

*PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERU*

*FACULTAD DE DERECHO*



**DOS CARAS**  
**La protección de los derechos de los pueblos indígenas según el Tribunal**  
**Constitucional peruano**

Tesis para optar el Título de Licenciado en Derecho que presenta el  
Bachiller:

RICARDO AARÓN VERONA BADAJOZ

ASESOR: DR. JORGE ARMANDO GUEVARA GIL

LIMA 2014

## ÍNDICE GENERAL

AGRADECIMIENTOS

INTRODUCCIÓN

PRIMERA PARTE

EL ESCENARIO Y LOS ACTORES

CAPÍTULO I:

Estado-Nación y pluralidad étnica: "Todo lo sólido se desvanece en el aire"

1. Estado-Nación, cultura y pueblos indígenas
  - 1.1. La sociedad moderna y el Estado-Nación
    - 1.1.1. Estado-Nación: Escenario y actor
  - 1.2. Cultura, pueblos indígenas y conflicto cultural
    - 1.2.1. Naturaleza relacional e histórica de los grupos culturales
    - 1.2.2. Relaciones culturales desiguales
    - 1.2.3. Carácter político de las reivindicaciones étnicas
2. Estado constitucional de Derecho y Tribunal Constitucional:  
Revisando las premisas
  - 2.1. Las funciones del Tribunal Constitucional: Interpretar para aplicar
  - 2.2. El dilema del doble potencial: El moderno Jano

SEGUNDA PARTE

ENFOQUES DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL SOBRE LA PLURALIDAD  
ÉTNICA Y LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS

## CAPÍTULO II:

Viejas malas costumbres: El evolucionismo furtivo del Tribunal Constitucional

1. Asimilacionismo: Anulación, asimilación o eliminación: lo que funcione mejor
  - 1.1. Análisis jurisprudencial
2. Integracionismo: Casi el reconocimiento de las diferencias
  - 2.1. Análisis jurisprudencial
3. Comentarios finales sobre el asimilacionismo e integracionismo del Tribunal Constitucional

## CAPÍTULO III:

Las pretensiones multiculturales del Tribunal Constitucional: La soñada coherencia

1. Multiculturalismo: Potencial y límites del reconocimiento
2. Interculturalidad: La (re)construcción dialógica del Estado
  - 2.1. Teoría y retórica intercultural
3. Análisis jurisprudencial
  - 3.1. “Tres Islas”: La ambigüedad como síntesis
4. Comentarios finales sobre el multiculturalismo del Tribunal Constitucional

## CAPÍTULO IV:

Mundos posibles: La vía intercultural y un Tribunal que responda a ella

1. El paso intercultural: “Una voz que no es nuestra también puede llamarnos”

- 1.1. Cuestionamientos al enfoque intercultural: Argumentos pendientes y la importancia del Tribunal Constitucional respecto a ellos
2. La función intercultural del Tribunal Constitucional
  - 2.1. La imparcialidad extendida

COROLARIO

BIBLIOGRAFÍA



## ÍNDICE DE GRÁFICOS Y CUADROS

- Gráfico 1 La relevancia del TC en relación con los paradigmas de la sociedad moderna, el Estado-Nación y el ECD y la diversidad cultural
- Gráfico 2 Esquema integrado de los enfoques y proyectos para abordar la pluralidad étnica dentro de los Estados
- Gráfico 3 Línea de tiempo de las sentencias analizadas
- Gráfico 4 Porcentaje de sentencias analizadas según el derecho indígena principalmente reivindicado
- Gráfico 5 Línea de tiempo de las sentencias asimilacionistas
- Gráfico 6 Línea de tiempo de las sentencias integracionistas
- Gráfico 7 Línea de tiempo de las sentencias multiculturales
- Gráfico 8 Estructura del diálogo intercultural
- Cuadro 1 Conformación histórica del Tribunal hasta el año 2012

## SIGLAS Y ACRÓNIMOS

CIDH	Comisión Interamericana de Derechos Humanos
Convenio 169	Convenio N.º 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes de la Organización Internacional del Trabajo
Corte IDH	Corte Interamericana de Derechos Humanos
Declaración	Declaración de la Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas
ECD	Estado Constitucional de Derecho
Exp.	Expediente
f.	Fundamento
ONU	Organización de Naciones Unidas
OIT	Organización Internacional del Trabajo
PIDCP	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
PIDESC	Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales
TC	Tribunal Constitucional

## AGRADECIMIENTOS

En este viaje, a Ricardo Verona y Osmar Verona, por dejarme y animarme a seguirlo; a Eglia Badajoz, Christine Benoît y Felipe Zegarra, por confiar en que podía hacerlo; a Javier Monroe, por encauzarme; a Roxana Vergara, Aníbal Gálvez, Javier La Rosa, Cecilia Serpa y Renato Levaggi, por hacerme pensar cada paso; a Magaly Ugaz, por iluminar los pasajes más oscuros; y a Armando Guevara Gil, por no dejar que pierda el rumbo, acompañarme hasta el final del camino y enseñarme a andar seguro.



## INTRODUCCIÓN

*Quis custodiet ipsos custodes?*<sup>1</sup>

Juvenal: SÁTIRAS

En el clímax de la historia que relata J. M. Coetzee en su novela *Esperando a los bárbaros*, el viejo magistrado trata, en vano, de evitar una brutal escena de violencia contra los “bárbaros” perpetrada por el ejército de “El Imperio”. Mientras lo arrastran malherido a su celda, reflexiona:

¿Hubiera osado enfrentarme a esa multitud en demanda de justicia para esos ridículos prisioneros bárbaros con el trasero al aire? ‘Justicia’: una vez que se ha pronunciado esa palabra, ¿hasta dónde nos conducirá? Más fácil es gritar ‘¡No!’ Más fácil es ser apaleado y convertido en mártir. Más fácil es poner la cabeza en el tajo que defender la causa de la justicia para los bárbaros: porque ¿adónde puede llevarnos esta causa sino a deponer nuestras armas y abrir las puertas del pueblo a aquellos cuya tierra hemos invadido?<sup>2</sup> (Coetzee 2013: 159).

La reflexión de este personaje se convierte en una dolorosa tragedia por dos motivos: porque la dice solo para sí, sin hacerla pública, y porque la pasión silenciosa de donde surge es una mezcla de indignación e impotencia extrema y desgarradora. El magistrado solo enuncia, a pesar de que su cargo le exige que se haga justicia, y por ello su reflexión es más cruda. Y es que si, a pesar de su evidente necesidad, la justicia ha sido ignorada tanto tiempo, descubrir que se tiene responsabilidad por su ausencia cuando es demasiado tarde puede ser abrumador; ejercerla en ese momento puede sonar

---

<sup>1</sup> “¿Quién vigila a los vigilantes?”

<sup>2</sup> Si bien la edición en español usa la palabra “invadido”, la versión original consigna *raped*, cuya traducción alude a una violación sexual.



descabellado, temerario. Sin embargo, la reflexión del juez no se asume aquí como una revelación o una solución que prevenga, por ejemplo, el abuso y la violación de los derechos de los pueblos indígenas. Esto es imposible, debido a la estructura política, jurídica y social, y a las relaciones que vinculan a estos pueblos con las sociedades llamadas *modernas* en un mundo globalizado. Pero aún así, en el momento de más angustia y desesperanza, ¿quién no reclamaría la mayor retribución para quienes hemos visto sufrir y ser agraviados?, ¿quién no reclamaría justicia?

Entonces, el objetivo debería ser evitar llegar a aquel momento de angustia y concebir la justicia que se demanda mientras exista posibilidad de reparar el agravio, de compensarlo al menos y no solo reconocerlo y lamentarlo. Con la intención de brindar una herramienta para ello, este trabajo explora la postura histórica que ha tenido y tiene el Tribunal Constitucional (TC o Tribunal), una de las instituciones de justicia más importantes de gran parte de los actuales Estados modernos, sobre la protección de los derechos de los pueblos indígenas. Naturalmente, este análisis se realiza en el marco de su especial función jurisdiccional y, por ende, a través de su jurisprudencia<sup>3</sup> histórica sobre el tema.

Lo que se pretende es desenhebrar el razonamiento del Tribunal en el desarrollo de sus sentencias desde que empezó a ser receptor de las demandas de justicia de los pueblos indígenas o en aquellos casos en los que no hubo demandas explícitas, pero en los que existió un perjuicio que se pudo evitar o remediar. Éste puede haber oscilado entre un enfoque *asimilacionista*, expresado en la desasistencia más corrosiva, u otro

---

<sup>3</sup> Con este concepto se alude al conjunto de sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional, sin que ello implique necesariamente una alusión a las figuras de *doctrina jurisprudencial* o de *precedente vinculante*. Sin perjuicio de ello, más adelante se verifican las reiteraciones interpretativas del Tribunal respecto de algunos temas, que vinculan a los jueces en virtud del artículo VI del título preliminar del Código Procesal Constitucional.

*intercultural*, que supone un reconocimiento más inclusivo. Descubrir y analizar críticamente cuáles fueron y son los enfoques privilegiados por el TC permitirá tener una mayor claridad sobre su devenir jurisprudencial respecto del tema en cuestión.

De hecho, el recorrido que se hace aquí a través de las 21 sentencias consideradas aquí de temática indígena nos revela dos cosas: la sinuosidad de la ruta trazada por el Tribunal en la búsqueda de su propia tendencia sobre los derechos de estos pueblos (incluso en periodos en los que su composición es básicamente la misma), y su peligroso encauzamiento hacia una postura multicultural muy limitada e incluso restrictiva. Ambas afirmaciones se evidencian por revelaciones expresadas en las distintas y constantes contradicciones del TC, sea en la argumentación de una misma sentencia en particular (entre su retórica y sus fallos), o entre sus propias sentencias.

A partir de este análisis, se puede elaborar un discurso argumentativo orientado a redirigir la postura más circunscripta o fortalecer la más progresista. Al final, tal vez no podamos evitar sentir la misma angustia del magistrado de Coetzee, pero por lo menos secundaremos las demandas de justicia, las enunciaremos sin vacilaciones, sabiendo que lo hemos hecho a tiempo.

Por último, el título de este trabajo no solo alude a las contradicciones que en materia de derechos de los pueblos indígenas ha tenido el Tribunal, especialmente entre su discurso y las consecuencias de sus fallos, también hace referencia al antiguo dios romano Jano, a su funcionalidad dual, compartida por el Tribunal. En efecto, el doble potencial del TC (a veces contradictorio) implica una misión hegemónica y contrahegemónica, de afirmación del *status quo* y de cambio, siempre en pugna

A continuación se señalan algunas precisiones metodológicas sobre los criterios usados para el análisis de las sentencias, para luego presentar la estructura de este trabajo.

### Precisiones metodológicas

Los elementos para el análisis en cuestión son cuatro: los parámetros de selección de sentencias, la forma en que se valorarán sus partes, las herramientas jurídicas que se utilizarán, y los criterios temáticos y cronológicos según los cuales se agruparon los fallos.

En esta introducción se alude a los tres primeros. El cuarto es desarrollado en detalle al iniciar la segunda parte de este trabajo, ya que al lector le será más útil conocer tales criterios inmediatamente antes de iniciar el estudio de los grupos de sentencias. En primer lugar, se han establecido los parámetros para la selección de las sentencias referidas a los *pueblos indígenas*, teniendo claro que determinarlas no es una tarea simple y que se corre el riesgo de caer en generalizaciones infructuosas. No corresponde a este trabajo establecer cuándo nos encontramos ante un *pueblo indígena* en el Perú, o, dicho de otra forma, qué grupo tiene una *subjetividad* indígena. El enfoque interdisciplinario y la bibliografía que ello supone exceden a este texto. No obstante, sería absurdo afirmar que no hay pueblos indígenas en el Perú porque todos o la mayoría de sus integrantes usan celular, o sostener que toda comunidad o ronda campesina lo es por el simple hecho de que se atribuye esa denominación o les es atribuida por otros.

Por ejemplo, podría suceder que en un caso una de las partes sea una comunidad campesina, pero que ni los demandantes ni el TC hagan mención a su identidad cultural particular o a algún derecho vinculado a ella (expedientes N° 1009-2004-AA/TC, sobre separación de comuneros; N° 0031-2004-AI/TC, sobre expropiación; N° 598-2004-AA/TC, sobre despido laboral; y N°5573-2006-PHC/TC, sobre libertad de tránsito en una vía hacia una mina). Al respecto, quizá una revisión más profunda podría

determinar que sí correspondía incorporar los aspectos culturales, y que esto fue deliberadamente ignorado por el Estado o los particulares (empresas extractivas, por ejemplo), e incluso que esto se habría convertido en un patrón durante años. Pero, nuevamente, esto excedería no solo el presente análisis, sino también el texto de las sentencias, ya que probablemente en cada caso habría que recurrir a todo el expediente.

Por lo tanto, para concentrar el análisis en la labor y postura del Tribunal en los casos en los que se tenga seguridad de que el tema está presente, se han considerado solo las sentencias en las que confluyan los siguientes criterios:

*Haya un grupo al que pueda atribuirse una subjetividad indígena y, por tanto, la categoría de pueblo indígena, sea porque así lo sugiere o reconoce el propio grupo demandante, sea porque el mismo Tribunal Constitucional alude a tal condición de manera negativa o positiva. De esta forma, en algunos casos se analiza si la categoría dada por el TC es arbitraria o no, y en qué razones se funda. Por cierto, hay que tener presente que la invocación de un derecho que aluda a la *cultura* no garantiza que haya sido hecha por estos grupos.<sup>4</sup>*

*Haya una referencia a la afectación de los derechos de los pueblos indígenas, como cuando se cuestiona la constitucionalidad de una norma que los afecte, o si el Tribunal reconoce que una circunstancia específica afecta o puede afectar los derechos*

---

<sup>4</sup> Por ejemplo, en la sentencia del expediente 05226-2009-PA/TC, se toma una acepción de cultura referida al desarrollo de conocimientos y capacidades a través del deporte, en tanto la demanda por violación a la identidad cultural (entre otros derechos) solicita la destitución del Presidente de la Federación Peruana de Fútbol. De igual forma sucede con los derechos lingüísticos reivindicados por extranjeros que arguyen desconocer el castellano en el marco de un proceso (expedientes 4719-2007-PHC/TC, 04789-2009-PHC/TC).

de pueblos indígenas,<sup>5</sup> o incluso cuando, al referirse a un grupo indígena, es el propio Tribunal quien los vulnera (derechos como la identidad cultural o la igualdad étnica).

*Haya habido un efectivo ejercicio interpretativo*, por lo que quedan descartadas las sentencias declaradas infundadas o improcedentes liminarmente, sin mayor reflexión de parte del TC sobre los hechos o el problema jurídico.

En segundo lugar, los parámetros sobre la valoración que se hará de las partes de las sentencias analizadas son:

*Ratio decidendi* y *obiter dicta*. Se sigue a López (2006: 244-256) y al propio TC<sup>6</sup> cuando señalan que es la *ratio decidendi* la que contiene el razonamiento judicial del que deriva la resolución del litigio, y que se construye a partir de los hechos del caso concreto. No obstante, también se consideran aquellos argumentos establecidos deliberadamente como *ratio decidendi* por el TC (Castillo 2008: 100-108).

---

<sup>5</sup> Podría suceder que se aluda a un pueblo indígena, pero el problema jurídico tiene que ver con un derecho que no se deriva de dicha categoría. Por ejemplo, en la sentencia del expediente 00725-2010-PC/TC (f. 8 y 14), el TC parece sugerir que la comunidad demandante tiene tal categoría, pero lo que se discute es un tema tributario bastante específico: si en virtud de los art. 28 y 29 de la Ley de Comunidades Campesinas, se le aplica o no la exoneración de tributos municipales sobre la propiedad, respecto de ciertas normas municipales.

<sup>6</sup> Expedientes N° 0017-2003-AI/TC-Aclaratoria (f.2), sobre inconstitucionalidad; N° 4119-2005-PA/TC, sobre ejecución de sentencias (f.12); N° 0024-2003-AI/TC, sobre inconstitucionalidad, en la que se desarrolla una tipología (consideraciones previas); y N° 00007-2007-PI/TC, sobre inconstitucionalidad y en la que se aplican los criterios sobre *ratio decidendi* con respecto a la jurisprudencia de la Corte Interamericana (f.36).

Ésta es la fuente de la que se extraen las “normas constitucionales adscritas” del Tribunal (Castillo 2008: 135-136),<sup>7</sup> para saber de qué forma entender en adelante una norma, principio o valor. Su fuerza normativa se consolida en tanto se haya establecido un *precedente vinculante*, o que la reiteración y consistencia evidencien una *línea o doctrina jurisprudencial*.

En el caso de los *obiter dicta*, al ser “dichos de paso” no directamente relacionados con los hechos, sino más cercanos a un ejercicio de reflexión doctrinaria y actividad “educativa” del Tribunal (Häberle 2003: 84), éstos no serían determinantes para establecer el razonamiento que vincula en un *precedente vinculante* o en una *línea o doctrina jurisprudencial* específica. En realidad, correspondería reconocerles una naturaleza persuasiva y vaticinadora (Castillo 2008: 100-108, sentencia del expediente N° 0024-2003-AI/TC). En todo caso, esto solo tendría sentido si tales reflexiones son consistentes (reiteradas) y amplían la comprensión del fallo (por ejemplo, la afirmación del carácter individual y colectivo del derecho a la identidad cultural).

*Sobre los votos singulares.* Se entenderán como una muestra de las discrepancias leves o profundas al interior del Tribunal, y también como indicios de la formación de una tendencia, pero no como razones vinculantes.

En tercer lugar, se mencionan algunos de los más importantes instrumentos jurídicos que se utilizan en el análisis. Se consideran los tratados internacionales firmados por el Perú, como el Convenio 169 de la OIT, principal instrumento internacional de protección de derechos de los pueblos indígenas; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), así como el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC). Asimismo, se recurre a la jurisprudencia

---

<sup>7</sup> Sobre este punto, Castillo cita a Robert Alexy.

de la Corte Interamericana, incluso si el Perú no fue parte. Ambos son elementos que garantizan el control de constitucionalidad, y son herramientas para la interpretación de los derechos fundamentales (Ruíz 2011: 59-60, 64; TC<sup>8</sup>).<sup>9</sup> Y, por último, la Declaración de la ONU sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (la Declaración), que si bien no es vinculante en estricto, es un instrumento indispensable para el análisis jurisprudencial.

Antes de terminar este apartado es importante acotar que, si bien el trabajo se apoya en López (2006: 139-141, 148, 167) en relación a lo que debería considerarse una *línea jurisprudencial*, para efectos prácticos se utiliza una acepción más laxa. No se alude a un conjunto de reglas basadas en la reiteración y derivadas de un grupo de sentencias sobre un derecho específico atribuido a un sujeto particular bajo circunstancias específicas (por ejemplo, el derecho a la igualdad de los homosexuales en las Fuerzas Armadas), sino solo a este conjunto de reglas respecto de un grupo de sentencias referido a un sujeto jurídico específico. De esta forma se puede abarcar la totalidad de sentencias sobre pueblos indígenas y enfocarse en la postura general del Tribunal respecto de éstos como sujetos de derecho, más allá de cómo entienda por

---

<sup>8</sup> La jurisprudencia del TC sobre este tema no deja duda: expedientes N° 0217-2002-HC/TC (f.2); N° 0026-2004-AI/TC (f.13); N° 2798-04-HC/TC, que lo amplía y plantea una variedad de ejemplos (f.7-9 y siguientes); N° 1417-2005-AA/TC, donde se les reconoce como parte del bloque de constitucionalidad (f.9-10); N° 5854-2005-PA/TC, en el que se hace un mayor desarrollo y se plantea una variedad de ejemplos (f.22-33,45); N° 8123-2005-PHC/TC (f.22,38-39); N° 4587-2004-AA/TC, en el que se cuestiona la validez del caso Barrios Altos resuelto por la Corte Interamericana; N° 8453-2005-PHC/TC (f.22-23,39-40); N° 2730-2006-PA/TC (f.9-15); N° 00007-2007-PI/TC, donde se hace un amplio desarrollo (f.12-21,25,36); y N° 03938-2007-PA/TC (f.14, 20 y siguientes).

<sup>9</sup> También es pertinente mencionar el artículo 3.º y la cuarta disposición final y transitoria de la Constitución, así como el artículo V del Código Procesal Constitucional.

separado cada uno de sus derechos diferenciados (la autonomía o el derecho a la consulta, por ejemplo).

### **Sobre la estructura de este trabajo**

El trabajo se compone de cuatro estaciones o capítulos. En el primero realizo una aproximación teórica a los principales conceptos que permiten comprender los dilemas de los actuales Estados-Nación respecto de la pluralidad cultural en sus territorios. Tales conceptos son la sociedad moderna, el Estado-Nación, la diversidad cultural y los pueblos indígenas; el Estado constitucional de Derecho y, en este caso, el Tribunal Constitucional.

Los paradigmas de la *sociedad moderna* inspiran la estructura del Estado-Nación y sus propios ideales, los cuales se ven confrontados por la diversidad cultural que implica el reconocimiento de *pueblos indígenas* dentro de éste. Asimismo, el Estado-Nación peruano tiene características jurídicas específicas: es —o pretende ser— un Estado constitucional de Derecho cuyos paradigmas se nutren de los dos primeros conceptos. Cuando sus principios son cuestionados en un conflicto producido por la diversidad cultural, el caso es visto en última instancia por el Tribunal Constitucional.

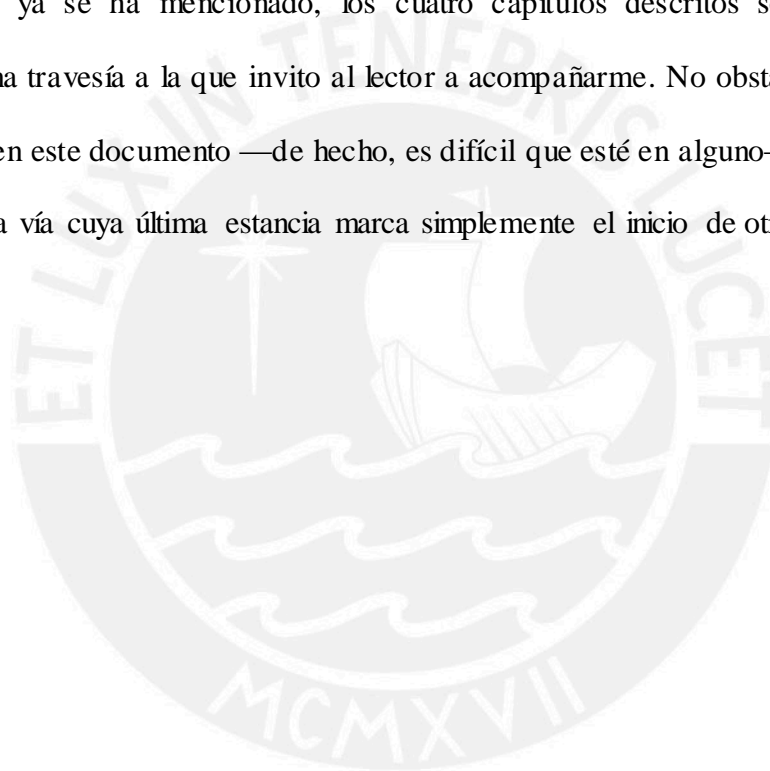
El segundo y tercer capítulo se concentran en el análisis de las sentencias del Tribunal Constitucional sobre *pueblos indígenas*, a la luz de las perspectivas políticas, jurídicas y éticas que inspiran las distintas formas de percibir y actuar respecto de la diversidad cultural en los Estados-Nación, y que serán descritas al inicio de los capítulos en cuestión. Éstas son el *asimilacionismo*, el *integracionismo*, el *multiculturalismo* y la *interculturalidad*. Cada una de estas perspectivas ha inspirado de manera ligera o intensa el razonamiento del Tribunal durante algún periodo o sentencia en particular, e



incluso solo en algunas partes de las sentencias, lo que ha generado confusiones y contradicciones.

El cuarto y último capítulo presenta una propuesta para que la *interculturalidad* sea asumida como el enfoque predominante del Tribunal al momento de resolver conflictos relacionados con los *pueblos indígenas*, ya que, por sus características, esa perspectiva permite que un conflicto cultural producto de la pluralidad sea dirigido hacia una interacción sinérgica y se resuelva satisfactoriamente.

Como ya se ha mencionado, los cuatro capítulos descritos son estaciones, paradas de una travesía a la que invito al lector a acompañarme. No obstante, el destino final no está en este documento —de hecho, es difícil que esté en alguno—, ya que solo se trata de una vía cuya última estancia marca simplemente el inicio de otra.



PRIMERA PARTE

EL ESCENARIO Y LOS ACTORES



## CAPÍTULO I:

### Estado-Nación y pluralidad étnica: “Todo lo sólido se desvanece en el aire”<sup>10</sup>

*Quieren cercar el mundo.*

Manuel Scorza: REDOBLE POR RANCAS

Distintas versiones de un antiguo cuento noruego<sup>11</sup> coinciden en que el héroe debe buscar el corazón de un gigante para cumplir su destino. Ese corazón se encuentra en un huevo que está dentro de un pato que nada en un pozo situado en una iglesia construida en una isla en medio de un lago muy lejano. El héroe atraviesa lugares y vence obstáculos para alcanzar aquello que le da sentido a su viaje. Avanza, como Asterión en su laberinto, por círculos concéntricos.

La parte dogmática que da inicio a este trabajo emula esa estructura (gráfico 1). El lector se encontrará con conceptos e instituciones cada vez más especializadas, hasta llegar a la más importante para el análisis jurisprudencial posterior: el Tribunal Constitucional. En esta historia, el Tribunal es el corazón del gigante. Como en el cuento, todo lo que es continente de aquel objeto esencial para dar desenlace a la historia es también una referencia para llegar a él. En este caso, para alcanzar los dos principales objetivos de este capítulo, ambos relacionados con esta institución.

El primero, y principal, es dejar clara la relevancia del ejercicio interpretativo y argumentativo del TC respecto del profundo conflicto cultural que implica el

---

<sup>10</sup> La frase corresponde al título del libro homónimo de Marshall Berman (2006 [1988]) y que el autor toma del *Manifiesto comunista*.

<sup>11</sup> *El gigante que no tenía corazón en el cuerpo*. Vale mencionar que entre los distintos finales de la historia se encuentra uno según el cual el héroe aplasta el corazón del gigante provocándole la muerte, y otro de acuerdo con el que se le condonan sus culpas y se le devuelve el corazón luego de que promete enmendarse.

reconocimiento y ejercicio de los derechos fundamentales de los pueblos indígenas. Esto último no solo se refiere a los derechos colectivos de un pueblo como sujeto jurídico, sino también a los derechos individuales de las personas que lo conforman. Dicho esto, tal vez el concepto *conflicto cultural* pueda causar algunos reparos, porque ¿cómo justificar su existencia en un Estado-Nación moderno como el nuestro, en el que la Constitución está legitimada en su creación y contenido, por ser expresión de un pacto social que garantiza los derechos de cada persona?

La pregunta anterior nos revela el segundo objetivo, demostrar que ese conflicto se presenta a pesar de la ilusión unificadora del Estado-Nación, de su voluntad por “cercar el mundo” o, para ser más específico, un territorio soberano. Se pretende hacer evidente que hay algo más que diferencias políticas, económicas o sociales detrás de esas ideas, de las ‘sutilezas’ de ese pacto social y de los procesos de deliberación y representación democráticos que de él se derivan. Se trata de la hegemonía de un sistema de comprensión específico (cultural) que ordena la sociedad y que no es infalible ni, mucho menos, único. Esto es algo que se corroborará a lo largo de todo el trabajo.

## **1. Estado-Nación, cultura y pueblos indígenas**

### ***1.1 La sociedad moderna y el Estado-Nación***

Hablar de la sociedad moderna es referirse también al Estado-Nación (Giddens 1999: 25), debido al predominio de la modernidad en la forma de ver y entender el mundo y sus relaciones desde distintos puntos de vista (epistemológico, filosófico, etcétera). Parfraseando el viejo adagio de Publio Terencio,<sup>12</sup> se podría decir que el Estado-

---

<sup>12</sup> *Homo sum, humani nihil a me alienum puto* (Soy un hombre, nada de lo que es humano me es ajeno).

Nación es moderno y nada de la modernidad le es ajeno. No obstante, hay que tener cuidado: que exista un estrecho vínculo entre ambos conceptos no implica que sean sinónimos; por ello, aquí se describirán por separado.

La modernidad se entiende como un conjunto de procesos socioeconómicos, políticos y culturales que datan de mediados del siglo XVI y que configuran un periodo cuyas características y postulados básicos tienen vigencia hasta ahora.<sup>13</sup> De hecho, los conceptos que se desprenden de ella, como *desarrollo*, *ciudadanía*, *sujeto de derecho*, e incluso la misma denominación de *moderno*, son indispensables para comprender las formas en las cuales se ha abordado la existencia de los *pueblos indígenas* en los Estados-Nación, y los argumentos que se han elaborado para justificarlas. Conocer sus principales paradigmas y características permitirá comprender con mayor claridad los conflictos que se desprenden de tal circunstancia (pueblos indígenas dentro de Estados-Nación).<sup>14</sup> Éstos son:

*La igualdad abstracta de todos los seres humanos*, en oposición a la clasificación de los grupos basada en el estatus, que es una característica feudal. Se postula una política de identidad igualitaria<sup>15</sup> (Taylor 2009 [1994]: 53-56), en la que cada persona tiene el mismo valor y potencial de realización como ser humano (identidad universal), pero manteniendo su individualidad. Si bien esto ha sido relativizado para el reconocimiento de los derechos diferenciados orientados a garantizar la igualdad material, cuando se trata de las diferencias culturales suele haber una regresión a la exacerbación de este paradigma, que reduce esas diferencias a un

---

<sup>13</sup> No es parte de este trabajo debatir y llegar a conclusiones sobre el paso o no a una era posmoderna. Para mayores referencias sobre este tema revisar Giddens (1999) y Santos (2009).

<sup>14</sup> La siguiente clasificación se nutre principalmente de los textos de Giddens y Santos.

<sup>15</sup> Rosenfeld (2007: 162-163) la llama “igualdad como identidad”.

problema de adaptabilidad o simplemente las niega. Esto puede verificarse en los argumentos racialistas del Estado peruano, citados en algunas sentencias del TC,<sup>16</sup> dirigidos a forzar la idea de que los derechos indígenas son inaplicables en el Perú debido a que las diferencias culturales se han diluido con el mestizaje.

*Disociación entre lo público (identidad universal) y lo privado (identidades particulares).* Las identidades particulares de un individuo son relevantes solo en su esfera privada, y el Estado se compromete a no interferir en ellas (Rosenfeld 2007: 158-160; Ansión 2007: 54). Privilegiar a un grupo diferenciado significaría retroceder a una dignidad jerarquizada; hacerlo constituye una excepción y debe estar plenamente justificada.

Dado que esta disociación se deriva del paradigma anterior, los mismos ejemplos pueden ser usados, pero valdría la pena añadir dos en los cuales el TC da cuenta de lo enraizado de esta idea. En las sentencias de los expedientes 127-2000-AA/TC (*Comunidad Campesina Santo Domingo de Olmos*) y 1206-2005-PA/TC (*Cuenca del Mazán*), ambas analizadas más adelante, el Tribunal simplemente ignora las reivindicaciones explícitas de las identidades indígenas, para concentrarse en aspectos tradicionalmente asociados al interés público y preferir la existencia de documentos públicos para oponer un derecho en el primer caso, y la afectación del medio ambiente en el segundo.

*Principio de libertad subjetiva.* El individuo es la referencia a partir de la cual se miden y legitiman las decisiones colectivas o estatales. Ello limita la forma de comprensión de los derechos cuyo contenido puede ser entendido colectivamente.

---

<sup>16</sup> Sentencias de los expedientes 00022-2009-PI/TC (*Tuanama Tuanama I*), 00023-2009-PI/TC (*Tuanama Tuanama II*), 00024-2009-PI/TC (*Tuanama Tuanama III*) y 00027-2009-PI/TC (*Tuanama Tuanama VI*). Todas estas serán analizadas en los siguientes capítulos.

Algunos de ellos, como la propiedad o la identidad cultural, solo pueden concebirse si los ejercen y protegen los individuos, no los grupos. Éste y la *igualdad abstracta* son los principales paradigmas que se han flexibilizado a lo largo del tiempo, pero que son objeto de regresiones o distorsiones debido a los “ajustes” a los que son sometidos cuando entran a tallar los elementos culturales. En la sentencia del expediente 03671-2011-PA/TC (*Montalván Mío*), que se verá en detalle en el capítulo III, el Tribunal interpreta que, cuando se trata de un individuo, los derechos indígenas no se aplican porque solo pueden ser colectivos (en este caso se refieren a la forma especial del derecho de propiedad). Aparentemente, un individuo solo puede entenderse como aquel patrón estandarizado en el que recaen los derechos liberales clásicos, no los culturales por ser colectivos. Si se le atribuyen estos últimos, el Tribunal entra en una crisis de comprensión que reduce la complejidad humana a dos categorías que no se intersecan.

*La racionalización como requisito de validez.* Se trata de una pretensión científicista del razonamiento analítico para validar toda la producción de conocimiento o para legitimar a ciertas instituciones sociales: que la primera sea científica, y que las segundas emanen del Derecho estatal positivo.<sup>17</sup> Esto marca un claro contraste con las sociedades llamadas *premodernas*, en las que la reflexión y el razonamiento analítico se entremezclan con formas de validación mágico-religiosas, por ejemplo. Llevado al extremo, esto implicaría reconocer el cálculo como una virtud y la intuición como un vicio.

---

<sup>17</sup> Para Santos, el potencial emancipatorio y contrahegemónico de la modernidad estaría contaminado por una “racionalidad cognitiva-instrumental”, que busca hacer científicas todas sus manifestaciones, como por ejemplo el Derecho, al que imagina con capacidad de control, transformación directa y predicción de la realidad.

Un ejemplo dramático se extrae de lo dicho por el expresidente Alan García Pérez en 2011, cuando calificó la veneración a los *Apus* de “ideologías absurdas”.<sup>18</sup> Quizá de forma más sutil, este mismo pensamiento ha sido manifestado por el TC en la sentencia del expediente 00006-2008-PI/TC (*Hoja de coca II*), cuyo análisis será materia del tercer capítulo. En esta sentencia el Tribunal asume una de sus posiciones más favorables referidas al derecho a la identidad cultural, a propósito del uso tradicional de la hoja de coca e, inusualmente, lo hace no solo en el nivel discursivo sino también en el práctico. Indica que ha habido una inconstitucionalidad por omisión cuando constata que el Congreso no ha declarado que la planta sea patrimonio cultural inmaterial. No obstante, esa inusitada preocupación del TC por un derecho indígena coincide con otros argumentos que exaltan las virtudes del aprovechamiento científico y económico de la hoja, lo que da la impresión de que su escrúpulo es contingente de su interés comercial y científico.

*Disociación entre el tiempo y el espacio.* El escenario mundial de la modernidad es la globalización, lo que trae como resultado que el momento de la comunicación y de la interacción ya no esté atado a un espacio y tiempo local específico, como en la “desfasada” época premoderna. Solo nuestra propia voluntad puede restringir nuestras interacciones virtuales; el tiempo y el espacio son meras nociones sometidas a ella. Este ideal se encuentra íntimamente ligado al siguiente y penúltimo paradigma, en tanto justifica una suerte de jerarquía evolutiva social que, a su vez, es la base para el establecimiento de una misión civilizatoria o educativa del Estado respecto de los *pueblos indígenas*.

*Desanclaje de las relaciones sociales.* A partir de lo anterior, las relaciones se desanclan “de sus contextos locales de interacción [para reestructurarse] en indefinidos

---

<sup>18</sup> Estas declaraciones pueden ser vistas en <<http://www.youtube.com/watch?v=2Vf4WfS5t08>>.



intervalos espacio-temporales” (Giddens 1999: 32-38). Para ello se usan señales simbólicas (inglés), medios de intercambio estandarizados (dólar) y “sistemas expertos”; es decir, “sistemas técnicos especializados que organizan grandes áreas locales” (Derecho nacional). Si una relación no puede desanclarse no es moderna y, por tanto, queda aislada; es el caso, por ejemplo, de la reciprocidad en los espacios rurales, que contrasta con la velocidad y ubicuidad rampantes de las operaciones interbancarias.

El ejemplo más emblemático de la *superación de lo local* que proviene del TC es su preferencia por la vigencia formal del Derecho estatal por sobre la protección concreta de los derechos indígenas diferenciados que se aplican a las *minorías*, expresada principalmente en la reivindicación de la *seguridad jurídica*. Por ejemplo, en la sentencia del expediente 06316-2008-PA/TC (*AIDSESP I*), que se examinará más adelante, el Tribunal reconoce la afectación del derecho a la consulta previa, pero privilegia la seguridad jurídica de las concesiones sobre los lotes de hidrocarburos (asunto de interés nacional) por encima de la aplicación del Derecho, sin siquiera establecer una compensación por los años de indiferencia y vulneración.

*Discontinuidad en el desarrollo de la sociedad.* La *sociedad moderna* se construye sobre la base de la “disolución y superación de sistemas premodernos”, respecto de los que sería superior (Monroe 2007; Giddens 1999: 17-20). Nótese que los puntos hasta ahora señalados favorecen las perspectivas evolucionistas sobre los pueblos indígenas y las sociedades a las que se considera premodernas. La jerarquización, que ya se había advertido al hablar de la *disociación entre el tiempo y el espacio*, es intrínseca. Al respecto, la sentencia del expediente 018-96-I/TC (*Sevicia*), que se analizará en el segundo capítulo, es reveladora de la misión civilizatoria autoimpuesta por el Estado, en este caso a través del TC, para rescatar a ciertos grupos, culturalmente distintos y genéticamente violentos, de su atraso social.

*Promesa de seguridad y bienestar universales y progresivos.* La modernidad garantizaría condiciones sociales cada vez mejores y más satisfactorias para los individuos (Santos 2009: 32-34). Un *síntoma* de este ideal aparece en los casos en los que se impugnan normas orientadas al mejor aprovechamiento público de los recursos humanos, económicos o naturales destinados al desarrollo general de la nación, en virtud de lo cual al TC se le hace imposible identificar la afectación o amenaza de los derechos indígenas.

Algunos ejemplos de lo dicho son las sentencias de los siguientes expedientes: 00027-2009-PI/TC (*Tuanama Tuanama VI*), en donde se impugna una norma sobre la organización de productores agrarios y la consolidación de la propiedad rural para el crédito agrario; el 02317-2009-PA/TC (*Lucas Irar Miik*), en donde se contradice una norma sobre la inversión privada en proyectos de irrigación para la ampliación de la frontera agrícola; y el 00025-2009-PI/TC (*Tuanama Tuanama IV*), en donde se impugna una norma sobre la gestión de recursos hídricos. En todas éstas se afectan las formas de organización y gestión de recursos que colisionan con los supuestos de hecho de las normas, pero el TC no lo identifica.

Éstos no son todos los paradigmas modernos,<sup>19</sup> pero sí los más relevantes para comprender el escenario en el cual se han forjado y aplicado los distintos enfoques que abordan la existencia de pueblos indígenas en las sociedades modernas (Estados-Nación). Ellos nos permiten identificar dos aspectos esenciales en nuestro escenario. El primero se refiere a que existe una tensión constante entre lo que se considera moderno y a quienes se les considera así, y lo premoderno. Por ejemplo, la idea de que los

---

<sup>19</sup> Giddens incluye el *dinamismo extremo*, referido a la velocidad con la que se producen las actualizaciones y los cambios, y su *origen multidimensional*.

pueblos indígenas deben ser integrados al mercado global para su desarrollo y por su propio bienestar. En segundo lugar, tal tensión se da en condiciones de desigualdad desfavorables para los segundos. El uso de la fuerza para someter a los pueblos es tristemente común en nuestra historia, y un ejemplo paradigmático de ello es la época de la fiebre del caucho en la Amazonía (IWGIA y CAAAP 2012).

Por otro lado, aunque difícilmente se podría hablar de un Estado-Nación moderno que no tenga carácter liberal, democrático y capitalista, estas características no son equivalentes en sí mismas a la modernidad: son *una* forma de gobierno y *un* modelo económico respectivamente.<sup>20</sup> Es importante mencionar esto a propósito de algunas afirmaciones del Tribunal Constitucional en las cuales parece establecer una correspondencia necesaria entre una mejor protección de derechos de pueblos indígenas, el reconocimiento de la diversidad y el hecho de que la Constitución peruana “[haya]

---

<sup>20</sup> Los estados socialistas son modernos y aunque, por ejemplo, el *principio de libertad subjetiva* podría ser difícil de pensar dentro de este tipo de Estado, como se verá más adelante, a lo largo de la historia la modernidad ha flexibilizado la rigidez de sus principios. Con ello le ha dado cabida a nuevas reivindicaciones y a formas de organización político-jurídica locales (territorios con cierta autonomía como los *resguardos* en Colombia), estatales (reconocimiento de algunos derechos diferenciados) y mundiales (intentos de establecer zonas como patrimonio de la humanidad y libres de apropiación estatal), aunque siempre dentro del mismo esquema moderno, e incluso en ocasiones manteniendo las estructuras de dominación.

Algunos ejemplos de cómo se pueden admitir nuevas reivindicaciones sociales en este caso, y a la vez ser estrictamente moderno respecto al factor cultural son, por un lado, el Estado socialista soviético, que homogeneizaba (ocultaba) las diferencias culturales (Kymlicka 1996: 102-109; Santos 2009: 31; De Tragzenies 1993: 25-26). Asimismo, los movimientos de izquierda latinoamericana pretendieron anular este factor en grupos vulnerables que buscaban la reivindicación de su condición de desigualdad, reduciéndolo a un problema de clases sociales (comunidades campesinas) (Stavenhagen 2002: 29-31; Hale 2004: 26-32; Guevara 2009: 31, 90-91).

adoptado un modelo de Estado social y democrático de Derecho y no por un Estado liberal de Derecho” (e.g., fundamento 1.º de la sentencia del expediente N.º 0042-2004-AI/TC).<sup>21</sup> Esta correspondencia es falaz, como se comprobará a lo largo de este trabajo.

