este tiene que ser algo distintivo de la comunidad.

Esta es la decisión más importante que establece el test que debe satisfacer cualquier comunidad aborígena para probar la existencia de

sus derechos ancestrales. En base a ella, el pueblo en cuestión debe demostrar que una actividad, costumbre o tradición era integral para la cultura distintiva de la comunidad indígena con anterioridad a la llegada de los europeos. (Reguart Segarra, 2021, p. 37)

Con las palabras dadas por la autora citada, entendemos que el test de la distintividad apunta a que la comunidad indígena pueda demostrar que aquella actividad, costumbre o tradición que alegan es parte de su cultura histórica, en realidad sí lo sea, desde antes que la comunidad indígena se mezclase con los europeos, esto último puede entenderse debido a que se busca la protección de lo ancestral que diferencia a la comunidad indígena del resto de la población y sea una actividad, costumbre o tradición integral de la comunidad indígena.

Es así que el Tribunal Constitucional peruano en el presente caso optó por especificar cuáles fueron los diez criterios señalados por la Corte Suprema de Canadá, quedando redactado de la siguiente manera:

Asimismo, el test reconoce diez criterios para que una práctica cultural se considere "integral". Estos son los siguientes, en los términos de la referida sentencia:

- Los tribunales deben tener en cuenta la perspectiva de los propios pueblos aborígenas (fundamento 48);
- Los tribunales deben determinar con precisión la naturaleza de la

reclamación que se formula para determinar si un reclamante aborígen ha demostrado la existencia de un derecho aborígen (fundamento 50);

- A fin de ser una práctica integral, la costumbre o la tradición deben tener una importancia fundamental para la sociedad aborígen en cuestión (fundamento 54);

- Las prácticas, costumbres y tradiciones que constituyen derechos aborígenes son las que tienen continuidad con las prácticas, costumbres y tradiciones que existían antes del contacto (fundamento 59);

- Los tribunales deben abordar las normas de la prueba a la luz de las dificultades probatorias inherentes a la resolución de las reclamaciones de los aborígenes (fundamento 67);

- Las reclamaciones de los derechos de los aborígenes deben dirimirse sobre una base específica y no general (fundamento 69);

- Para que una práctica, costumbre o tradición constituya un derecho aborígen debe tener un significado independiente para la cultura aborígen en la que existe (fundamento 70);

- La condición esencial de una prueba cultural distintiva exige que una práctica, costumbre o tradición sea distintiva; no requiere que dicha práctica, costumbre o tradición sean distintas (fundamento 71);

- La influencia de la cultura europea solo será relevante para la investigación si se demuestra que la práctica, la costumbre o la tradición

solo son integrales debido a esa influencia (fundamento 73);

- Los tribunales deben tener en cuenta tanto la relación de los pueblos aborígenes con la tierra como las distintas sociedades y culturas de los pueblos aborígenes (fundamento 74). (Tribunal Constitucional, EXP. N° 00151-2021-PA/TC)

En relación al presente test de referencia, se advirtió además que las prácticas, costumbres o tradiciones deben ser examinadas a la vista de los mismos pueblos de aborígen. En esa línea, Eisenberg, citado en la misma sentencia, señala que "la Corte Suprema de Canadá diseñó el test y un conjunto de criterios para determinar cuándo una práctica cultural aborígen debería ser exceptuada de las normas estatales" (Tribunal Constitucional, EXP. N.º 00151-2021-PA/TC).

Por consiguiente, no debemos dejar pasar que, con la aplicación de este test, se ejerce un razonamiento evidentemente diferenciado que puede efectuarse en un determinado departamento del Perú (podríamos decir en la región de la Sierra y la Selva del Perú), atendiendo a los objetivos de tutelar los derechos fundamentales de los pueblos aborígenes.

6. Conclusiones

A efectos de culminar nuestro análisis, es importante subrayar que la presente sentencia emitida por el Tribunal Constitucional no constituye el reconocimiento de un nuevo deber

constitucional, toda vez que en los mismos fundamentos de dicha resolución se destaca que aquel deber “surge del derecho a la participación en la vida política, social y económica del país reconocido en el artículo 2, inciso 17, de la Constitución, pero con el énfasis especial que merecen las comunidades nativas” (Tribunal Constitucional, EXP. N.º 00151-2021-PA/TC, fd. 55).

De igual manera, la Sentencia nos permitió profundizar en diversos temas importantes respecto a las comunidades indígenas como el derecho a la consulta previa, el derecho a la participación a de los pueblos indígenas y su régimen de propiedad. Lo mencionado nos lleva a tomar en cuenta que los referidos derechos, pese a no estar contemplados expresamente en la Constitución, han sido materia de reconocimiento por nuestro Tribunal Constitucional peruano, y luego plasmado normativamente en la Ley N.º 29785.