Finalmente, los ideales aquí descritos alimentan las características y valores propios de los Estados-Nación, que se precisarán en lo que sigue. Esto es importante porque es *en* y *contra* los Estados-Nación que se generan los principales conflictos derivados de la diversidad cultural.

### *1.1.1 Estado-Nación: Escenario y actor*

En 1648 finalizó la Guerra de los Treinta Años. En ésta se enfrentaron Francia, el Sacro Imperio Romano Germánico y el reino español por cuestiones religiosas y, desde luego, por el poder político y la expansión territorial. Los tratados que constituyeron la Paz de Westfalia y, luego, la Paz de los Pirineos, sellaron el fin de la guerra y el nacimiento de una nueva forma de organización geopolítica en la que la clara demarcación de fronteras, el establecimiento de un gobierno central y la idea de soberanía fueron predominantes. Así, en el seno de la modernidad, en el ocaso del orden feudal y en los albores de la Ilustración, nacieron los Estados-Nación.

Como ya se dijo, este concepto se sustenta en los paradigmas de la sociedad moderna, pero describirlo por separado es crucial no solo por su evidente importancia histórica, sino también porque continúa siendo la forma prevaleciente de organización de los actuales países en el mundo: un grupo humano dentro de un territorio soberano reconocido internacionalmente como estatal, regido por un mismo sistema jurídico-político al cual le deben lealtad. Éste es el escenario político, jurídico, económico y

---

<sup>21</sup> Este razonamiento es reforzado en otras sentencias: el fundamento 99.º de *Hoja de Coca I*, o el fundamento 23.º de *Hoja de Coca II*, entre otras.

cultural en el que se deben analizar las formas en las que se aborda la diversidad cultural en un mismo espacio geopolítico. Un escenario en el cual, para el caso latinoamericano y el peruano específicamente, tal diversidad está dada por la existencia de pueblos indígenas, categoría jurídica internacional que se utilizará para llamar a los grupos que reivindican una diferencia cultural no enmarcada en los paradigmas clásicos del Estado-Nación y la sociedad moderna, aunque se sitúen e interactúen en un espacio geopolítico donde estos paradigmas predominan.

No obstante, el Estado-Nación no solo constituye un escenario, sino que, por su carácter institucional, es también un actor capaz de interactuar con los demás, sean éstos pueblos indígenas, organizaciones de la sociedad civil u otros, a través de las distintas entidades públicas, e incluso entre ellas mismas. Por supuesto, tal interacción puede ser, y en efecto es, tensa: el Estado-Nación tiene sus propios paradigmas y sus presupuestos autorreferenciales, cuya hegemonía es constantemente resistida y cuestionada por grupos cuyas expectativas no se ven satisfechas o no se identifican con estos.

Esta dinámica gramsciana entre hegemonía y resistencia genera conflictos que se expresan de distintas maneras. Por ejemplo en el Derecho (Hirsch y Lazarus-Black 1994), especialmente en los tribunales, donde se reivindican derechos fundamentales, muchas veces contra el propio Estado y no solo contra particulares. A propósito de esto, el hecho de que el Estado sea un actor, sea parte del conflicto y *actúe* a través de sus instituciones, puede llevar a una nueva victimización del sujeto que precisamente cuestiona sus paradigmas hegemónicos, debido al desequilibrio de poder en la interacción.

Es esto, exactamente, lo que ocurre en algunas de las sentencias del Tribunal Constitucional peruano sobre pueblos indígenas que serán analizadas aquí. No solo se verifica que prácticamente todos los recursos planteados por los pueblos indígenas son

en contra del Estado, sino que, además, al momento de resolver, el propio Tribunal vulnera derechos. No olvidemos que, en tanto institución pública y máximo intérprete del principal documento jurídico del Estado peruano, una de sus funciones clave es la conservación de un orden y la preservación de los paradigmas/presupuestos que lo sustentan. En este caso, los del Estado-Nación.<sup>22</sup>

Por ello, para comprender a cabalidad el sentido de los fallos del TC es necesario precisar cuáles son estos paradigmas que está llamado a preservar, y que son inherentes a la sociedad moderna:

*Centralidad del poder, la violencia y el Derecho.* El Estado se arroga el monopolio de la producción del Derecho y, por ende, pretende subordinar cualquier otra fuente de él, negar su legalidad o ignorar su legitimidad y funcionalidad (Guevara 2009: 43-44; De Benda-Beckmann y Benda-Beckmann 2006). El Estado abarca todo lo público, y lo demás, que incluye las diferencias culturales, pertenece al ámbito privado. Nótese aquí la relación con los paradigmas modernos de *disociación entre lo público y lo privado* y el *principio de libertad subjetiva*.

A esta centralidad se le da además un sentido científico, de carácter positivo. La aspiración de alcanzar certezas refuerza la idea del Derecho como una herramienta de ingeniería social que transforma y predice la realidad (Santos 2009: 34-37, 41), como si fuera autónomo a esta última, la cual, como los individuos, debe ajustarse a las normas jurídicas. El excesivo formalismo que a veces muestra el Tribunal es un ejemplo de esto. En la sentencia recaída en el expediente 0033-2005-PI/TC (*Provincia de*

---

<sup>22</sup> En los siguientes apartados de este mismo capítulo se verá cómo es que, además de preservar paradigmas, el Tribunal está llamado también a adaptar el contenido de la *Constitución* a los nuevos escenarios sociales, políticos, culturales, etcétera.

*Lauricocha*), que se estudia con detenimiento en el siguiente capítulo, el TC arguye que si una norma ha sido emitida por el órgano pertinente, la posibilidad de que vulnere derechos fundamentales es inexistente, razón por la cual desestima en bloque todos los argumentos del demandante.

Sucede lo mismo cuando sustenta, en contradicción flagrante consigo mismo, que la inaplicación del derecho a la consulta se debe a la falta de desarrollo legislativo de tal derecho (*AIDSESEP I*); un recurso formalista evidente, cuya aplicación se enlaza además con la lógica intrínseca del ideal moderno de *racionalización como requisito de validez*.

Asimismo, el Estado tiene el monopolio de la fuerza que respalda el cumplimiento y adecuación de la realidad a las normas jurídicas. Establece los términos de las transacciones económicas y sociales, ignorando la funcionalidad y ventajas de otras prácticas para contextos específicos, y legitimándose a sí mismo. Es el caso de la propiedad privada como referencia universalizada de propiedad, o de los ejemplos ya mencionados sobre regulación del aprovechamiento de recursos hídricos, tierras, etcétera, en los que el TC simplemente no consideró que su idea de desarrollo afectaba las prácticas y a las organizaciones culturales diferenciadas.

Para concluir con este punto es importante destacar cómo es que este paradigma estatal concentra muchos de los de la sociedad moderna. Además de los mencionados, la aspiración englobante del Estado-Nación implica el *desanclaje de las relaciones sociales*, en tanto necesita de símbolos y sistemas universales que superen los localismos dentro de su territorio. Asimismo, implica también comprometerse con la *promesa de seguridad y bienestar universales y progresivos* para sus ciudadanos. En este último aspecto, la forma como entienda el *desarrollo* será crucial.

*Presunción de consentimiento* derivado de un *contrato social*, en cuya conformación virtual estuvieron representados todos los actores sociales que luego lo conforman efectivamente. Esto evidencia, como dice Clavero (2008: 105-124), una falta de “constituyencia” originaria del Estado y su estructura orgánica y de derechos, ambas expresadas en la Constitución, que no consideró perspectivas y expectativas de un amplio sector indígena de la población, tanto en ese entonces como ahora. Recuérdese que el derecho indígena más invocado ante el Tribunal es la consulta previa y, como se verifica más adelante, con modestos avances.

Si bien la idea de consenso pretende superar la suposición de unanimidad dada por el contractualismo que sustenta en un primer momento la legitimidad de un Estado de Derecho y de la Constitución (De Vega 1988), aún así este consenso parte de una suposición de representación suficiente de todo actor social.

Tal vez éste sea el más redundante de los paradigmas autorreferenciales. La suposición de consenso sobre los principios que sustentan un Estado se legitima a sí misma de forma circular; cualquier conflicto sobre su legitimidad se remite a tal suposición *democrática* y así deviene en axiomática, con lo que convierte el conflicto en una paradoja.

*Presunción de uniformidad*. Supone una lealtad política, motivada por un sentido de pertenencia común que se basa en el carácter homogéneo de la colectividad humana que la conforma (Nación), en un sentido cultural, histórico y lingüístico, en el que las diferencias no sean significativas. En ese sentido, se asume una neutralidad estatal respecto de estos temas, replegándolos a un espacio privado (Kymlicka 1996: 151-164; Taylor 2009 [1994]: 94, 101-102, 134-135). Ya se han puesto algunos ejemplos cuando se habló del paradigma moderno de la *igualdad abstracta*, con la que



este punto y el anterior se vinculan directamente. Recuérdense los argumentos del Estado peruano descritos en las sentencias *Tuanama Tuanama I, II, III y IV*.

No obstante, la propia historia de formación de los Estados-Nación sugiere la idealización del concepto para generar una ilusión política de unidad que en realidad nunca fue tal (Hobsbawm 1992). Esto contribuye también a la *presunción de consenso*.

Debe resaltarse, además, que esta característica sustenta el contenido y las limitaciones de la ciudadanía como factor de inclusión/exclusión en la institucionalidad estatal y en la asignación de derechos (Gibney 2008; Alfaro 2008: 202-213).

*Es exclusivo y excluyente respecto de cualquier otra forma de organización social en un mismo territorio.* Ello es consecuencia de los puntos anteriores. Cada perspectiva cultural tiene una pretensión de universalidad que exagera la validez de valores y principios para varios contextos. El Estado mismo es la manifestación de una forma específica de significar la realidad socialmente (Tubino 2004a: 9-11; Santos 2009: 447-448; Eagleton 2001: 75). Otras formas de organización serían percibidas como amenazas o competidoras. Ante ellas, por ejemplo, el Tribunal ha optado a veces por la asimilación (*Sevicia*) o por la invisibilización a través de la indiferencia (*Comunidad Campesina Santo Domingo de Olmos y Cuenca del Mazán*). Estas actitudes son tributarias del ideal moderno de *discontinuidad en el desarrollo de la sociedad* y de la lógica evolucionista que se deriva de ella.

Ya se ha adelantado que los pueblos indígenas son algunos de los grupos con los cuales el Estado entra en situaciones de tensión o conflicto en su territorio. Tales circunstancias se dan precisamente por el carácter ideal de los paradigmas descritos, que no se condicen con las características de la interacción concreta entre, por ejemplo, la realidad social y el Derecho positivo estatal. Mientras que, por un lado, existen normas

aplicables para todo el territorio y para todo sujeto, por el otro se tiene una realidad plural en la que “espacios semiautónomos” se apropian y reinterpretan tales normas para hacerlas funcionales a un contexto específico no previsto jurídicamente, o simplemente crean ordenamientos normativos propios (Guevara 2009: 102-104).

En el caso de los pueblos indígenas el conflicto es de carácter cultural, principal aunque no de modo exclusivo, por lo que no se enfoca necesariamente solo en la reivindicación de derechos *clásicos*, sino también en el cuestionamiento mismo de los paradigmas/presupuestos descritos y, en ese sentido, en el reconocimiento y reivindicación de *nuevos* derechos y de una nueva institucionalidad. En el siguiente apartado el trabajo se concentra en el *cómo* y el *porqué* de esta situación en particular, a partir de un acercamiento a los conceptos de grupo étnico y pueblo indígena.

### ***1.2 Cultura, pueblos indígenas y conflicto cultural***

Es necesario, primero, definir el concepto de *cultura* que se asumirá en este trabajo, y que es esencial para dotar de contenido a otro, el de *grupo étnico* y, por ende, el de pueblo indígena. Ahora bien: lo que se entiende por cultura no es unívoco ni mucho menos pacífico. De hecho, Terry Eagleton (2001: 11) inicia su libro sobre el tema diciendo que “‘Cultura’ es una de las dos o tres palabras más complicadas de la lengua inglesa”. Si bien habla desde su propia condición angloparlante, es indudable que en el nivel académico el problema se replica para cualquier idioma.

Aquí se ha elegido una noción amplia con la intención de hacer evidente que existe una confrontación dada por factores culturales entre una forma hegemónica de percibir la realidad (naturalizada en las instituciones estatales y sociales y con una pretensión universal), y otras formas minoritarias, simbólica o numéricamente, excluidas, reprimidas o ignoradas (Lazarus-Black 1994; Clavero 2008: 12, 105-113). En

buena cuenta, existe un conflicto cultural. Dejar claro esto es imprescindible para el análisis jurisprudencial posterior, ya que esta confrontación o *disputa por la hegemonía* (por una efectiva representación institucional) se da también en el Derecho Constitucional, a través del ejercicio interpretativo del TC, motivado por las reivindicaciones indígenas de grupos en constante tensión con el Estado, principalmente.

Entonces, se entenderá por cultura “un sistema de significados que es socialmente efectivo en la configuración de un orden social característico” (Monroe 2007: 1); es decir, en la producción de instituciones, valores, estética, ciencia (Etxebarria 2001: 19) a través de la actividad de una subjetividad determinada o identidad que un grupo y sus individuos usan para representarse y significarse. Este sistema es una forma de actuar que se vuelve espontánea y es compartida por los individuos del grupo (Ansión 2007: 38-40), por lo que define, además, la forma en que se relacionan sus miembros y el mismo grupo con otros.

Así, los grupos que reivindiquen una cultura con la intención de constituirse en actores sociales y políticos, y sean portadores efectivos de ésta, se denominarán *étnicos* (Monroe 2007: 1-2). Desde luego, esta denominación adquirirá relevancia en un espacio público que tome como un elemento de la pugna por la hegemonía precisamente el aspecto cultural. La construcción de la identidad que se reivindica como grupo se hará a partir de la cultura, a través de manifestaciones culturales específicas que se diferencian de otras, y que fueron motivadas por una asimetría vulneradora de derechos que resaltó ese aspecto (Guevara 2009: 80). Considérese como muestra la representación denigrante y evolucionista de los “indios” que se reproduce hasta nuestros días (Espinosa 2009: 123-150) y que, como ya se ha visto, es usada incluso para exacerbar los paradigmas modernos y del Estado-Nación.

De esta forma, un *grupo étnico* no es algo que pueda, por así decirlo, encontrarse en la naturaleza, sino que tiene un contenido político asociado a un contexto en el cual se hace necesario constituir una identidad colectiva en función de características culturales que podrían estar siendo atacadas o ser un factor de discriminación, como también lo podrían ser el género, el color de la piel, el idioma o el estatus social. Esta denominación, junto con las últimas mencionadas, es una construcción social y se vuelve relevante debido a dinámicas sociales específicas. Irónicamente, éstas también son impulsadas por actores que quisieran desaparecer (asimilar o exterminar) a los grupos a los que se les asignan esas categorías.

A los grupos étnicos y a sus miembros se les atribuye la categoría jurídica de *pueblo indígena*, como la describe el Convenio 169 en su primer artículo.<sup>23</sup> Éste alude principalmente a una diferencia cultural descrita anteriormente (“conservan sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas...”), una *herencia ancestral* asociada a ella y una autoidentificación como tales:

1. El presente Convenio se aplica:

[...] b) a los pueblos en países independientes, considerados indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenec<sup>e</sup> el país en la época de la conquista, o la

---

<sup>23</sup> Como se explica en la guía *Los derechos de los pueblos indígenas y tribales en la práctica: Una guía sobre el Convenio N° 169 de la OIT* (2009:13-23), existe una “declaración de cobertura”. Ésta funciona como principio rector en la identificación de los pueblos indígenas, estableciendo que esta denominación no excluye otras que se les puedan dar, siempre que cumplan con los criterios derivados del propio Convenio para estar bajo su protección. Esto es respaldado por el texto de la CORTE IDH: *Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, del 2010 (p. 11).

colonización, o del establecimiento de las actuales fronteras estatales, y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conserven todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas.

2. La conciencia de su identidad o tribal deberá considerarse un criterio fundamental para determinar los grupos a los que se aplican las disposiciones del presente Convenio (Convenio 169 de la OIT, artículo 1.º).

Por ello, se usará tal categoría al momento de realizar el análisis jurisprudencial. También se hará referencia a una *subjetividad indígena* como una forma general de señalar la identidad cultural de estos pueblos y sus miembros. Esto último es de especial importancia, ya que en algunas sentencias el TC alude a elementos culturales que indican que se está refiriendo a este tipo de grupos, incluso si no usa la denominación *pueblo indígena*. A continuación se describen algunas características de los pueblos, especialmente útiles para comprender las particularidades de su relación con el Estado y del conflicto cultural que emerge de ésta.

### *1.2.1 Naturaleza relacional e histórica de las culturas*

Es preciso reconocer que la tentación ideológica es grande. El concepto de *cultura* puede ser susceptible de idealizarse, de abstraerse de tal forma que se pretenda establecer espacios culturales bien delimitados y diferenciados uno del otro, en los cuales se desarrolla un pueblo indígena sin interferencias, culturalmente puro (Sen 2007: 155-161; Plasencia 2005: 276-278). Con ello no haríamos sino seguir a un conejo blanco hasta un hoyo en donde, a diferencia de la heroína de Carroll, no encontraríamos fondo. Este ejercicio implicaría esencializar la noción de cultura y generar estereotipos de pureza étnica, a los que deben adscribirse los grupos para ser reconocidos como

indígenas y gozar de los derechos asociados a tal identidad. Las consecuencias de esta aplicación llevarían a que:

*El reconocimiento y asignación de derechos diferenciados esté en función de tal pureza.* Ello podría ser un obstáculo para que los pueblos indígenas hagan valer sus diferencias, y los derechos adscritos a ella, cuando, por ejemplo, interactúan con instituciones estatales (juzgados, comisarías, programas sociales, etcétera), o dominan tecnología “moderna”. Bajo esta concepción podría entenderse que se encuentran asimilados a los valores y paradigmas predominantes del Estado-Nación. Y esto tiene dos consecuencias:

*a. Se incentiva el aislamiento de los pueblos indígenas para mantener su pureza, y se enfatiza su reticencia a la interacción y al intercambio.* Esto reduciría a los grupos culturales a una situación ideal de sociedades premodernas, culturalmente puras, entendidas a su vez como primitivas, y que tendrían que mantener esa condición para obtener reconocimiento jurídico como pueblo indígena (Guevara 2009: 98).

*b. Se percibe al pueblo indígena como una estructura monolítica* en la que solo se ve una imagen uniforme negativa (primitiva) o idealizada (estructura social armoniosa), de tal forma que se ocultan o ignoran las transformaciones y los conflictos internos que pueden enriquecer la interacción entre grupos culturales. Los miembros de los grupos se verían así obligados a

cargar con un determinismo que, si no los configura como habitantes de una antigua sociedad idílica, lo hace como una suerte de *cachorros de tigre*.<sup>24</sup>

Lamentablemente, como ya se ha señalado, el Estado parece sugerir esto cuando reduce el reconocimiento de los pueblos indígenas a su pureza racial, y lo niega argumentando que la población peruana es predominantemente mestiza. Además de los argumentos dados sobre el Ejecutivo, el fundamento 15.º del Acuerdo Plenario 1-2009/CJ-116 sobre Rondas Campesinas y Derecho Penal, a pesar de sus virtudes respecto al reconocimiento de formas de justicia diferenciada, establece que, al tener contacto con la sociedad “oficial”, los ronderos son sujetos integrados al Estado total o parcialmente y, por lo tanto, se les puede exigir algún tipo de conducta acorde con las normas del Estado. Es decir que, a mayor contacto con el Estado, mayor nivel de asimilación en desmedro de la diferencia cultural.

*Se exalte solo una identidad étnica, lo que, sumado a un resentimiento hacia el otro (sea justificado o no), genera una situación de conflicto violento latente* (Maalouf 2001; Sen 2007: 11, 145-150, 155). El reconocimiento termina siendo la justificación para el establecimiento de espacios culturales aislados, que se pretenden naturales y que determinan una ciudadanía disminuida o de segunda clase (Gibney 2008: 27-28).

*Se apliquen políticas discriminatorias, segregacionistas, de folclorización y dominación.* Se conforman *islas* en las que supuestamente se preserva la pureza de las culturas, manteniéndolas libres de influencias externas y produciendo una especie de “ecología cultural” dirigida a protegerlas del cambio (Habermas 2009 [1994]: 166, 187;

---

<sup>24</sup> El cuento homónimo forma parte de la colección *Cuentos andinos* del escritor peruano Enrique López Albújar. La historia describe el irremediable destino del hijo de un “indio” bandolero que termina siendo más sanguinario que su desaparecido padre.

Sartori 2001: 79-85). Esto podría llevar a la adopción de políticas paternalistas para la conservación o *congelamiento* de pueblos indígenas por el solo hecho de su diferencia. Asimismo, se restringe la comunicación entre éstos y el Estado, o entre ellos mismos.

Frente a todo lo descrito, se debe tener claro que las culturas son realidades relacionales e históricas (Taylor 2009 [1994]: 61-70; Ansión 2007: 38-40), de intercambio y aprendizaje mutuo. Se construyen siempre en tiempo real y en constante relación con otros grupos, se transforman y varían a través del tiempo, como resultado de estas relaciones o de cambios internos. Una muestra de ello es cómo distintos grupos en el Perú se “apropian” de las normas y procedimientos institucionales y los adaptan de forma más eficiente a su propia realidad local. Es el caso de las normas sobre propiedad o sobre las relaciones laborales (Webb 2006; Guevara 2009: 37-38), o la forma en la que actúa la justicia de paz, a pesar de que formalmente sea parte de la estructura de justicia estatal.

Por eso resulta más apropiado decir que los pueblos indígenas tienen formas culturalmente distintas de representar y significar la realidad, pero no que tienen culturas claramente delimitadas e inmutables. Pueden existir puntos de comunicación y uso compartido de algunos elementos culturales como la tecnología, sin necesidad de que los grupos se *diluyan* o pierdan su identidad.

El carácter dinámico de las culturas se evidencia, en el caso del Perú y otros países de Latinoamérica, en que la identidad *indígena* que se atribuye jurídica y políticamente a algunos grupos no es necesariamente ancestral (incaica o preincaica), no es pura ni perfectamente diferenciada, sino que se ha ido construyendo bajo la influencia del orden colonial (reducciones y repúblicas de indios) y cristiano



(evangelizaciones) (Plasencia 2005: 279; Alfaro 2008: 193-194), o por oposición a ellos (Bello 2008: 32-34; Bertely 2008: 125, 132-137).

Esta influencia seguiría luego en la República con la desposesión de tierras e intentos civilizatorios respaldados incluso por textos constitucionales (Clavero 2008: 12, 22-34), que también contribuyeron a la formación de su identidad. De hecho, Cecilia Méndez (2002) sugiere, a partir de su estudio sobre los *iquichanos*, que algunos grupos étnicos tienen su origen luego de la Independencia y no en el pasado precolonial, y que construyeron su identidad desde la forma especial en la que los “indios” se relacionaron con el Estado (en el caso iquichano, con la milicia). Desde luego, esto no quiere decir que estos grupos no puedan reivindicar legítimamente una etnicidad, sino simplemente que sus antecedentes llegan hasta un punto histórico ubicado en la República y no en la Colonia o en la etapa precolonial.

Ahora bien: en virtud de esta historicidad es necesario añadir que, así como los grupos étnicos no son inmutables y estáticos, la relación histórica entre los “indios” y el Estado no se constituye por un impertérrito y perfecto vínculo de opresión inmisericorde que va desde la Conquista hasta la segunda mitad del siglo XX, cuando se empiezan a producir textos internacionales para la protección de las minorías étnicas. La dominación existente fue muchas veces subvertida por circunstancias, incluso jurídicas, que contribuyeron a generar una conciencia de derechos en los que luego se denominarían *pueblos indígenas*. En el periodo republicano, por ejemplo, se puede encontrar una suerte de contrapunto en lo concerniente al reconocimiento de derechos y estatus igualitario de estos grupos. Por un lado está que el decreto 36 del 27 de agosto de 1821, del entonces Protector José de San Martín, establecía que:

[...] sería un crimen consentir que los aborígenas permaneciesen sumidos en la degradación moral a la que se los tenía reducidos en el

Gobierno Español, y continuasen pagando la vergonzosa exacción que con el nombre de tributo fue impuesto por la tiranía como signo de señorío.- Por tanto, declaro: [...] 4. En adelante no se denominarán los aborígenas, Indios ó Naturales: ellos son hijos y ciudadanos del Perú, y con el nombre de Peruanos deben ser conocidos.<sup>25</sup>

El artículo 8.2 de la Constitución de 1839, favorable a expandir la ciudadanía a los indígenas, disponía: “Para ser ciudadano en ejercicio se requiere: [...] saber leer y escribir, *excepto los indígenas y mestizos, hasta el año de 1844, en las poblaciones donde no hubiere escuelas de instrucción primaria*”<sup>26</sup> (resaltado propio).

En contraste con los dos ejemplos anteriores, se encuentran pretensiones de desaparecer la diversidad a través de la asimilación, como en el caso del artículo 90.10 de la Constitución de 1823, que disponía: “Las atribuciones del Senado son [...] velar sobre la conservación y mejor arreglo de las reducciones de los Andes; y promover la civilización y conversión de los infieles de su territorio, conforme espíritu [*sic*] del Evangelio”.

Otro que va en la misma línea es el artículo 14.º de la Constitución de 1826, que disponía: “Para ser ciudadano es necesario: [...] saber leer y escribir [y] tener algún empleo o industria; o profesar alguna ciencia o arte, *sin sujeción a otro en clase de sirviente doméstico*” (resaltado propio). Y también del artículo 75.10 de la Constitución de 1828, que disponía: “Son atribuciones de estas Juntas [Departamentales] entender en

---

<sup>25</sup> El tributo indígena tendría que volver a ser abolido a mediados del siglo XIX por Ramón Castilla.

<sup>26</sup> Adicionalmente, el artículo 174.º de esta Carta garantiza la educación primaria gratuita para todos los ciudadanos.

la reducción y civilización de las tribus de indígenas limítrofes al departamento, y atraerlos a nuestra sociedad por medios pacíficos”.

Indudablemente, esto no quiere decir que haya existido un reconocimiento de derechos al mismo nivel del que formalmente existe ahora. Como ha podido notarse, éste está supeditado en gran medida a una asimilación gradual del *indio* a la *civilización*. Pero incluso en ese contexto, los intentos por dotar a los miembros de los grupos indígenas del estatus jurídico de ciudadanos son sumamente reveladores de cómo el Derecho (sean normas o sentencias) y la realidad en general no son una sucesión de bloques monocromáticos. Hay tensiones y conflictos que también se verán en los poco más de 15 años que cubren las 21 sentencias que serán objeto del análisis jurisprudencial posterior.

### 1.2.2 Relaciones culturales desiguales

Los valores y paradigmas predominantes que se manifiestan a través del Estado están en mejores condiciones para imponerse a otros ideales cuando se suscitan conflictos o tensiones sobre temas cruciales de la convivencia de varios grupos culturales en un mismo espacio geopolítico (Stavenhagen 2002; Guevara 2009: 29-59). Tales temas pueden ser, por ejemplo, el contenido de la ciudadanía, las políticas de desarrollo, la noción de justicia, etcétera. Esto es así porque el Estado también representa y significa a través de manifestaciones culturales, pero las suyas no requieren reivindicación alguna, ya que están estatuidas y son hegemónicas (Eagleton 2001: 75), son las instituciones estatales, imbuidas de dichos valores, las que gestionan y resuelven los conflictos. Los individuos que se identifican con ellas no necesitan explicarlas: ellos son referentes; los diferentes son los otros.

Ahora: sería equivocado suponer que los paradigmas en cuestión se han mantenido estrictamente alineados a su postulación ideal, invariables. De hecho, el propio Tribunal Constitucional, encargado de preservarlos, admite la interpretación de postulados constitucionales para que éstos adquieran nuevos contenidos y admitan nuevos derechos.<sup>27</sup> Aunque la modernidad y los Estados se han abierto a algunos replanteamientos, estas variaciones siempre han estado marcadas por una asimetría de poder, a pesar de la supuesta igualdad de todas las personas y la horizontalidad esperada en las relaciones entre actores políticos como los pueblos indígenas.

Tal asimetría ha servido para legitimar políticas represivas (Yrigoyen 2002) contra reivindicaciones y cuestionamientos a los ideales modernos. Esta represión está justificada en estos mismos ideales autorreferenciales, más allá de los reconocimientos constitucionales que sobre derechos indígenas se han dado en Latinoamérica desde la década de 1980.<sup>28</sup> En muchos casos, esto ha suscitado una respuesta que ha desatado enfrentamientos violentos. Desde el origen mismo de la República hay ejemplos de esta manera de proceder: se ignoraron los acuerdos previos entre los colonizadores y los pueblos indígenas, para incluir el tratamiento de sus territorios como un tema doméstico de los nuevos Estados constituidos (Clavero 2008: 22-28).

Los lamentables efectos del conflicto de Bagua (departamento de Amazonas, 2009)<sup>29</sup> constituyen el ejemplo más cercano de cómo la indiferencia del Estado frente a las movilizaciones indígenas puede traducirse en violencia y muerte. Las tensiones

---

<sup>27</sup> Aunque, como se verá en los siguientes capítulos, esta dialéctica se inclina a favor de la preservación, incluso si esto afecta los derechos de los pueblos indígenas.

<sup>28</sup> Perú en 1993, Colombia en 1991, México en 1992, Nicaragua en 1987, Bolivia en 1995, etcétera.

<sup>29</sup> Para mayor información revisar los informes de la Defensoría del Pueblo (2010) y de Manacés y Gómez (2013).

ataban del 2006, motivadas por proyectos de ley sobre la administración de recursos forestales en territorio indígena, que eventualmente se convertirían en decretos legislativos. A pesar de incumbirles directamente, estos pueblos no fueron debidamente consultados, no obstante que desde 1995 se encontraba vigente en el Perú el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo.

Tres de las principales normas que motivaron el conflicto (Ley 29338, y los decretos legislativos 1089 y 1020) fueron impugnadas por su inconstitucionalidad al afectar derechos fundamentales de pueblos indígenas. Las demandas se resolvieron con posterioridad al conflicto y, como se verá en la segunda parte de este trabajo, la interpretación que de ellas hace el TC es restrictiva y desprotege derechos de pueblos indígenas. Es más, en la época del conflicto, muchos actores políticos, en lugar de profundizar en sus razones, prefirieron elucubrar teorías decimonónicas sobre indígenas muy salvajes o muy incautos (Espinosa 2009: 123-140); en cualquier caso, irreflexivos.

Tal como Sinesio López señala (2006: 3-4), citando a Ian Saphiro, “la igualdad no es constitutiva de la democracia”. En realidad sería una aspiración y una lucha, en cuyo trayecto se han ganado espacios, y en la que aún persisten otros de desigualdad institucionalizada. Prueba de ello es la falta de “constituyencia” indígena (concepto de Clavero) en la formación de los estados latinoamericanos modernos. A pesar de ser actores del espacio público, su voz no forma parte del *contrato social* sobre el que finalmente se construye el Estado-Nación. Por el contrario, los grupos indígenas tradicionalmente eran sometidos o se buscaba sacarlos de su condición primitiva.

Lo recién dicho es aún más grave, ya que los grupos culturalmente diferenciados en el Perú conforman una gran masa demográfica<sup>30</sup> y porque, así como la igualdad, la

---

<sup>30</sup> Entre 8,5 y 4,6 millones, según la CEPAL (2006: 42)). Si bien no es posible determinar con precisión la cantidad exacta de personas que se pueden enmarcar en esa categoría, existe información

*presunción de consentimiento* del Estado-Nación (constituyencia) no puede suponerse como algo naturalmente dado. De lo contrario se estaría legitimando el origen arbitrario y desigual de la democracia en Latinoamérica (aún vigente), y la constante vulneración del derecho a la igualdad individual y colectiva.

Por otro lado, es importante señalar que esta carga histórica ha derivado en lo que Sen denomina “la dialéctica de la mente colonizada” (2007: 126-131), que establece limitaciones y prejuicios dentro de las propias posibilidades de reivindicación y posicionamiento de los grupos subordinados (afecta su capacidad de *agencia*), algo señalado también por Taylor (2009 [1994]: 62) en virtud de la construcción dialógica de la identidad, así como por Gamio (2009: 72) e Iguñiz (2009: 23). Hay que mencionar que ninguno de ellos concluye en que se trata de una suerte de determinismo, sino de una influencia indefectible que, no obstante, no anula los espacios de libertad.

Debe aclararse, por cierto, que no se pretende sugerir una refundación constituyente del Estado peruano, sino, como se verá en el tercer capítulo, al mencionar la interculturalidad, un cambio progresivo en la forma actual de entender la ciudadanía, así como los derechos e instituciones asociados a ella. Tal vez ésta sea una mejor opción de justicia que aquella presentada, en su desesperación, por el magistrado de Coetzee.

El último punto sobre *cultura y pueblos indígenas* trata del carácter político de las reivindicaciones de estos grupos. Considerar esta idea es importante para comprender la revaloración de lo cultural como elemento a partir del cual se constituye una identidad colectiva.

---

(INEI 2006; UNICEF s/a; BID 2011) que sugiere una cifra que se sitúa entre el 10% y el 36% de la población peruana, que es, además, la que habita las zonas rurales y es víctima mayoritaria de la pobreza y la pobreza extrema. Según datos del INEI, a 2012 la incidencia de la pobreza en zonas rurales era de 53%, y la de la pobreza extrema, de 19,7%.

### 1.2.3 *Carácter político de las reivindicaciones de los pueblos indígenas*

Todo pueblo indígena es un actor social que hace pública una identidad étnica con un contenido político reivindicativo. Esa identidad se vincula, aunque no exclusivamente, a una aspiración política de participación efectiva en el espacio público de deliberación. Se busca participar en la disputa por la hegemonía, entendida como una representación efectiva en la estructura social y estatal, respecto de otras posibilidades subalternas como los nuevos valores y derechos (Hirsch y Lazarus-Black 1994: 2; Baratta 2003: 52-54). No podría ser de otra forma, considerando la situación de subordinación y subalternidad, así como la aspiración de constituyencia que, entre otras, se extraen de las demandas de los pueblos indígenas por consulta o autonomía.

La invisibilización de una desigualdad motivada por factores culturales, y el ahogamiento de una *voz propia*, han convertido a estos grupos en subalternos de una sociedad cuyas características modernas han hecho difícil que puedan representarse a sí mismos sin entrar en conflicto con ésta. De hecho, la imagen que ha servido para representarlos les ha sido atribuida por otros en un sentido negativo (Silva 2006; Espinosa 2009), o, en el mejor de los casos, como sujetos vulnerables e incapaces de autorrepresentación; en última instancia, de actuar con libertad en el sentido más amplio de la palabra.

Si bien el trabajo de empoderamiento y formación de líderes indígenas,<sup>31</sup> así como un contexto normativo internacional y constitucional relativamente favorable, han llevado a que surjan liderazgos propios con reivindicaciones particulares, también es cierto que existe, en contraste, una posición hegemónica del ideal moderno que ha hecho que se configure como la única opción de realización en la sociedad moderna actual. Esto se refleja en la primera sentencia que se analizará en este trabajo, en la que

---

<sup>31</sup> Varios ejemplos son resaltados por Yrigoyen (2010: 60-62) y Franco (2003).

el Tribunal sugiere que en el Perú existen grupos primitivos que deben ser civilizados (e.g., f. 2 de la sentencia *Sevicia*). Un contexto de este tipo significa una amenaza constante de violencia social y simbólica porque, como señala Maalouf, el ataque sistemático a una identidad puede desplazar a las otras, hacerse determinante y generar una respuesta violenta. La escalada de tensión no es improbable, y Bagua es un ejemplo.

No obstante, las reivindicaciones que se han configurado como una forma de *resistencia* a la relación asimétrica entre los pueblos indígenas y el Estado se han enfocado en resaltar las diferencias y en desafiar paradigmas modernos, como se constata en unas de las demandas más importantes: la autonomía (autogobierno, territorio), la constituyencia o la representación (Bonilla 2008: 40, 125-130, 200-206; Wilhelmi 2006). Estas demandas se relacionan estrechamente con el principal derecho que ha sido reivindicado ante el TC peruano: el de la consulta previa (más del 50% de las sentencias analizadas tratan sobre la demanda de este derecho) (gráfico 4).

Sin embargo, aunque el contenido político de la identidad étnica es importante (Bertely 2008: 135-137, 150; López 2008: 51-55, 64-65, 73), sería inadecuado reducir su análisis y el de su relación con el Estado solo a ese aspecto. Sugerir que todo grupo utiliza la identidad como una mera estrategia política para mitigar la conflictividad, como sugiere Jung (2007: 270-274), sería la otra cara del mismo agravio. Si así fuera se le despojaría de su contenido jurídico, ético, social y, desde luego, cultural.

En el siguiente apartado se verá cómo se manifiestan los paradigmas/presupuestos del Estado-Nación respecto de una forma específica de este orden general: el *Estado constitucional de Derecho* (ECD). Además, se explicará cómo se debe entender el contrapunto con los pueblos indígenas en ese contexto especial, desde una perspectiva jurídica. Por ello mismo, la caracterización del concepto de ECD solo será el tránsito para profundizar en la labor de una de sus principales instituciones,



el Tribunal Constitucional, y la manera en la que actúa frente al innegable escenario de pluralidad cultural.

## **2. Estado constitucional de Derecho y Tribunal Constitucional: Revisando las premisas**

En uno de sus artículos sobre hegemonía y resistencia, Mindie Lazaruz-Black (1994) hace un recorrido a través de las sociedades esclavistas del Caribe inglés para mostrar que uno de los escenarios en los cuales se manifiesta esta disputa es en el Derecho. Lo mismo hace Steve Stern (1986) respecto de los indios huamanguinos de fines del siglo XVI e inicios del XVII. En ambos casos, a la inversa de lo que la mayor parte de la literatura académica sobre el tema concluía, los negros e indios utilizaron los distintos tipos de tribunales (desde los populares hasta los coloniales) para demandar justicia por los abusos de los que eran víctimas, desde la falta de alimentación hasta el exceso tributario. Los autores resaltan la maleabilidad del Derecho, que puede servir como un instrumento de resistencia para impugnar el propio orden del que emana, sin negar, por supuesto, que también se instrumentaliza para oprimir.

No debe perderse de vista que el Derecho puede servir tanto a la resistencia más heroica como a la opresión más macabra. En una entrevista de 1977 con Manuel Scorza en el programa español *A fondo*, él hablaba sobre los “delirios de la realidad” y contaba que la inspiración para su famoso capítulo de *Redoble por Rancas* sobre el “infarto colectivo” fue un suceso real. Ocurrió que un patrón envenenó a los 15 miembros de la junta directiva de un sindicato, y que este crimen fue avalado judicialmente por nuestros

tribunales.<sup>32</sup> Teniendo en mente esta dicotomía se puede empezar a describir al ECD y al TC.

Si bien existe una serie de características y elementos inherentes al ECD de posguerra<sup>33</sup> (concepto derivado del llamado neoconstitucionalismo), Häberle establece dos como fundamentales (2003: 172-174, 1-3), a partir de los cuales se derivarían los demás: *soberanía popular* y *dignidad humana* (premisa antropológico-cultural de toda la estructura democrática). De ambas, la segunda constituye el eje central del ECD. En términos generales, ésta sirve para posicionar al ser humano como eje y punto de referencia de la actuación del Estado y de los particulares. De ella se desprenden los derechos fundamentales, individuales y colectivos.

Alrededor de esta premisa gira el conjunto de principios y valores que sustentan al ECD, más allá de las decisiones virtualmente ilimitadas que emergerían de la *soberanía popular*, que puede estar representada por el legislativo, constituyente o cualquier órgano legitimado para ello. Sin la dignidad humana como referente, la soberanía popular podría situarse incluso dentro de la simple lógica autorreferencial de una perspectiva positivista clásica, es decir, una que dé valor a una norma por el solo hecho de haber sido emitida mediante el procedimiento preestablecido (Häberle 2003: 173-174; Landa 2002b: 50-51; López 2006: xxiii-xxvi). Es importante recalcar que la relevancia de la *dignidad humana* coincide con paradigmas modernos tan importantes como *la igualdad abstracta* y el *principio de libertad subjetiva*.

Ahora bien: tanto estos elementos como los principios y valores que se desprenden de ellos se encuentran plasmados de forma general en la Constitución, un

---

<sup>32</sup> El extracto de la entrevista puede verse en <http://www.youtube.com/watch?v=DN8EwEh9TG8>.

<sup>33</sup> División de poderes, independencia judicial, etcétera (Grández 2010: 24-25; Landa 2009: 45).

documento que, por su jerarquía y procedimiento especial de transformación (establecidos en él mismo), constituye la norma de más alto rango en el ordenamiento jurídico estatal. Ella contiene desde los derechos fundamentales (parte dogmática) hasta la estructura institucional general del Estado (parte orgánica). Sobre esto es necesario resaltar que si los primeros se derivan precisamente de la dignidad humana, que responde a su vez a ideales modernos, la estructura del Estado refleja los paradigmas ya descritos del Estado-Nación: centralidad y exclusividad del poder y el Derecho, pretensión universal, origen consensuado.<sup>34</sup>

En ese sentido, su contenido establece un parámetro de control de todo el espacio público, estatal e incluso privado,<sup>35</sup> que puede tener un sentido *negativo* en tanto previene la intervención de terceros en el ejercicio y disfrute de derechos; o uno *positivo*, en tanto verifica que tal ejercicio y disfrute de derechos se vea realizado a través de actividades concretas de promoción de ellos cuando sea necesario (Landa 2002a: 112; Ruíz 2011: 61, 81-82, 112-113).<sup>36,37</sup> Asimismo, la fuerza normativa de la

---

<sup>34</sup> Sobre el hecho de que la Constitución contiene los principales valores, considérense, por ejemplo, los artículos 44.º y 45.º: el reconocimiento constitucional de la dignidad humana (“Son deberes del Estado [...] garantizar la plena vigencia de los derechos humanos [...]”) y de la soberanía popular (“El poder del Estado emana del pueblo [...]”), respectivamente.

<sup>35</sup> Como el TC ha señalado, no hay zonas exentas de control constitucional: expedientes 2409-2002-AA/TC, sobre control del Consejo Nacional de la Magistratura; 2366-2003-AA/TC (f. 4-6); 5854-2005-PA/TC (f.7-8,19-21,24, 29-30, 34-37); 00007-2007-PI/TC (f.22-23,56.f); las tres últimas sobre el control del Jurado Nacional de Elecciones.

<sup>36</sup> Sobre su contenido como parámetro de control positivo, considérese el artículo 44.º (“[...] promover el bienestar general [...]”), y como parámetro de control negativo, considérese el artículo 45.º (“[...] Quienes lo ejercen lo hacen con las limitaciones y responsabilidades que la Constitución y las leyes establecen”).

Constitución es una característica innegable de ésta, ya que sin ella sería simplemente una declaración de principios que solo vincularía a través de su desarrollo por normas de menor rango (Landa 2011; De Vega 1998). En otras palabras, perdería su jerarquía especial y sería simplemente un documento referencial.

Así, la Constitución representa el mito fundacional del contrato social que constituiría el origen del Estado moderno, el consenso social de valores esenciales para que en un ECD funcione la democracia. Como parte de los ideales de un Estado-Nación, ésta sería una de las principales expresiones de un estadio cultural de la población de un país que comparte una historia de desarrollo como nación (Häberle 2003: 5, 134-135; Landa 2002a: 124-126); es decir, como un grupo humano culturalmente uniforme, que, como ya se ha mencionado, no es posible encontrar en la realidad, no al menos en Latinoamérica y menos aún en el Perú.

Sin embargo, Häberle acierta al señalar que el sistema de valores predominante expresado constitucionalmente es a su vez una expresión cultural,<sup>38</sup> aunque, y aquí nos separamos de su postulación, hegemónica y excluyente respecto de otras perspectivas que se agrupan en función de una etnicidad específica y que se reivindican como distintas. Así, la construcción del Derecho, a un nivel tan alto como el constitucional, se revela como el escenario de una disputa (López 2006: xxi) que puede ser política y cultural por la representación hegemónica de valores y principios en el documento

---

<sup>37</sup> Asimismo, los deberes de “protección”, “respeto”, “garantía” y “promoción” de los derechos humanos han sido reconocidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos principalmente, y, de forma general, en su preámbulo y artículos 1.º, 2.º y 41.º.

<sup>38</sup> Häberle desarrolla la idea de una sociedad abierta y plural, aunque en un sentido predominantemente político (partidos políticos); y al hacer referencia a la cultura, lo hace a partir de manifestaciones contraculturales populares como el *rock n' roll*, sin referencias étnicas (2003: 241).

jurídico que contiene las reglas mismas de la convivencia, estructura y relaciones jurídicas en un ECD.

Esta disputa por la representación se manifiesta en la pugna por la constitucionalización de *nuevos* derechos indígenas, para que se les dé contenido y rango *fundamental* en un sentido material y no meramente formal, como el propio Tribunal hace en ocasiones, con lo que torna retórica su argumentación (sentencias *Cordillera Escalera*, *AIDSESP I*, etcétera). Esta constitucionalización, en sentido material, debería estar orientada a garantizar un mejor escenario de diálogo horizontal entre los pueblos indígenas y el Estado, que permita la incorporación de distintas perspectivas culturales en un proyecto societal compartido.

No bastaría, entonces, con una pluralidad reconocida y bien tenida en cuenta; por ejemplo, una flexibilización formal de paradigmas modernos que no sería extraña. Este reconocimiento puede estar presente en el enfoque menos plural e inclusivo como en el que lo es más. Se verificará más adelante que el propio Tribunal Constitucional establece la pluralidad y diversidad cultural como principio democrático, sin reconocer necesariamente los derechos de los pueblos indígenas (sentencias *Corrida de toros*, *Hoja de Coca II*, *Tuanama Tuanama VI*); y que se trata de una práctica frecuente que va en contra de su naturaleza y sus funciones, como se verá a continuación.

### ***2.1 Las funciones del Tribunal Constitucional: Interpretar para aplicar***

Pero ¿cuál es la relevancia del TC en el ECD y en el escenario de disputa que se acaba de describir? Ella se encuentra en su labor interpretativa sobre la Constitución y el bloque de constitucionalidad. Jurisdiccionalmente, es a través de ella, en última instancia, que se resuelve esta contradicción entre hegemonía y resistencia.

Existe un conjunto de factores que evidencian la necesidad de interpretar el texto constitucional, precisamente una de las principales actividades del TC. Algunos se derivan del carácter hegemónico de los valores que representa, de la naturaleza misma de la Constitución, el texto jurídico de mayor rango, y de las condiciones de la realidad plural en la cuales se aplican sus reglas y principios. Éstos son:

*El Derecho constitucional como escenario de disputa por la hegemonía.*

Referido a la ya mentada pugna por la constitucionalización de los derechos en un sentido material, o lo que también puede entenderse como la resistencia a la prevalencia de una forma excluyente de entender el contenido de los derechos fundamentales y su clasificación como tales.

*La generalidad de las disposiciones constitucionales.* Consecuencia necesaria de que la Constitución sea la norma fundamental, de que contenga los parámetros elementales que pretenden guiar la estructura y la acción social (Atienza 2007: 217; Guastini 2008: 23), y de su vocación de permanencia y trascendencia en el tiempo más allá del momento y el contexto que le dio origen (Castillo 2008: 52; Häberle 2003: 58-59, 124).

Lo anterior determina, a su vez, la *necesidad de actualización y adaptación de las normas constitucionales a través del tiempo*, en virtud de los cambios indefectibles en la dinámica, valores y principios sociales. Los cambios no implican necesariamente la eliminación de estos principios, sino su transformación (Häberle 2003: 7, 36, 54, 62-63; Grández 2010: 75, 93, 127-128). Si esto no se diera, entonces se configuraría una auténtica “tiranía de los valores”,<sup>39</sup> en la medida en que, por ejemplo, los valores

---

<sup>39</sup> Landa cita a Häberle al utilizar este concepto y lo usa para referirse a los perjuicios de caer en una radicalización iusnaturalista (2009: 246).

inmutables derivados de una perspectiva individualista (cierta concepción de la dignidad humana) constituirían una traba para el reconocimiento y *constitucionalización* de los derechos colectivos.

Otro ejemplo sería la resistencia irreflexiva de una perspectiva neoliberal cuya forma de entender los valores democráticos abogue por una política no intervencionista del Estado, frente a una que promueva activamente la eficacia de los derechos sociales y culturales a través de la intervención estatal (Ruíz 2011: 81-82, 110-111; Landa 2002b: 67-69).

Finalmente, también a partir del segundo punto, *los valores orientadores pueden verse confrontados mutuamente en situaciones concretas*, en cuyo caso es necesario realizar un ejercicio de ponderación e interpretación para poder resolver el conflicto o dilema que nos presenta la realidad (Atienza 2001: 120-130, 219; Häberle 2003: 96-98; Bernal 2003), y que no puede ser resuelto con un mero ejercicio de subsunción.

Como señala Guevara (2009: 69), “[...] el Derecho jamás se aplica en forma mecánica; la interpretación de normas, principios y procedimientos es un elemento fundamental de la operación de cualquier sistema legal”, especialmente si se considera la pluralidad (cultural, política, religiosa) como característica de la realidad social.

Si bien la interpretación necesaria del texto constitucional recae sobre el Tribunal Constitucional, algo que se deriva de una tradición europea occidental, esto no implica que sea el único que pueda hacerla de manera autorizada, e incorporarla formalmente al ordenamiento jurídico. Sin embargo, sí es quien tiene la palabra en última instancia, pudiendo desplazar incluso a otras consideradas previamente como válidas (Ruíz 2011: 92-93; Grández 2010: 95-98), ya que su jurisprudencia goza de un

lugar privilegiado en el sistema de fuentes del Derecho (López 2006: 266-268, 303; Castillo 2008: 40, 61, 65).

El Derecho, constitucional en este caso, manifiesta una relación constante de influencia mutua con la realidad, siendo el Tribunal uno de sus principales intermediarios y en cuyo quehacer jurisdiccional se confrontan constantemente los cuatro factores señalados. De hecho, la importancia del TC es tal que se reconoce su capacidad de ejercer un control sobre los otros poderes del Estado y dar contenido a la Constitución (Landa 2009), así como una reordenación de las relaciones entre los “poderes clásicos” (Grández 2010: 79, 92-93, 100-101), en la cual se incorpora al TC como un cuarto elemento en la dinámica de pesos y contrapesos. Sea que se asuma lo anterior con o sin reparos, la indudable importancia y poder del TC conlleva la necesidad de justificarlo y de otorgarle legitimidad, no solo respecto de su labor interpretativa, sino también de la revisión de interpretaciones y productos de otras fuentes y poderes.

Esto hace que se atribuya al Tribunal una legitimidad otorgada por el constituyente de forma indirecta, como menciona Grández (2010: 74) condicionada necesariamente a la preservación de derechos a través de su actividad interpretativa (Atienza 2007: 221). Teóricamente, tal legitimidad podría ser eliminada por el Legislativo en ejercicio de sus funciones, pero mientras no sea así tiene tareas constitucionalmente otorgadas. Además, éstas son legitimadas casuísticamente cuando el ciudadano las activa al acudir a él. Finalmente, el TC se ve ante la obligación de legitimarse a sí mismo constantemente en el ejercicio de su labor interpretativa, a través de una adecuada motivación de sus argumentos: principio de interdicción de la



arbitrariedad y derecho a la debida motivación<sup>40</sup> (Atienza 2007: 206, 221, 125-126; Castillo 2008: 85, 95).

Esta última es la forma de legitimación que más atención demanda, ya que precisamente esta suerte de autocontrol será satisfactoria y legitimadora en la medida en que exista coherencia en el propio desarrollo de sus fallos individuales y de su jurisprudencia. Esto no quiere decir que se aspire a una línea argumentativa invariable y estática, pues tal cosa sería contradictoria con lo que se ha venido argumentando, sino que, incluso en sus giros más radicales, exista una lógica que los justifique. El análisis de sentencias permitirá verificar lo dicho con especial rigor y detalle.

Según lo dicho hasta ahora, y adaptando libremente para este caso la clasificación de Santos (2009: 99-104) respecto de la judicatura en general, se propone la siguiente clasificación de funciones que el TC cumple en el ECD respecto al conflicto cultural, o disputa por la hegemonía, que en él se suscita:

*Jurídico-instrumentales.* Asociadas al cumplimiento eficaz y eficiente de sus tareas constitucionales y su contribución al orden social en general. Éstas pueden ser:

**JURISDICCIONALES:** Función clásica consistente en la solución de controversias.

Comprende desde la resolución misma de un litigio hasta la solución de un recurso de queja o la aclaración de una sentencia.

---

<sup>40</sup> Reconocidos por el mismo Tribunal en el expediente 0090-2004-AA/TC, en el cual incluso señala que corrige una línea jurisprudencial sobre una facultad discrecional del Ejecutivo (f. 4, 5, 8, 9, 12-18); expediente 3943-2006-PA/TC, en el que establece los supuestos de una motivación indebida (f.4); expediente 05601-2006-PA/TC (f.3); y reiteradas todas las anteriores en el expediente 00728-2008-PHC/TC (f.6-9).

CONTROL SOCIAL: Se deduce de lo anterior y consiste en “mantener y recuperar” el orden social (Grández 2010: 72-73; Guevara 2009: 81-82) según los parámetros constitucionales. Es que la judicatura, en especial la constitucional, se debe a la Constitución y su contenido. Esta función evidencia algo muy importante: el TC se encuentra en el *dilema interminable de equilibrar dos fuerzas* a las que se volverá en el apartado 2.2.: *proteger la vigencia de los valores y principios de la Constitución (hegemónica), e interpretar y actualizar las disposiciones constitucionales a los nuevos contextos sociales a través del tiempo (contrahegemónica)*. Esta actualización constituye también un ejercicio de control social.

Con respecto a la protección de los valores de un orden determinado, es preciso aclarar que si bien un orden puede ser injusto e inequitativo en la práctica, más allá de los valores que pregone, es indudable que la función de control está dirigida a velar por esas aspiraciones y no por la práctica injusta. Sin embargo, hay que considerar también que la forma de entender un valor o paradigma puede ser un freno para el reconocimiento de *nuevos* derechos y de relaciones sociales más justas, o al logro de aspiraciones todavía no alcanzadas por el propio orden, como la igualdad material universal. Ello ocurriría si se impone una manera específica de entender el desarrollo que excluya o subordine expresiones culturales distintas.

Por eso corresponde al TC argumentar una interpretación contraria que maximice la dignidad humana e incorpore nuevos derechos de ser necesario, o que redefina los existentes. Para ello resulta imprescindible una labor independiente e imparcial que no priorice intereses arbitrarios o se incline desproporcionadamente por el

*statu quo*, descuidando su potencial transformativo o contramayoritario (Atienza 2007: 197, 221).

*Políticas.* En esta función también se puede encontrar el afán por el *control social*, considerando que el TC es parte de un sistema y una dinámica políticos, en el que ejerce una cuota importante de poder, en tanto su jurisprudencia es fuente de Derecho y tiene una jerarquía especial, ya que es intérprete supremo de la Constitución. Por eso, en la medida en que legitima y transforma un orden social, hace lo mismo con el poder político. En consecuencia, se verifica una vez más el conflicto de las dos fuerzas mencionadas en el punto anterior.

*Simbólicas.* El afán por el control social también se encuentra aquí, pero resaltando el impacto de la actividad del TC en el imaginario social. Se puede cumplir con mantener o transformar un orden social formalmente establecido, pero eso no significa que el resultado de ello sea interiorizado por la población de un Estado. Esto ocurre cuando los paradigmas abstractos de tal orden no satisfacen las aspiraciones de justicia e igualdad de ciertos grupos, en este caso los pueblos indígenas que han vivido en una situación de desigualdad histórica. En ese caso, el TC tiene la función de legitimar ese orden no solo respecto de sí mismo, sino principalmente en relación con los propios ciudadanos, ya sea reafirmando o reinterpretándolo.

## **2.2 El dilema del doble potencial: El moderno Jano**

El mentado conflicto de fuerzas resulta ser más bien un dilema inacabable entre dos potencialidades: una hegemónica y otra de resistencia, o, como la llama Santos, contrahegemónica. El Derecho constitucional es un escenario de disputa para el cambio o para el reconocimiento de valores que pueden provenir de distintas perspectivas

culturales, lo que se traduce en la *constitucionalización* de los derechos; en esa medida están en juego distintas expectativas y perspectivas sobre los términos del ECD.

Esto no es extraño a la modernidad ni a los Estados-Nación, ni exclusivo de un análisis que parta de lo cultural; pero dependiendo justamente del enfoque con el que se aborde, puede verificarse que la disputa es más o menos democrática, plural y horizontal. Resulta más fácil lograr esto último si las expectativas se mueven dentro de los paradigmas de la propia modernidad (si se discute sobre los límites políticos de la participación ciudadana, por ejemplo), que si se cuestionan los paradigmas modernos mismos, como puede ser el caso de lo cultural, en especial cuando se habla de los pueblos indígenas en condiciones de vulnerabilidad.

El equilibrio entre ambas potencialidades depende en gran parte del TC. Ese “quantum de utopía” o “principio de la esperanza” (Häberle 2003: 7, 10-11, 172, 303-306) que corresponde a las expectativas que pugnan por ser representadas en la manifestación del consenso social, que en teoría es la Constitución, debería ser debidamente canalizado por el Tribunal para preservar un conjunto esencial de valores como la soberanía y la dignidad humana que hagan funcional la convivencia en un Estado. Pero, a su vez, se deben adaptar a las necesidades y reivindicaciones de los nuevos derechos como la *autodeterminación* o la *propiedad comunal*, o de otros no tan nuevos que son sistemáticamente violados como se verá en el análisis de sentencias referidas al derecho a la consulta y a la identidad cultural.

Lo último incluye, como ya se ha comentado, la realización de ideales no alcanzados o frustrados, derivados del sistema de valores y principios vigente: igualdad, justicia social, representación, calidad de vida, etcétera. Se trata de aspiraciones de diferentes grupos de personas que han sido retrasadas muchas veces, y que a pesar de ello persisten en la voluntad humana para ser reivindicados y romper ciclos malsanos.

El hecho de que el TC medie entre los conflictos de la realidad y los ideales de las normas constitucionales le da una responsabilidad especial, porque debe equilibrar sus dos potencialidades a través del ejercicio de la interpretación y argumentación que le es inherente. Mediante estos ejercicios, la razón motivada de una transformación puede imponerse válidamente sobre el poder y la fuerza del *statu quo* instituido (Castillo 2008: 48-49, 52; Grández 2010: 76-78). No se debe olvidar que el respeto por la dignidad humana y la pluralidad no es suficiente para exigir que haya una devoción de todas las perspectivas culturales a valores únicos, pero sí que exista una fidelidad política a un orden social democrático respetuoso de los derechos fundamentales y de la diversidad.

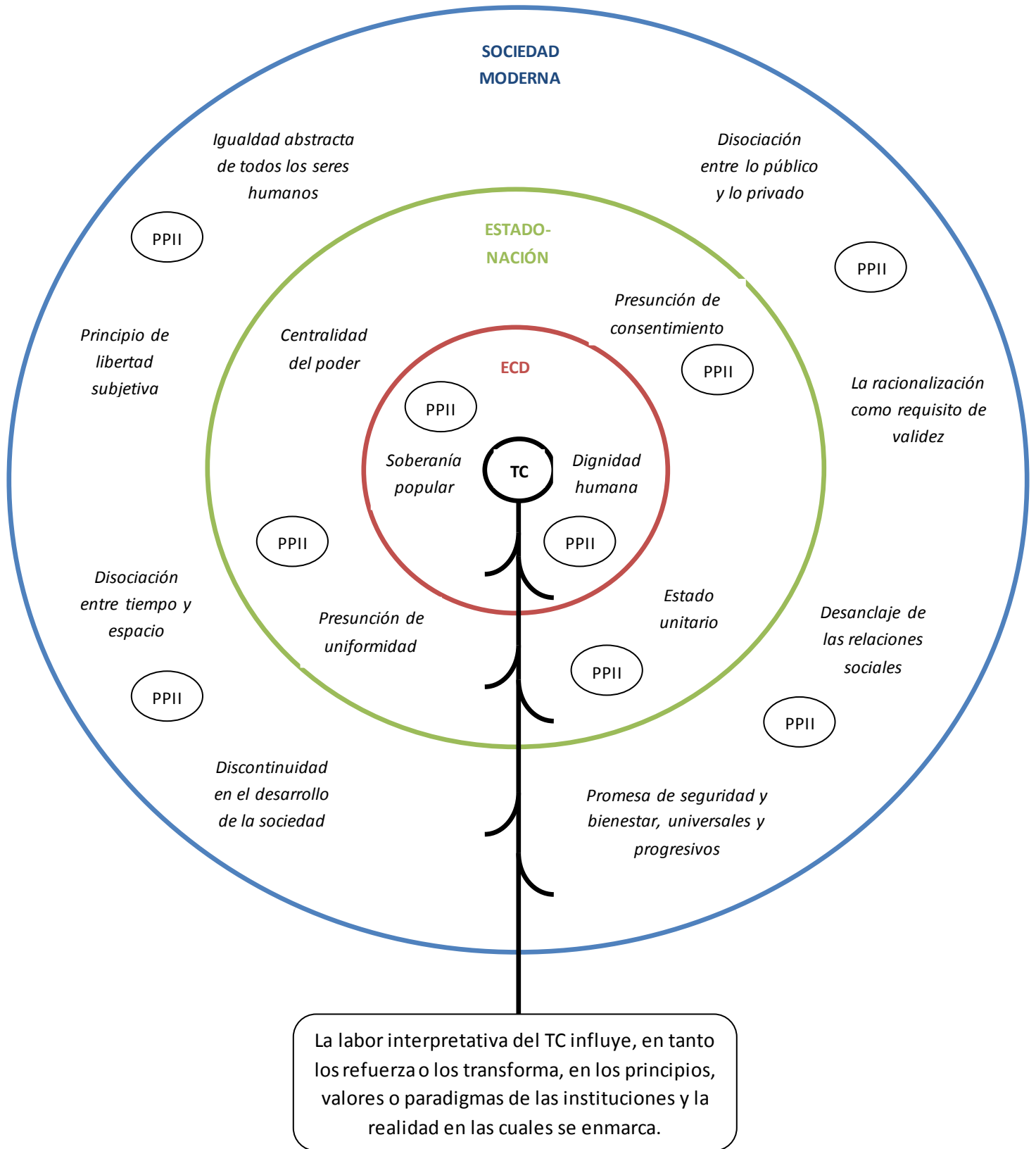
Luego de haber analizado la producción jurisprudencial del Tribunal, en el capítulo final se desarrolla con mayor detalle, y en función del dilema tratado, cómo debiera hacer para lograr un equilibrio cuando aborde la pluralidad étnica dentro del Estado peruano y los derechos de los pueblos indígenas.

Por último, y a manera de reflexión, no hay que perder de vista que, en el ejercicio de sus funciones, el TC no puede romper el equilibrio de poderes y abarcar facultades que trasciendan su competencia (Atienza 2001: 227). Más allá del alcance que pueda tener la resolución de un caso concreto con circunstancias específicas (Castillo 2008: 54; Grández 2010: 99-100), el Tribunal no debería constituirse en una instancia que compense la falta de acción de otros poderes del Estado actuando por ellos, como, por ejemplo, en la distribución de los servicios sociales, porque estaría excediendo en este caso su potencial contrahegemónico. Esto no quiere decir que no juegue un rol activo en el logro de la justicia social sino que lo hace dentro de sus límites institucionales.

En las siguientes páginas se verá cómo actúa el doble potencial del Tribunal. A través de sus sentencias se verificará si hay un equilibrio entre ellos o si, por el contrario, existe un desbalance desfavorable a los pueblos indígenas y sus demandas.



**Gráfico 1. La relevancia del TC en relación con los paradigmas de la sociedad moderna, el Estado-Nación y el ECD y la diversidad cultural**



Elaboración propia.

## SEGUNDA PARTE

### ENFOQUES DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL SOBRE LA PLURALIDAD ÉTNICA Y LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS

Antes de iniciar los capítulos correspondientes a esta segunda parte se presentan tres gráficos que servirán a la vez de guía y síntesis para el lector. El primero (gráfico 2) es un esquema integrado sobre los distintos enfoques dirigidos a gestionar los escenarios de tensión y conflicto surgidos a partir de la diversidad cultural. Éstos se desarrollan a lo largo de toda la segunda parte, y se los irá descubriendo e identificando en las sentencias del Tribunal. En el gráfico se priorizan los enfoques que efectivamente hayan orientado u orienten las políticas públicas: el *asimilacionismo*, el *integracionismo* y el *multiculturalismo*; así como aquel que a entender de este trabajo debería hacerlo, la *interculturalidad*.<sup>41</sup>

El segundo gráfico (gráfico 3) es una línea de tiempo que permitirá al lector hacerse una idea general de las tendencias oscilantes del Tribunal sobre el tema en cuestión, además de mostrar sus contradicciones institucionales. Ahora bien: para el análisis jurisprudencial que se presenta en los siguientes capítulos se han agrupado las sentencias de acuerdo con su enfoque predominante (asimilacionista, multicultural, etcétera), con la intención de identificar las características compartidas por cada conjunto de fallos. El gráfico las muestra cronológicamente ordenadas, porque son el resultado de la superposición de estos conjuntos. Además, se ha dividido el gráfico en tres segmentos (1997-2000, 2005-2007 y 2008-2012), solo para que el lector contraste

---

<sup>41</sup> El contenido teórico relacionado con éstos se basa en la experiencia y el contexto latinoamericanos, por eso no es necesariamente aplicable a otros ámbitos como el europeo o el estadounidense.



los vaivenes argumentativos del Tribunal con su conformación histórica hasta el año 2012, la que se muestra a continuación:

**Cuadro 1. Conformación histórica del Tribunal hasta el año 2012**

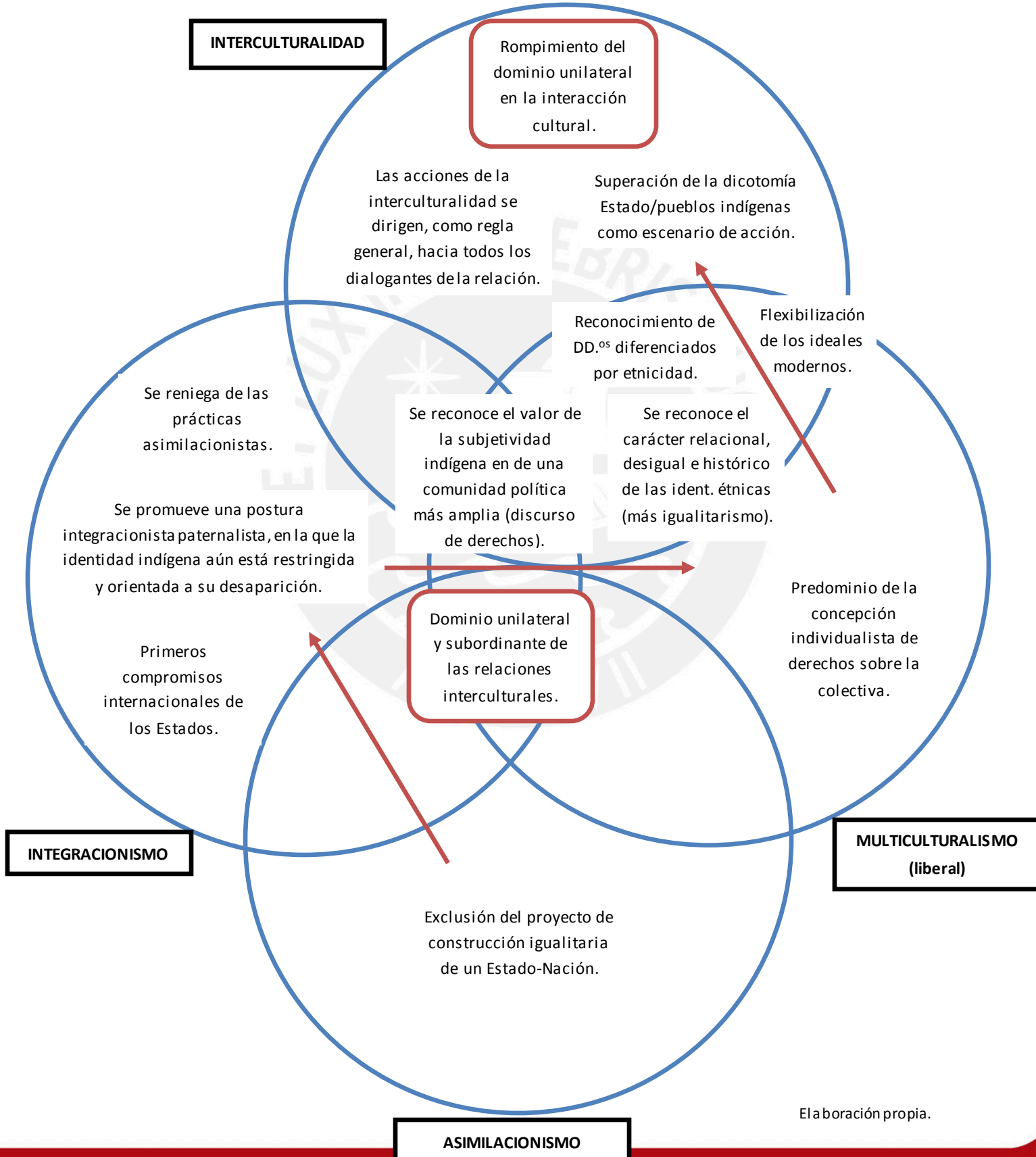
Periodo	Magistrado
6/1996 a 6/2002	Ricardo Nugent López Chávez
	Francisco Acosta Sánchez
	Luis Díaz Valverde
6/1996 a 9/2001	José García Marcelo
6/1996 a 5/1997 (destituidos) // 11/2000 a 6 y 5/2004 (restituidos-fallecimiento)	Manuel Aguirre Roca
	Guillermo Rey Terry
6/1996 a 5/1997 (destituida) // 11/2000 a 6/2005 (restituida-renuncia)	Delia Revoredo Marsano
5/2002 a 9/2007 (excepto García Toma, que cesó en julio)	Javier Alva Orlandini
	Juan Bardelli Lartirigoyen
	Víctor García Toma
	Magdiel Gonzales Ojeda
12/2004 a 7/2010	César Landa Arroyo
12/2004 a 2012	Juan Vergara Gotelli
7/2006 a 2012	Carlos Mesía Ramírez
9/2007 a 2012 (excepto Beaumont, que inició en junio)	Ricardo Beaumont Callirgos
	Fernando Calle Hayen
	Gerardo Eto Cruz
	Ernesto Álvarez Miranda
7/2010 a 2015	Oscar Urviola Hani

Elaboración propia.

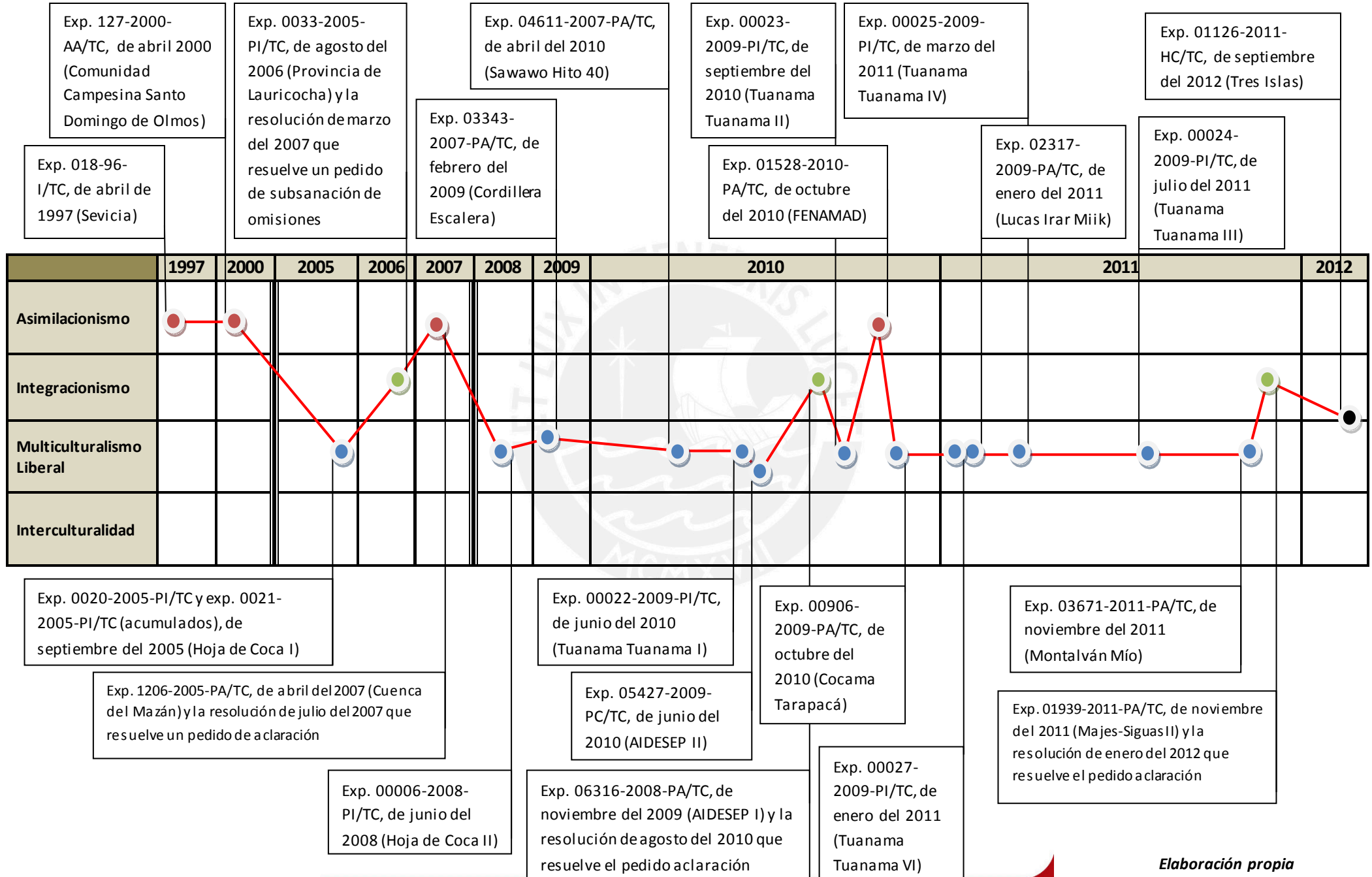
En cuanto al tercer gráfico (gráfico 4), se trata de una distribución porcentual de las 21 sentencias analizadas, según los principales derechos indígenas reivindicados por los demandantes (en ocasiones se reivindica más de uno). La intención es mostrar, aunque sea de forma general, cuáles han sido las prioridades de los *pueblos indígenas* en el proceso de judicialización de sus derechos.



**Gráfico 2. Esquema integrado de los enfoques y proyectos para abordar la pluralidad étnica dentro de los Estados**

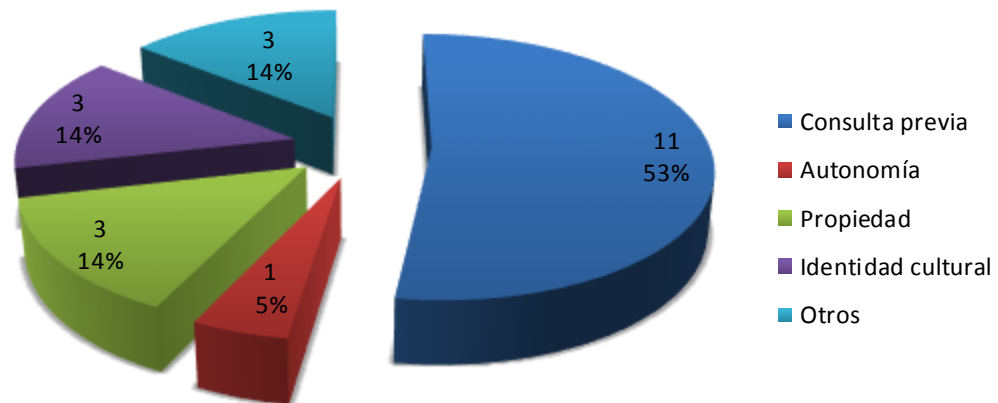


**Gráfico 3. Línea de tiempo de las sentencias analizadas**



*Elaboración propia*

**Gráfico 4. Porcentaje de sentencias analizadas según el derecho indígena principalmente reivindicado**



Elaboración propia.

A propósito del gráfico 3, es necesario hacer algunas aclaraciones menores. Cuatro sentencias tienen una fecha de publicación o denominación que no correspondería con el orden cronológico presentado. Esto se debe a las siguientes circunstancias:

- De acuerdo con la fecha de publicación de la sentencia *Tuanama Tuanama I*, ésta debería estar situada más adelante en la línea de tiempo. No obstante, la sentencia *AIDSESEP I* la cita pese a que es cronológicamente previa, lo que provoca la necesidad de romper la cronología. Es evidente que se está aquí ante una irregularidad del Tribunal que, si bien es interesante, no es materia de análisis del presente trabajo.
- La sentencia *AIDSESEP II* debería situarse después de *AIDSESEP I*, la que a su vez debería estar situada inmediatamente antes de *Sawawo Hito 40*. Sin embargo, el enfoque real de *AIDSESEP I* no se configura completamente hasta que es emitida la resolución que resuelve un recurso de aclaración presentado respecto de ella en agosto del 2010. Por ello, a pesar de que la sentencia es de

septiembre de 2009, se utilizará la fecha de emisión de la resolución para situarla cronológicamente.

- La denominación de la sentencia *Tuanama Tuanama IV* parecería indicar que es previa a *Tuanama Tuanama VI* (la de denominación similar que la precede); no obstante, la primera fue emitida con fecha posterior. Lo mismo ocurre con *Tuanama Tuanama III*.

Finalmente, considerando que el análisis jurisprudencial venidero no es cronológico, el lector podría pasar por alto algunos detalles, como el del contexto argumentativo en el que se da cada fallo en particular. Por ejemplo, puede ocurrir que una sentencia de corte integracionista haya roto una secuencia de resoluciones multiculturales, y que la consecuencia de ello sea la afectación de la coherencia institucional del TC. Por eso es importante tomar en cuenta que la línea de tiempo mostrada será un recurso al cual convenga volver de tanto en tanto.

## CAPÍTULO II:

### Viejas malas costumbres: El evolucionismo furtivo del Tribunal Constitucional

*Manas imatapas yachaniñachu, atrasus kayku; huk umawansi umaykuta kutichinqaku.  
Manas sonqoykupas allinchu; ancha mancharisqas, nisiu weqeyuqsi, waqaq tuyapa hina,  
nakasqa turupa hinas; chaysi mana allinchu.*

*Huk ducturkunas chayta nin...<sup>42</sup>*

José María Arguedas: HUK DOCTORKUNAMAN QAYAY

Los dos primeros capítulos de esta segunda parte tienen una estructura similar. Primero se presentan los enfoques sobre la gestión de la diversidad cultural que se adecúan al análisis de un grupo de sentencias, y luego se realiza ese análisis. En cada uno se verifica cómo es que el Tribunal ha resuelto los casos concretos sobre el tema en cuestión y de qué forma ha conciliado su doble potencial respecto de los derechos indígenas relativamente nuevos que son invocados en cada caso. También se toma en cuenta si a lo largo de su vida institucional ha logrado al menos acercarse a la formación de una línea jurisprudencial al respecto, consolidando una tendencia, y, en el caso de que ésta existiera, se señalan sus características. De lo contrario, se explorarán las razones por las ésta que no se ha llegado a concretar.

En este capítulo en particular se abre el análisis jurisprudencial con sentencias que responden a los enfoques más reacios al reconocimiento igualitario o al respeto efectivo de las diferencias culturales: el asimilacionismo y el integracionismo. El primero, tan bien representado por el poema imperialista de Rudyard Kipling, “The

---

<sup>42</sup> “Dicen que ya no sabemos nada, que somos el atraso, que nos han de cambiar la cabeza por otra mejor. / Dicen que nuestro corazón tampoco conviene a los tiempos, que está lleno de temores, de lágrimas, como el de la calandria, como el de un toro grande al que se degüella; que por eso es impertinente./ Dicen que algunos doctores afirman eso de nosotros [...]”.

White Man's Burden", publicado en los albores del siglo XX (1899) y trágicamente vigente aún (Espinosa 2009: 146-150), refleja la visión del indio salvaje o infantil que siempre debe ser educado<sup>43</sup> y asimilado a la civilización. El segundo, de discurso más moderado y aparentemente inclusivo, no deja de reforzar la idea supremacista del anterior, incluso si reconoce algunos derechos, o si su planteamiento sobre la modernización del indígena responde a la buena fe.

### **1. Asimilacionismo: Anulación, asimilación o eliminación: lo que funcione mejor**

Las relaciones entre el Estado y los pueblos indígenas han definido escenarios de dominación que se han extendido hasta las sociedades modernas contemporáneas. Durante buena parte de la República, y hasta ya entrado el siglo XX, predominó el pensamiento colonial de anular o instrumentalizar la subjetividad indígena para hacerla funcional a la dominación<sup>44</sup> o a las necesidades estatales (por ejemplo, a las guerras de caudillos de la República temprana). Se exacerbaron los ideales modernos y los del Estado-Nación: la *libertad abstracta*; la *discontinuidad en el desarrollo de la sociedad* (perspectiva evolucionista); la *promesa de seguridad y bienestar, universales y progresivos*; la *centralidad del poder*; y la *presunción de uniformidad*.

---

<sup>43</sup> "Take up the White Man's burden-- / Send forth the best ye breed--/Go bind your sons to exile / To serve your captives' need; / To wait in heavy harness, / On fluttered folk and wild-- / Your new-caught, sullen peoples, / Half-devil and half-child..." (Llevar la carga del Hombre Blanco-- / enviad lo mejor de vuestro linaje-- / mandad a vuestros hijos al exilio / para servir a las necesidades de vuestros cautivos; / para esperar en su pesada armadura / en una nación revoltosa y salvaje-- / Vuestros adustos pueblos recién conquistados, / mitad demonios y mitad niños...) (traducción propia).

<sup>44</sup> Incluso en aquellos casos en los que hubo un reconocimiento de la subjetividad indígena durante la Colonia, ésta fue un instrumento de la dominación y de la aculturación (República de Indios, reducciones), anulando el reconocimiento horizontal de esa subjetividad.



Ahora bien: anular la subjetividad indígena no implicaba ignorar su existencia; de hecho, se había institucionalizado un estatus étnico y social inferior al de la clase criolla hegemónica (enfoque racalista). El efecto práctico de esta situación era que a un grupo de personas se las privaba del estatus de ciudadano o sujeto político y de derechos,<sup>45</sup> impidiéndole tener voz pública (subalternidad) y una representación igualitaria en función de su identidad étnica. Se forjó la idea de que existía una relación entre los *miserables-incapaces* y los *protectores-condescendientes*, en el mejor de los casos (Guerrero 1994: 206-207). Además de los ejemplos constitucionales peruanos ya citados, están las siguientes manifestaciones regionales del pensamiento republicano de los primeros años sobre los “indios”:

Un pueblo bárbaro, que desconoce los deberes de la humanidad y las leyes de la guerra, debe mirarse como enemigo del género humano (Andrés Bello, citado en Clavero 2008: 28).

Este Congreso Constituyente nombra a los venerables curas párrocos por tutores y padres naturales de los indígenas, excitando su ministerio de caridad en favor de esta clase inocente, abyecta y miserable (Constitución ecuatoriana de 1830, artículo 68.º).