En el artículo elaborado, advertimos que existen problemas respecto al empleo del derecho a la consulta previa, y en consecuencia hemos recomendado una interpretación que podría resultar beneficioso para las comunidades indígenas, el Estado y las empresas del sector privado. La idea de contar con un informe técnico previo sobre el proyecto administrativo o legislativo generaría la seguridad de nuestras comunidades, es decir habría predictibilidad y conocimiento sobre quienes será los agentes responsables para ambos lados, y el impacto que generará sobre el medio ambiente donde habitan.

Finalmente, consideramos que el empleo del test de la distintividad proveniente de la Corte Suprema de Canadá, podría generar una expectativa que el Tribunal Constitucional considere pertinente utilizarlo en un siguiente caso. Dicho test resulta de suma utilidad debido a que busca analizar si una costumbre realmente forma parte de la cultura histórica de una comunidad indígena. Esto tiene como objetivo el reconocer si resulta necesario brindar una protección especial a dicha costumbre para la debida supervivencia y desarrollo de una comunidad.

Referencias Bibliográficas:

- Constitución Política del Perú (1993). <http://www.pcm.gob.pe/wp-content/uploads/2013/09/Constitucion-Pol%C3%ADtica-del-Peru-1993.pdf>
- Convenio Núm. 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes. Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (27 de junio de 1989). https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro/lima/documents/publication/wcms_345065.pdf
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (17 de junio de 2005). Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas.

- https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_125_esp.pdf
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (28 de noviembre de 2007). Caso del Pueblo de Saramaka vs Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_172_esp.pdf
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (27 de junio de 2012). Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs Ecuador. Fondos y Reparaciones. https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_245_esp.pdf
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (8 de octubre de 2015). Caso Comunidad Garífuna de Puente Piedra vs Honduras. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_304_esp.pdf
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (15 de noviembre de 2017). Opinión Consultiva OC-23/17 de 15 de noviembre de 2017 solicitada por la República de Colombia. Medio Ambiente y Derechos Humanos. https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_23_esp.pdf
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (29 de agosto de 2023). Caso Comunidad Garífuna de San Juan y sus miembros vs. Honduras. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_496_esp.pdf
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2004). *Informe N.º 40/04, Caso 12.053 Fondo Comunidades Indígenas Mayas del Distrito de Toledo Belice*. <https://cidh.oas.org/annualrep/2004sp/Belize.12053.htm>
- Carhuatocto, H. (2019). *La consulta previa en la certificación ambiental y los proyectos extractivos*. Editorial Juristas Editores EIRL.
- Eguiguren Praeli, F. J. (2016). El derecho de los pueblos indígenas a la consulta previa: desarrollo, dificultades y desafíos. *Pensamiento Constitucional*, 21(21), 61-80. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/article/view/18700/18941>
- EXP. N.º 03343-2007-PA/TC (2007). <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2009/03343-2007-AA.pdf>
- EXP. N.º 0022-2009-PI/TC (2009). <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/00022-2009-AI.html>
- EXP N.º 00151-2021-PA/TC (2021). <https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2024/01/Expediente-00151-2021-PA-TC-LPDerecho.pdf>

- Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. Ley N° 28301 (2004). Diario oficial El Peruano. https://www.tc.gob.pe/wp-content/uploads/2018/09/ley_organica-1.pdf
- Ley del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios reconocido en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT). Ley N° 29785 (2011). Diario oficial El Peruano. <https://consultaprevia.cultura.gob.pe/sites/default/files/pi/archivos/Ley%20N%C2%B0%2029785.pdf>
- Reglamento de la Ley N° 29785, Ley del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios reconocido en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT). Decreto Supremo N° 001-2012-MC (2012). Diario oficial El Peruano. <https://faolex.fao.org/docs/pdf/per128122.pdf>
- Reguart Segarra, N. (2021). *Los pueblos indígenas de Canadá y la defensa de sus territorios sagrados Análisis sociológico y jurisprudencial*. Cuadernos Deusto de Derechos Humanos Núm. 98. <http://www.deusto-publicaciones.es/deusto/pdfs/cuadernosdcho/cuadernosdcho98.pdf>
- Peña Jumpa, A. (2012). La propiedad originaria en América: el derecho de propiedad en las Comunidades Andinas y Amazónicas del Perú. *Ius Et Veritas*, (45), 254-272. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas2/article/view/12002/12570>
- Supreme Court of Canada (1996). CR. v. Vander Peet. <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/1407/index.do>
- Quecedo Lecanda, R. y Castaño Garrido, C. (2002). Introducción a la metodología de investigación cualitativa. *Revista de Psicodidáctica*, (14), 5-39. <https://www.redalyc.org/pdf/175/17501402.pdf>