En ese sentido, los indígenas no podían representar su subjetividad en el espacio público-político, o al menos no con su propia voz; su lengua y otras manifestaciones

---

<sup>45</sup> Si bien existen ejemplos de reconocimientos normativos de ciudadanía o derechos, como el caso de la Constitución venezolana de 1811 o la peruana de 1839, Clavero y Guerrero coinciden respecto a cómo es que las políticas de evangelización, civilización y desposesión de tierras, revelaban un sistema de ciudadanía de segunda clase, o meramente nominal.

culturales tampoco eran funcionales públicamente, y por tanto, debían ser reemplazadas por prácticas modernas y civilizadas (Kymlicka 1996: 112-115, 137-138). Esta situación no era materia del debate público; y si el reconocimiento indígena tenía alguna relevancia en el discurso político, estaba relacionado con la necesidad de su mano de obra (Guerrero 1994: 207-214). Incluso en aquellos casos en los que se admitía una representación indígena, siempre era funcional y debía asimilarse a los paradigmas predominantes (Radio Nederland Wereldroep Latinoamérica 2010).

Se establecieron, pues, políticas y estructuras sociales y normativas para lograr la constitución de un Estado homogéneo (Yrigoyen 2002), y se continuó consolidando la “dialéctica de la mente colonizada”. Ello se lograba a través de la subordinación de estos grupos, y reforzando su condición de subalternos para que se vuelva cotidiana y natural en el imaginario social. Por eso el proceso de toma de conciencia de derechos se hizo lento y difícil, aunque siempre estuvo presente a través de la resistencia o de la negociación. Por ejemplo, en la Colonia en el caso de los encomenderos y los curacas indios, y en la República cuando se trataba de las promesas de ciudadanía si se apoyaba a los ejércitos caudillistas.

Las principales políticas orientadas a la subordinación e imposición fueron:

*La desposesión de tierras.* La Corona española se apropió del territorio colonizado invocando una donación papal, ya que siendo Dios el dueño de la creación, el Papa estaba facultado para hacer donaciones en su nombre. Se trató de una suerte de “sucesión política intercultural”, ya que políticamente se creó la ficción de que el Rey sucedía al Inca en su dominio (Guevara 2012: 267-268). Además, se arrebataron territorios que incluso habían sido otorgados durante la Colonia, de la misma forma que

se ignoraron los tratados de ese mismo periodo, lo que fue motivo de marginalidad (Stavenhagen 2006: 21-23; Espinosa 2009: 141-143).

En épocas más cercanas, los pueblos indígenas se organizaron alrededor de la reivindicación del territorio, aunque en un primer momento enfatizaron un discurso de clase como campesinos, por influencia de los movimientos latinoamericanos de izquierda (Stavenhagen 2006: 26; López 2008: 59-63). De hecho, se trata de un tema particularmente sensible, porque muchas de las sentencias constitucionales que se analizan en este trabajo tienen al territorio indígena como principal objeto de controversia, sea por asuntos relacionados con su propiedad, sea por la falta de consulta previa al intervenir en él.

Es evidente que la desposesión de tierras empujó a los indígenas hacia una situación de precariedad y necesidad socioeconómica que luego sería utilizada por el Estado, que fue quien desposeyó o ignoró esta situación para justificar el establecimiento de escalas de *evolución social* entre los grupos y, por ende, las bondades de las intervenciones civilizatorias. El caso de la sentencia *Sevicia* es una muestra de ello.

*La evangelización y la educación.* Esta misión persistió luego de la época colonial, y fue legitimada por distintas constituciones latinoamericanas (Clavero 2008: 12, 22-34), como se puede ver en las Constituciones peruanas de 1823 y 1828 ya citadas. La prédica, además de “civilizar”, era una forma de legitimar la conquista y fortalecer la “mentalidad colonizada”. Además, esta misión estaba íntimamente ligada a la educación que se impartía desde el Estado. De hecho, cada una de las posturas ético-

políticas que se verán en este capítulo y en el siguiente ha estado estrechamente vinculadas a las políticas y propuestas educativas, estatales o no, clericales o laicas.<sup>46</sup>

A partir de lo señalado hasta aquí es posible establecer las características predominantes del enfoque asimilacionista:

*Dominio unilateral y subordinante de las relaciones interculturales.* El control sobre los términos de la relación lo tiene el Estado. Las acciones derivadas de las políticas estatales sobre los conflictos de la interacción entre culturas pueden ser transformativas, aunque de forma negativa, pues se construyen de forma jerarquizada a partir de una sola perspectiva cultural, sobre una sola concepción del bien, del desarrollo, de la justicia, etcétera. Esta característica refuerza la idea de asimetría y discriminación paternalista que sugiere una relación evolutiva entre la modernidad y los grupos considerados premodernos, como es el caso indígena.

Una derivación de esta característica es la formación de una *dicotomía entre Estado/pueblos indígenas como escenario limitado de acción*. La posición privilegiada del Estado, y el control sobre los términos de las relaciones interculturales, llevaron a que éste fuera el interlocutor por antonomasia y el referente central e inamovible de estas relaciones. Como se verá más adelante, el *dominio unilateral* es una característica que, con algunas variantes, se mantiene en el integracionismo y el multiculturalismo, al punto que se convierte en la principal diferencia entre estos tres enfoques y la interculturalidad.

---

<sup>46</sup> Como apunta Tubino (2002: 6-8), el sistema educativo fue una herramienta esencial para la asimilación. Resulta significativo, en ese sentido, que, por ejemplo, los principales gestores del Primer Congreso Indigenista Interamericano, del que se habla más adelante, Moisés Sáenz y Luis Chávez Orozco, fueran educadores o hayan ocupado cargos públicos en este campo.

*Exclusión del proyecto de construcción igualitaria de un Estado-Nación.* En la medida en que se anula su subjetividad del espacio público, se reafirmaba su subalternidad y se exige, implícita o explícitamente, la adecuación cultural o modernización, descartando el consentimiento y el aporte que una perspectiva cultural específica podría brindar a la construcción de un proyecto estatal basado en la pluralidad. Algunos ejemplos de esto son las sentencias *Sevicia* y aquéllas en las cuales el Tribunal simplemente ignoró las demandas de derechos indígenas y resolvió el caso en función de otros factores.

A inicios del siglo XX, estas prácticas se denominaron indigenistas; y en ese momento se les otorgó un reconocimiento del estatus jurídico con ciertos beneficios especialmente asociados al territorio,<sup>47</sup> aunque mantuvieron las mismas perspectivas y la misma idea monolítica de espacios culturales delimitados (perspectiva racialista) (Stavenhagen 2002: 26; Yrigoyen 2002: 158-160; Tubino 2002: 6-7). A continuación se verifica cómo es que este enfoque se ha manifestado en el razonamiento del Tribunal Constitucional en sus primeras sentencias sobre la temática indígena, y se da cuenta de una evolución institucional que lo conduce a futuras contradicciones.

### ***1.1 Análisis jurisprudencial***

Se analizan en total 4 sentencias de corte asimilacionista. En las dos primeras no se debate en torno a un derecho indígena en virtud de una reivindicación explícita; pero debido a la argumentación o a la actuación del Tribunal, en el caso de la primera resolución entra en cuestión la vulneración de la igualdad étnica de los grupos y de las

---

<sup>47</sup> Un ejemplo son las Constituciones peruanas de 1920 (artículos 41.º y 58.º) y de 1933 (título XI).

personas a las cuales puede atribuírseles la categoría de *pueblo indígena*, y, en el caso de la segunda, la vulneración de la *identidad cultural*.

En ambos casos es el Tribunal el que afecta tales derechos y, en términos generales, anula la subjetividad indígena. En *Sevicia (Expediente 018-96-I/TC, de abril de 1997)*, les atribuye una condición primitiva que requiere ser civilizada y que además, según sugiere el colegiado, sería manifestación de la violencia intrínseca de los grupos incivilizados. En *Comunidad Campesina Santo Domingo de Olmos (Expediente 127-2000-AA/TC, de abril 2000)* lo hace ignorando la reivindicación de una identidad étnica por parte del demandante, excluyéndola del debate constitucional sobre derechos fundamentales con base en el incumplimiento de formalidades para la acreditación de tal identidad, a pesar de que el Convenio 169 se encuentra vigente en el Perú desde 1995.

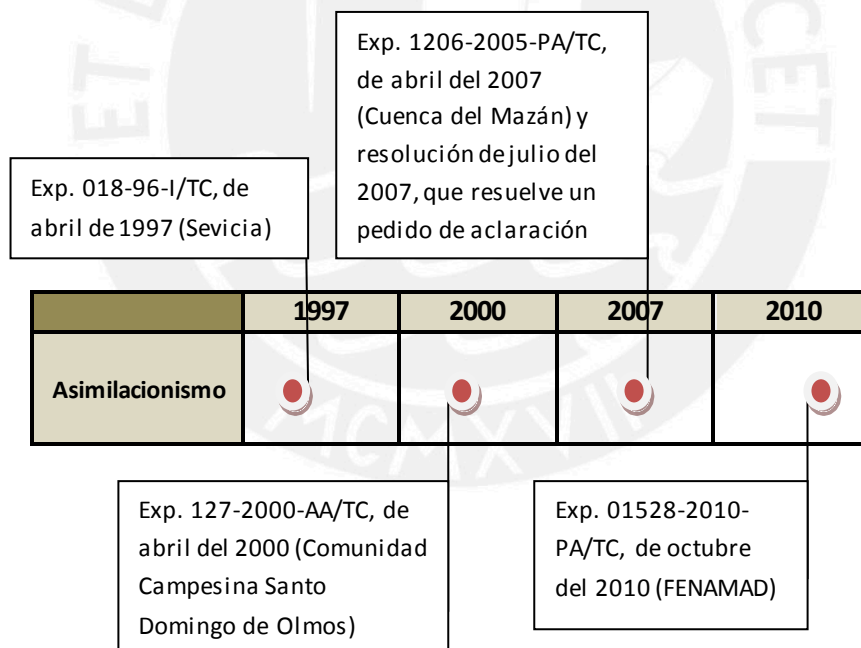
En cuanto a las dos últimas sentencias, *Cuenca del Mazán (Expediente 1206-2005-PA/TC, del 20 de abril del 2007)* y *FENAMAD (Expediente 01528-2010-PA/TC, del 21 de octubre del 2010)*, el Tribunal resulta ser aun más indiferente que en *Comunidad Campesina Santo Domingo de Olmos*, pues los demandantes sí invocan expresamente derechos indígenas y, pese a ello, se omite cualquier mención a éstos y al factor étnico de las controversias. Lo resaltante de ambos fallos es que son aparentemente favorables, ya que las demandas son declaradas fundadas, pero los argumentos del TC son exclusivamente ambientalistas. Por tanto, si sus críticas fueran subsanadas, las acciones estatales cuestionadas podrían continuar su curso sin problema, afectando incluso derechos de pueblos indígenas.

Tal vez pueda resultar extraño atribuir a sentencias de finales del siglo XX y la primera década del XXI un enfoque que se vincula a circunstancias tan lejanas en el tiempo. No obstante, el reconocimiento formal de los derechos indígenas con vocación

verdaderamente inclusiva se dio de forma tardía respecto de otros derechos fundamentales: a fines de los años 80 e inicios de los 90 del siglo XX, cuando se reconocen como derechos humanos y derechos fundamentales a través de documentos internacionales y algunas Constituciones, respectivamente.<sup>48</sup>

En tales circunstancias resulta más sencillo asumir que las primeras sentencias de un novel Tribunal Constitucional recurran a un enfoque evolucionista, más cómodo y fácil en el caso de las dos primeras; o que los derechos no se hayan institucionalizado aún en el caso de las dos últimas. Por supuesto, esto es una muestra de que el reconocimiento que eventualmente se haya hecho sobre los derechos indígenas resulta ser nominal.

**Gráfico 5. Línea de tiempo de las sentencias asimilacionistas**



Elaboración propia.

<sup>48</sup> Perú en 1993, Colombia en 1991, México en 1992, Nicaragua en 1987, Bolivia en 1995, etcétera.

*“Sevicia” (Expediente 018-96-I/TC, del 29 de abril de 1997)*

*Inconstitucionalidad interpuesta por la Defensoría del Pueblo contra el artículo 337.º del Código Civil: “La sevicia, la injuria grave y la conducta deshonrosa son apreciadas por el Juez teniendo en cuenta la educación, costumbre y conducta de ambos cónyuges”.*

*Se alega la relativización de derechos fundamentales al supeditar su afectación a la formación, costumbres y conducta del agresor y su víctima. La parte demandada argumenta que “[...] el juez debe calificar la voluntad del infractor y la calidad del receptor debido a que el grado del agravio depende sustancialmente de la forma en que sean apreciados y percibidos los hechos por la víctima en ese momento”, lo cual dependería de condiciones socioeconómicas y culturales.*

En *Sevicia* se atribuye categóricamente a algunos grupos culturalmente distintos, sin mayor sustento, una condición de degradación y atraso. La generalidad con la que se presenta esta idea es en realidad una apelación al sentido común de quienes la interpretarán, una invocación a las categorías discriminantes bien asentadas y tristemente vigentes,<sup>49</sup> sobre todo de carácter racial. Sin embargo, esto no se evidencia

---

<sup>49</sup> Si bien Espinosa (2009: 123-150) es prolijo en ejemplos sobre esto, otras significativas manifestaciones se pueden apreciar en las declaraciones del primer ministro del gobierno de Alejandro Toledo, y luego candidato a la presidencia, Pedro Pablo Kuczynski, sobre cómo la falta de oxígeno en los Andes hace que sus habitantes tengan limitadas capacidades de comprensión (Huayhua 2010: 237). También en la edición del 23 de abril del 2009 del diario *Correo*, donde se publicaron los errores ortográficos de la entonces congresista Hilaria Supa. El ahora exdirector del diario denunció que, por no saber escribir adecuadamente en español, la congresista era “prejuiciosa” y “violenta”. Otro ejemplo es el de la página de *facebook* del colectivo *Vergüenza Democrática* (<<http://www.facebook.com/VerguenzaDemocratica?sk=wall>>; consulta: abril del 2013), que recoge



de inmediato. De hecho, al desarrollar sus argumentos el Tribunal acierta cuando establece como regla general que la afectación de derechos no puede ser relativizada en desmedro de la dignidad humana, cuyo daño no puede tolerarse. Incluso señala que está en juego un valor constitucional, la defensa y conservación del vínculo matrimonial, y opta por la protección de la dignidad individual, siendo consistente con la esencia misma del ECD. Además, de su argumentación se infiere que los factores de relativización de la norma no son peculiaridades que deban respetarse, sino distorsiones de las reglas de convivencia social pacífica y de lo que se reconoce como “socialmente deseado”. El Tribunal, guardián de los valores más elementales de la sociedad peruana, los reivindica en su nombre.

Lamentablemente, el TC también considera que aquellos factores son intrínsecos a las costumbres pertenecientes a algunos grupos particulares y minoritarios:

[...] en cuanto a la costumbre, si bien es cierto que en algunos lugares del territorio peruano, o entre algunas parejas, socialmente se acepta la violencia del marido sobre la mujer [...] es deber del Estado y de este Tribunal orientar a la sociedad peruana hacia un estatus cada vez más civilizado y justo. [...] La violencia entre marido y mujer, sin importar dónde ocurra, o qué arraigada esté [*sic*], es siempre violatoria de tales derechos constitucionales que protegen a los seres humanos, todos ellos con dignidad, tengan o no cultura, tengan o no educación, tengan o no el peso de una costumbre primitiva y degradante (f. 2 de la sentencia).

---

manifestaciones públicas de discriminación en el Perú, sobre todo las relacionadas con las elecciones presidenciales del 2011, que atribuían la creciente popularidad del candidato Ollanta Humala a los denominados “indios” (<<http://lamula.pe/2011/06/05/verguenza-de-mocratica-recoge-discriminacion-en-facebook/jimenard>>; consulta: abril del 2013).

Al referirse a una costumbre primitiva y arraigada de algunos grupos ubicados en ciertos lugares del territorio, que debe ser objeto de un proceso civilizatorio, el Tribunal establece una jerarquía evolutiva asociada a una práctica que es estructural a la sociedad en la que ésta se da; por eso mismo, afirma que en estos casos es socialmente tolerada. En otras palabras, para el TC la violencia familiar estaría institucionalizada en estos grupos, representaría valores, y sería una construcción cultural atrasada. Esto se refuerza por el hecho de que él mismo se refiere a la identidad cultural o a la cultura, que diferencia de la educación, como una posible causa o fuente de violencia:

[...] que los derechos personales a la dignidad, a la integridad física, psíquica y moral, al libre desarrollo y bienestar, al honor y buena reputación, a la vida en paz, al goce de un ambiente adecuado, al desarrollo de la vida y a no ser víctima de violencia ni sometido a tratos humillantes, son derechos constitucionales aplicables a todo ser humano, sin que interese su grado de educación, sus costumbres, su conducta o *su identidad cultural* (f. 2; resaltado propio).

Al separar a ciertos grupos de nuestro territorio, atribuyéndoles un atavismo cultural sin ninguna referencia específica que permita identificarlos o probar la sugerida necesidad civilizarlos, el TC está siendo lo suficientemente impreciso como para abarcar a cualquier grupo, según el entendimiento de los más indolentes prejuicios asimilacionistas a los que les da crédito y refuerza con sus adjetivos. Se trata de prejuicios sobre lo cultural que tradicionalmente se relacionan con los sujetos que ahora se reconocen precisamente como pueblos indígenas.

El texto del fundamento 2 es el producto de uno de estos prejuicios, y no de una verificación objetiva de la realidad por parte de los miembros del Tribunal. Por ello, su

imprecisión es particularmente grave y produce valoraciones discriminatorias que dividen a la población entre aquéllos para los que la violencia familiar es una desviación de valores, y los que creen que es una expresión de ellos, una costumbre legitimada. Su argumentación es una petición de principio, una naturalización de la creencia de que existen grupos culturales inferiores con costumbres despreciables, que deben ser “educados” (civilizados) para que alcancen las virtudes de sus benefactores. Por supuesto, los magistrados se sitúan en el grupo bienhechor. Entonces, según el Tribunal hay que civilizar a ciertos grupos culturales que tienen costumbres primitivas, y las tienen porque son incivilizados. Se trata de una trampa lógica, en la cual la única posibilidad de construir una sociedad con valores democráticos es asimilando a quienes se presupone que no los tienen.

Es pertinente acotar que si bien en esta sentencia el asimilacionismo es explícito y activo, también puede manifestarse mediante la inacción y la indiferencia, como sucede en el siguiente fallo. Aunque con mayor sutileza, el TC aparta el factor cultural del debate jurídico, lo vuelve invisible.

***“Comunidad Campesina Santo Domingo de Olmos” (Expediente 127-2000-AA/TC, del 5 de abril del 2000)***

*Amparo (recurso extraordinario) interpuesto por la Comunidad Campesina Santo Domingo de Olmos contra el DS 017-99-AG, que incorpora al dominio del Estado 111 656 Ha de tierras eriazas identificadas dentro del ámbito de influencia del Proyecto Especial de Irrigación e Hidroenergético Olmos. La comunidad reclama la propiedad ancestral de dichas tierras arguyendo que es “oriunda” o “nativa”.*

*Los procuradores de los ministerios de Agricultura y de la Presidencia, y los magistrados que vieron el amparo, arguyen principalmente que la demandante no ha*

*acreditado su derecho de propiedad. Incluso, el juzgado que conoció la apelación menciona que la inscripción en Registros Públicos no ha sido probada.*

El Tribunal declara la improcedencia de la demanda debido a que la comunidad no ha acreditado su personería jurídica como comunidad o como pueblo, ni la propiedad de las tierras que reivindica a través de la información registral correspondiente (f. 4 de la sentencia). Se ignora por completo la invocación de los demandantes a elementos que podrían ser indicativos de una identidad étnica (indígena), y en virtud de los cuales debería reconocérseles derechos, según argumenta la comunidad.

Además de que en los fundamentos del fallo se menciona que la comunidad presentó documentos formales para acreditar su supuesta propiedad (algunos de ellos serían títulos de la época virreinal<sup>50</sup>), también se afirma que sustentó su derecho arguyendo una condición “oriunda” o “nativa” que haría, de acuerdo a la demandante, “inmemorial” su propiedad.

Tal vez pueda considerarse que este autorreconocimiento no implica la reivindicación de una etnicidad, sino simplemente la intención de darle legitimidad histórica a un derecho que se considera adquirido desde hace mucho tiempo. Pero al referirse a sí misma como “oriunda” o “nativa” y a su derecho como “inmemorial”, la comunidad alude a una herencia que, precisamente por ser originaria, se remontaría a algún momento anterior a la Conquista, antes de que llegaran los “foráneos”. Más allá de la posibilidad real de verificar tal afirmación, lo importante es que se recurre a un vínculo ancestral que es un requisito muy particular del Convenio 169 (artículo 1.1.b)

<sup>50</sup> Al respecto, la sentencia precisa que “[...] la demandante, para acreditar su propiedad sobre dichas tierras, presenta la copia legalizada de tres resoluciones jurisdiccionales de un expediente de la época del Virreynato [*sic*] en el que se hace mención a nombres, áreas, límites y linderos distintos a los actuales, por lo que dicho documento no constituye una prueba idónea [...]” (fundamento 4).

para ser reconocido como *indígena*; una condición de diferenciación que jurídicamente solo funcionaría para adquirir tal categoría y no otra.

No se sugiere que tal invocación ancestral sea suficiente para reconocerle la categoría de pueblo indígena a un grupo, pero, dado que ésta se encuentra íntimamente vinculada al goce de los derechos fundamentales, es obligación del Estado verificar ese estatus según los elementos que proporciona el Convenio (artículo 1.º) para protegerlos y garantizarlos si corresponde (artículos 2.1, 5.a, 8.1, 13, 17.1). No obstante, esto es algo en lo que el TC ni siquiera se detiene a reflexionar, a pesar de que dentro de los derechos que podrían vulnerarse está la propiedad indígena desarrollada en el Convenio. Si se hubiera considerado la posibilidad de que exista un estatus indígena, la comunidad podría haber tenido mejores probabilidades de conseguir un fallo favorable.

De esta manera, el Tribunal hace suya una postura que evade la responsabilidad de discutir jurídicamente, en el ámbito constitucional, la afectación o el reconocimiento de los derechos fundamentales de los pueblos indígenas. Se evaden los mandatos del artículo 3.º y de la IV disposición final de la Constitución, que incorporan a esta el contenido del Convenio 169. Se descarta la etnicidad como elemento de análisis al reemplazarla por la mera verificación de formalidades. En consecuencia, de una forma más bien arbitraria se extrae a la comunidad del marco normativo que bien podría corresponderle en su calidad de pueblo indígena, sin el mayor reparo por su exhortación, y se la trata como una persona jurídica según el Derecho Civil, con lo que elimina la posibilidad de reconocerle derechos diferenciados.

La postura asimilacionista que el Tribunal muestra en este caso se manifiesta a través de la indiferencia hacia la subjetividad indígena sin considerarla relevante desde el punto de vista jurídico. Voluntariamente o no, ello restringe los derechos y reduce la pluralidad cultural dentro del Estado a un elemento de la vida privada de las personas.

En suma, la cultura resulta invisible para el espacio público, la política y el Derecho. Es importante mencionar que una consecuencia directa de esto es la afectación del derecho a la identidad cultural (2.19, 89.º de la Constitución) y de la forma especial de propiedad ya mencionada (artículos 60.º, 88.º y 89.º de la Constitución), algo que el Tribunal no duda en reiterar, como se verá a continuación.

***“Cuenca del Mazán” (Expediente 1206-2005-PA/TC, del 20 de abril del 2007 y la resolución de julio del 2007 que resuelve un pedido de aclaración)***

*Amparo (recurso extraordinario) interpuesto por la Asociación de Promotores de Salud del Vicariato San José del Amazonas “Blandine Masicote Perú” contra el Instituto Nacional de Recursos Naturales (INRENA) y el Gobierno Regional de Loreto, para: a) suspender los concursos públicos de concesiones forestales que fueron convocados, y que se excluya de ellos a la cuenca del Mazán, ya que se estaría amenazando su derecho a un medio ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de la vida; b) solicitar que se realicen los estudios de impacto de las actividades forestales producto de los concursos; c) que se reconozca la calidad de zona reservada otorgada a la cuenca en 1965, en lugar de bosque de producción, como recientemente hiciera INRENA; d) que se considere la afectación de derechos de los pueblos indígenas de la zona.*

*Los procuradores del Gobierno Regional de Loreto y del Ministerio de Agricultura arguyen que no existe documentación sobre comunidad alguna en la cuenca y que el hecho de que el Estado haya emitido las resoluciones pertinentes sobre la naturaleza de la cuenca y las concesiones descarta la amenaza de derechos fundamentales.*

Si bien en este caso el fallo es relativamente favorable, se da sin que el Tribunal se pronuncie sobre la posible afectación de los derechos de los pueblos indígenas, a pesar de que tanto el demandante como los demandados argumentaron y contraargumentaron sobre el tema. El primero arguyó que se afectaban los derechos de los pueblos de la zona, y el segundo sostuvo que no existía un documento que acreditara la existencia de ninguna comunidad en esa área, con lo que realizó una equiparación conceptual tácita entre *comunidad* y pueblo indígena.

La solución finalmente dada al caso aboga por la protección de los derechos medioambientales, y así se ignora por completo el elemento cultural invocado por el demandante. El Tribunal no deja duda sobre esto último. En primer lugar, no se pronuncia sobre la discusión de las partes referida a la existencia o no de pueblos indígenas en la Cuenca del Mazán, esto no le parece relevante. En segundo lugar, toda su argumentación sobre los derechos ambientales está dirigida a la protección de la diversidad biológica y del sistema hidrográfico de la zona. Es decir, para el TC lo que está en peligro es el medio ambiente, no la vida o la salud de un grupo o sujeto jurídico específico, esto lo da por descartado implícitamente. Tal vez lo más lamentable de esto sea que pretende ser tuitivo, pero no se identifican los derechos respecto de los cuales debe serlo.

En consecuencia, el tema de la discusión pasa de ser *la protección de los derechos fundamentales* a la *protección de los bienes jurídicos constitucionales* de interés público. Por eso, las evaluaciones técnicas que se realicen para salvar las irregularidades observadas por el Tribunal podrían efectuarse sin considerar los impactos culturales o sociales en los grupos humanos que se verían directamente afectados por las concesiones, y que ahora, además de no ser reconocidos por el Estado, son ignorados por el TC.

De esta manera, el fallo declara fundada la demanda y, por tanto, “[...] sin efecto toda concesión realizada por INRENA en la Cuenca del Mazán, debiéndose proceder a una nueva evaluación conforme al ordenamiento vigente”. Luego, en la aclaración de la sentencia señala que “dejar sin efecto” no implica que las concesiones se anulen, puesto que las fallas (no haber considerado la denominación de “zona reservada” que tenía la cuenca, o no haber sustentado adecuadamente que las acciones estatales no la afectan) (f. 6 de la aclaración) pueden ser subsanadas.

Con esta sentencia el TC reitera una posición frente a los pueblos indígenas que excluye la relevancia de su subjetividad en el debate jurídico constitucional práctico, en el cual se discute la reivindicación y efectividad de derechos fundamentales diferenciados y que, en este caso, es especialmente preocupante.

Cronológicamente, esta sentencia no sigue a *Comunidad Campesina Santo Domingo de Olmos*, sino a *Hoja de Coca I* y a *Provincia de Lauricocha*; la primera de corte multicultural y la segunda de corte integracionista, y en la que por primera vez se menciona y reconoce la vigencia del documento jurídico internacional más importante en materia de derechos indígenas: el Convenio 169 de la OIT. Es decir, en el momento en el que este fallo se emitió, el Tribunal ya había afirmado la diversidad cultural como un valor, y reconocido la existencia de derechos fundamentales basados en ella, por supuesto que en un nivel más discursivo que aplicativo, como se verá en su momento.

Por desgracia, después de que nos diera una tímida muestra de su “doble potencial”, a través de una sentencia multicultural y otra integracionista, el Tribunal lo ignora y empieza a mostrar sus “impecables” contradicciones. El proceso de regresión que se produce parece estar metódicamente pautado (gráfico 3): el TC desarrolla un discurso notablemente inclusivo en *Hoja de Coca I*, pero luego retrocede inexplicablemente en *Provincia de Lauricocha*, reconociendo derechos y normas que



los avalan, pero sin aplicarlos; y finalmente llega, en esta sentencia, a la indiferencia asimilacionista que anula el elemento cultural del espacio público, relegándolo a la vida privada.

El Tribunal asumirá otra vez esta conducta indiferente en la sentencia que sigue, y nuevamente encubrirá su displicencia con argumentos ambientalistas.

***“FENAMAD” (Expediente 01528-2010-PA/TC, del 21 de octubre del 2010)***

*Amparo (recurso de agravio constitucional) interpuesto por la Federación Nativa de Madre de Dios y Ríos Afluentes (FENAMAD) y Moisés Martínez Suarez, contra las empresas Hunt Oil Exploration and Production Company of Perú y Repsol Exploración Perú, denunciando la amenaza de su derecho constitucional al medio ambiente y al derecho a la consulta previa. Se busca que el Tribunal ordene a los emplazados suspender la exploración y eventual explotación de hidrocarburos en el Lote 76, por estar dentro del área natural protegida Reserva Comunal Amarakaeri, y porque tales actividades ponen en grave riesgo la calidad del agua de los ríos que se encuentran en el área de influencia de ese Lote. Asimismo, refieren que el Decreto Supremo 035-2005-EM, que aprueba el contrato de licencia para todos los actos administrativos correlativos, no se habría consultado.*

*El amparo fue declarado improcedente en primera y segunda instancia por cuestiones competenciales, entre ellas el hecho de que verificar la afectación del derecho a la consulta sería materia de un proceso contencioso-administrativo (primera instancia).*

Cronológicamente, 7 sentencias multiculturales y 2 integracionistas han pasado desde *Cuenca del Mazán* (2007); de ahí que esta sentencia (2010) sea una abrupta

regresión del Tribunal a una práctica ya conocida: la indiferencia frente a la invocación de derechos de los pueblos indígenas para que se lleve a cabo la consulta previa, motivo por el cual se sitúa a *FENAMAD* como muestra de un enfoque asimilacionista. Si bien el TC ha elaborado a lo largo de los años una argumentación relativamente favorable a la diversidad cultural, con *Provincia de Lauricocha* (fallo integracionista luego de uno multicultural) inició un periodo de oscilaciones que hacen incierto su compromiso con la protección de los derechos de los pueblos indígenas. Esta escueta sentencia solo refuerza la incertidumbre y pone en evidencia la gravedad de sus contradicciones y lo intempestivo de sus giros.

La brevedad de este fallo (tres hojas) ofrece un indicio sobre la celeridad con la que el Tribunal pretendía resolver el caso, tal vez presumiendo que la solución era obvia o sencilla. En primera instancia se había declarado improcedente la demanda por considerarse que el amparo no era la vía idónea para reivindicar los derechos invocados. Tal vez uno de los puntos más resaltantes haya sido que el juzgado que conoció la controversia sí se pronunció sobre el derecho a la consulta cuando decretó la improcedencia, lo cual hace aún más flagrante la despreocupación del TC. Prueba de ello es que, al momento de valorar la improcedencia, el Tribunal lo hace como si la razón de la decisión del *a quo* hubiera estado relacionada *solo* con el derecho al medio ambiente, ignorando nuevamente el derecho más emblemático de los pueblos indígenas. Esto es muy significativo, ya que se trata de la segunda vez que su indiferencia es encubierta por un aparente recelo medioambiental.

Es cierto que, al final, la sentencia es favorable para los demandantes, como lo fue *Cuenca del Mazán*, pero también es claro que, una vez más, el Tribunal excluye del debate constitucional un derecho indígena especialmente importante. Se trata de la

última sentencia en la que suprime del espacio público (jurídico y político) la subjetividad indígena.

Finalmente, es necesario hacer una referencia al voto singular del magistrado Vergara Gotelli, quien en su fundamento 5 sí se refiere al derecho a la consulta invocado, y a la “relevancia constitucional” de que sea analizado al decidir sobre el caso en cuestión. Esto es inusitado, ya que indica que algo de esta naturaleza tendría que haber sido discutido entre los magistrados. Ciertamente, hubiera sido oportuno que tal discusión estuviese plasmada en la sentencia, aunque fuese para descartar el análisis sobre dicho derecho, pues la forma en que finalmente fue redactada parecería indicar que el colegiado mostró un desdén mayor por el elemento cultural de la controversia.

## **2. Integracionismo: Casi el reconocimiento de las diferencias**

Según Giraudo (2011: 9-98), el *indigenismo* habría abarcado entre sus manifestaciones tanto a la perspectiva anterior como al integracionismo. La autora concentra su estudio en esta segunda versión que habría tenido su momento fundacional en el Primer Congreso Indigenista Interamericano de Pátzcuaro de 1940, y su ocaso en la *Primera Declaración de Barbados* de 1971. Así, el indigenismo sería una perspectiva política, ética y académica con dos vertientes que confluyen en una tendencia claramente evolucionista; pero se ha considerado que, a pesar de esto, las diferencias entre ambas son suficientemente marcadas como para clasificarlas independientemente.

Este evolucionismo se expresa en el hecho de que tanto el integracionismo como el asimilacionismo refuerzan el paradigma moderno de la *discontinuidad en el desarrollo de la sociedad*. Es decir, consideran que las condiciones “premodernas” de los pueblos indígenas son estadios superables que deben modernizarse. No obstante, el

primero encubre sus pretensiones civilizatorias con un lenguaje de derechos, dándole continuidad y actualidad en un nuevo contexto, especialmente en el jurídico.

Es precisamente esta investidura jurídico-política la que revela la principal diferencia entre ambos enfoques. En el caso del integracionismo existe una valoración formal de la subjetividad indígena expresada en un lenguaje bienintencionado que se vuelve institucional. Se considera que ésta constituye una herencia valiosa de la historia de un Estado, que algunas prácticas deben ser rescatadas para su folclorización, y que los pueblos indígenas deben ser tratados con respeto y consideración porque son portadores de ese bagaje cultural. Sin embargo, hasta allí llegan las deferencias, ya que finalmente la diversidad cultural como fenómeno vigente se concibe como un obstáculo para la integración nacional y el desarrollo social, económico y cultural. (Con la debida consideración y respeto, la diversidad debe homogeneizarse.) Recuérdese lo que apunta Berman (2011 [1988]: 64) sobre la buena fe de los ideales del desarrollo moderno: “Los horrores más profundos del desarrollo nacen de sus objetivos más honorables y de sus logros más auténticos”.

De este modo, la institucionalización política y jurídica de este enfoque y su discurso respecto de la relación entre el Estado y los pueblos indígenas se consolidó en el Primer Congreso Indigenista Interamericano (PCII) de Pátzcuaro (1940), a partir del cual se formó el Instituto Indigenista Interamericano, dirigido a coordinar las políticas indigenistas de la región, y que en 1953 se constituyó en un organismo especializado de la OEA. A su vez, muchos países latinoamericanos crearon sus propios institutos indigenistas siguiendo la misma línea. En el Perú, éste fue constituido en 1946 como parte del Ministerio de Justicia. Tanto el *Convenio de Pátzcuaro* como el *Acta final* del

Congreso son documentos emblemáticos de esta perspectiva<sup>51</sup> (Yrigoyen 2010: 21-24; Giraudo 2011: 21-51). Jurídicamente, el integracionismo se afianzó con el Convenio 107 de la OIT, de 1957, elaborado a petición de la ONU y ratificado por 27 países. Actualmente ha sido reemplazado por el Convenio 169, precisamente en virtud de su perspectiva integracionista, considerada desfasada como discurso político y jurídico internacional para los años 80 del siglo pasado.<sup>52</sup>

A partir de estos elementos se pueden establecer las características de este enfoque:

*Se reniega discursivamente de las prácticas asimilacionistas que buscaban extinguir o subordinar las diferencias étnicas u otras dirigidas a perpetuar una relación de subordinación. Pero aún se mantiene un fuerte sesgo “supremacista” en relación con el vínculo entre el Estado y los pueblos indígenas, cuyas manifestaciones culturales se consideran transitorias respecto de la condición moderna a la que deberían dirigirse (Convenio 107 y Acta final del PCII). En ese sentido, si bien se promueve la eliminación de las prácticas y de la legislación racista, y se prohíbe que se fuerce a los pueblos a integrarse a la modernidad, el propio integracionismo tiende a un asimilacionismo más sutil que, aunque con una denominación distinta, es explícito. Si se prefiere, se cambia el verbo mas no la acción*

El Convenio 107 sugiere, por ejemplo, que las poblaciones indígenas y las tribus viven en una condición de atraso social (artículo 1.º), y que las costumbres que se

---

<sup>51</sup> El Congreso congregó a cientos de personajes académicos, políticos y literarios que, aunque con discrepancias sobre lo que significaba ser indigenista, marcaron un hito en la consolidación del lenguaje de derechos que luego produciría los derechos fundamentales que actualmente se reivindican.

<sup>52</sup> Véase la página web de la Organización Internacional del Trabajo sobre este tema (<<http://www.ilo.org/indigenous/Conventions/no107/lang--es/index.htm>>).

pretendan preservar no deben contradecir la política de “integración” nacional (artículo 7.2). Por ello se admite la posibilidad de que puedan ser reemplazadas y adaptadas en función de tal “integración” (artículos 4.b y 4.c). Se promueve la creación de nuevas instituciones en la estructura social de los pueblos (artículo 5.c), a la manera de un trasplante cultural en el que se extirpa lo fallido y se implanta lo bueno, que es sinónimo de moderno, algo que se hace más evidente porque este documento solo privilegia las iniciativas individuales (artículo 2.3).

Lo mismo sucede con el *Acta final* de Pátzcuaro. Por un lado, ésta hace reconocimientos de vanguardia: la educación diferenciada (resoluciones V, XXXV y XXXVII) y la propiedad colectiva (resolución II); e incluso promueve las políticas antidiscriminatorias (resolución XLV, LXII.2), entre otros avances. Pero, por otro lado, se mantiene una idea racalista que jerarquiza las diferencias culturales (resoluciones XVIII y XXXVI.6), y se promueve el reasentamiento de grupos indígenas con la intención de integrarlos a la sociedad moderna, considerando su resistencia como pretextos (resoluciones LI y LII.2). Además, el Acta limita su propio alcance al reconocerse como una mera referencia moral para los Estados latinoamericanos que no pretende afectar las legislaciones internas (resoluciones LXII y LXXII).

Esto último puede ser visto con claridad en la sentencia del Tribunal Constitucional *Provincia de Lauricocha*, en la que se reconoce por primera vez la vigencia del Convenio 169 de la OIT, pero se subordina su aplicación a la actuación formalmente correcta del Estado. En otras palabras, se sugiere que, ante un procedimiento adecuado de las entidades estatales, la violación de derechos indígenas no podría ser posible. Algo parecido sucede en la sentencia *AIDSESP I*, en la que se reconoce abiertamente la subjetividad indígena, pero a los derechos relacionados con ella se les atribuye una vigencia sumamente limitada.

*Se reconoce la subjetividad indígena como valiosa dentro del espacio público.* A diferencia del enfoque anterior, y en un marco asimilacionista más sutil, existe un respeto por las manifestaciones culturales distintas de las provenientes del Estado. Por ejemplo, se toman en cuenta los aspectos culturales de los pueblos indígenas en su proceso de modernización, y considera su consentimiento. No obstante, el espíritu del Convenio 107 y del *Acta final* priorizan una “integración” nacional por encima del discurso de derechos aparentemente redentor, siendo más bien una asimilación matizada. Parte de esto se hace evidente en las referencias artísticas o folclóricas que el *Acta final* resalta como un aspecto cultural que podría incentivar una industria que los inserte en la dinámica económica del mercado moderno (resoluciones XIII, XIV.3 y XV).

*Se promueve una postura integracionista paternalista.* De acuerdo con Stavenhagen (2006: 23), el discurso ilustrado de los derechos humanos prestó poca atención a los pueblos indígenas como tales. Al principio se les trató como incapaces o menores de edad, y fueron objeto de políticas asistencialistas y paternalistas. Recuérdese que el objetivo general de ambos documentos era “desarrollar” y dar mejores condiciones de vida a las poblaciones indígenas, a través de su integración al mundo moderno, incluso si esto significaba una necesaria transformación cultural, siempre matizada a través de un discurso de derechos. La valoración de las manifestaciones culturales diferenciadas se supedita a que no interfieran con la “modernización” de los pueblos.

Además de los ejemplos ya señalados, el *Acta final* es prolija en muestras de paternalismo integracionista: el procesamiento y aprovechamiento de la medicina indígena se encarga especialmente a personas externas a estos grupos (resoluciones XIX, XXII, XXIV); el manejo de la propiedad indígena está supeditada a la cantidad de

tierra otorgada por el Estado, cuya intención es introducirla en la economía moderna (resoluciones XXXIII, XXXIV y XLVI); la educación a indígenas se orienta a su modernización (resolución XXXVI.5.c), y lo mismo sucede respecto de sus prácticas económicas (resolución LII.8).

La sentencia del TC *Majes-Siguas II* es un ejemplo de este paternalismo. Como se verá en este apartado, en una controversia sobre la ejecución de un proyecto de irrigación, el Tribunal declara que la aplicación del derecho a la consulta previa depende de que tres entidades estatales (el Gobierno Central, el Gobierno Regional del Cuzco y el Gobierno Regional de Arequipa) decidan incluir a las comunidades afectadas en las acciones que se tomarán en relación con tal controversia.

*Dominio unilateral y subordinante de las relaciones interculturales.* Esta característica es compartida por el enfoque anterior: es el Estado el que tiene que dar validez y existencia jurídica a la subjetividad indígena en un marco de asimetría y subordinación. Si bien los documentos ya citados establecían algunas excepciones a esto, como la educación antidiscriminatoria para no indígenas, la regla general sigue siendo la acción política unilateral de una sola vía: los “civilizados” actúan sobre los “bárbaros”.

De igual forma, se mantiene la *dicotomía Estado/pueblos indígenas como escenario limitado de acción*, como si al hablar de pueblos indígenas se hablara de una masa uniforme opuesta a la sociedad moderna, y cuyos miembros no fueran parte del desarrollo histórico-social de los Estados en los cuales se encuentran.

*Establecimiento de compromisos internacionales de los Estados y reconocimiento de los derechos especiales de los pueblos indígenas.* Se adoptaron medidas diferenciadas y transitorias en función de sus condiciones socioeconómicas:



una suerte de acciones afirmativas que serán superadas mediante su integración a un Estado moderno en el que gozarán de iguales derechos que el resto de la población.

El integracionismo, perspectiva ético-política desarrollada tanto por el Instituto Indigenista como a través de la aplicación del Convenio 107, no materializó su bienintencionado discurso fielmente en la realidad; a pesar de enmarcarse en un contexto de ebullición respecto del reconocimiento de *nuevos* derechos, sirvió muchas veces como encubridor de prácticas meramente asimilacionistas. Pero el hecho de que se haya establecido por primera vez un amplio marco normativo internacional en el que, a pesar de todo, se reconocían derechos y una subjetividad indígena, coloca al Convenio 107 como un referente esencial del contenido de este enfoque.

### ***2.1 Análisis jurisprudencial***

Las sentencias que ahora se analizarán van desde 2006 hasta fines del 2011, aunque el integracionismo no es exclusivo de este periodo. Como se adelantó, las sentencias serán analizadas en función de su afinidad a un enfoque específico, no necesariamente en relación con su cronología. Ahora bien: hay tres aspectos importantes por resaltar de este bloque de sentencias. La sentencia *Provincia de Lauricocha* es la primera en la que el TC alude al instrumento jurídico más importante para la protección de pueblos indígenas: el Convenio 169 de la OIT. Aquí se da inicio a la discusión jurisprudencial sobre la consulta previa, el derecho más invocado relacionado con este tema. Asimismo, a lo largo de estos 3 documentos el Tribunal revela la disociación casi axiomática entre su retórica de derechos y su razonamiento jurídico dentro de una misma sentencia, una de sus principales características al momento de fallar sobre derechos indígenas. Tal vez éste no sea patológico, pero ciertamente se ha vuelto una mala costumbre.

Por último, en abril del 2005, fecha anterior a la tercera sentencia de la cronología general de este trabajo, el TC emitió la conocida sentencia 0042-2004-AI/TC (*Corrida de toros*), que establece el concepto de la “Constitución cultural”, un concepto sumamente interesante con una argumentación no menos sugestiva. En esta sentencia se discute la exoneración tributaria de espectáculos taurinos y no alude a ningún derecho indígena, ni evidencia alguna situación de peligro respecto de ellos; razón por la cual se le excluye de la cronología de sentencias de este trabajo. No obstante, se le cita aquí porque el desarrollo del concepto en cuestión inaugura un contexto argumentativo sobre la diversidad cultural que da cuenta de otra de las principales contrariedades del TC al fallar sobre derechos indígenas: sus contradicciones entre distintas sentencias.

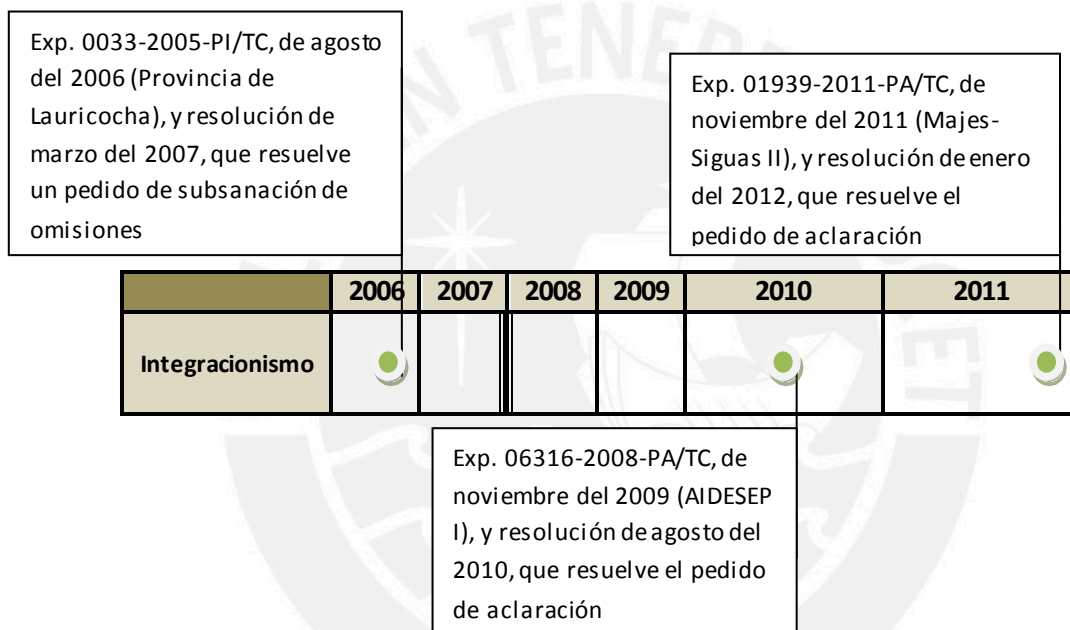
Refiriéndose a la “Constitución cultural”, el Tribunal establece que nuestra Carta Magna tiene un contenido cultural que supone el reconocimiento de “la pluralidad étnica y diversidad cultural del país” y, por lo tanto, de los derechos asociados a ella, tales como la dignidad humana, la identidad cultural, el patrimonio inmaterial y material (f.1 de *Corrida de toros*). Lamentablemente, no usa para su catálogo de derechos el Convenio 169 u otras herramientas internacionales. En la misma línea, reconoce a la tolerancia como “principio rector de la democracia” (f. 3), y al reconocimiento de la pluralidad como deber imperativo del Estado (f. 5), siempre que no se trasgreden “derechos fundamentales, principios constitucionales y valores superiores”.

Estos valores y principios expresados en la Constitución serían producto de la dialéctica de las minorías y mayorías, del consenso jurídico-político (f. 25) y de la necesidad de una unidad como Estado basada en valores compartidos, pero sin que se pierda la identidad cultural de cada grupo (f. 3). El problema es que se trata de aspiraciones más que de principios institucionalizados, ya que el Tribunal no menciona las condiciones de desigualdad en las cuales se fueron constitucionalizando los valores y

principios supuestamente consensuados, presumiendo una representación igualitaria de las minorías étnicas en la construcción de la democracia peruana (f. 25).<sup>53</sup>

Con todo, se trata de un discurso absolutamente vanguardista para el momento en el que surge; tal vez por ello, lo más llamativo sea que se sitúe como un antecedente ignorado en las tres sentencias que se analizan a continuación.

**Gráfico 6. Línea de tiempo de las sentencias integracionistas**



Elaboración propia.

***“Provincia de Lauricocha” (Expediente 0033-2005-PI/TC, del 29 de agosto del 2006, y resolución de marzo del 2007, que resuelve un pedido de subsanación de omisiones)***

*Inconstitucionalidad interpuesta por el Gobierno Regional de Pasco contra el artículo*

<sup>53</sup> Esto se evidencia, además, en la cita de Häberle sobre la Constitución: “[la Constitución es] la expresión de un cierto grado de desarrollo cultural, un medio de autorrepresentación propia de todo un pueblo, espejo de su legado cultural y fundamento de sus esperanzas y deseos” (f. 2 de la sentencia).

3.º de la Ley 26458, del 2 de junio de 1995, Ley de Creación de la Provincia de Lauricocha en el Departamento de Huánuco. Se aduce que no se han respetado los procedimientos adecuados para la creación de una provincia (entre los cuales estaría hacer un referéndum), ni el derecho a la identidad cultural y consulta previa de las comunidades campesinas de San Juan de Páucar y San Juan de Yacán (según el Convenio 169).

El demandado argumenta que la creación de la provincia no afecta territorio de ninguna comunidad campesina, y que es potestad del Congreso cambiar los límites de los departamentos según cuestiones de oportunidad y conveniencia, lo cual haría innecesario discutir asuntos sociológicos, antropológicos o “cartográficos”.

Resulta curioso que la sentencia *Hoja de Coca I*,<sup>54</sup> cronológicamente anterior a ésta, tenga características multiculturales. Respecto de ella y del discurso dado por el TC en *Corrida de toros*, la sentencia que se analiza ahora parece evidenciar un drástico retroceso. En ésta el Tribunal limita significativamente el debate constitucional sobre la subjetividad indígena y los derechos asociados a ella, con lo que hace mayores las dificultades que impiden que se den circunstancias favorables para una igualdad formal entre las distintas manifestaciones culturales. Sin embargo, no llega a una anulación o invisibilización de la subjetividad indígena. De hecho, reconoce al Convenio 169 como parte de nuestro ordenamiento, aunque le impone serias restricciones.

Aquí se hace la primera referencia al derecho a la consulta previa, y se solicita la aplicación del Convenio 169 por parte del demandante, ya que se ha producido una supuesta irregularidad en la creación de la provincia de Lauricocha, pues el proceso no

---

<sup>54</sup> Ésta será vista, junto con todas las sentencias consideradas multiculturales, en el siguiente capítulo.

habría sido consultado a los pueblos afectados. Al principio, al igual que en la sentencia *Comunidad Campesina Santo Domingo de Olmos*, el Tribunal ignora por completo las invocaciones del demandante sobre los temas en cuestión, y reduce la controversia a un problema de coherencia lógica formal de las normas (f. 2-5 y 8-12). Solo en la resolución que resuelve un pedido de *subsanación de omisiones*, el TC explica por qué ignoró las invocaciones antes señaladas, lo que confirma que fue una opción deliberada, y hace explícita su voluntad de no verificar si la violación de derechos existía:

[...] los acápites a que ha hecho referencia la parte recurrente en la solicitud que da lugar a la presente resolución [se refiere a los argumentos de la demandante sobre la violación de sus derechos], todos han sido *implícitamente* desestimados, por cuanto no pueden afectar la atribución contenida en la Constitución y otorgada de manera exclusiva y excluyente, por el legislador constituyente al Congreso de la República, conforme se aprecia del artículo 102.7 de la Carta Fundamental (f. 3 de la subsanación; resaltado propio).

Para el TC, la posibilidad de que la sentencia viole derechos fundamentales se extingue automáticamente en tanto se haya cumplido con los aspectos procedimentales y formales de la dación de la norma que crea la provincia, sin necesidad de verificar si existe el daño que fue denunciado de forma explícita.

Hasta aquí, esta sentencia se asemeja mucho a la ya mencionada *Comunidad Campesina Santo Domingo de Olmos*, la segunda sentencia asimilacionista. Sin embargo, su carácter integracionista radica en que el Tribunal sí admite la existencia de derechos diferenciados basados en la diversidad cultural, y lo hace a través del reconocimiento del Convenio 169, pero despojándolo de todo su potencial reivindicativo. Así, para dejar claro que de ninguna manera cabe un análisis de la

afectación de los derechos indígenas, en el fundamento 4 de la subsanación señala que el Convenio tiene rango de ley ordinaria; así como todos los tratados que no hayan pasado por el procedimiento del artículo 57.º de la Constitución, éstos pueden impugnarse a través de un proceso de inconstitucionalidad (artículo 200.4 de la Constitución):

a. En lo que importa al Convenio 169 de la OIT, éste fue aprobado mediante Resolución Legislativa 26253 del Congreso Constituyente Democrático, publicada con fecha 5 de diciembre de 1993. Con respecto a su aplicación en nuestro ordenamiento nacional, debe tenerse presente lo expuesto en los artículos 55.º, 56.º, 57.º y 200.4 de la Constitución, pues si bien los tratados forman parte del ordenamiento nacional, su incorporación a él le da el rango de ley ordinaria —en caso contrario, no podrían ser impugnados a través del proceso de inconstitucionalidad—, salvo que regulen materia constitucional, en cuyo caso su aprobación está sujeta al procedimiento de reforma de la Constitución antes de su ratificación por el Presidente de la República (f. 4 de la subsanación).

Más allá de las disquisiciones dogmáticas sobre la jerarquía normativa de los tratados según nuestra Constitución, importa resaltar el significativo desdén que muestra el Tribunal respecto del principio fundamental del ECD —a saber, el respeto de la dignidad humana—, y que es tan persistente que sacrifica la coherencia entre sus sentencias y la argumentación de esta sentencia en particular. También queda en evidencia en la ya mencionada superposición de la jerarquía normativa formal sobre los derechos fundamentales, sin siquiera hacer una ponderación sobre los que se invocan.

Respecto de lo primero, ignora el discurso tuitivo favorable al reconocimiento de derechos diferenciados, como el de la consulta previa, que había inaugurado con *Corrida de toros*. De igual manera, pasa por alto aspectos importantes de una sentencia suya que el propio Tribunal usa como referencia en este caso (expediente 047-2004-AI/TC), en la cual afirma precisamente que los tratados de derechos humanos son parámetros de constitucionalidad (f. 22 de la referencia). En general, niega la posibilidad de ampliar el catálogo de los derechos fundamentales cuando se trata de derechos humanos, a pesar de que puede hacerlo (artículo 3.º y IV disposición final y transitoria de la Constitución, los cuales no cita). Con esto contradice al menos 9 sentencias (entre 2002 y 2006<sup>55</sup>) previas a ésta, en las que dice exactamente lo contrario, pues otorga rango constitucional a los tratados de derechos humanos y a la jurisprudencia de la Corte Interamericana.

En cuanto a lo segundo, la inconsistencia argumentativa del TC se hace evidente también al momento de desarrollar el concepto de *bloque de constitucionalidad* (parámetro de constitucionalidad) (f. 6 y 7 de esta sentencia), en el que él mismo incluye a los tratados, dándoles rango constitucional, para luego descartar el análisis de los derechos consagrados en el Convenio 169 por su supuesta subordinación jerárquica en la pirámide normativa.

En suma, lo que hace el Tribunal en esta sentencia es elaborar un discurso de derechos diferenciados, al afirmar que el Perú cuenta con un tratado internacional sobre la materia; pero luego desmerece este esfuerzo cuando sostiene que, para todos los efectos, estos derechos no son parámetros de control para la actividad del Estado —en este caso específico, el Congreso de la República—, siempre que éste haya cumplido con las formalidades requeridas. Es decir, aplica un enfoque integracionista.

---

<sup>55</sup> Véase el pie de página 8 en la introducción de este trabajo.

Finalmente, el contexto argumentativo-jurisprudencial en el que se emiten las sentencias *Corrida de toros* y *Hoja de Coca I*, y el hecho de que el Tribunal reconozca la vigencia del Convenio, aunque sea de manera subordinada, revelan que pretende asumir un nuevo tipo de retórica. Sin embargo, los argumentos dados en los párrafos precedentes evidencian que no está dispuesto aún a ceder en el punto de la efectividad de los derechos diferenciados indígenas, y su consecuente repercusión en el goce del derecho a la igualdad material (esto, también, propio del integracionismo).

***“AIDSESEP I” (Expediente 06316-2008-PA/TC, del 11 de noviembre del 2009, y resolución de agosto del 2010 que resuelve el pedido de aclaración)***

*Amparo (recurso de agravio constitucional) interpuesto por la Asociación Interétnica de Desarrollo de la Selva Peruana (AIDSESEP) contra el Ministerio de Energía y Minas, PerúPetro, Barrett Resource Peru Corporation y Repsol YPF. La demandante sostiene que a través de los contratos de licencia de exploración y explotación de los lotes 39 y 67 (julio de 1999 y diciembre de 1995), se están vulnerando los derechos a la vida, la salud, la integridad cultural, la identidad étnica, a un ambiente equilibrado, a la propiedad y la posesión ancestral, a la consulta previa y al territorio de los pueblos indígenas en situación de aislamiento voluntario: waorani (tagaeri-taromenane), pananujuri (arabela) y aushiris o abijiras (según el Convenio 169). Éstos se encontrarían en el ámbito geográfico de la “Propuesta de Reserva Territorial Napo Tigre”. Se solicita, además, que se ordene a PerúPetro la modificación de los contratos de licencia y que se ordene a las empresas abstenerse de operar en las zonas aludidas.*

*Los demandados argumentan que las pretensiones de la demandante contravienen el bien común y el interés público, que el Estado peruano tiene obligaciones contractuales que no puede incumplir, que las consultas han sido*



*realizadas y el daño ambiental no se ha corroborado, y que no se ha cumplido con el procedimiento para reconocer a pueblos indígenas en aislamiento, por lo que su existencia no se ha acreditado.*

Con esta sentencia el TC da un salto de más de 2 años, en los que desarrolla una importante jurisprudencia de carácter multicultural.<sup>56</sup> Esto nos revela otra de sus principales características: luego de haber optado por una perspectiva más inclusiva e igualitarista, retrocede y quiebra una línea jurisprudencial en formación.

Tal vez puede resultar confuso que, en la argumentación de la sentencia, el Tribunal reconozca la existencia de pueblos indígenas en el territorio al que alude la demanda (si bien no en aislamiento) y, por tanto, la necesidad de que se aplique el derecho a la consulta, que no se habría realizado, aunque los demandados afirmen lo contrario (f. 23-26 de *AIDSESEP I*), ya que se equivocan al equiparar “consultar” con “informar”. Como si fuera poco, en el fallo se establece que la consulta es “inalienable”, aparentemente alineándose con las 5 sentencias multiculturales que la preceden. Así, el TC reconoce:

- a. El rango constitucional del Convenio y, por extensión, a la consulta como un derecho humano (f. 19). Asimismo, reitera los principios que sobre ella estableció en *Tuanama Tuanama I*<sup>57</sup>: buena fe, plazos razonables, flexibilidad, objetivo de llegar a un acuerdo, transparencia y oportunidad previa a la adopción de la medida que se consultará (f. 22). También resalta la prohibición del veto y del consentimiento como deber (f. 21).

---

<sup>56</sup> *Hoja de Coca II, Cordillera Escalera, Sawawo Hito 40, Tuanama Tuanama I y AIDSESEP II*, que serán analizadas en el siguiente capítulo.

<sup>57</sup> Que se analizará en el siguiente capítulo.

b. Si bien establece que en este proceso no puede determinarse la existencia de pueblos indígenas no contactados, en contacto inicial o en aislamiento voluntario (f. 7 y 8), aprovecha la oportunidad para señalar que, dadas sus condiciones especiales, éstos pueden ser representados por cualquier persona o institución en un proceso jurisdiccional o de consulta, incluso sin que los afectados tengan participación efectiva (f. 3 y 4).

Al respecto, es necesario aclarar que un proceso de consulta no es igual a un litigio. Si lo propuesto por el TC se diera en la consulta, los terceros se estarían atribuyendo, por ejemplo, una perspectiva de desarrollo social y cultural específica respecto de un grupo al que no pertenecen, por lo que esta figura de representación por terceros resulta mucho más complicada. Debería considerarse que esos pueblos tienen un ámbito de protección y autonomía mayor respecto de su entorno y las condiciones de su propio desarrollo, y que ante una situación de afectación de sus derechos por parte de las empresas, por ejemplo, debería optarse preferentemente por la no intervención (artículos 4.º-6.º de la Ley 28736, y artículos 25.º, 26.º, 28.º, 32.º-38.º, 42.º y 43.º de su Reglamento).

Entonces si, en general, el TC parece ser tan tuitivo, ¿cómo es que esta sentencia no es una de las más prospectivas? Lo que sucede es que el Tribunal atenúa sus primeras afirmaciones teóricas sobre la consulta al momento de aplicarlas. Si bien reconoce que habría una vulneración histórica del derecho, en tanto el Convenio 169 está vigente desde 1995 (f. 23), y que esto afectaría la validez de las concesiones realizadas sin consulta (f. 27), por otro lado decide mantener la validez de esta concesión y sus actividades, basándose en la seguridad jurídica y la buena fe de las empresas, y ordenando que la consulta se aplique “gradualmente” (f. 30). Frente a una

ponderación entre el derecho fundamental a la consulta previa y el valor jurídico constitucional de la seguridad jurídica, el TC prefiere el segundo en desmedro, en última instancia, de la dignidad humana. No hay que olvidar que el propio Tribunal ha reconocido la vulneración histórica y sistemática de este derecho de los pueblos indígenas (*Tuanama Tuanama I*), por lo que una opción más apropiada hubiera sido ordenar la suspensión de las actividades, medida que no tuvo reparo en ordenar antes (*Cuenca del Mazán*).

Se entiende que la intención consiste en evitar el desequilibrio económico que se produciría si se detienen las concesiones que se han otorgado en los últimos 15 años (f. 28, 29). Pero siendo tan cuidadoso en ese punto, resulta incomprensible por qué no compensa la sistemática violación de derechos con la realización efectiva de ellos desde el momento en el que la verifica. La consulta es un proceso y por ende su ejecución es paulatina, la única razón por la cual el tribunal sugeriría una gradualidad en su aplicación es que prevenir que el proceso se inicie inmediatamente. Su respuesta a este dilema no aboga por ninguna compensación real, ni siquiera indemnizatoria; simplemente la ignora.

Sobre la invocación a la “buena fe” de las empresas, se trata de un enunciado esencialmente retórico. No se puede olvidar que el Convenio es parte del sistema jurídico interno, sus normas son normas internas y por ello tienen rango constitucional desde el año 1995. De acuerdo con esto, no se trata de un descuido menor del Estado y de las empresas, sino que sus actos se han legitimado sobre la vulneración sistemática de normas constitucionales y públicas. A esto se añade otra inconsistencia. En el fundamento 30, el Tribunal encarga la realización del proceso de consulta a las empresas, es decir, a quienes no solo son partes interesadas (con intereses y recursos enfocados a que el proceso tenga un resultado específico), sino a quienes previamente

aseguraron que ya la habían ejecutado porque entendían que la consulta era una simple transmisión de información. Huelga decir que no se excluye que las empresas deban tener responsabilidad en la ejecución del derecho, pero su protección y aplicación es una obligación estatal no es transferible.

Todo lo expuesto hasta aquí parece una aplicación de la perspectiva económica liberal más ortodoxa, que el multiculturalismo no excluye. Pero hay elementos que se encuentran en la resolución que resuelve el pedido de aclaración sobre la sentencia, y que alejan al Tribunal de esta postura y lo ubican en el integracionismo:

a. Se zanja cualquier duda sobre la validez de las medidas tomadas sin consulta. El TC contradice categóricamente sus afirmaciones previas sobre la importancia y jerarquía del Convenio, y afirma que éste solo adquirió vigencia a partir de la fecha en que fue emitida la sentencia *Tuanama Tuanama I* (junio del 2010) que lo desarrolla (f. 7, 8 de la resolución aclaratoria). Es decir, se anula la vinculatoriedad de todo derecho de los pueblos indígenas que se encuentre en el Convenio antes de esa fecha. Virtualmente, un tratado ratificado sobre derechos humanos podría ser fácilmente obstruido por el Estado, bastando solo con que no emita una ley o sentencia que lo desarrolle, en abierta contraposición con la fuerza normativa de las normas con rango constitucional en un ECD.

b. El Tribunal está usando un recurso de aclaración para modificar lo expresado por él mismo en otra sentencia (*Tuanama Tuanama I*) sobre la vigencia del Convenio. Utiliza lo que previamente había proscrito en las resoluciones que resuelven las aclaraciones en *Cuenca del Mazán* y *Cordillera Escalera*, lo que resulta mucho más grave porque ni siquiera se refiere a la sentencia que es objeto del recurso. En este sentido, se estaría atentando contra

la cosa juzgada y, por tanto, contra normas constitucionales (artículos 55.º y 139.2 de la Constitución).

c. Por otro lado, termina de desvirtuar el derecho a la consulta, flexibilizando la responsabilidad del Estado respecto de ésta, y reduciéndola a una simple labor de supervisión (f. 4, 5 de la resolución), algo que ya había adelantado en el fundamento 30 de esta sentencia.

Como se puede comprobar, existe una fuerte resistencia del Tribunal a la constitucionalización formal y material de los derechos de los pueblos indígenas. Además, separa su retórica prospectiva de su *ratio decidendi* operativa y con esto asume el integracionismo como enfoque de acción. La consecuencia de ello es que la subjetividad indígena queda anulada deliberadamente para todo efecto práctico, a través de la afectación de los derechos fundamentales asociados a ella, de su vigencia. Se afecta, en última instancia, el principio de igualdad. Esto, a pesar de que existía suficiente material jurisprudencial para que consolidara su paso definitivo al multiculturalismo, postura que sin ser suficiente, permite una mejor protección de los derechos diferenciados.

La regresión metódicamente pautada que se ha mencionado en el análisis de *Cuenca del Mazán*, y que se manifestó en tres sentencias del TC, está contenida aquí en una sola, y se hace explícita en su estructura argumentativa. Si bien reconocen los derechos diferenciados, optan por la institucionalidad estatal y su actividad económica; y, utilizando una lógica perfectamente ajustada al integracionismo, aseguran que los primeros no interfieran, para lo que anulan su aplicabilidad y los subordinan a una formalidad. En especial, se genera un profundo conflicto al momento de integrar el derecho a la consulta, respecto al cual el Tribunal muestra particular indecisión. Todos

los magistrados, a excepción de Landa Arroyo,<sup>58</sup> firman la sentencia y su resolución aclaratoria. Seguramente por ello resulta tan difícil aceptar las reglas jurisprudenciales internacionales (sentencia *Saramaka*), en las que la falta de consentimiento de un pueblo indígena no es descartada *prima facie* frente a la propiedad del Estado sobre los recursos naturales, normalmente privilegiada. A pesar de su evidente pertinencia y utilidad, el Tribunal no recurre a referencias de la jurisprudencia internacional.

Finalmente, es importante hacer notar que, aquí como en otras sentencias, el Tribunal no verifica la condición de pueblo indígena para asignar derechos, sino que recurre a una equiparación no motivada entre esta categoría y la de comunidades. Ello debilita la fundamentación de lo que significa ser pueblo indígena en el Perú desde un punto de vista jurídico. Se extienden irreflexivamente los criterios de identificación del Convenio 169, y se establece una regla de generalización innecesaria que podría ser contraproducente si se verifica su falta de rigurosidad.

***“Majes-Siguas II”<sup>59</sup> (Expediente 01939-2011-PA/TC, del 8 de noviembre del 2011, y resolución de enero del 2012 que resuelve el pedido de aclaración)***

*Recurso de queja presentado por el Estado en el proceso de amparo interpuesto por el Gobierno Regional del Cuzco y la Municipalidad Provincial de Espinar, contra el Gobierno Regional de Arequipa y la Agencia de Promoción de la Inversión Privada*

---

<sup>58</sup> En términos generales, en su voto particular Landa concuerda con la solución del dilema entre la seguridad jurídica de las concesiones y los derechos fundamentales en juego. Pero también incorpora el deber de neutralidad del Estado respecto de las empresas y los pueblos indígenas al momento de aplicar la consulta (f. 57, 58 de su voto).

<sup>59</sup> Considérese que si bien la nueva Ley de Consulta Previa fue publicada en septiembre del 2011, a la fecha de la sentencia aún no entraba en vigencia.

*(ProInversión). En la demanda se alega que el proyecto de irrigación Majes-Siguas II amenaza los derechos a la vida, medio ambiente, desarrollo económico de los habitantes de la provincia de Espinar, y vulnera el derecho a la consulta de las comunidades campesinas de ésta.*

*En primera instancia se falló a favor de los demandantes, por lo que se ordenó la realización de un Estudio Técnico de Balance Hídrico Integral y se dejó sin efecto la viabilidad del proyecto. En segunda instancia se dispuso la realización de un nuevo estudio de impacto ambiental, pero se revocó lo relacionado con la viabilidad. En la fase de ejecución se prohibió que el proyecto se inicie debido a que los estudios presentados por el Estado eran incompletos. En apelación se declaró la suspensión indefinida del proyecto y el archivo definitivo de la controversia. Ante esto, el demandante presentó un recurso de agravio constitucional, y cuando éste fue desestimado, presentó un recurso de queja.*

*Los argumentos de los demandados fueron que el proyecto es de interés público y que su viabilidad fue establecida a través del procedimiento formal para tal fin, por lo que no podría violar derechos.*

Uno de los principales dilemas que el Tribunal aborda en esta sentencia es la afectación o no de la cosa juzgada en el proceso de ejecución que pone fin al proceso de amparo en cuestión. Al considerar que tal afectación existe, el Tribunal anula la sentencia de segunda instancia y, con ello, la suspensión indefinida que le había ordenado al proyecto Majes-Siguas II (f. 15-29).

El problema es que el TC agota su argumentación en este tema, y mientras desarrolla la sentencia ignora que, por ejemplo, el derecho a la consulta fue invocado por una de las partes del proceso. *Finalmente se pronuncia sobre éste, pero lo minimiza*

*abiertamente en la resolución que resuelve un pedido de aclaración.* Hace esto en desmedro de la abundante jurisprudencia sobre protección de los derechos fundamentales indígenas que ha acumulado hasta la fecha, en su mayoría de corte multicultural; y si bien es cierto que no siempre tiene una interpretación favorable sobre el derecho a la consulta, lo reconoce y se pronuncia sobre él (*Cordillera Escalera, AIDSESEP II, Tuanama Tuanama I, II, III, IV y VI*). Esta sentencia no anula —pero sí limita significativamente— el debate constitucional sobre la subjetividad indígena y el derecho a la consulta en particular. El integracionismo del TC se traduce en una displicencia que se va haciendo evidente a lo largo de toda la sentencia, y de forma determinante en la resolución que resuelve el pedido de aclaración:

a. Al haber sido invocado un derecho indígena, cabía analizar si efectivamente éste estaba siendo vulnerado. Para ello correspondía establecer la existencia del sujeto (pueblo indígena), en función de los únicos parámetros jurídicos disponibles en ese momento, los del Convenio 169. Más aún porque la municipalidad de Espinar arguyó que los sujetos en cuestión eran comunidades campesinas, muchas veces equiparadas a los pueblos indígenas por el propio Tribunal, como por ejemplo en el caso de las sentencias *AIDSESEP I* y *Montalván Mío*.<sup>60</sup>

Si bien el derecho no fue invocado por el sujeto que debió hacerlo, correspondía al Tribunal sustentar su indiferencia. Después de todo, la amenaza de los derechos fundamentales requeriría un análisis de fondo, incluso solo para verificar que tal afectación no existe. Hubiera sido mejor que se verificara si la

---

<sup>60</sup> Esto también sucede en las sentencias que se analizarán en el siguiente capítulo: *Hoja de Coca I y II, Cordillera Escalera, Tuanama Tuanama I y IV*.



amenaza argüida era percibida también por los supuestos afectados. Sin embargo, esta sentencia decide omitir toda referencia a la subjetividad indígena y los derechos asociados a ella.

b. Dentro de la ponderación de los derechos que pretende hacer el Tribunal, el referido a un medio ambiente saludable tiene el mayor peso, y más bien no incluye el derecho a la consulta, a pesar de lo ya mencionado.

c. En su fundamentación, el TC establece cuáles serán las entidades que participarán en la ejecución de las medidas previas al inicio del proyecto que incluyen el estudio técnico de balance hídrico integral, y que estarían a cargo del gobierno nacional y de los gobiernos regionales del Cuzco y Arequipa (f. 44-46). El Tribunal deja en claro que de ninguna manera se realizará una consulta previa al excluir a las comunidades a las que se estaría afectando con el proyecto, así como a la municipalidad de Espinar, que fue la que presentó la demanda de amparo para que se realice la consulta.

d. Esta displicencia implícita en la argumentación de la sentencia se torna explícita en la resolución que resuelve el pedido de aclaración presentado por la municipalidad de Espinar y el Gobierno Regional del Cusco. De hecho, ante el reclamo por la indiferencia del Tribunal, éste señala que la participación de las comunidades campesinas a las que se afectaría depende de la decisión de las 3 instituciones a las que ha autorizado participar de las medidas previas al inicio del proyecto (f. 2, 4 y 9 de la resolución que resuelve el pedido de aclaración). Es decir, la protección de un derecho fundamental se supedita a la discrecionalidad de las instituciones estatales y no al hecho de que él esté siendo afectado.

Éste es el punto que determina que la sentencia se ubique en una perspectiva integracionista. El paternalismo que el Tribunal asume en su argumentación para salvar su falta de atención al derecho a la consulta se condice con el catálogo de derechos limitados por el evolucionismo/racialismo todavía persistente en el integracionismo.

Por último, llama la atención una reflexión del Tribunal sobre los conflictos sociales generados a raíz de este caso. El TC hace un llamado de atención a las movilizaciones de la población porque afectan derechos de terceros como el libre tránsito, pero no establece la misma responsabilidad simbólica del Estado que ignora los derechos de los pueblos indígenas (f.7, 34), y que no debiera haber pasado desapercibida para un Tribunal que pretendía ser aleccionador.

### **3. Comentarios finales sobre el asimilacionismo y el integracionismo del Tribunal Constitucional**

Antes de pasar al siguiente capítulo, es indispensable hacer una reflexión sobre el *contexto argumentativo* de algunas de las sentencias vistas hasta ahora; es decir, a las elaboraciones argumentales del Tribunal en los fallos inmediatamente anteriores o posteriores a éstas. Este contexto, como ya se ha adelantado en los análisis individuales, puede ser útil para revelarnos interesantes detalles del comportamiento del TC referidos a la protección de los derechos indígenas a lo largo de su existencia.

Considérense primero *Provincia de Lauricocha* y *Cuenca del Mazán*: ambas forman parte de una progresión descendente hacia el asimilacionismo, que dice mucho sobre lo volátil del compromiso inicial del Tribunal con el resguardo de derechos indígenas en *Hoja de Coca I*, la primera que se verá en el tercer capítulo. Esta

volatilidad es corroborada después con *Hoja de Coca II*, que es una sentencia multicultural y cronológicamente posterior a *Cuenca del Mazán*, que es asimilacionista.

En segundo lugar, obsérvese a *AIDSESP I* y *FENAMAD*, que son posteriores a las 5 sentencias multiculturales señaladas anteriormente y que han precedido 6 sentencias multiculturales. Sin embargo, en estos casos el TC no tuvo reparos en conducirse de forma integracionista en la primera y asimilacionista en la segunda, en abierta contradicción con sus propios postulados sobre el respeto de la diversidad cultural y la vigencia del Convenio 169. Tales oscilaciones solo corroboran la maleabilidad de la perspectiva del Tribunal acerca de los pueblos indígenas, incluso en periodos en los que pareciera haber alcanzado coherencia.

El caso de *Majes-Siguas II* no es distinto: lo precedieron 6 sentencias multiculturales y, a pesar de ello, es un ejemplo palpable de un paternalismo integracionista: el goce de un derecho fundamental se supedita a que 3 entidades estatales permitan que su portador lo ejercite. En estas circunstancias, no es extraño que el último fallo analizado en este trabajo, *Tres Islas*, sea tan ambiguo que no pueda atribuírsele un enfoque específico.

Por último, las sentencias en las que el TC ha respondido con indiferencia a demandas indígenas requieren de una precisión adicional. Tal vez el lector se pregunte por qué en este trabajo se opta por asumir que el Tribunal se adscribe al enfoque más restrictivo. Es que dada su ausente, parcial, endeble o formalista argumentación jurídica, lo cambiante de su orientación (intra- e intersentencias), y su impasibilidad respecto de ambas cosas,<sup>61</sup> resulta muy difícil presumir la postura más favorable. Ignora un derecho

---

<sup>61</sup> El TC no ha tenido ningún recelo en negar el rango constitucional de un tratado de derechos humanos (*Provincia de Lauricocha*) ni la vigencia efectiva de ese tratado (*AIDSESP I*), o en hacer

fundamental disponiendo de muchos elementos para tutelarlos; por eso la lógica del TC solo puede orientarse hacia una iniquidad material deliberada.



---

dependen un derecho fundamental de la discrecionalidad de terceros (*Majes-Siguas II*). Todo ello, además, sin motivación suficiente.

### CAPÍTULO III:

#### Las pretensiones multiculturales del Tribunal Constitucional: La soñada coherencia<sup>62</sup>

*Quand beaucoup d'hommes sont ensemble,  
il faut les séparer par des rites, ou bien ils se massacrent*<sup>63</sup>

Jean Paul Sartre: LES MOTS

Este capítulo agrupa 14 sentencias, de las cuales 13 tienen características multiculturales y representan más del 50% de sentencias seleccionadas para este trabajo (gráfico 4). Presentados así, estos datos podrían sugerir que el Tribunal se encuentra en la ruta correcta hacia la soñada coherencia que parece serle esquiva o que, más bien, parece esquivar. Sin embargo, por la forma como están distribuidos alargan una línea sinuosa cuyos vaivenes están dados por las 7 sentencias ya analizadas y una adicional que se verá en este capítulo. Esta última está situada en un limbo entre la postura *multicultural* y la *integracionista*.

Para analizar este conjunto de fallos se harán aproximaciones teóricas a dos perspectivas ético-políticas: el *multiculturalismo* y la *interculturalidad*. La primera, de inspiración anglosajona y que tiene su origen alrededor de las décadas de 1960 y 1970, reconoce la diversidad y la coexistencia pacífica entre los grupos étnicos, así como la necesidad de que existan derechos diferenciados con pretensión igualitarista. La segunda, desarrollada especialmente en Latinoamérica a partir de los decenios de 1970 y 1980, rompe con el dominio unilateral de la interacción cultural, compartido por los tres enfoques anteriores, y propone una relación dialógica de (re)construcción de nuevos

---

<sup>62</sup> La frase corresponde al título de la antología del poeta peruano Luis Hernández Camarero, editada por Edgar O'Hara.

<sup>63</sup> “Cuando muchas personas están juntas es necesario separarlas por los ritos para evitar que se masacren.” (Traducción propia.)

paradigmas políticos, jurídicos y éticos. Implica, además, la constitucionalización material —y no solo formal— de *nuevos* derechos que reconozcan la constituyencia de la subjetividad indígena en la estructura y dinámica estatales.

Ahora bien: aun cuando es necesario advertir que en este trabajo no se ha atribuido la perspectiva intercultural a ninguna de las sentencias, es importante tener indicios sobre los motivos por los cuales el Tribunal no la ha asumido hasta ahora, a pesar de que ha intentado insertarla como un elemento de su retórica política sobre derechos. Al final de este capítulo se verificará cómo incluso respecto de esto último el Tribunal tiene una renuencia endémica para asumir la interculturalidad como perspectiva para la resolución de casos y se siente más cómodo dentro de los límites del multiculturalismo.

### **1. Multiculturalismo: Potencial y límites del reconocimiento**

El multiculturalismo tiene su génesis en los países norteamericanos alrededor de las décadas de 1960 y 1970 (Alfaro 2008: 206-207; Wieviorka 2003; Kymlicka 1996: 244), en respuesta a los distintos movimientos de reivindicación identitaria. Como apunta Alfaro, uno de sus principales hitos políticos es el Acta Parlamentaria canadiense de 1971, que lo incorpora en la agenda pública. A pesar de referirse tanto a los migrantes como a los grupos nativos, el desarrollo del concepto se ha asociado principalmente a los primeros y, en ese sentido, a Europa y los Estados Unidos de América. Las múltiples formas de entender el multiculturalismo admiten más de una clasificación. Para efectos de este trabajo se asumirá aquella cuyo concepto se refiere a un proyecto ético-político y a un enfoque de gestión de la pluralidad étnica dentro de un Estado.<sup>64</sup>

---

<sup>64</sup> Una de las clasificaciones del concepto diferencia entre el multiculturalismo como categoría descriptiva, que se refiere a la multiplicidad de grupos con manifestaciones culturales distintas dentro de

*Multiculturalismo comunitarista:* Ha sido criticado por Sen (2007: 60-65), Sartori (2001) y Habermas (2009 [1994]), porque constituye una fuente de división social y promueve una percepción monolítica, cerrada y limitada de la cultura y los grupos étnicos. Esta postura exagera la identidad étnica colectiva, desplazando otras formas de identificación individual y estableciendo una posición determinista con respecto a la identidad, y motiva que Sen critique las propuestas federalistas de Bhikhu Parekh. En ese sentido, se considera la pluralidad de identidades étnicas como un valor en sí mismo, e incluso se estimula su reproducción.<sup>65</sup>

Si bien parece que existiera una situación ideal de coexistencia pacífica, no se asume el aspecto relacional de ésta, es decir, la interacción cultural intrínseca a la convivencia. Esta perspectiva da pie a un escenario de espacios culturales aislados en los que la falta de canales institucionales de comunicación conduciría a lo que Sen denomina *monoculturalismo plural* (2007: 210). Un orden social de este tipo, alimentado por las relaciones desiguales y el fatalismo de la identidad étnica, lo hace potencialmente violento.

*Multiculturalismo liberal.* Este tipo de multiculturalismo se opone al determinismo del anterior y valora la identidad universal compartida, la naturaleza

---

un mismo territorio estatal, y el multiculturalismo como proyecto ético-político. Aquí se ha asumido que el concepto de *pluralidad* cumple la función del primero.

<sup>65</sup> Ésta es una de las críticas que Habermas hace a Taylor (2009 [1994]). Sin embargo, hay que tener cuidado al atribuirle tal categoría a este autor. Si bien Habermas y Sartori lo hacen, no consideran que el propio Taylor sea crítico de las posturas que no respetan la individualidad de los miembros por encima de un “objetivo colectivo”. Él se muestra a favor de estándares mínimos que finalmente están dados por la sociedad moderna, y no reconoce que el trato a las minorías culturales se traduzca en derechos, sino en privilegios que pueden ser revocados (2009 [1994]: 92-103). El autor se sitúa mejor dentro del *multiculturalismo liberal*.

humana, las identidades particulares como la étnica, y la “libertad cultural” asociada a ellas. Es este enfoque el que prefiere el Tribunal Constitucional peruano: la perspectiva que asume es la que privilegia al individuo, en la que los derechos, en última instancia, son del sujeto individual, no de los grupos.

Ahora bien: en este enfoque existen tendencias que van desde la más abierta al reconocimiento de los derechos diferenciados, como la de Kymlicka, hasta la menos dispuesta a ceder espacios de autonomía y representación, como la de Sartori.<sup>66</sup> No obstante, se pueden establecer algunas características e ideales generales:

A. RECONOCIMIENTO DEL CARÁCTER RELACIONAL, DESIGUAL E HISTÓRICO DE LAS IDENTIDADES ÉTNICAS. El multiculturalismo reconoce la construcción dialógica y constante de la identidad, tanto individual como colectiva (Taylor 2009 [1994]: 61-70); Rosenfeld 2007: 165, 171-172). Asimismo, parte de la existencia de una historia de dominación (colonial y poscolonial) que ha institucionalizado desigualdades que incluso han pasado a formar parte determinante de una autopercepción negativa de los pueblos indígenas (Tubino 2002: 5-8; Sen 2007: 126-131), que devienen así representaciones públicas limitadas o violentas, construidas a partir de la oposición o la resistencia.

B. RECONOCIMIENTO DEL VALOR IGUALITARIO DE LA SUBJETIVIDAD INDÍGENA DENTRO DE UNA COMUNIDAD POLÍTICA MÁS AMPLIA A LA QUE SE DEBE LEALTAD. Se valoriza la subjetividad indígena con las limitaciones y los problemas mencionados en el integracionismo, pero también se le abre un espacio en el debate público a través de los derechos de representación y participación. No

---

<sup>66</sup> Si bien Sartori (2001) denomina a esto *pluralismo*, y solo reconoce al multiculturalismo como comunitarista, las características del primero se condicen con las del multiculturalismo liberal.



obstante, en este caso la coexistencia pacífica no está mediada por un objetivo asimilacionista, sino por la “tolerancia mutua”, concepto clave en el multiculturalismo y que es usado normalmente para diferenciarlo de la interculturalidad. Se reconoce el igual valor de las culturas, aunque de forma relativa, ya que en mayor o menor medida las manifestaciones culturales se clasifican jerárquicamente en liberales y no-liberales, y se identifican las segundas con los pueblos indígenas.

El que ello se enmarque en una comunidad política más amplia no es un hecho menor. Existe un temor recurrente a que las políticas de reconocimiento de diferencias y los derechos diferenciados generen un incentivo a la secesión y una atomización del escenario político en pequeños grupos. El propio TC manifiesta este temor en dos de sus sentencias (f. 32 de la sentencia *Cordillera Escalera* y f. 20 de *AIDSESP I*).<sup>67</sup>

C. RECONOCIMIENTO DE DERECHOS DIFERENCIADOS IGUALITARISTAS EN RAZÓN DE LA IDENTIDAD ÉTNICA. Las dos características anteriores llevan a un debate sobre la naturaleza de los derechos diferenciados: individuales/colectivos, transitorios/permanentes. Además, si bien se reconoce la identidad étnica, muchas veces las políticas públicas se enfocan en los factores sociales y económicos de la desigualdad, como la pobreza y la ruralidad. Ello justifica la transitoriedad de las medidas y de los derechos que contrarresten tales factores,

---

<sup>67</sup> No obstante, es una posibilidad lejana (Kymlicka 1996: 244-245, 255), si se considera el altísimo costo económico, social y político de constituirse en un Estado-Nación, única figura viable en el actual escenario internacional. En la región, Bolivia es un ejemplo de cómo en un escenario de profunda inestabilidad política, las reivindicaciones más significativas estuvieron enfocadas en la participación efectiva e igualitaria en el Estado, sin intención de constituirse en uno. Lo anterior es también un ejemplo de la necesidad de insertarse en la economía globalizada bajo los términos establecidos por ésta.

traducidos en acciones afirmativas que permiten menguar situación de vulnerabilidad pero no son transformativas en sí mismos.

D. PREDOMINIO DE LA CONCEPCIÓN INDIVIDUALISTA DE DERECHOS SOBRE LA COLECTIVA. La identidad étnica es concebida principalmente desde la perspectiva del individuo, y es por ello que se resalta, por ejemplo, la importancia de la “libertad cultural”, entendida como la posibilidad de elegir, practicar o mantener manifestaciones culturales específicas (Kymlicka 1996: 119-120, 211; Bonilla 2008: 149-152, 181-189, 210-214). Si bien esto es importante, se pierde de vista que las opciones y los términos de las elecciones están limitados en gran medida por el contexto cultural, y que no es posible someter las identidades étnicas a una suerte de *libre mercado cultural* (Tubino 2009: 61; Ansión 2009: 100-110). Se trata de equilibrar ambos extremos: mientras éste puede llegar a banalizar el aspecto cultural, cabe al otro la posibilidad de desembocar en una postura ligada al determinismo comunitarista.

Una exacerbación de la perspectiva individualista permitiría justificar escenarios de intervención en pueblos indígenas en virtud de la protección de sus derechos o de intereses individuales; incluso de grupos de individuos. Ésta es una situación previamente establecida desde los parámetros autovalidados de una perspectiva cultural distinta y hegemónica, y precisamente se observa en la primera sentencia del TC sobre los derechos de los pueblos indígenas (*Sevicia*), en la que se presume que existe violencia genética en algunos grupos y se sugiere civilizarlos.

E. FLEXIBILIZACIÓN DE LOS IDEALES MODERNOS Y DEL ESTADO-NACIÓN. Las características hasta ahora señaladas representan, en sí mismas, un desafío a muchos de los ideales modernos ya descritos, especialmente a la *igualdad*

*abstracta de todos los seres humanos,*<sup>68</sup> *la discontinuidad en el desarrollo de la sociedad, y la presunción de uniformidad*<sup>69</sup> del Estado.

F. DOMINIO UNILATERAL Y SUBORDINANTE DE LAS RELACIONES INTERCULTURALES. Se trata de una característica compartida con los dos enfoques anteriores, que representa su principal diferencia respecto de la interculturalidad. Lo particular en este caso es que evidencia los límites del multiculturalismo liberal, que, si bien reconoce una relación dialógica en la formación de las identidades, la toma como un presupuesto histórico y no como un componente esencial en el desarrollo de su proyecto ético-político.

Los reconocimientos y derechos mencionados son “otorgados” unilateralmente en respuesta a una demanda cuyo origen se encuentra justamente en la falta de constituyencia y de participación en general; en la elaboración de los principios, derechos y estructura básica de poder que el Estado da por supuestos. Se critica a este reconocimiento de derechos que si en un debate político las condiciones no permitieran cuestionar tales supuestos, no se estaría ejerciendo la representación plena y se seguiría manteniendo la esencia paternalista. Otras críticas se refieren a que si se reconocieran las identidades étnicas, pero sus perspectivas culturales no fueran efectivamente representadas en un proyecto societal estatal, se produciría una sectorización social y aislamiento que terminaría simplemente en la formación de guetos con cierto margen de autonomía.

---

<sup>68</sup> Tal vez los menos interpelados sean: *la racionalización como requisito de validez, la disociación entre tiempo y espacio, el desanclaje de las relaciones sociales y la centralidad del poder estatal*. Todos ellos íntimamente ligados a un contexto de globalización.

<sup>69</sup> Rosenfeld presenta un buen ejemplo de cómo ha ido evolucionando la forma de entender la “dialéctica de la igualdad” desde la idea de “diferencia como desigualdad” hacia “igualdad como identidad” y, finalmente, “igualdad como diferencia” (2007: 158-165).

A propósito de esto, Santos (1997) y Tubino (2007) recalcan el doble potencial de los derechos humanos como imposiciones ideológicas y como elementos emancipadores. Su universalidad y legitimación estaría mediada por una revisión y reconstrucción dialógica entre distintas perspectivas sobre la dignidad humana. Como ya se aclaró, no se pretende sugerir una refundación constituyente de los Estados actuales, sino un cambio progresivo en la forma actual de entender la ciudadanía y los derechos e instituciones asociados a ella. Por otro lado, al igual que en el caso del integracionismo, se sigue manteniendo la *dicotomía Estado / pueblos indígenas como un escenario limitado de acción*.

Así como se reconoce que el multiculturalismo liberal ha contribuido a flexibilizar los ideales modernos, también se le critica su falta de visión al momento de buscar y atacar las raíces profundas de los problemas suscitados por el conflicto entre el Estado y los pueblos indígenas. Llega a gestionar los conflictos a través de paliativos que finalmente mantienen una relación de subordinación y estabilizan al Estado-Nación de acuerdo con sus ideales originarios (Hale 2004: 32-37; Rodríguez s/f). Se podría hablar incluso de una tendencia asimilacionista moderada, en la medida en que se ha sugerido la “liberalización” de prácticas o grupos “liberales” (Kymlicka 1996: 134-135; Sartori 2001: 91 y ss.), aunque predomina la idea de los guetos o de espacios de autonomías relativas. Después de todo, lo que finalmente prima es una sola perspectiva ética, cultural y hegemónica. Por ello, los aspectos contrahegemónicos del multiculturalismo conforman más bien una autocrítica reflexiva y vindicativa del Estado ante una historia de indiferencia y opresión a la vez, respecto de una amplia masa poblacional, pero que no necesariamente implica cambios estructurales.

## 2. Interculturalidad: La (re)construcción dialógica del Estado

La interculturalidad se desarrolló principalmente en Latinoamérica a partir de la década de 1970, vinculada al estudio de la educación en países culturalmente diversos (Tubino 2007: 1-3; Alfaro 2008: 208-210), en los que se buscaba brindar una educación pública basada en las características culturales particulares de cada contexto (educación bilingüe intercultural).<sup>70</sup> Su principal herramienta de acción es el *diálogo intercultural*. El diálogo como elemento fundamental de la interculturalidad se corresponde con su principal característica e ideal:

*El rompimiento del dominio unilateral de la interacción cultural para proponer una relación dialógica de crítica y (re)construcción de valores, derechos e institucionalidad política para la convivencia pacífica, que incluye el contenido de la ciudadanía. En ese sentido, ninguno de los dialogantes tiene el control absoluto de los términos de la relación, y en eso supera la principal limitación de los enfoques anteriores como propuestas ético-políticas.*

---

<sup>70</sup> Este concepto, como el multiculturalismo, admite distintas clasificaciones. Por ejemplo, la diferenciación entre el contenido descriptivo de éste (las relaciones de interacción e intercambio, conflictivas o no, entre pueblos indígenas); su contenido como proyecto ético-político y enfoque; y su contenido metodológico (Monroe 2007: 7; Ansión 2007: 40-45). Pero tal vez la más importante sea la que se da en función de su compromiso con sus propios postulados (Tubino 2004b): *a) Interculturalidad funcional*: Se trata de un discurso de diálogo intercultural contrario al dominio unilateral de las relaciones entre el Estado, principalmente, y los pueblos indígenas, pero cuya aplicación estaría restringida a las prácticas multiculturales. Un ejemplo de esto puede ser el hecho de tornar efectiva la perspectiva solo en el área educativa en la que surgió, evitando hacerla transversal y, en esa medida, restándole efectos transformativos; *b) Interculturalidad crítica*: Se reconoce que el discurso de diálogo intercultural implica un cambio profundo de los valores políticos, la institucionalidad estatal, la ciudadanía y los derechos; por lo cual requiere ser transversal. Ésta es la que se ha asumido en este trabajo.

Se señalan otras características de la interculturalidad, derivadas de la anterior:

*Las acciones derivadas de la interculturalidad se dirigen, por regla general, hacia todos los dialogantes involucrados en la interacción, ya que se piensa en una relación en la que todos los involucrados requieren de herramientas, capacidades y condiciones para un diálogo verdaderamente simétrico e igualitario entre distintas perspectivas culturales, de modo que se superan, en teoría, las condiciones históricas que han marcado esa relación.*

*La superación de la dicotomía Estado/pueblos indígenas como escenario limitado de acción. La propuesta intercultural descentraliza la dinámica de las relaciones entre culturas, en la que el Estado se encuentra en una situación privilegiada debido a la construcción asimétrica de su relación con los pueblos indígenas, ya que se trata del interlocutor obligado. La interculturalidad, al valorar la interacción cultural constante como parte esencial de su propio proyecto, se puede aplicar también entre los propios pueblos indígenas. Se apunta a la autocomprensión y comprensión mutua para la convivencia pacífica, basada en un proyecto estatal que sea expresión de las distintas perspectivas culturales o que, al menos, las haya tomado en cuenta.*

Asimismo, esta perspectiva comparte con el multiculturalismo las siguientes características: *reconocimiento del carácter relacional, desigual e histórico de las identidades étnicas; reconocimiento del valor igualitario de la subjetividad étnica dentro de una comunidad política más amplia a la que se debe lealtad; reconocimiento de los derechos diferenciados en razón de la identidad étnica; y flexibilización de los ideales modernos y del Estado-Nación.*

Es necesario acotar, además, que su principal herramienta, el diálogo intercultural, pasa por una toma de conciencia sobre las limitaciones de la propia cultura y sus contenidos para representar la realidad, que choca a su vez con la pretensión de universalidad de las culturas (Santos 1997: 9-11). Así, en teoría, se asiste al diálogo con la intención de superar los propios prejuicios y transformar los presupuestos de una comprensión particular del mundo en argumentos susceptibles de ser interpelados y enriquecidos (Santos 2009: 456; Taylor 2009 [1994]: 108-116; Etxebarria 2001: 29-35). Se trata de validar al “otro” u “otros” como interlocutor(es) igualitario(s) y a sus argumentos como cuestionamientos legítimos a los propios (Tubino 2008; Ansión 2007: 43-45). El fin es garantizar una convivencia viable en un mismo espacio geopolítico y en un Estado culturalmente plural.

### ***2.1 Teoría y retórica intercultural***

Como podrá notarse, tal como se presenta, esta propuesta tiene un alto contenido retórico más que operativo, al menos en lo que a política y Derecho se refiere. Según ella, el objetivo es alcanzar lo que Santos denomina “hermenéutica diatópica” (1997: 9), en la cual las perspectivas se interpretan y comprenden mutuamente porque atraviesan por un proceso autorreflexivo y crítico desde la visión del interlocutor, “con un pie en cada cultura”. En ese sentido, se pasaría por un proceso de deconstrucción propia y construcción compartida, de enriquecimiento de perspectivas, y de ampliación de horizontes de entendimiento.

La actitud alerta de los interlocutores en relación con ese objetivo sería esencial para determinar la interculturalidad real del diálogo. De lo contrario, se puede abogar por una “fusión de horizontes de comprensión” al estilo de Taylor (2009 [1994]: 108), pero estar sujeto a una lógica multicultural jerarquizante, en la que esa fusión y el

diálogo que la acompaña no tienen como presupuesto la validez igualitaria del interlocutor. Lo que la lógica multicultural busca no es la construcción dialógica, sino medir la validez de las perspectivas ajenas en función de la propia y, en la medida de lo posible, ampliarla. Por eso el diálogo intercultural no solo implica valorar la diferencia, sino también los diversos enfoques sobre ella, pero no para celebrar la diversidad en sus condiciones actuales de desigualdad, sino para transformarlas a través del intercambio horizontal.

Por otro lado, al darse una confrontación entre “universos de significados” complejos e incluso discrepantes al interior de los grupos culturales, el diálogo entre ellos debería centrarse en las “preocupaciones isomórficas” (Santos 1997: 7-8); es decir, en conceptos o temas de preocupación común que guardan, sin ser necesariamente equivalentes, ciertos puntos generales de contacto que les permitan debatir con el objetivo de llegar al consenso. Luego podrán entrar en otros no necesariamente isomórficos sino más controvertidos, pero siempre teniendo puntos previos de contacto o de eventual consenso a los cuales regresar. Por ejemplo, podría no hablarse de los derechos humanos, pero sí sobre la dignidad humana, relacionada con el valor del ser humano en la sociedad y con su entorno natural.

En este momento ya debe ser evidente para el lector que la estructura y las condiciones del diálogo, así como el perfil del dialogante, son ideales, utópicos. Se enfrentan más bien a condiciones y actitudes adversas que no se pueden ignorar porque se corre el riesgo de reducir el enfoque a su aspecto retórico, obviando su carácter estratégico en tanto discurso político y ético. Según Camou (1994), si nos quedásemos con este primer aspecto “[...] la solución de los problemas [sería] los problemas solucionados; esto es, en vez de indagar sobre el vínculo real entre variables



problemáticas se opta por zanjarlo mediante la exhortación retórica”. Entonces, para que se pueda validar el enfoque, debe confrontarse con las dificultades de su realización.

En esa línea surgen algunos cuestionamientos evidentes a las características e ideales de la interculturalidad, referidas principalmente a su eficacia y a su operatividad real: ¿Cuáles son las posibilidades de un diálogo en una relación históricamente desigual? ¿Puede pensarse en un interlocutor capaz de abstraerse de su propio contexto cultural como si fuera un observador externo, o que al menos se acerque a ese perfil? ¿Es viable presumir la existencia de preocupaciones isomórficas que puedan ser consensuadas? ¿Cómo comprender la complejidad interna de los pueblos indígenas que son los interlocutores? ¿Existen límites para la tolerancia hacia los interlocutores, sus perspectivas y manifestaciones culturales específicas?

La curiosidad del lector será satisfecha. Para cada uno de estas interrogantes se ha ensayado una respuesta, y cada una de ellas será el fundamento para sustentar la interculturalidad como la mejor opción para abordar los conflictos originados por la pluralidad étnica en un Estado, así como para proponer la forma en que un órgano jurisdiccional como el TC la asuma y aplique. Pero ello será materia del cuarto y último capítulo de este trabajo. Lo dicho hasta ahora sobre la interculturalidad permitirá conocer si el Tribunal se ha nutrido o no de esta perspectiva.

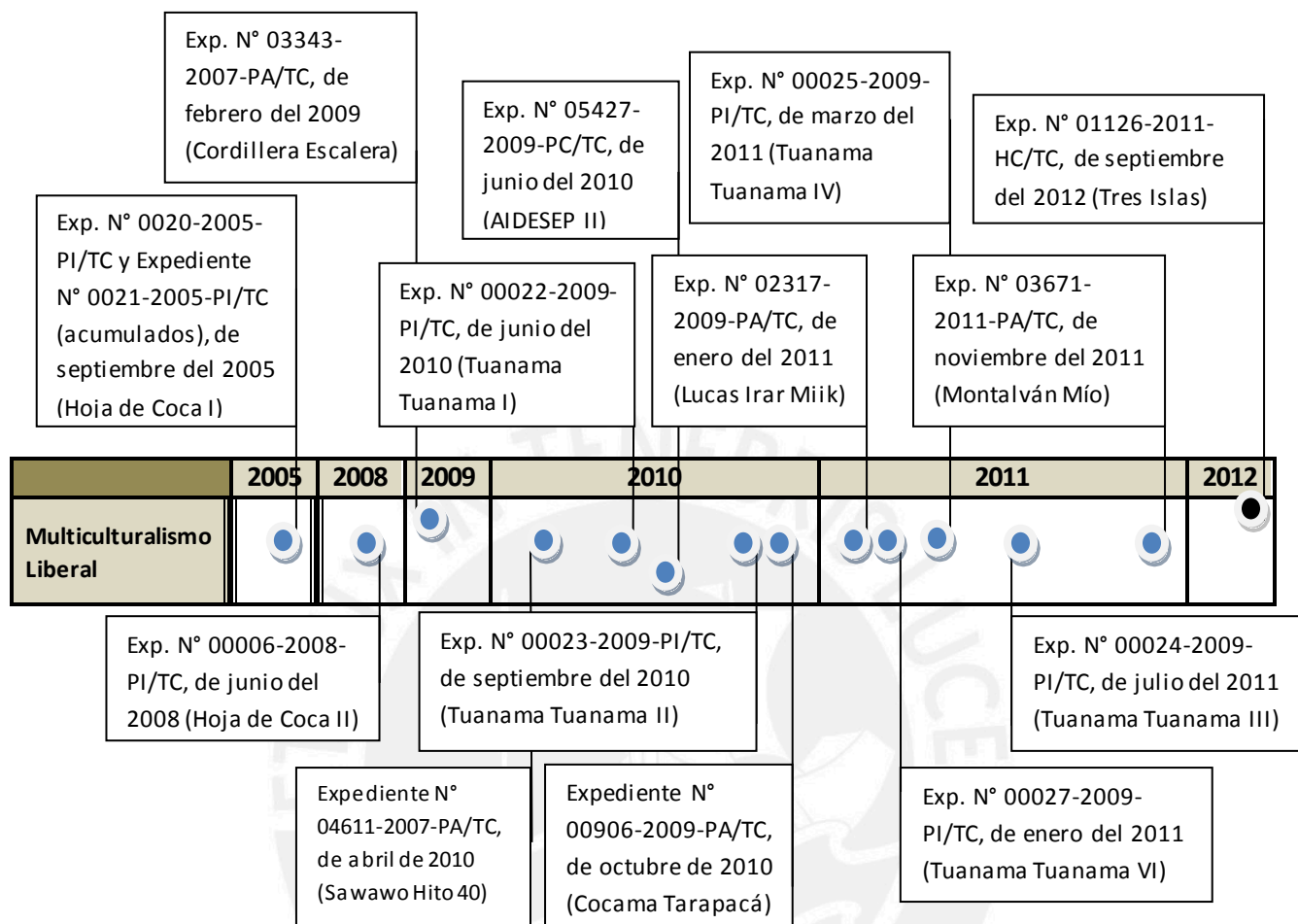
### **3. Análisis jurisprudencial**

El significativo número de sentencias a las que en este trabajo se ha atribuido una perspectiva multicultural liberal ha hecho que se perciban simulacros de coherencia en la jurisprudencia histórica del Tribunal, ciertos periodos en los que su tendencia parecería estabilizarse. El primero de ellos comprende 5 sentencias (*Hoja de Coca II*, *Cordillera Escalera*, *Sawawo Hito 40*, *Tuanama Tuanama I* y *AIDESEP II*), y va desde

mediados del 2008 hasta mediados del 2010. El segundo comprende 6 sentencias (*Cocama Tarapacá, Tuanama Tuanama VI, Lucas Irar Miik, Tuanama Tuanama IV, Tuanama Tuanama III y Montalván Mío*), y abarca desde fines del 2010 hasta fines del 2011. En realidad, estos periodos son contrastes significativos que resaltan las ondulaciones en su jurisprudencia; y si a ello sumamos su vacilante argumentación, queda en evidencia la fragilidad del compromiso del TC respecto de la protección de los derechos de los pueblos indígenas.

Sobre lo último, resulta de un simbolismo casi lírico el hecho de que la argumentación de la última sentencia de la línea de tiempo aquí trabajada sea tan ambigua que no haya sido posible atribuirle una perspectiva específica. En tal sentido, se ha optado por situarla en la frontera entre el integracionismo y el multiculturalismo, configurándose como una suerte de síntesis de una jurisprudencia cuyos vaivenes y contradicciones han sido la principal constante. Toca, aquí, ver la faceta multicultural liberal del Tribunal y sus pretensiones de congruencia (gráfico 7).

Gráfico 7. Línea de tiempo de las sentencias multiculturales



Elaboración propia.

***“Hoja de Coca I” (Expediente N° 0020-2005-PI/TC y Expediente N° 0021-2005-PI/TC —acumulados—, de 14 de septiembre del 2005)***

*Inconstitucionalidad interpuesta por el Presidente de la República contra:*

*a) La Ordenanza Regional 031-2005-GRC/CRC, del Gobierno Regional del Cuzco, por declarar a la hoja de coca como patrimonio regional natural, biológico, cultural e histórico de esa región; por declararla recurso botánico integrado a la cultura y cosmovisión del mundo andino, así como a las costumbres y tradiciones culturales y medicinales (artículo 1.º); por reconocer como zonas de producción tradicional legales*

*los valles de la provincia de La Convención y del distrito de Yanatile (provincia de Calca), y el distrito de Qosñipata (provincia de Paucartambo) (artículo 2.º); y por declarar a la planta como un bien económico transmisible y sucesorio del campesinado que habita en dichas zonas.*

*b) La Ordenanza Regional 015-2004-CR-GRH, del Gobierno Regional de Huánuco, que declara a la planta como patrimonio cultural y de seguridad alimentaria de la región.*

*c) La Ordenanza Regional 027-2005-E-CR-GRH, del mismo gobierno regional, que incorpora a la ordenanza anterior un artículo por el cual se declara la legalidad del cultivo de la planta en la jurisdicción de la región, si es que se usa para el consumo directo (chaccheo), con fines medicinales, ceremoniales o de industrialización lícita.*

*Los demandados arguyeron que el carácter tradicional, milenario y cultural del cultivo y consumo de la hoja de coca no los hace ilegales. De hecho, motivar estas acciones contribuye al desarrollo de la diversidad y a la protección de derechos culturales de los pueblos indígenas según el Convenio 169.*

A pesar de que, en estricto, se trata de un conflicto de competencias entre dos gobiernos regionales y el gobierno nacional, el Tribunal identifica una amenaza a los derechos fundamentales de identidad cultural, igualdad, económicos, etcétera (f. 91), directamente relacionada con la política nacional respecto de la hoja de coca. Se entiende que el Tribunal hace esta extensión en su análisis en virtud del artículo II (garantizar la vigencia de los derechos fundamentales) y VIII (aplicar el derecho que corresponda) del título preliminar del Código Procesal Constitucional (CPC). Y es que el TC entiende que la doble dimensión de los derechos fundamentales implica no solo

protegerlos porque son derechos subjetivos, sino en tanto son también parámetros de un orden jurídico e institucional en un ECD

A partir de esto, el TC realiza un análisis sobre el uso tradicional de la planta y la “identidad cultural”, y exhorta al Ejecutivo a que declare a la planta patrimonio natural y cultural inmaterial de la Nación, así como que reconozca la propiedad de los conocimientos colectivos sobre ella (f. 104, 106). De lo contrario, sostiene que se incurriría en el supuesto de “inconstitucionalidad por omisión” (f. 111), pues la inercia estatal respecto de esto estaría afectando los derechos a la identidad cultural y la igualdad. Además, el Tribunal muestra un interés particular en que tal exhortación se realice, ya que ello pondría sobre el tapete la propuesta de aprovechamiento económico de la planta (f. 107 y 108).

El TC despliega aquí su discurso prospectivo sobre los derechos indígenas, señalando que la tolerancia y la pluralidad “étnica y cultural” son valores democráticos solo limitados por el hecho de que se enmarquen en el respeto de los demás derechos fundamentales (f. 99), o lo que es lo mismo, que se ajusten al *factor de congruencia*<sup>71</sup>. Además, tomando como fuente la *Primera actualización de la Estrategia Nacional de Lucha contra las Drogas 2002-2007*, y una Encuesta Nacional de Hogares del INEI sobre el consumo tradicional de la planta (f. 93 y 96 de *Hoja de Coca I*), afirma que esos conocimientos y costumbres, transmitidos generacionalmente entre las poblaciones andinas y amazónicas, tienen un significado que abarca desde lo religioso hasta lo económico, y que además cumplen un importante papel en la configuración de las

---

<sup>71</sup> El término es tomado del Acuerdo Plenario N° 1-2009/CJ-116 sobre Rondas Campesinas y Derecho Penal de la Corte Suprema, y alude a que las diversas manifestaciones culturales no pueden vulnerar derechos fundamentales: son una condición de legitimidad y límite material.

relaciones sociales de estos grupos (f. 92 y 93 principalmente, y luego lo reafirma en los f. 98, 101 y 111).

Esto último resulta sumamente importante, porque el TC argumenta que los derechos derivados de la pluralidad pueden imponerse sobre la soberanía popular cuando ésta los vulnera y se rompe el equilibrio que debería haber entre estos dos valores primordiales. Para el caso concreto señala que “[...] toda política orientada a su regulación [de la planta], no puede perder de vista esta innegable realidad [la pluralidad], que debe ser afrontada sobre la base de un amplio conocimiento de sus particulares dimensiones y no bajo la influencia de iniciativas nacionales o extranjeras carentes de identificación con el tema” (f. 101). En buena cuenta, el Tribunal asume una actitud que, al menos en el discurso, calza con los presupuestos del multiculturalismo, al priorizar el reconocimiento de la diversidad, a pesar de que ésta colisione con la soberanía, considerada como un valor fundamental del Estado-Nación. Lamentablemente, si bien afirma una inusitada intención de reconocer la subjetividad indígena, lo hace esencializando el concepto de cultura. El uso tradicional de la hoja de coca solo se admite en tanto sea “prehispánico” (f. 92) y se verifique su pureza relacionada con el paso del tiempo y las relaciones humanas. A esto se añade el hecho de que la argumentación del TC sobre los pueblos indígenas es casi de “sentido común”, lo cual se evidencia en que sus referencias son más estadísticas y políticas que antropológicas. Su defensa del contenido cultural del tratamiento y consumo de la planta es de carácter retórico, ya que prácticamente no hace acotaciones científicas o históricas al respecto.

Ahora bien: el Tribunal termina de asumir una postura multicultural en la medida en que recupera la idea de “la dialéctica entre mayorías y minorías” desarrollada de forma general en *Corrida de toros*, y en este caso aplicada a los grupos étnicos

(denominación que da a los pueblos indígenas) (f. 100). Al respecto, resalta las condiciones de subordinación, discriminación y vulnerabilidad de tal relación “dialéctica” que pueden venir del Estado o ser practicadas por otros agentes (f. 125-127 y 142).

De hecho, asumiendo una postura multicultural típica, reconoce la pluralidad y sus circunstancias, pero presume que en principio el Estado es neutral. También señala que si tal neutralidad se perdiera, habría que priorizar lo que él llama los “valores contramayoritarios”, es decir, la igualdad y la pluralidad (f. 100). Es importante observar cómo reconoce una relación histórica desigual entre el Estado y los pueblos indígenas, pero al momento de referirse al contexto actual, el análisis deja de ser diacrónico: se extrae al Estado del conflicto, otorgándole una investidura de tercero imparcial cuya única responsabilidad es no intervenir frente a la desigualdad, y solo aceptaría que la fomenta y ejerce excepcionalmente. A propósito de esto, se debe recordar que el Estado es portador de valores y de una visión específica de la sociedad, por lo que él mismo es parte del conflicto cultural.

Por otro lado, llama poderosamente la atención que el Tribunal utilice una herramienta internacional no vinculante para respaldar su argumentación, aduciendo que valora su “rigurosidad técnica”, y que la considera *soft law* y *opinio iuris*<sup>72</sup> de los Estados (*Convención para la Salvaguarda del Patrimonio Cultural Inmaterial*) (f. 105 y nota al final 25). Esto es importante, pues hay que recordar que la Declaración de la ONU sobre Pueblos Indígenas tampoco es propiamente vinculante, pero el TC, de forma

---

<sup>72</sup> La *opinio iuris sive necessitatis* es uno de los elementos de la costumbre internacional. Se sostiene en la convicción de que aquella actividad que se realiza es jurídicamente correcta, y que su incumplimiento acarrearía cierto nivel de responsabilidad en la comunidad internacional, por lo que no podría apartarse fácilmente de esa práctica (Novak y García-Corrochano 2003: 91-95).

acertada, establece que esto no sería óbice para usar este tipo de documentos como herramientas argumentativas.<sup>73</sup>

En contraste con lo anterior, resalta el hecho de que el TC haya excluido de su argumentación al Convenio 169, que, además de otros pactos internacionales, fue citado por los demandados. Esto es resaltante también porque a lo largo de la sentencia el Tribunal se apoya en distintos tratados, incluso en uno no ratificado por el Perú, para exhortar a que la hoja de coca sea declarada patrimonio cultural y natural inmaterial. Las referencias del Convenio a la identidad cultural, la promoción y el respeto de los derechos indígenas hubieran sido más eficaces para respaldar la postura tuitiva que acertadamente muestra aquí el colegiado. No hay que olvidar que en su propia jurisprudencia ha reconocido que los tratados internacionales sobre derechos humanos son parámetros de constitucionalidad.

Tampoco tomó en cuenta la jurisprudencia de la Corte Interamericana, reconocida también como parámetro de constitucionalidad por el propio Tribunal. Para la fecha de esta sentencia el Tribunal pudo haber recurrido a cuatro casos de la Corte: *Mayagna (Sumo) Awas Tingni, Moiwana, Yakye Axa y Yatama*, con el objeto de respaldar su postura sobre la diferencia y pluralidad cultural, la identidad cultural como derecho y el derecho a la consulta.

Este último podría haber sido materia de análisis a propósito de la elaboración de las políticas públicas que el Tribunal sugiere, más aún si considera que, frente a las consecuencias de una política de erradicación de la planta (f. 145) y la implementación de programas de desarrollo alternativo, el TC sostiene que debe pensarse en “la

---

<sup>73</sup> La *Declaración* no es usada por el TC sino hasta la sentencia *Tuanama Tuanama I*, es decir, hasta mediados del 2010, a casi tres años de su adopción, y luego de haber tenido por lo menos tres oportunidades para usarla como referencia: *Hoja de Coca II*, *Cordillera Escalera* y *Sawawo Hito 40*.



participación de la población en los programas y proyectos, especialmente de las Comunidades Nativas” (f. 146). Ésta es una afirmación que sin el desarrollo argumentativo adecuado resulta ligera, y el TC pierde una importante oportunidad de introducir el debate sobre la *consulta previa* y el diálogo intercultural.

Finalmente, es importante hacer notar la renitencia del Tribunal para usar el término *indígena* o *pueblo indígena*, a pesar de que el Convenio 169 tenía ya alrededor de 10 años de vigencia cuando se emitió esta sentencia. Sin embargo, en ella el TC reitera lo que parecería una equiparación entre las “minorías” culturales, como las llama, y las comunidades nativas y campesinas (f.108), siendo ésta una generalización que conlleva problemas de aplicación del Convenio por una falta de rigurosidad en la identificación del sujeto jurídico.

***“Hoja de Coca II” (Expediente N° 00006-2008-PI/TC, del 11 de junio del 2008)***

*Inconstitucionalidad interpuesta por el Presidente de la República contra la Ordenanza Regional N° 022-2007-GRP, del Gobierno Regional de Puno, que:*

- a) Establece la planta de coca como patrimonio regional, cultural inmaterial, etnobotánico, sociológico, histórico, alimenticio, medicinal e industrial y como símbolo del pueblo quechua-aimara de Puno.*
- b) Reconoce de interés regional su cultivo y establece zonas de cultivo dentro de la región, mientras no haya otra fuente de ingreso rentable para las familias que la cultivan. Además de suspender la erradicación forzosa.*
- c) Promueve la industrialización e investigación de la planta.*
- d) Planea gestionar la inconstitucionalidad de la Ley N° 22095 sobre la represión del tráfico ilícito de drogas y promover la emisión de otra sobre el control del cultivo.*

*El demandado argumenta facultades competenciales a su favor para regular sobre la naturaleza jurídica y el consumo de la hoja de coca, así como la protección de la identidad cultural y otros derechos culturales.*

En esta sentencia el Tribunal resalta su propia armonía y coherencia jurisprudencial (f. 8), y esto sucede porque no parece estar consciente de su propia jurisprudencia. Como se recordará, entre *Hoja de Coca I* y esta sentencia el TC emitió *Provincia de Lauricocha* y *Cuenca del Mazán*, sentencias ya analizadas y cuya argumentación y resultados permiten catalogarlas como integracionista y asimilacionista, respectivamente.

El colegiado establece atinadamente el vínculo entre las dos sentencias sobre la hoja de coca, según la similitud entre supuestos de hecho. Pero lo hace de manera irreflexiva, y por eso omite que, en última instancia, es su concepción general sobre la pluralidad cultural y su modo de gestionarla dentro de un Estado lo que define su coherencia con respecto a la protección de los derechos indígenas, y no el objeto de la controversia en cada caso. Por ello, ni siquiera considera los dramáticos retrocesos realizados en los dos fallos mencionados. Además, es importante notar que tanto en *Provincia de Lauricocha* como en *Cuenca del Mazán* el TC tenía incluso mejores oportunidades para desarrollar el derecho a la identidad cultural, que sí desarrolla en *Hoja de Coca I* y *II*. Es preciso recordar, por cierto, que hasta esta sentencia no había rectificado su postura sobre la jerarquía del Convenio 169 (*Provincia de Lauricocha*), lo que corrobora la volatilidad del Tribunal y su errada autopercepción. Dicho esto, se analizará el contenido del fallo.

Con *Hoja de Coca II* el TC inicia el primer simulacro de coherencia al que se ha hecho referencia, y lo hace retomando los argumentos de la sentencia anterior sobre la

planta. Para empezar, vuelve a ampliar el problema competencial original, e incluye lo que él considera una afectación del derecho a la identidad cultural (entre otros), que motivaría la aparición de conflictos sociales (f. 46 y 35, 47, 70-72 respectivamente). Establece que éste es el problema de fondo, aunque extrañamente no sea parte del fallo (lo que evidencia su carácter retórico), mientras que el problema competencial sería de forma (f. 48). En este sentido, elabora argumentos que se alinean con la perspectiva multicultural, reiterando algunos que ya utilizó en *Hoja de Coca I*:

a. Se reconoce la importancia de la identidad cultural como un derecho fundamental y un elemento de integración en una sociedad plural (f. 18-22, 24-26), el valor de la diversidad y la tolerancia en una sociedad democrática, y al Perú como un Estado “multicultural y pluriétnico”. El TC también afirma que el Estado tiene la obligación de respetar, reafirmar y promover las manifestaciones culturales (las prácticas sobre la planta), y la aplicación del infaltable *factor de congruencia* (f. 23).

No obstante, y al igual que en *Hoja de Coca I*, el TC reitera su preocupación por la protección de la planta en tanto producto comercial y científico, una motivación que en realidad parece tener tanta relevancia como su afán por la protección de los derechos. Tanto en ésta como en la sentencia anterior, el factor económico juega un importante papel como catalizador de derechos.

b. Se reconoce la especial situación de vulnerabilidad, relacionada sobre todo con la pobreza, en la que se encontrarían algunas “minorías o grupos étnicos”, como el TC los llama, que se dedican al cultivo y consumo tradicional de la hoja de coca (f. 66-71). Esto reforzaría la necesidad de reconocer a la

planta, y a los conocimientos tradicionales que de su uso de desprenden, como patrimonio cultural inmaterial de la Nación (f. 26, 27, 29, 31, 32, 46, 47), punto sobre el que el TC ha insistido también en *Hoja de Coca I*.

c. Se reconoce la participación de los beneficiarios, las “minorías o grupos étnicos”, en la elaboración de planes de desarrollo alternativo (f. 34). Pero, como en el fallo anterior, no se desarrolla la idea, y nuevamente se pierde la oportunidad de introducir el tema del diálogo intercultural.

Por otro lado, añade algunos elementos que son de suma importancia para comprender la perspectiva del Tribunal sobre los derechos de los pueblos indígenas:

a. Es la primera vez que el Tribunal hace un esfuerzo por llenar de contenido dos conceptos complejos que hasta al momento había venido usando con regularidad: *identidad cultural* e *identidad étnica*. Si bien no corresponde a este trabajo controvertir las afirmaciones antropológicas del TC,<sup>74</sup> es importante señalar la ausencia de mayores referencias bibliográficas<sup>75</sup> respecto de un tema que excede largamente lo jurídico. Su razonamiento es el siguiente: En tanto derechos, la identidad étnica y la identidad cultural son conceptos distintos, si bien el primero es especie del segundo. Ambos se refieren a dos ámbitos de protección: a la identidad de un grupo étnico, es decir, a las características y cualidades prevalentes en él que lo distinguen de los demás y le permiten autorreconocerse en un tiempo y contexto; y a la expresión cultural general, que

---

<sup>74</sup> La postura de este trabajo sobre lo que se entiende por *cultura* y *grupo étnico* ya fue establecida en el primer capítulo.

<sup>75</sup> La única referencia corresponde a “AZKIN, Benjamín. *Estado y Nación*. FCE: México, 1968, p. 34”, y es usada para respaldar la afirmación de que “grupo étnico” es sinónimo de “pueblo”.

se refiere “[...] a la identidad de todo grupo social que se genera en el proceso histórico de compartir experiencias y luchas sociales comunes para autodefinirse como pueblo” (f. 19, 25).

A su vez, la identidad cultural tiene dos dimensiones en tanto manifestaciones culturales concretas: la obra cultural (manifestaciones físicas) y la identidad emocional (“comprensión emocional de determinados bienes materiales que garantizan la cohesión”) (f. 27). En ese sentido, “[...] la identidad cultural de los grupos sociales y de las personas en general, se construye a partir de un conjunto de percepciones de carácter objetivo-subjetivo, respecto a una serie [de] elementos culturales y de representación (*sic*); así como de prácticas sociales. Por ello, todo esto puede ser sujeto de protección por el derecho de identidad cultural” (f. 28). Lamentablemente, la idea no está redactada con claridad y es difícil que pueda ser considerada como una referencia definitiva sobre el tema, o que se pueda aplicar al momento de resolver un caso concreto. El propio Tribunal solo vuelve a citar este punto en la sentencia *Cordillera Escalera* (2009), para reformular y precisar sus afirmaciones.

b. El TC señaló que se había configurado una “inconstitucionalidad por omisión” (f. 46, 48), luego de que el Congreso se negara a declarar a la planta como patrimonio cultural inmaterial (f. 34, 37, 45), a pesar de la exhortación contemplada en la sentencia *Hoja de Coca I*. Luego de desarrollar el contenido de este concepto (f. 36-44b<sup>76</sup>), el Tribunal ordena al Legislativo que cumpla con hacer la declaración en la próxima legislatura; además, esta vez le

---

<sup>76</sup> Se utiliza la denominación “f. 44b” debido a que un error en la sentencia ha hecho que se repita la numeración desde el fundamento 42 al 45, pero con distinto contenido, por lo que para diferenciar los números repetidos en este trabajo se les ha añadido una letra.

pone un plazo (f. 47), y advierte que, de no cumplirlo, el TC se vería obligado “irremediamente, [a] analizar la viabilidad de considerar patrimonio cultural a la hoja” (f. 54).

Este punto resulta de particular importancia, pues el Tribunal deduce que la omisión de este reconocimiento es inconstitucional, a partir de lo que sería constitucionalmente necesario para “hacer efectiva la tutela de los derechos fundamentales” (f. 40, 43). Es decir, se trataría de una situación similar a la que se deriva de la ausencia de la normativa interna para la adecuada implementación de los procesos de consulta previa reconocida en el Convenio 169, un tratado internacional sobre derechos humanos., Esto es posteriormente desarrollado en la sentencia *AIDSESEP II*.

Con estas afirmaciones el Tribunal emite una de sus más prolijas exposiciones sobre la constitución de un Estado plural y el derecho a la identidad cultural, y es enfático en el respeto de las diferencias culturales y en la participación de los “grupos étnicos” en la elaboración de los planes de desarrollo. Éste es el fallo en el que con mayor claridad queda patente el discurso multicultural del Tribunal.

En esta sentencia también se reiteran los argumentos y las observaciones hechas para *Hoja de Coca I*; por ejemplo, la persistencia del TC en referirse a la importancia de los tratados, en especial a aquéllos de derechos humanos (f.20, 22), y no utilizar el Convenio 169 como una herramienta argumentativa sobre la identidad cultural. La consecuencia de esto es la inexcusable dilación en el desarrollo del derecho a la consulta, a pesar de que la oportunidad estaría abierta por el propio Tribunal cuando reconoce la participación de los grupos beneficiarios en la elaboración de los planes de desarrollo alternativo (p. 34).

De la misma forma, se confirma la ausencia de citas a la jurisprudencia de la Corte Interamericana<sup>77</sup> y a la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los Pueblos Indígenas, que a la fecha de este fallo ya había sido publicada. No se debe olvidar que en *Hoja de Coca I* el TC ya había optado por incorporar *soft law* en su catálogo de herramientas argumentativas, como es el caso de la Declaración. Casi un año y medio después, los mismos magistrados abogan por ello en *Tuanama Tuanama I*.

Con todo, la sentencia mantiene su cauce multicultural, y el mal manejo de los instrumentos jurídicos no mella el espíritu de su razonamiento. Por otro lado, aunque no se expande sobre el tema, el TC recoge un párrafo de la sentencia *Hoja de Coca I* en el que vuelve a equiparar a las comunidades nativas y campesinas con los pueblos indígenas o “minorías o grupos étnicos” (f.31), reforzando, una vez más, esta cuestionable estrategia.

Antes de finalizar, es necesario hacer una mención especial al interesante voto particular del magistrado Álvarez Miranda. Él argumenta que no hay información que permita asegurar que el chacchado de la hoja de coca “constituyó una práctica popular en la sociedad incaica”, y que más bien fue introducido por los españoles. A esto añade que el único efecto que produce en las personas es “insensibilizarlas para trabajar más allá de sus fuerzas”, por lo que no tendría sentido nombrarla patrimonio cultural. El magistrado asume una postura esencialista respecto del origen de las prácticas culturales que es insostenible históricamente, carece de respaldo argumental y, además, es restrictiva respecto de la identidad cultural y de otros derechos fundamentales conexos.

---

<sup>77</sup> A las sentencias señaladas en *Hoja de Coca I* se suman *Sawhoyamaxa* y *Saramaka* para la fecha de este caso.

*“Cordillera Escalera” (Expediente N.º 03343-2007-PA/TC, del 19 de febrero del 2009)*

*Amparo (recurso de agravio constitucional) interpuesto por Jaime Hans Bustamante Johnson contra Occidental Petrolera del Perú (luego Talismán Petrolera del Perú), Repsol Exploración Perú y Petrobras Energía Perú S.A. Se argumenta que las actividades de exploración y explotación del Lote 103 afectan al Área de Conservación Regional Cordillera Escalera, establecida mediante Decreto Supremo N° 045-2005-AG. Se amenazarían los derechos a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de la vida, a la vida, al libre desarrollo y al bienestar, a la protección de la salud, la del medio familiar y la de la comunidad, así como el deber de contribuir a su promoción y defensa. Se exige, además, que el Estado promueva la conservación de la diversidad biológica, el agua y las áreas naturales protegidas.*

*Los demandados se basan en la existencia de un Estudio de Impacto Ambiental aprobado y en el hecho de que el impacto real en la zona ha sido mínimo.*

Si bien ésta no es la primera sentencia en la que se invoca el derecho a la consulta y se cita el Convenio 169, sí es la primera en la que se le desarrolla y en la que el TC rectifica su postura sobre la jerarquía normativa del Convenio. A pesar de que la demanda y la sentencia tienen una vocación ambientalista, en tanto se argumenta que las actividades de exploración y explotación del Lote 103 se encuentran en el área de conservación regional *Cordillera Escalera*,<sup>78</sup> es el propio Tribunal el que introduce la temática indígena como materia constitucionalmente relevante (f. 3).

---

<sup>78</sup> Al final, el Tribunal declara fundada la demanda porque se estarían afectando derechos ambientales que a su vez afectarían el derecho a la vida de los pobladores de la zona en cuestión. Hay un problema que es de forma y fondo: la constitución del área protegida *Cordillera Escalera* es posterior al



No obstante, en este caso es más difícil asumir que aquella parte del razonamiento sobre pueblos indígenas sea *ratio decidendi*, en vista de que finalmente el Tribunal no establece que exista amenaza o afectación del derecho a la consulta, por lo que sus argumentos sobre él serían meramente ilustrativos. Más bien, nos encontraríamos ante *obiter dicta*, como señalan los votos particulares de Landa y Beaumont en la aclaración de la sentencia. Esto es una lástima, pues según el análisis desarrollado aquí, sí existía tal afectación y el Tribunal hubiera podido extender su *ratio decidendi* como hiciera en *Hoja de Coca I y II*. Precisamente por esta razón, éste será el único caso en el cual se considerará relevante el análisis de un *obiter dicta*. El TC adopta, así, un enfoque multicultural, aunque interprete el derecho a la consulta de una forma restrictiva.

a. En primer lugar, reconoce que en la zona en cuestión “existen 64 comunidades nativas de grupos étnicos perteneciente a las familias Cocama, Cocamilla y Chayahuita”, y que algunas de ellas estarían siendo directamente afectadas por las actividades de exploración y explotación (f. 26). Es decir, se

---

otorgamiento de la concesión para la exploración y explotación de esa área. Sin embargo, lo que se encuentra en juego son los derechos fundamentales asociados directamente a la vida, que estarían siendo amenazados (f. 49). Por lo tanto, el Tribunal entiende que no puede supeditarlos a la realización de la seguridad jurídica o a la libertad de empresa —ciertamente, también un derecho—. Si bien no se detalla en el proceso, lo que el Tribunal realiza en el fondo es una ponderación de derechos. Recordemos, además, que el principio de protección de la dignidad humana es el que conduce, limita y protege a la sociedad (actos públicos o privados) y al Estado (f. 21, 62).

Pero al concentrarse solo en el peligro medioambiental, el TC sostiene que los requisitos administrativos que subsanen tal amenaza serían suficientes para reactivar la actividad extractiva, incluso si los derechos indígenas no considerados siguen bajo riesgo de ser vulnerados.

reconoce la diversidad étnica y un nivel de afectación que, dañino o no, ameritaría una consulta previa.

b. Insiste en la tolerancia como un valor fundamental en el ECD, y reconoce la “igualdad en la diferencia”, la “unidad dentro de la diversidad”, y el deber que tiene el Estado de protegerlos. Añade cómo esto se opone a cualquier “fuerza homogeneizadora” que no respete las “singularidades del individuo”. Es importante que el TC haya reconocido que si bien estos valores cubren derechos individuales, como el de la identidad étnica y cultural, la protección de los “grupos minoritarios” es un reto (f. 27), perspectiva típicamente multicultural liberal. Al respecto, es preciso señalar que en todo momento el TC busca ratificar y garantizar la igualdad material entre los individuos asociados, no entre grupos como sujetos jurídicos.

A propósito de lo anterior, reformula la definición sobre “identidad étnica y cultural” que desarrolló en *Hoja de Coca II* y que queda con el siguiente tenor: “[...] 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” (f. 29 de esta sentencia). Aquí el TC precisa su definición de “identidad étnica” incorporando el texto de la Resolución Ministerial N° 159-2000-PROMUDEH y haciéndola más aplicativa:

[...] 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. [...] i. El respeto a sus costumbres y tradiciones, y cosmovisión. El derecho al reconocimiento, revaloración y respeto de sus conocimientos tradicionales y prácticas ancestrales. j. El respeto a sus bienes, trabajo y ambiente en que viven. k. El derecho a que se reconozcan y valoren las actividades económicas que son relevantes para el mantenimiento de su cultura. l. El respeto a las tierras que comparten en comunidad. m. El respeto a sus formas tradicionales de resolución de conflictos, siempre que no vulneren los derechos humanos enunciados por los instrumentos jurídicos internacionales. n. El derecho a que se respete su condición de aislamiento voluntario, en los casos en que así proceda (f. 30).

Para su argumentación posterior, el Tribunal se centra principalmente en el punto ‘c’, relativo a la consulta. Lamentablemente, no desarrolla los otros, a pesar de que hubieran sido herramientas útiles para ampliar el contenido del derecho que sí considera, más allá de la interpretación restrictiva que finalmente le da.

Para ejemplificar sus renovadas definiciones antropológicas, el TC se pronuncia sobre el derecho a la propiedad de estos grupos, sobre la relación especial que tienen con sus tierras (territorios), más allá de la mera posesión física. Afirma esto valiéndose tanto del Convenio 169 como de la sentencia *Mayagna (Sumo) Awas Tigni* de la Corte Interamericana (f. 32) —es la primera vez que acude a la Corte en materia indígena—. A propósito de esto, y a manera de paréntesis, es importante rescatar una cita del Tribunal en la que se refiere a

“la autonomía organizativa, económica y administrativa [de] las comunidades nativas, así como a la libre disposición de sus tierras” (f. 28). El enunciado no se desarrolla más, pero la cita revela cómo, de forma casi mecánica, los magistrados constitucionales vuelven a equiparar al pueblo indígena, el sujeto protegido por el Convenio, con las comunidades.

c. El Tribunal deduce que lo anterior es sustento para el establecimiento de un derecho a la consulta previa, que salvaguarda la facultad de los pueblos indígenas para decidir sobre su propio desarrollo y tener participación directa en los planes que los afecten. Esto incluye recibir los beneficios y las indemnizaciones que fueran pertinentes. El derecho se activaría ante las medidas legislativas o administrativas que los afecten directamente (por ejemplo, la explotación de recursos en sus territorios) (f. 33, 34). Aplicando una perspectiva que se sitúa en los límites más prospectivos del multiculturalismo, por primera vez el Tribunal parece darle su verdadera categoría a un derecho indígena, que incluso podría cuestionar decisiones estatales basadas en lo que tradicionalmente se entiende como el interés público de un Estado-Nación. Se deduce, a partir del Convenio 169 (artículos 6.º, 7.º y 15.º) (f. 35), que la consulta debe hacerse con anterioridad a la aplicación de la medida que se consultará, a través de un diálogo que busque llegar a un acuerdo sin coerción, brindando información completa y dentro de los plazos razonables.

d. Para estos efectos, el Tribunal reconoce el rango constitucional del Convenio (f. 31), aunque sigue manteniendo ambigüedad respecto de tal reconocimiento, pues afirma también que no hay una norma general que desarrolle su vinculatoriedad (f. 40), y contradictoriamente estaría restringiendo la fuerza normativa de una norma constitucional que él mismo valida.

Si, entonces, se reconoce y tolera la diversidad étnica, se argumenta por la igualdad material de los individuos que guardan esta diferencia, se atribuyen derechos diferenciados y, consecuentemente con ello, se reconoce el instrumento internacional de donde emanan, ¿por qué finalmente esto no es aplicado al caso concreto y toda la argumentación al respecto termina siendo *obiter dicta*? Sucede que, como no existe una norma específica que desarrolle el Convenio, el TC asume que el *Reglamento de participación ciudadana para la realización de actividades de hidrocarburos* (Decreto Supremo N° 012-2008-EM o el Reglamento) es la norma interna que debe establecer las pautas de aplicación del derecho a la consulta,<sup>79</sup> y la consecuencia general de ello es que se desvirtúa el derecho en cuestión:

a. Esta norma no está dirigida a establecer un diálogo cuyo objetivo sea un acuerdo entre el Estado y los pueblos indígenas, sino más bien a recolectar sus opiniones, que si bien serán consideradas al momento de ejecutar un proyecto, solo tendrán un valor referencial (artículos II.3, III, 8.3 y 10.1 del Reglamento, y 2.<sup>a</sup> disposición final del Decreto Supremo N° 015-2006-EM, a la que se remite el Reglamento en su artículo IV.g).

b. Además, la realización de la consulta es paralela a la ejecución del proyecto, no previa (f. 37 de la sentencia).

c. Es el Estado, a través de PerúPetro, el que determina cuáles son las zonas de influencia de proyectos de hidrocarburos (artículo IV.b del

---

<sup>79</sup> En su voto particular de la sentencia *Tuanama Tuanama I*, Landa Arroyo se separa de esta postura, pues considera que el Reglamento no es idóneo para aplicar el derecho a la consulta.

Reglamento), sin que se prevea la posibilidad de que un pueblo indígena pueda solicitar la exclusión de su territorio.

d. A pesar de que la consulta es responsabilidad del Estado (artículo 15.2 del Convenio), se derivan responsabilidades cruciales a la empresa, que es una de las partes, pues se le da el control sobre el tipo de información que se otorgaría, la dinámica de los talleres y la pertinencia de las medidas complementarias en éstos (artículos IV.1, 13, 11 y 14.h del Reglamento), lo que inevitablemente condiciona el diálogo.

Por ello, a pesar de todos sus argumentos previos sobre la diversidad y los derechos indígenas, no es una sorpresa que el TC finalmente validara la aplicación del Reglamento, concluyera que los talleres informativos realizados por los demandados equivalen a la consulta previa y, por ende, que las actividades de terceros en el territorio indígena no estarían afectando derecho alguno. Incluso llega a decir que esto demostraría la responsabilidad social de la empresa (f. 38, 39). En realidad, el Tribunal reinterpreta el derecho en cuestión hasta reducirlo a una de las múltiples actividades que involucra su total ejecución: informar sobre lo que se va a hacer en el territorio indígena. La consulta se vuelve un simple acto unilateral que elimina el potencial dialógico e intercultural que podría tener el derecho sobre un acto empresarial o estatal que, al parecer, se hará de cualquier forma.

Es cierto que, más allá de las contradicciones evidentes,<sup>80</sup> lo que aquí se manifiesta es el reconocimiento y la tolerancia ya mencionada, así como los derechos

---

<sup>80</sup> Por ejemplo, las que se refieren al carácter previo de la aplicación del derecho a la consulta, o al hecho de que primero mencione la autonomía de los pueblos indígenas en su territorio para, luego, olvidarse de ella al referirse al derecho a la consulta en este caso específico.

igualitaristas que de ellos se derivan. En ese sentido se estarían subvirtiendo algunos paradigmas del Estado-Nación y de la modernidad; pero, paralelamente, se evidencia también el recrudescimiento de sus propios paradigmas nucleares, al dotar a los derechos diferenciados de un contenido que no los perturbe, sino que los haga funcionales en situaciones controversiales.

Consultar a los pueblos indígenas implica una facultad contrahegemónica que obliga a discutir cuestiones fundamentales muchas veces presupuestas: la representación del interés nacional, el carácter realmente constituyente de la Constitución, o el concepto de desarrollo. Despojar a la consulta previa de este contenido es la mejor forma de reconocer la pluralidad sin afectar la unicidad estatal, subordinar la existencia de tal diversidad y su tolerancia a su acoplamiento liberal. Así, si bien esta sentencia tiene marcados aspectos multiculturales, se ve lamentablemente afectada por rezagos integracionistas.

***“Sawawo Hito 40” (Expediente N° 04611-2007-PA/TC, de 9 de abril de 2010)***

*Amparo (recurso de agravio constitucional) interpuesto por la comunidad nativa Sawawo Hito 40 contra Roy Maynas Villacrez, en su calidad de director del semanario El Patriota, alegando la vulneración de sus derechos al nombre, al honor, a la imagen, al trabajo y a contratar. Esto se habría realizado a través de publicaciones del mencionado semanario, el cual atribuyó a la comunidad actuar como cómplice de la empresa Forestal Venao S.R.L. en determinados delitos.*

*El proceso fue desestimado en ambas instancias debido a que se consideró que existían vías igualmente idóneas para llevar la controversia, y porque no se ha acreditado ningún daño concreto a la comunidad.*

Si bien el caso podría pasar como uno que no se refiere a los derechos indígenas, el Tribunal no deja duda de que lo es. No solo ha reiterado a lo largo de su jurisprudencia que para él las comunidades se equiparan a los pueblos indígenas, además, cuando dos de los tres magistrados que firman esta sentencia emiten sus votos, denominan “pueblo indígena” a la comunidad nativa y, en concordancia con esto, el TC aplica el Convenio 169. En virtud del enfoque multicultural que asume, el TC entiende que la subjetividad indígena se constituye en la realidad por su propia naturaleza (existe en la realidad antes que en el Derecho), y no a través de procedimientos formales, como el registro de personas jurídicas (f. 22 de *Sawawo Hito*); en este caso su valor sería probatorio (f.25- 27). Esta interpretación se desprende del artículo 89.º de la Constitución, y es la representación más explícita de que la pluralidad y la tolerancia son valores democráticos, como ya lo ha sustentado en otras sentencias (*Corrida de toros, Hoja de Coca I y II y Cordillera Escalera*).

Desafortunadamente, el sustento que se le da es tautológico e insuficiente. Según el Tribunal, esto se basa en su calidad de persona jurídica de “substrato propiamente personalista, representado por una colectividad de individuos” (f. 24). Sostiene el TC que tal particularidad, y la imposibilidad de desproteger a la comunidad por simples formalidades, serían las causas por las que la Constitución optó por dotar a las comunidades de este estatus (f.26). Es decir, no sustenta el porqué se atribuye automáticamente la categoría pueblo indígena a toda comunidad por el solo hecho de serlo, ni explica cómo identificar a una comunidad en vista de que éstas no necesitarían del registro para serlo. El TC, que ha reivindicado la importancia del Convenio 169, ignora su primer y fundamental artículo:

1. El presente Convenio se aplica:



[...] b) a los pueblos en países independientes, considerados indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conserven todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas.

2. La conciencia de su identidad o tribal deberá considerarse un criterio fundamental para determinar los grupos a los que se aplican las disposiciones del presente Convenio [...].

Se omite toda referencia al elemento cultural y a la pluralidad étnica propugnada por el Tribunal en otros casos. Es necesario reiterar que es precisamente a partir de estos elementos que se puede elaborar una argumentación que identifique un conflicto cultural, una disputa por la hegemonía de distintos valores y perspectivas para que se incorporen a un debate jurídico-constitucional<sup>81</sup> que sigue pendiente. Este vacío resulta tan evidente que incluso el TC toma como referencia a los *class action* estadounidenses antes que el carácter colectivo de la comunidad, que es un elemento señalado en la jurisprudencia internacional para legitimar la afectación del honor de cada miembro de la comunidad demandante. Este argumento, además, muestra una persistente incapacidad para concebir el carácter colectivo de los derechos de los pueblos indígenas. Concentrar su atención en el individuo como sujeto de derechos, a pesar de que resulta insuficiente para la constitucionalización de los derechos indígenas, es un rasgo multicultural que no permite al Tribunal valorar el elemento cultural de los

---

<sup>81</sup> Los magistrados Landa Arroyo y Eto Cruz (dos de los tres que resolvieron el caso) sí se refieren a esto, aunque en su voto particular.

conflictos que se producen en el Estado-Nación peruano. No comprender sus propias limitaciones es otro.

Tal vez el aspecto más positivo de la sentencia sea que el TC apela a referencias internacionales importantes (sentencia *Moiwana y Aoloeboetoe* de la Corte IDH), a partir de las cuales sustenta la especial “reposición” o “restitución” que deben tener los pueblos indígenas cuando se vulneran sus derechos, especialmente cuando no es posible regresar al estado anterior a su vulneración, como en el caso del honor (f. 56, 57 y 60). Incluso, el TC afirma que no podría establecer medidas más restrictivas si las sentencias supranacionales a las que podría acudir el demandante fuesen más tuitivas (f. 57). Ésta es, sin duda, una alineación sumamente progresista para los estándares que hasta ahora ha mantenido.

Es necesario acotar, por último, que en este punto de su jurisprudencia el TC ya ha asumido el multiculturalismo liberal como una de sus tendencias principales: reconoce la subjetividad indígena y la diversidad y desigualdad históricas, aunque asociadas a derechos especiales más que a un proyecto societal compartido que cuestione paradigmas modernos. De hecho, es propenso a establecer cierto condicionamiento tácito a que los pueblos indígenas se acoplen a los paradigmas de la modernidad como requisito para la tolerancia de la pluralidad.

***“Tuanama Tuanama I” (Expediente N° 00022-2009-PI/TC, del 9 de junio del 2010)***

*Inconstitucionalidad interpuesta por Gonzalo Tuanama Tuanama, en representación de ocho mil ciento cincuenta y seis ciudadanos, contra el Decreto Legislativo N° 1089, mediante el cual se establece el régimen temporal extraordinario de formación y titulación de predios rurales. La norma impugnada afectaría los derechos de los pueblos indígenas, especialmente el derecho a la consulta (ya que la norma no fue*

*consultada) y los derechos especiales de propiedad. Esta demanda se sustenta en el Convenio 169 y la Declaración de la ONU sobre PPII (DNUPPII).*

*El demandado alega el hecho de que la norma cuestionada no está referida a pueblos indígenas, de que no hay ninguna ley que permita identificar a los pueblos indígenas ni que establezca la forma de aplicar el derecho a la consulta, y de que en todo caso la mayoría de la población no sería indígena sino “mestiza”. Adicionalmente, el demandado señala explícitamente que la Declaración sobre Derechos de los Pueblos Indígenas no sería vinculante.*

La particularidad de esta sentencia es que la demanda es declarada infundada, pero de tal forma que mantiene a salvo los derechos invocados por el demandante. Si bien se declaró que la norma es constitucional, se hizo la salvedad de que lo es solo si no se aplica a pueblos indígenas. La sentencia es, por tanto, *desestimatoria por sentido interpretativo*.<sup>82</sup> En esta sentencia el TC reitera su postura sobre la tolerancia y la pluralidad, así como la protección y el respeto que se les deben (f. 3 y 4). Incluso señala la obligación de respetar la incorporación voluntaria de los pueblos indígenas a la economía global (f. 14), y de considerar siempre sus condiciones históricas de vulnerabilidad (f. 14, 18), en el afán de lograr la unidad en la diversidad. Asimismo, retoma la Resolución Ministerial N° 159-2000-PROMUDEH, ya citada en *Cordillera Escalera*, y la utiliza como referencia para definir el derecho a la “identidad étnica” y a la consulta como parte de ella (f. 5). Es decir, el Tribunal se sitúa sin mucha dificultad en los parámetros de un enfoque multicultural liberal.

---

<sup>82</sup> “En este caso el órgano de control de la constitucionalidad establece una manera creativa de interpretar una ley parcial o totalmente impugnada” (f.3 de sentencia 0004-2004-CC, y f. 36 de sentencia 00023-2008-PI).

Se reafirma también sobre el rango constitucional del Convenio 169<sup>83</sup> y su fuerza normativa directa (f. 9, 15, 25, 45 de *Tuanama Tuanama I*), con lo que le da forma a una línea jurisprudencial favorable a esta postura y enmienda la conclusión a la que llegó en *Provincia de Lauricocha*, al menos en teoría. De hecho, aquí explicita que el Convenio, al tener fuerza normativa inmediata, no necesita desarrollo legislativo para vincular jurídicamente, si bien no obsta a que éste se realice —recuérdese que en *Cordillera Escalera* hizo depender la aplicación del Convenio a una norma interna que lo desarrolle—. Por tanto, el argumento del Estado peruano acerca de un supuesto vacío legislativo sobre la consulta no solo no es válido, sino que revela su desidia e irresponsabilidad, ya que argumenta esto a pesar de que tuvo alrededor de 15 años desde la vigencia del Convenio para promulgar la ley en cuya ausencia se escuda (f. 10-13). Expuesto este marco general, precisemos ahora cuáles son las principales características multiculturales de esta sentencia:

a. Reconocimiento explícito de la Declaración de la ONU como *soft law*, y de su “fuerza moral” (f. 6-8). Es preciso recordar que han pasado alrededor de 5 años desde que el Tribunal hizo una afirmación semejante en *Hoja de Coca I*, aunque entonces se refería a otro documento internacional.

b. Es la primera vez que cita el artículo 1.º del Convenio 169 para señalar los criterios de identificación de un pueblo indígena (f. 10). Hasta este momento ha tenido la costumbre de establecer equivalencias infundadas entre pueblos indígenas y comunidades campesinas o nativas.

---

<sup>83</sup> Señala incluso el carácter antiasimilacionista de éste, asumiendo esta postura como suya (f. 14 de la sentencia). Al respecto, resulta interesante cómo al señalar esto acota también que tal cosa no implica “situar a los pueblos indígenas en una posición de superioridad frente al resto de la población”, lo que habla de sus propios temores.

c. Aunque sea solo nominalmente, también por primera vez el Tribunal se refiere al potencial intercultural de los derechos de pueblos indígenas, en este caso a través de la consulta:

El mandato establecido en el artículo 6 [del Convenio] 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 [...] (f. 17 de la sentencia).

Resalta también el potencial inclusivo o integrador (no integracionista) de la consulta, en tanto no se trata de lograr acuerdos entre dialogantes que se mantengan separados o aislados:

[...] 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 (f. 18 de la sentencia).

Esto no quiere decir que esta sentencia marque el inicio de un Tribunal promotor de la interculturalidad, como se verá más adelante, aunque sin duda es importante que el TC introduzca explícitamente esa posibilidad en el debate jurídico constitucional.

d. Se establece que las medidas solo serán consultadas en tanto afecten directamente la “situación jurídica” de los pueblos indígenas. En función de esto establece tres reglas para el caso de las medidas legislativas, como la que se impugna en este caso: se consulta si la norma afecta directamente a los pueblos indígenas (pues está dirigida a este sujeto jurídico específico o a un supuesto de hecho propio de él); no se consulta si los afecta indirectamente (pues es de carácter general y no está dirigida a un sujeto jurídico específico, sino que prevé un supuesto de hecho virtualmente aplicable a cualquier sujeto), a pesar de que podría tener implicancias en su “situación jurídica” (ciertamente no todas “dañinas”); si algunas normas tienen disposiciones dirigidas a pueblos indígenas, se consultan solo tales disposiciones (f. 19-22).

Estas reglas serán razonables en la medida en que concuerden con otros derechos indígenas en el momento que se afecte la situación jurídica de los pueblos. Por ejemplo, en el caso de la aplicación de normas penales, que cabrían en la segunda regla, tendrán que considerarse necesariamente los derechos de identidad cultural, autonomía, jurisdicción especial, las disposiciones del Convenio sobre el establecimiento de penas, etcétera. Incluso se puede ir más allá y sostener que si se trata de normativas generales que de una u otra forma afectan intereses de pueblos indígenas, se debería incluir en su elaboración y debate a las diferentes perspectivas culturales existentes en un Estado, algo que

el Tribunal no concibe, peor aún si tales diferencias se hallan en la forma misma de entender la organización social.

En el caso del derecho a la consulta, éste se vincula estrechamente con el derecho a la participación de los pueblos indígenas en la institucionalidad estatal, en los términos que plantea el Convenio 169. De otra forma, la falta de constituyencia original en la conformación del Estado peruano se estaría reproduciendo constantemente. Se debe recordar, a propósito de esto, que el establecimiento de paliativos antes que de cambios estructurales es característico del multiculturalismo liberal.

La visión del Tribunal se resiste a la interculturalidad que él mismo sugirió en el punto anterior. Otro ejemplo de esto es la *afectación* de la situación jurídica de los pueblos a la que se refiere. El término es particularmente relevante porque abarca aquellas situaciones que afectan a los pueblos indígenas, a pesar de que tal afectación no sea “directa” (f. 20, 21 y 27) o “inmediata” (f.55), al contrario de lo que pretende argüir el Tribunal. Si bien es cierto que el artículo 6.a del Convenio hace referencia a la “afectación directa”, una interpretación restrictiva implicaría dos cosas:

- Si una afectación, no importa lo nociva que sea, es paulatina y colateral, entonces no debe ser consultada. Es decir, la literalidad de una norma prevalecería sobre la vulneración de los derechos.
- A través de una pretendida fidelidad al Convenio, se ignoran otros artículos que abogan más bien por la interpretación más extensiva y prospectiva que se le pueda dar. En otras palabras, se evade una lectura integral del documento. Por ejemplo, se ignora el artículo 2.1, que señala el deber de

protección de los derechos indígenas; el artículo 7.1, que precisa el tipo de afectación que requiere consulta; el artículo 34.º, que hace expresa la flexibilidad en la interpretación del Convenio para proteger los derechos.

Para terminar este punto es pertinente adelantar que en posteriores sentencias (*Tuanama Tuanama IV y III*) el mismo Tribunal parece reducir aún más su idea de afectación al afirmar que el Convenio es aplicable solo en aquellos casos en los que ésta genere “daño”. Como se puede deducir, ello implica que existe una “afectación buena” que solo la puede definir el Estado, ya que virtualmente los pueblos indígenas no tendrían por qué saber de ella previamente a que suceda. El paternalismo de esta visión es palpable y una expresión del *dominio unilateral y subordinante de las relaciones entre grupos culturales* que persiste en el multiculturalismo liberal.

e. Se señala una serie de “elementos”, “características” o “principios orientadores” de la consulta, que se derivan tanto del Convenio como de la jurisprudencia internacional (f. 26-36): buena fe (a la que denomina “núcleo” de la consulta), plazos razonables, flexibilidad (que se refiere a la adecuación a las circunstancias y a los dialogantes), objetivo de llegar a un acuerdo (que abarca incluso los beneficios y la indemnización), transparencia y oportunidad (en tanto la consulta debe ser previa a la adopción de la medida consultada). Posteriormente establece un “contenido esencial” para el derecho, que consiste básicamente en el cumplimiento de los criterios ya señalados (f. 37), así como una serie de etapas bastante generales (f. 27, 41).

Este punto tiene dos aspectos que merecen ser resaltados. El primero es que al hablar de la buena fe, el TC atribuye mayor responsabilidad al Estado, en



vista de las condiciones históricas de vulnerabilidad que podrían producir renitencia al diálogo (f. 28), con lo que da contemporaneidad a la desigualdad histórica. El segundo es que, en cierta medida, parece rectificar su postura sobre el contenido que previamente diera al derecho a la consulta (*Cordillera Escalera*), al menos en lo referido a la “oportunidad” y al “objetivo de llegar a un acuerdo”. Lamentablemente, los elementos que establece siguen siendo demasiado generales como para permitir interpretaciones restrictivas, no interculturales.

f. Reconoce las formas diferenciadas de comprender el derecho fundamental al territorio y la especial relación de los pueblos con éste. Un ejemplo sería el uso itinerante que los pueblos dan a distintos espacios de su territorio. Para sustentarlo se basa en el Convenio 169 (artículos 13.º-15.º), jurisprudencia de la Corte Interamericana (*Yakye Axa, Sawhoyamaya y Awás Tingni*), y en el artículo 89.º de la Constitución—este último sobre la autonomía de las comunidades campesinas y nativas, que equipara nuevamente a los pueblos indígenas, y sobre la libre disposición de sus tierras— (f. 42, 43, 48). Además, en virtud de la jurisprudencia de la Corte ya citada, asume que el carácter colectivo del territorio es la base de su cultura y de su supervivencia económica, espiritual y social (f. 45, 46, 48, 49).

Por ello afirma también que la posesión tradicional funge plenamente como título de propiedad, incluso si en el momento mismo de su reivindicación no se encuentran poseyendo en contra de su propia voluntad. Esto se extiende hasta su derecho a que le sean restituidas las tierras o a obtener otras de “igual extensión y calidad” (f. 50), para lo cual existe una obligación estatal de

delimitación del territorio (f. 42). Por supuesto, todo esto no haría sino facilitar la aplicación del derecho a la consulta.

Ahora bien: frente a esta gama de significativos reconocimientos, otro de los puntos que define a la sentencia como multicultural es el de la no obligatoriedad del *consentimiento* —o *veto* para efectos prácticos— en el derecho a la consulta. Es aquí donde el TC muestra la mayor resistencia a cuestionar los parámetros impuestos por los principios y valores de la modernidad. Y no es para menos, porque se trata de un tema controvertido (f.25), ya que no es sencillo concebir la posibilidad de que un grupo minoritario contravenga una decisión del Estado que en teoría ha sido tomada para satisfacer el bien común, especialmente cuando éste incluso tiene la facultad de expropiar a los particulares.

Para el Tribunal, el consentimiento al que se refiere el Convenio no es una obligación sino una expectativa (f. 24, 25). Tal vez esto podría ajustarse al Convenio, pero no a la jurisprudencia de la Corte Interamericana, que forma parte del bloque de constitucionalidad y es una herramienta indispensable para interpretar derechos fundamentales, como ha sido recordado en diversas ocasiones por el mismo Tribunal (f. 47). Tanto es así que ya ha citado tres sentencias de la Corte al momento de argumentar en este caso.

Sin embargo, en este punto omite los argumentos de la sentencia *Saramaka* (f. 134-137, 194) y las disposiciones de la Declaración (artículos 10.º, 29.2) a partir de las cuales se puede deducir que el consentimiento es una obligación para ciertos casos en los que esté en peligro la sobrevivencia cultural o física de un pueblo indígena, cuando se trate de planes de desarrollo o inversión a gran escala en su territorio. De esta forma, el TC estaría acomodando sus afirmaciones previas sobre el territorio indígena y la

validez de las herramientas estatales, para garantizar que los presupuestos más elementales de la soberanía estatal no se vean comprometidos, en virtud de una visión subordinante que no es ajena al multiculturalismo.

De hecho, si bien él mismo reconoce luego que las actividades en pos del bien común pueden limitarse por el principio de la dignidad humana (f. 25), al no reconocer la obligación de alcanzar el consentimiento de los pueblos indígenas durante la consulta, parece sugerir que en ningún caso vulneraría tal principio. Es decir, omite el hecho de que son las particularidades culturales y las condiciones especiales de vulnerabilidad las que dan origen a los nuevos derechos fundamentales reconocidos por el Convenio, y que al no consultarles se está afectando su dignidad pues se ignora su identidad.

Lamentablemente, el Tribunal extiende esta lógica restrictiva, y en el fundamento 36.º asegura que las circunstancias pueden generar situaciones de excepción al “principio orientador de *oportunidad*”. Es decir, deja claro que en algunos casos no determinados la medida que debería consultarse puede aplicarse sin que haya consulta previa. Esas excepciones aparecen como una posibilidad, no existe forma de identificarlas para poder controlarlas y limitarlas, a pesar de que se tratarían de serias salvedades a la aplicación de un derecho fundamental.

Así, el TC, de retórica tan vanguardista como abstracta, apela para todo efecto práctico a la defensa comprometida de la soberanía estatal según como se entiende tradicionalmente, incluso por encima de su propia coherencia, al momento de aplicar los principios que él mismo ha establecido sobre la consulta previa. El cuestionamiento de los paradigmas que sustentan la esencia misma del Estado-Nación clásico es algo sobre lo cual no está dispuesto a ceder. Una vez más, la pluralidad se condiciona a un catálogo de principios universales unilateralmente establecido.

Finalmente, el TC hace una afirmación que permite cuestionar su coherencia institucional. Dice que “[...] si bien el Convenio 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” (f. 41). Como se ha de recordar, en la sentencia *Provincia de Lauricocha* la vulneración de este derecho es planteada por el demandante; y si bien se trata de generaciones distintas de magistrados en ambas sentencias, el hecho de hacer tal afirmación implica un desconocimiento histórico de su propia jurisprudencia. Esto no es un detalle menor, ya que no conocer su evolución argumentativa solo reafirma lo inestable de su postura.

**“AIDSESEP II” (Expediente N° 05427-2009-PC/TC, del 30 de junio del 2010)**

*Proceso de cumplimiento (recurso de agravio constitucional) interpuesto por AIDSESEP contra el Ministerio de Energía y Minas con el fin de que éste cumpla con el Convenio 169 de la OIT y, en consecuencia, adecúe a él sus normas, reglamentos y directivas, especialmente en lo que respecta al derecho a la consulta, al territorio indígena y a los recursos naturales. Esto es algo que no se ha hecho a pesar de que el Convenio tiene más de 15 años de vigencia.*

*En primera y segunda instancia se previó que el proceso de cumplimiento no era el adecuado, por lo cual la demanda fue desestimada.*

Ésta es la última de un grupo de 5 sentencias consecutivas que se alinean tras la misma perspectiva: el multiculturalismo liberal. Como ya se mencionó, estos breves momentos de concordancia entre las sentencias resaltan aún más la brusquedad de los vaivenes jurisprudenciales, que finalmente son la verdadera característica del TC en cuanto a coherencia institucional se refiere. A propósito de esto, resulta significativo

que este fallo anteceda a la lamentable *AIDSESP I*, considerando que es el más prospectivo de todos los emitidos por el Tribunal en materia indígena, especialmente en relación con el derecho a la consulta.

Si bien la sentencia admite que el proceso de cumplimiento es el adecuado, lo hace a través de una interpretación que extiende los supuestos normativos de este tipo de procesos hasta abarcar los mandatos con rango constitucional, porque afirma que, de lo contrario, la Constitución sería meramente nominal (f. 16 y 19 de *AIDSESP II*). Éste es el motivo por el que existen discrepancias entre 5 magistrados en distintos votos particulares. Sin embargo, y esto es lo más interesante, a pesar de no considerar el proceso de cumplimiento como el adecuado, 3 de los 5 magistrados se inclinan por su reconvención a uno de amparo para no dejar de proteger los derechos indígenas en juego. Esto podría considerarse una formalidad, pero revela una inusitada actitud de los magistrados a favor de los pueblos indígenas.

Por otro lado, uno de los principales puntos de esta sentencia es que se afirma que las normas del Ministerio de Energía y Minas no estarían protegiendo adecuadamente el derecho a la consulta en los términos planteados por el Convenio 169 (f. 62, 63). Esto entra en contradicción con lo dicho en *Cordillera Escalera*, específicamente respecto del *Reglamento de participación ciudadana para la realización de actividades de hidrocarburos*,<sup>84</sup> una de las normas citadas en esta sentencia. Como se recordará, en *Cordillera Escalera* se asume que las disposiciones del Reglamento satisfacen el adecuado cumplimiento del derecho en cuestión.

Así, el Tribunal declara la demanda fundada y ordena al Ministerio de Energía y Minas la emisión de la normativa pertinente (f. 64); además, exhorta al Congreso a

---

<sup>84</sup> Esto es algo que el magistrado César Landa ya había hecho notar en el fundamento 19 de su voto particular sobre la sentencia *Tuanama Tuanama I*.

emitir la ley que corresponda (f. 69 y 43). Entre otras cosas, reafirma el rango constitucional del Convenio 169, le asigna fuerza normativa plena, y acepta que los derechos que contiene son derechos humanos (f. 9 y 12). Reitera también que el desarrollo legislativo del derecho no implica una condición para que éste sea efectivo (“principio general de la efectividad de las disposiciones constitucionales”) (f. 15), pero que es pertinente en tanto precise los elementos generales que se encuentran en las normas de rango constitucional, algo que la normativa actual no habría hecho adecuadamente. Sin duda, las normas que se produzcan no podrían desnaturalizar el sentido del Convenio o primar sobre él.

A partir de esto se deduce una “inconstitucionalidad por omisión” (f. 11 y ss.), figura ya desarrollada en *Hoja de Coca II* (f. 22 de la sentencia bajo análisis), pero que se aplica por primera vez al desarrollo legislativo pendiente de un derecho indígena como la consulta previa, y que, como ya se comentó, se da con 15 años de retraso. Por desgracia, en *Tuanama Tuanama I* el TC dejó pasar esta oportunidad, a pesar de que tal obligación se desprende de distintos tratados y documentos sobre derechos humanos: el Convenio 169 (artículo 15.2),<sup>85</sup> la Declaración (artículos 37.º y 38.º), el PIDCP y el PIDESC (artículo 2.º en ambos), la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 2.º) y sus protocolos, Observación General N° 03 y 09 del Comité DESC<sup>86</sup> (f. 24, 35, 36, 37).

---

<sup>85</sup> A este hay que añadir los artículos 14.3 (sobre propiedad), 16.2 (sobre desplazamiento), 20.1 (sobre empleo), 26 (sobre educación), 32 (sobre fronteras), en los que hay sendas referencias a la adecuación de procedimientos, mecanismos o legislación nacional para viabilizar los derechos reconocidos por el Convenio. Asimismo, el artículo 33 se refiere de forma general a la adecuación de todo el Convenio.

<sup>86</sup> Ésta es una de las pocas sentencias sobre pueblos indígenas en las que el TC elabora una argumentación a partir de distintos instrumentos internacionales (vinculantes o no) para favorecer la

Ahora: si bien este deber corresponde prioritariamente al Congreso, un tratado que regula derechos humanos vincula, por definición, a todos los poderes públicos (f. 26, 38). Esto incluye al ministerio demandado (de forma indirecta, según el f. 25), ya que sus actos afectan el derecho a la consulta de los pueblos indígenas (f. 28-31). Así lo establece el Tribunal, que extiende la obligación regulatoria en función de las necesidades del derecho en cuestión. Adicionalmente, el propio ministerio demandado ha reconocido su responsabilidad y la obligación de producir reglamentación adecuada sobre la consulta (f. 27, 40). Esto último es algo que el Tribunal deduce de forma perspicaz a partir de los argumentos de la defensa del Estado, cuya intención real era escudarse en la ausencia de una ley interna sobre la consulta.

Desafortunadamente, en varias oportunidades el TC refiere que las normas internas de desarrollo “dan eficacia” a las disposiciones con rango constitucional (f. 33). Si bien afirma que esto no es una condición de exigibilidad (f. 40), la ambigüedad de su discurso da pie a que posteriormente se hagan interpretaciones nefastas, como en efecto sucede en la resolución que resuelve la aclaración de la sentencia *AIDSEPI*.

Por último, si bien este fallo no deja duda sobre su tendencia multicultural, tiene elementos que lo situarían más cerca que otros a la interculturalidad, tanto a nivel político como jurídico. Por ejemplo:

- a. Que haya situado las consecuencias de la “inconstitucionalidad por omisión”, que es el aspecto jurídico del problema, en el escenario de los conflictos sociales producidos por la falta de aplicación y de reivindicaciones del

---

protección de derechos. Posteriormente, además, cita la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos al referirse a la forma en la cual debe realizarse correctamente la consulta (sentencia *Saramaka*) (f.59).

derecho a la consulta (aspecto socioeconómico y político) (f. 23, 39, 48). La referencia es por demás pertinente. Como parte de las normas que AIDSESEP exigía que se deroguen durante el conflicto de Bagua (2009), entre otras razones porque eran inconsultas, estaban la Ley N° 29338 y los decretos legislativos N° 1089 y 1020, que por ese motivo fueron objeto de sendas demandas de inconstitucionalidad. En última instancia, lo que el TC promueve aquí es el diálogo en un caso específico de conflictos con tinte cultural, y reitera el contenido esencial y los principios conductores de la consulta que estableciera en la sentencia *Tuanama Tuanama I* (f. 58, 60).

b. El motivo por el cual el Tribunal no valida las normas vigentes del Ministerio de Energía y Minas<sup>87</sup> es que éstas no logran que los pueblos indígenas se integren al proceso de toma de decisiones que los afecta, a través de un diálogo intercultural, sea que el Estado entienda que tal afectación es positiva o negativa (f. 57).

Adicionalmente, esta sentencia aclara que si bien están relacionados, el derecho a la participación y el derecho a la consulta no son iguales (f. 62). Esto es así porque el segundo va más allá en tanto busca establecer una relación horizontal de diálogo en cada uno de los puntos en los cuales hay que tomar una decisión. Por su parte, el primero llega hasta la consideración de opiniones u observaciones de la población, que pueden ser meramente referenciales y no estar enmarcadas en un diálogo. Por ello, no cabe hablar de consulta si es que ésta se da posteriormente al otorgamiento de una concesión minera, por ejemplo; pues entonces no se estaría promoviendo una efectiva constituyencia indígena.

---

<sup>87</sup> Al Reglamento citado antes se suma el *Reglamento de Participación Ciudadana en el Subsector Minero* (D.S. N° 028-2008-EM).



Lamentablemente, el TC no explora las razones por las cuales se otorga esta suerte de *fórmula extensiva de participación* a los pueblos indígenas, a diferencia del resto de la población. El Tribunal omite la necesaria reflexión sobre el conflicto cultural que nutre la urgencia de un diálogo en la elaboración y aplicación de cualquier medida que origina ese conflicto, como la forma de entender el desarrollo, la propiedad, el territorio, etcétera.<sup>88</sup>

**“Tuanama Tuanama II” (Expediente N° 00023-2009-PI/TC, del 21 de septiembre del 2010)**

*Inconstitucionalidad interpuesta por Gonzalo Tuanama Tuanama, en representación de siete mil seiscientos noventa y nueve ciudadanos, contra el Decreto Legislativo N° 1079, mediante el cual se establecen medidas para garantizar el patrimonio de las áreas naturales protegidas. La norma afectaría los derechos de los pueblos indígenas a la consulta previa, al consentimiento, al territorio y a la propiedad.*

*El Ejecutivo, a través del procurador público de la Presidencia del Consejo de Ministros, arguye que la norma se ajusta a Derecho y que solo busca promover la competitividad económica en el marco del TLC con los Estados Unidos. Asimismo, reitera los argumentos que usara en Tuanama Tuanama I, incluyendo la afirmación de que la Declaración sobre Derechos de los Pueblos Indígenas no sería vinculante.*

Esta sentencia es precedida por *AIDSESP I* y, como se recordará, en la resolución que resuelve la aclaración sobre ella el Tribunal hace una lamentable y desconcertante afirmación sobre la vigencia del Convenio 169. Dice, en contraposición con gran parte de su jurisprudencia analizada en este capítulo, que el Convenio no rige

<sup>88</sup> Esta reflexión fue hecha también en el voto particular de la sentencia *Sawawo Hito 40*.

sino a partir de la fecha en que fue emitida la sentencia *Tuanama Tuanama I* (junio del 2010), en la que desarrolla el contenido del derecho a la consulta.

Como primer punto es importante hacer notar que en este caso no se corrige tal afirmación; de hecho, el Tribunal no hará esto sino hasta 2011, cinco sentencias después de ésta (en *Tuanama Tuanama IV*). En ese sentido, surge un dilema: considerar esta aseveración como un hecho aislado, o como un giro en su postura sobre este punto. Aquí se tendrá en cuenta lo primero, en virtud de que el TC ha venido reiterando una interpretación opuesta (más adecuada) sobre la validez y vinculatoriedad del Convenio, y que concuerda con la teoría y normativa jurídica sobre Derecho Internacional y ratificación de tratados, y con su propia jurisprudencia consolidada sobre la aplicación de tratados sobre derechos humanos.

En lo que concierne a esta sentencia, el demandante invoca la afectación del derecho a la consulta y del derecho al consentimiento, algo que es completamente ignorado al desarrollar los argumentos de este fallo. Este silencio solo ratificaría lo que el Tribunal ya había dejado claro en *Tuanama Tuanama I*: que al no considerar al consentimiento como un derecho, no podría ser exigible, a pesar de que existen el precedente de la mentada sentencia *Saramaka vs. Surinam* de la Corte Interamericana y de la Declaración sobre Derechos de los Pueblos Indígenas, ambos textos favorables a una, por lo menos, exploración de este derecho. Tal razonamiento permite verificar que, si bien existe un reconocimiento considerable de derechos diferenciados, para el TC sigue siendo intolerable introducir en el debate jurídico-constitucional cuestionamientos a la propia institucionalidad estatal vigente, y, en suma, vuelve a ratificar su multiculturalismo.

Sin embargo, el aspecto más importante de esta sentencia es que el Tribunal ha aplicado las reglas sobre la consulta de medidas legislativas que estableció en los

fundamentos 19 al 22 de *Tuanama Tuanama I* ya referidos. El TC señala que al regular expresamente temas no indígenas como las cuestiones relativas a la competencia de una entidad estatal y los principios que pretenden tutelar las áreas naturales protegidas, la norma impugnada no afecta directamente ni el derecho a la consulta ni los de territorio y propiedad indígena (f. 6), por lo que, al igual que en *Tuanama Tuanama I*, la consulta no es aplicable y la demanda es infundada. La comparación entre fallos es explícita (f. 1, 2), y da la impresión de que uno justifica al otro, pues se persiste en una interpretación restrictiva y paternalista sobre lo que se entiende por afectación de derechos indígenas.

Debe considerarse, a propósito de este símil, que ambas decisiones no son producto de procesos similares. En *Tuanama Tuanama I* la sentencia es *desestimatoria por sentido interpretativo*: el Tribunal establece la forma constitucionalmente válida de entender la norma impugnada para salvar su constitucionalidad, y para evitar que afecte los derechos de los pueblos indígenas. En el presente proceso, el TC no ofrece parámetros que permitan interpretar la norma, de modo que, como en el primer caso, ésta no se aplique a los pueblos indígenas en ninguna circunstancia. Simplemente, señala que su contenido no le parece directamente aplicable a estos pueblos, a pesar de que reconoce que eventualmente sí pueda afectarlos, en cuyo caso se tendría que recurrir al proceso pertinente (f. 9).

La diferencia podrá ser sutil, pero es importante, pues esa afectación que el mismo TC prevé sí debió ser materia de consulta, porque constituye una *amenaza*. El problema surge debido a la figura de “dominio eminencial” (artículo 3.2 de la norma impugnada), que establece que el aprovechamiento de los recursos renovables se otorga a los privados según los procedimientos establecidos. Si bien virtualmente nada impide que se incluya también a un pueblo indígena, si el privado se excediera de los límites

establecidos por su *título formal*, entonces el Estado mantendría el dominio de los recursos, sus frutos, sus productos y subproductos. Como se deja ver, aquí hay una clara amenaza a la propiedad indígena no formalizada o con un título que reconozca menos derechos de los que efectivamente ejercen, lo que ameritaría la consulta previa, considerando que la producción de esta norma no tuvo representación indígena.

Según el demandante, se estaría desconociendo la existencia de comunidades nativas no tituladas en las áreas naturales protegidas (f. 4). Frente a esto, la interpretación conjunta de los instrumentos internacionales y de la jurisprudencia del propio TC ampara el supuesto por el cual los pueblos indígenas tendrían pleno derecho de propiedad en tanto hayan tenido una “posesión ancestral”, sin necesidad del título (artículo 14.º del Convenio, sentencias *Sawhoyamaxa*, *Awaw Tingni* y *Yakye Axa* de la Corte Interamericana, *Tuanama Tuanama I*, entre otras). Estos argumentos han sido reiterados en la presente sentencia (f. 7).

Por ello, el Estado tendría la obligación de reconocer este derecho de propiedad, y delimitar los territorios indígenas para garantizarlo, a pesar de que las normas nacionales por sí solas no lo prevean. Desde luego, la existencia o no de un pueblo indígena depende a su vez de que se cumplan los criterios establecidos en el Convenio 169, y no del registro formal de una comunidad nativa, ya que éste sería solo declarativo (*Sawawo Hito 40*).

Lamentablemente, el discurso estatal<sup>89</sup> parece indicar que el temor del demandante no es injustificado, y que lo recurrente es negar los derechos invocados. De esta misma forma, las oscilaciones vistas en la jurisprudencia del TC sugieren que no existe garantía de un fallo necesariamente ajustado al Derecho Internacional—parte del

---

<sup>89</sup> Verificable en la contestación de la demanda de las sentencias *Tuanama Tuanama I*, *Tuanama Tuanama VI*, esta misma sentencia, entre otras.

bloque de constitucionalidad—. Si bien es cierto que la norma impugnada no está dirigida expresamente a los pueblos indígenas, existe en su aplicación una amenaza al derecho de éstos. En tal virtud, la consulta hubiera sido pertinente, en concordancia, además, con una interpretación integral del Convenio 169, por la que se considere la inclusión y la participación real de los pueblos indígenas en el desarrollo, en la organización estatal, en la administración y en el aprovechamiento de los recursos naturales<sup>90</sup> —en este último caso, a propósito de su “posesión ancestral”, independiente de cualquier proceso administrativo—.

Nuevamente, la perspectiva multicultural se evidencia en un enfoque que se concentra en la atención de los derechos especiales diferenciados, más que en integrar un proyecto estatal compartido que considere los conflictos culturales. Por ello, el TC muestra impavidez ante la falta de representación indígena en la producción de normas que eventualmente afectarán a estos pueblos o ante su cuestionamiento cuando los afecten. Después de todo, existe ya una estructura estatal constituida que se privilegia por sobre cualquier interferencia cultural que la perturbe significativamente, como sería el caso si se cuestionara su supuesto consenso en la producción normativa.

***“Cocama Tarapacá” (Expediente N° 00906-2009-PA/TC, del 25 de octubre del 2010)***

*Amparo (recurso de agravio constitucional) interpuesto por la Comunidad Nativa Cocama Tarapacá (que se atribuye la identidad étnica Cocama Cocamilla) contra la*

---

<sup>90</sup> Aprovechamiento que también es reconocido por los distintos instrumentos internacionales: artículos 7.4 y 15.1 del Convenio, preámbulo y artículos 25.º-27.º y 32.º de la Declaración, sentencias de la Corte Interamericana: *Yakye Axa* (en sus fundamentos 135, 137, 149, 167, 207, 208), *Saramaka* (en sus fundamentos 72, 88, 120-122, 125, 139, 141, 154, 158, 194.c), *Sawhoyamaya* (en sus fundamentos 118, 121, 131, 164).

*Dirección Regional Agraria de Loreto y el Ministerio de Agricultura.*

*Se solicita la nulidad de la Resolución Ministerial N° 1433-2006-AG y de la Resolución Directoral N° 159-2006-AG-DRA-L, por las que se niega su reconocimiento e inscripción en el Registro Nacional Desconcentrado de Comunidades Nativas. Esto se debería al incumplimiento de los requisitos legales respectivos y, de acuerdo con la comunidad, a que la Dirección Regional Agraria le atribuye una “raza mestiza”. Así, la demandante arguye que se ha vulnerado el derecho al reconocimiento y a la identidad cultural.*

En este caso, las dos instancias judiciales rechazaron liminarmente la demanda, arguyendo que el proceso que correspondía no era el amparo sino el contencioso-administrativo, ya que se estarían cuestionando actos administrativos (f. 2). Sin embargo, el Tribunal adopta una postura tuitiva de derechos que pretende ser igualitarista, similar a la que asumió en *Sawawo Hito 40*, y que se enmarca en una perspectiva multicultural. De hecho, llega a revocar la decisión del juzgado de primera instancia, ordenándole dar trámite al proceso.

A manera de paréntesis, hay que tomar en cuenta que en este caso el tema de fondo gira alrededor del derecho más abstracto de identidad cultural, y no en torno a uno de carácter más práctico, como el derecho a la consulta. Esto es importante porque, como se habrá podido notar, el TC suele mostrarse mucho más dubitativo cuando se trata de proteger el segundo, cuya aplicación suele controvertir paradigmas del Estado-Nación con inmediatez práctica.

Hecha tal observación, nótese que en esta breve sentencia se reitera lo ya mencionado en *Sawawo Hito 40*: las comunidades nativas y campesinas tienen personería jurídica automática, siendo su registro tan solo una formalidad declarativa de

tal derecho (f. 6). Hay que reconocer que se busca tutelar derechos, pero también está presente la ya mentada ambigüedad sobre los criterios a partir de los cuales el Tribunal considera que un pueblo indígena equivale a una comunidad, y cómo es que una comunidad llega a ser tal, tomando en cuenta que el registro es solo declarativo. Nuevamente, la determinación de pueblo indígena en el Perú llega a ser casi tautológica, a pesar de que, como se ha reiterado en múltiples ocasiones, el Convenio 169 tiene criterios a partir de los cuales se podrían sustentar las afirmaciones del Tribunal, no de forma general pero sí para cada caso.

A lo anterior se suma el hecho de que existían suficientes elementos que permitían al Tribunal abordar esta discusión jurídica no resuelta: la equivalencia entre *comunidad* y *pueblo*, y quién es pueblo indígena en el Perú. Por ejemplo, en el fundamento 1 se señala cómo es que, de acuerdo con la demandante, el demandado habría utilizado un criterio biológico-racial para negar el registro de la comunidad como tal, algo no solo anacrónico y sin ningún sustento científico sino absolutamente discriminatorio.

Por otro lado, los argumentos que el TC utiliza para justificar el amparo sitúan esta sentencia como parte de un enfoque multicultural (f. 11), que aboga por proteger los derechos fundamentales indígenas:

- a. Se remite a algunos documentos internacionales (la Declaración del 2007 y el Segundo Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en el Perú de la Corte IDH del 2000), así como a información procesada por la Defensoría del Pueblo, para sustentar la condición de vulnerabilidad en la que viven los pueblos indígenas, producto de las circunstancias históricas adversas en las cuales se han desarrollado. Además, hace referencia a las circunstancias

actuales, principalmente socioeconómicas y de marginación en las que se encuentran (f. 12), y concede vigencia a la condición de desigualdad crónica desde la cual se relacionan los pueblos indígenas con el Estado al resaltar los problemas de la pluralidad, tolerada en teoría por el TC.

b. En consecuencia, al negársele el registro de su condición de comunidad, constitutivo según el Estado peruano, y, por tanto, sus derechos como tal, el TC considera que existirían razones para considerar que el daño puede ser irreparable (f. 9, 10). Esto no es explícito en la sentencia, pero se deduce del énfasis que pone en la vulnerabilidad de las comunidades, antes y después de afirmar que el proceso de amparo debe proceder: “[...] el no otorgamiento del reconocimiento e inscripción en el Registro Nacional Desconcentrado de Comunidades Nativas lesiona el derecho constitucional a la identidad cultural contemplado en el artículo 2, inciso 19), de la Ley Suprema” (f. 3). Detrás de esta contundente afirmación hay una atención especial al tema de la diversidad; esto es evidente si se considera que la protección del derecho a la identidad cultural implica la protección de todos los otros que se derivan de él.

Lamentablemente, no debe olvidarse que el Tribunal no tiene la misma actitud frente a todos los derechos indígenas. Como ya se dijo, por cuestiones esencialmente aplicativas resulta mucho más fácil para él argumentar a favor de la identidad cultural que del derecho a la consulta previa o al consentimiento, ya que la generalidad del primero no afecta la estructura del Estado-Nación; pero en el caso de los segundos se cuestionan expresiones concretas de su soberanía, algo que el propio multiculturalismo se cuida de hacer.



*“Tuanama Tuanama VI” (Expediente N° 00027-2009-PI/TC, del 5 de enero del 2011)*

*Inconstitucionalidad interpuesta por Gonzalo Tuanama Tuanama, en representación de ocho mil trescientos siete ciudadanos, contra el Decreto Legislativo N° 1020, mediante el cual se promueve la organización de los productores agrarios y la consolidación de la propiedad rural para el crédito agrario. Se alega que, a pesar de que la norma es susceptible de afectar a pueblos indígenas, ésta se emitió sin consulta previa, de acuerdo con lo establecido por el Convenio 169. De igual forma, 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.*

*Los argumentos del demandado son virtualmente idénticos a los de las sentencias Tuanama Tuanama anteriores, pero se añade que la intención de la norma cuestionada es la mejora de la competitividad de la producción agropecuaria.*

Como se deduce de ésta y de las otras sentencias analizadas hasta ahora, las interpretaciones restrictivas y las contradicciones del Tribunal no son incompatibles con el *multiculturalismo*, cuyas limitaciones se expresan en la dificultad para responder a los cuestionamientos estructurales que se hacen a los paradigmas de la modernidad que encarna el Estado-Nación clásico. El resultado es que se enarbola un discurso igualitarista sobre la pluralidad, pero se interpreta un derecho concreto, que garantiza participación y representación indígena, como la consulta previa, de manera restrictiva.

En primer lugar, la brevedad de la sentencia fuerza al Tribunal a ser categórico: la norma no afecta directamente a pueblos indígenas y, por tanto, la consulta no es necesaria. Explica que la normativa se refiere a la constitución de “entidades asociativas agrarias”, conformadas por dos o más “productores agrarios”, y la forma como éstas acceden al crédito (artículos 2.°-6.° de la norma). Es decir, para el Tribunal se trata de

un tema eminentemente financiero (f. 7-11 de la sentencia), y esta posición refleja una visión que obvia el elemento cultural de las relaciones sociales.

Se vuelve a asumir una postura restringida sobre lo que afecta o no a los pueblos indígenas, ya que si se hubiera privilegiado el principio de protección de la dignidad humana, esta afectación no estaría relacionada con si es “directa” o “inmediata”. Empero, el Tribunal pierde de vista que lo importante aquí es determinar si un derecho está siendo vulnerado; por tanto, determinar si la vulneración es directa o tangencial es una cuestión contingente. Es decir, se excluye la existencia de dicha afectación sobre la base de la temática general que abordan las normas del decreto legislativo impugnado, y no a partir de si efectivamente se generaría un perjuicio a los pueblos indígenas al momento de aplicar la norma.

En segundo lugar, hay que considerar que las leyes y reglamentos de las comunidades campesinas y nativas reconocen que es posible que éstas estén constituidas por grupos de campesinos cuya actividad puede ser agrícola o ganadera; y el decreto legislativo está dirigido a campesinos agricultores propietarios de predios rurales, como se desprende del preámbulo y de sus propias normas. En ese sentido, es indefectible que la aplicación de la norma impugnada afectará a distintas comunidades, y no en pocas ocasiones.

El párrafo anterior es relevante si se considera que, a lo largo de su jurisprudencia, el Tribunal ha asumido que pueblo indígena es equivalente a comunidad campesina o nativa y, bajo esa lógica, el interés y la preocupación del demandante estarían más que justificados. Adicionalmente, esto se ve reforzado por la propiedad colectiva de la tierra en los pueblos indígenas, que en muchos casos se destina a la

agricultura, y que es reconocida en las normas nacionales señaladas en el artículo 60.º de la Constitución y en los instrumentos internacionales.<sup>91</sup>

Tal como está planteada la sentencia, pareciera que la única forma en que una afectación pueda ser considerada “directa” es mediante la consignación literal de la denominación *pueblo indígena* en el texto de una norma. En buena cuenta, se sublima la limitación multicultural, por la cual solo se apunta a una protección especializada de derechos diferenciados en circunstancias evidentes, y no a una visión integral de la vulneración de derechos fundamentales de los grupos marginados. Esto se relaciona con dos características del Tribunal: su incapacidad para concebir la relevancia del elemento cultural en los conflictos que se suscitan dentro del Estado-Nación y, en consecuencia, su tendencia a presumir que la legitimidad de las actuaciones estatales está dada por el cumplimiento de los procedimientos para tales actos.

***“Lucas Irar Miik” (Expediente N.º 02317-2009-PA/TC, de 10 de enero de 2011)***

*Amparo (recurso de agravio constitucional) interpuesto por Lucas Irar Miik (comunero nativo achuar) contra la Presidencia del Consejo de Ministros y el Ministerio de Agricultura, con el objeto de que se declaren inaplicables los artículos 3.º (numerales 3.1 y 3.2), 4.º (numerales 4.1 y 4.2), 9 y 12.º del Decreto Legislativo N° 994. El decreto promueve la inversión privada en proyectos de irrigación para la ampliación de la frontera agrícola. Se alega la amenaza de los derechos a la propiedad ancestral, al medio ambiente, a la salud y al debido proceso.*

*Las dos instancias judiciales que vieron el amparo declararon la demanda*

<sup>91</sup> Convenio 169 (artículo 13.º), la Declaración (preámbulo, artículos 25.º-27.º), jurisprudencia internacional (Awas Tingni en sus fundamentos 103.e y 149; Sawhoyamaya en sus fundamentos 119 y 120; Saramaka en sus fundamentos 89, 102, 164, 165, 168, 173, 174, 176, 194).

*improcedente debido a que la norma no sería autoaplicativa, pues su aplicación estaría supeditada a la publicación de su reglamento.*

Esta breve sentencia, que también encaja en la perspectiva multicultural, genera cuestionamientos similares a los de la anterior, porque nuevamente el TC califica la afectación en tanto sea “directa” o “inmediata”, y no en tanto se produce en la realidad o haya amenaza de que así sea a corto o largo plazo. En su fallo, el Tribunal concuerda, aunque no por los mismos motivos, con la decisión final de las dos primeras instancias judiciales, que consideraron que en tanto el decreto legislativo impugnado no es una norma autoaplicativa, la demanda debe ser declarada improcedente. El TC argumenta que ésta contiene “definiciones operativas y competenciales sobre aquello que es objeto de regulación” (f. 5); es decir, se trata de una norma general de la cual no se puede deducir *a priori* una consecuencia particular, por lo que no afectaría los derechos indígenas y el amparo no procedería. Sin embargo, el Poder Judicial y el TC no toman en consideración las consecuencias del artículo 3 abajo citado, del referido decreto legislativo:

3.1 Son tierras eriazas con aptitud agrícola, las no explotadas por falta o exceso de agua.

3.2 Para los fines de esta norma, las tierras eriazas con aptitud agrícola son de dominio del Estado, salvo aquéllas sobre las que exista título de propiedad privada o comunal inscrito en los Registros Públicos. (Este inciso fue modificado en junio del 2008 y derogado al año siguiente, aunque estos hechos no son mencionados por el Tribunal sino hasta la sentencia Tuanama III, en la que se impugna la constitucionalidad de la norma).

Es importante resaltar cómo las condiciones económicas o naturales, como la falta o exceso de agua, y el incumplimiento de los requisitos formales sobre la propiedad, modificarían inmediatamente una situación jurídica —por ejemplo, la de los pueblos indígenas cuyo uso y disfrute efectivo de las tierras podría probarse—, pero que según la norma tendrían que convertirse inmediatamente en tierras eriazas de dominio estatal por no contar con un título inscrito. Vistas así las cosas, difícilmente podría concluirse que la norma no es autoplicativa.

Si seguimos este razonamiento, solo queda afirmar que estas disposiciones contravienen abiertamente lo establecido por el propio Tribunal en sentencias anteriores: la propiedad colectiva indígena no requiere la formalidad del registro para convalidarse como derecho, sino solo la “posesión ancestral” (*Tuanama Tuanama I y II*). A esto hay que sumar el hecho de que esta regla no se limita a aquellos territorios sobre los cuales haya posesión física, sino que abarca a todos los que tengan un uso tradicional y sean parte de sus formas de subsistencia (artículos 13.º y 14.º del Convenio 169 y artículos 25.º-28.º de la Declaración).

De acuerdo con el decreto legislativo impugnado, es posible que el territorio indígena pase a ser tierra eriaza, a lo que hay añadir que en su artículo 12.º establece que ante una “invasión o usurpación” (que en buena cuenta significa ocuparlo sin ajustarse al decreto) se puede ordenar la desocupación del predio por la fuerza. Por ello este decreto solo podría ser inconstitucional, más aún si se toma en cuenta que afecta otras normas que encajan en un *bloque de constitucionalidad* sobre el derecho indígena al territorio. Lo cual es efectivamente impugnado más adelante (sentencia *Tuanama Tuanama III*). En realidad, una interpretación integral de las reglas que se han ido reconociendo sobre la propiedad indígena podría salvar la constitucionalidad de la

norma, pero presumir ese nivel de coherencia de parte del Tribunal en este punto del análisis jurisprudencial no es realista. Éste se ha contradicho incluso cuando ha hecho afirmaciones explícitas, como en el caso de la aplicabilidad del Convenio 169.

Por eso no llama la atención que el TC haya considerado que no existe una afectación ni amenaza a los derechos de los pueblos y pobladores indígenas cuando, por el contrario, la situación es delicada. Si bien la sentencia no permite saber si el demandante cuenta o no con el registro respectivo, es probable que sea justamente ésa la razón de su demanda, por lo que su propiedad podría estar en riesgo. En realidad, al obviar circunstancias de este tipo el Tribunal reniega de su propia y reiterada jurisprudencia, y vuelve a poner a los pueblos indígenas en una situación jurídica marginal, ya que no los hace partícipes de la estructura y dinámica estatal y su normativa, e ignora siempre los parámetros culturales específicos y la construcción de una democracia plural. Se verifica una vez más que, para el Tribunal, solo se produce la afectación de los derechos indígenas cuando las referencias son explícitas.

Finalmente, en este caso no es sencillo determinar qué perspectiva pueda haber adoptado el Tribunal al momento de fallar, debido principalmente a su escasa argumentación y su displicencia analítica para valorar la norma impugnada. Pero hay dos elementos que pueden brindar algunas pistas. En primer lugar, el Tribunal considera en su análisis si la norma impugnada afecta “la esfera jurídica de alguna persona o colectivo” (f 5); es decir, parece que tomara en cuenta las invocaciones del demandante. El Tribunal no niega ni ignora que puedan estarse violando derechos fundamentales, y por ello razona sobre si la norma es heteroaplicativa o autoaplicativa para, de acuerdo con ello, acoger o no las reivindicaciones del demandante, como él mismo sugiere a lo largo de los cinco fundamentos de la sentencia.

En segundo lugar, es importante reiterar su estrechez para analizar las consecuencias de este decreto legislativo, ya que el Tribunal no anula en abstracto y *a priori* la aplicabilidad absoluta de los derechos indígenas, como sucede en *Provincia de Lauricocha* o *AIDSESEP I*, sino que en este fallo limita la aplicación a partir de una interpretación que hace del caso concreto en la que determina que no hay afectación.

Lo que el colegiado hace, entonces, es preferir la preservación del carácter universal y moderno de la norma en cuestión, porque su “lectura literal” (f. 5) no evidencia que haya mención expresa a algún derecho diferenciado, pero tampoco niega la existencia de los derechos fundamentales indígenas. Para el TC esto es suficiente, porque no concibe que el elemento cultural sea estructural a la conformación del Estado. En suma, el Tribunal actúa en absoluta compatibilidad con el multiculturalismo: puede tener aspiraciones igualitaristas y reconocer la vigencia de derechos diferenciados, pero, a la vez, asumir como presupuesto axiomático, salvo disposición expresa en contrario, que el Estado y sus normas son culturalmente neutros.

***“Tuanama Tuanama IV” (Expediente N° 00025-2009-PI/TC, del 17 de marzo del 2011)***

*Inconstitucionalidad interpuesta por Gonzalo Tuanama Tuanama, en representación de ocho mil noventa y nueve ciudadanos, contra la Ley N° 29338 (Ley de Recursos Hídricos). Se alega que la norma se promulgó sin consulta previa a los pueblos indígenas. De igual forma, no se tomaron en cuenta los artículos 19.º, 30.º y 32.º de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Señala, además, que la Ley no establece mecanismos para que las comunidades puedan desarrollarse y mejorar su economía, poniendo en grave riesgo su supervivencia. Por el contrario, estarían en desventaja frente a quienes tienen incentivos al generar*

*excedentes en el manejo de recursos hídricos (empresas privadas).*

*El Congreso de la República argumentó que sobre la norma cuestionada no aplica el derecho a la consulta debido a que es de carácter general y las menciones a las comunidades campesinas y nativas las afectan favorablemente (discriminación positiva).*

El primer punto importante de esta sentencia es que, luego de alrededor de 6 meses y 6 sentencias, el Tribunal rectifica expresamente su afirmación sobre la vigencia del Convenio 169 que hizo en la resolución aclaratoria de *AIDSESEP I* (f. 23, 24 de *Tuanama Tuanama IV*). Lo anterior, y la reiteración de los argumentos de las sentencias vistas en este capítulo, lo sitúan en un enfoque multicultural.

El TC reafirma el rango constitucional del Convenio 169, la vigencia de éste desde su ratificación, el carácter *fundamental* del derecho a la consulta (f. 20, 21), e incluso señala que se habría configurado una “inconstitucionalidad por omisión”, figura ya utilizada para el caso de la consulta en *AIDSESEP II*. Sin embargo, no admite que se trate de una corrección, sino que dice interpretar lo que él mismo dijo en *AIDSESEP I*,<sup>92</sup> y afirma que lo que quiso decir era que en *Tuanama Tuanama I* se establecieron por primera vez los “principios generales mínimos del derecho a la consulta” (f. 24). Lamentablemente para el Tribunal, el texto de la resolución que resuelve el pedido de aclaración de *AIDSESEP I* es bastante claro:

Que en la STC 0022-2009-PI [Tuanama Tuanama I], el Tribunal desarrolló los principios generales mínimos del derecho de consulta. Por consiguiente, el hito marcado por el Tribunal debe ser tomado como una

---

<sup>92</sup> A excepción de un magistrado, los firmantes de esta sentencia son los mismos de *AIDSESEP I*.



pauta que permita, de ahí en adelante, la plena eficacia del derecho de consulta. Así, en virtud de la función ordenadora y pacificadora del Tribunal Constitucional es que *debe establecerse que la obligatoriedad del derecho de consulta debe considerarse como vinculante desde la publicación en la página web, tomando en consideración los principios desarrollados en la referida sentencia* (resaltado propio).

Surgen dos preocupaciones de esta cita:

a. La forma tan abrupta e inconsistente en la que el Tribunal puede cambiar su postura, su *ratio decidendi* sobre un derecho fundamental. Cuatro veces en alrededor de cuatro años y medio: *Provincia de Lauricocha*, *Tuanama Tuanama I*, *AIDSESEP I* y la presente sentencia.<sup>93</sup> Ciertamente, esto es crítico para medir, primero, el nivel de compromiso del TC con los nuevos derechos fundamentales, cuya implementación necesitará repasar los viejos paradigmas, pero que afortunadamente se ajustan muy bien al principio estructural de respeto a la dignidad humana. En segundo lugar, es útil para evaluar el grado de consistencia argumentativa del último intérprete de la Constitución. Finalmente, lo más preocupante es que el TC que emite *AIDSESEP I* está conformado por los mismos magistrados que vieron este caso.

b. En un afán por darle coherencia a sus contradictorios argumentos, el TC opta por la negación más flagrante. Más allá de la evidente falta de lógica para elaborar una respuesta de este tipo, lo anterior resalta la arbitrariedad de sus decisiones, lo que no solo atenta contra su propia naturaleza de intérprete sino también contra la cosa juzgada y, en ese sentido, contra la seguridad jurídica.

---

<sup>93</sup> Se consideran aquí las sentencias en las cuales ha hecho o pretendido hacer giros explícitos.

Otro importante punto de esta sentencia es el motivo por el cual se la declara infundada. El Tribunal considera que no hay afectación directa de derechos, porque la norma es de carácter general (f. 27, 28) y no está dirigida a un grupo en especial sino a toda la población. Esto podría parecer una forma de evadir las disposiciones del Convenio 169 una vez más, ya que, sin duda, una ley de recursos hídricos afectará las condiciones de subsistencia de los pueblos indígenas (agricultores, ganaderos, comerciantes, etcétera).

No obstante, el Tribunal señala que si bien esta norma no se consulta, puede haber excepciones si realmente su aplicación está afectando a los pueblos indígenas; en ese caso se someterá a consulta y ésta será un requisito de validez de su aplicación (f. 31-33). De esta forma parece que rompe finalmente con sus restrictivas reglas para la aplicación de este derecho (*Tuanama Tuanama I*), y añade que, en su defecto, podría iniciarse un proceso de amparo (f. 33), con lo que termina de complementar sus propias reglas sobre la consulta.

Una lógica similar se da en *Tuanama Tuanama II*, pero también aquí, como en aquella sentencia, los términos de la ley hacen prever que afectará, para bien o para mal, a los pueblos indígenas con más regularidad de la que el Tribunal presume o quiere admitir, pues con seguridad zonas rurales se verán afectadas. En el caso concreto de esta ley, habría sido pertinente la aplicación de la consulta previa para establecer condiciones especiales de aplicación. Lamentablemente, incluso sus afirmaciones anteriores son matizadas en desmedro de ellas mismas. El TC considera que al existir en la ley disposiciones favorables para comunidades campesinas y nativas (artículos III, 32.º, 44.º, 64.º, 107.º y 118.º de la norma), a las que vuelve a equiparar a pueblos indígenas, entonces, y con mayor razón, el derecho a la consulta no es aplicable (f. 25,

29, 30). Es evidente que predomina un criterio paternalista, unilateral y vertical para establecer qué es mejor para estos pueblos. Podría darse el caso de ser efectivamente lo mejor, pero sin participación indígena la medida es impositiva y por eso vulnera derechos. Después de todo, debe recordarse aquí que nos encontramos frente a derechos especiales, culturalmente diferenciados.

El elemento dialógico no existe en tanto las normas del Estado siempre tendrán prioridad sobre los derechos indígenas (f. 29), y éstos deberán adecuarse a las primeras si el Estado decide que los “favorecen”, y tampoco tendrían que ser consultados. Al final, la afectación para que se active el derecho a la consulta ya no solo tendría que ser “directa”, sino también “dañina”, según el Estado lo defina así. Dicho entendimiento recaería en último instancia en el TC, en el cual ya hemos verificado una muy escasa vocación tuitiva de derechos indígenas cuando éstos cuestionan paradigmas modernos.

El multiculturalismo del Tribunal se revela con claridad: existe un contexto cuyos parámetros generales no se discuten (formas de entender el desarrollo y sus prioridades, por ejemplo), y que ha sido implícitamente reforzado en las sentencias anteriores. Parece que se abrieran espacios de tolerancia hacia las *minorías*, pero son solo concesiones para su protección y no funcionan necesariamente como elementos de integración horizontal y no integracionista de distintas perspectivas culturales, a pesar de que por momentos parece que no fuera así (f.22). Los derechos indígenas tendrían simplemente un mero carácter reactivo-pasivo, no uno prospectivo que permita incluir a los pueblos como actores en el debate público.

El razonamiento debería ser más extensivo. El propio Convenio 169 (artículos 5.c, 6.º, 7.º, 15.2, 17.1, 22.3, 23.1, 25.2, 27.1) apunta a establecer un protagonismo de los pueblos indígenas en su propia vida y desarrollo, en tanto perspectiva cultural diferente que debe ser incorporada al debate público. Sus normas sobre participación

abren la posibilidad de afirmar que, en el más restrictivo de los casos, si bien la consulta tal vez no sea la figura aplicable, de cualquier forma la incorporación de la perspectiva indígena en la elaboración de las normas de carácter general debería constituirse como política pública.

Finalmente, surge una duda en la reiterada afirmación del Tribunal sobre el carácter colectivo del derecho a la consulta (f. 22). Evidentemente, la consulta es un derecho que se ejerce colectivamente ante la modificación de la situación jurídica de un pueblo indígena, una afectación que debería ser entendida simplemente como *influencia*. Si un individuo indígena viera vulnerado su derecho, o alteradas sus circunstancias personales, tendría recursos individuales para su defensa, considerando siempre las particularidades culturales concretas.

Sin embargo, esto no quiere decir que la afectación directa de un grupo de individuos de un pueblo indígena no pueda ser también sentida por los otros miembros del mismo pueblo. Por ejemplo, si una medida administrativa del sector Salud sobre la forma de dar a luz afectara a distintas mujeres de un pueblo indígena, no podría negarse que existe un interés colectivo en la implementación de esa práctica, vinculada a aspectos culturales o conocimientos médicos tradicionales que pueden reivindicarse a través de una identidad étnica. Pero el TC limita su razonamiento mediante la característica multicultural que privilegia la concepción individualista de derechos.

***“Tuanama Tuanama III” (Expediente N° 00024-2009-PI/TC, del 26 julio del 2011)***

*Inconstitucionalidad interpuesta por Gonzalo Tuanama Tuanama, en representación de ocho mil ciento diecinueve ciudadanos, contra el Decreto Legislativo N° 994, por el cual se promueve la inversión privada en proyectos de irrigación para la ampliación de la frontera agrícola. Se alega la falta de consulta previa para la emisión de la norma y*

*la afectación que podría sufrir la propiedad de los pueblos indígenas que no cuenten con títulos de propiedad.*

*Por tercera vez, el Estado niega cualquier tipo de vinculatoriedad de la Declaración sobre los derechos de los pueblos indígenas. Además, arguye que el derecho a la consulta no sería aplicable debido a que no hay nada que “afecte directamente” a los pueblos indígenas. Por último, reitera los argumentos racialistas que enarboló en la contestación de las demandas de los casos Tuanama Tuanama I y Tuanama Tuanama II.*

Esta sentencia tiene una particularidad: el decreto legislativo que se impugna ya había sido materia de análisis por parte del Tribunal (sentencia *Lucas Irar Miik*), aunque esta vez en un proceso de inconstitucionalidad, previamente ello ocurrió en el marco de un proceso de amparo. La conclusión del Tribunal sobre la norma referida a los derechos indígenas es, en este caso, radicalmente distinta a la que tuvo en *Lucas Irar Miik*, a la que no se refiere, a pesar de que el lapso entre ambas sentencias es de alrededor de cinco meses y la composición del Tribunal es la misma. Hacia el final de esta sentencia, en la que declara la improcedencia de la demanda, se admite que uno de los artículos del decreto en cuestión (artículo. 3.2) adolecería de inconstitucionalidad y afectaría los derechos indígenas (f. 25). Desafortunadamente, el Tribunal adopta ese cambio de postura demasiado tarde, cuando la norma ya había sido derogada, por lo que cualquier irregularidad ya había sido salvada (f. 23).

Sin embargo, el hecho de que el artículo 3.2 de la norma impugnada (ver *Lucas Irar Miik*) ya haya sido derogado no implica necesariamente que se actúe dentro de los parámetros del Convenio 169 y de las otras herramientas internacionales. La motivación de los distintos procesos constitucionales contra el Estado da cuenta de ello, así como

sus argumentos al contestar las demandas,<sup>94</sup> que niegan la aplicabilidad del Convenio. Por ello resulta acertado que, a pesar de la derogación, en este caso el Tribunal plantee que, en tanto la figura de *propiedad comunal* está reconocida, no debería ser considerada propiedad pública ni tierra eriazas en general (f. 24, 25). Por otro lado, reitera la “corrección” hecha en *Tuanama Tuanama IV* (f. 7 y 13) sobre el rango constitucional del Convenio (f. 4 y 12),<sup>95</sup> la figura de “inconstitucionalidad por omisión” respecto del derecho a la consulta (f. 4), su carácter fundamental (f. 5 y 6), así como el de la propiedad especial de pueblos indígenas (f. 16, 17 y 20), la que no requiere de formalidades. Parece que quisiera marcar sus diferencias con el artículo del decreto legislativo ya mencionado, que restringe significativamente la forma de entender la propiedad. Finalmente, reitera su postura sobre la Declaración de la ONU, a la que considera una guía de criterios persuasivos con fuerza moral no vinculante (f. 14), y una herramienta interpretativa fundamental, a pesar de que la usa poco.

Sin embargo, el Tribunal reitera que solo habrá afectación si se *daña* algún derecho (f. 6), un límite que él mismo impuso para entender cuándo una medida legislativa o administrativa afecta a los pueblos indígenas (*Tuanama Tuanama IV*). Esto puede parecer razonable, pero al tratarse de un derecho diferenciado en función de lo étnico, lo que se debería hacer es evaluar la intervención o influencia efectiva sobre un ámbito culturalmente diferenciado, y no hacer una evaluación unilateral del daño. En

---

<sup>94</sup> Ejemplos de esto son los argumentos racialistas del Estado usados en las sentencias *Tuanama Tuanama I, II, VI y III*.

<sup>95</sup> Incluso, ante el argumento del demandado sobre la inexistencia de pueblos indígenas por motivos racialistas, el TC aclara que aquello no está supeditado a si se es o no “mestizo” (término usado por el demandado), sino a la adecuación de un grupo a los criterios establecidos por el Convenio (f. 13). En ese sentido, se estaría reafirmando el rango constitucional de este documento internacional y su aplicabilidad inmediata.

estas circunstancias, lo que es o no perjudicial resulta peligrosamente relativo, propio de un paternalismo multicultural que reconoce el carácter fundamental de los derechos indígenas diferenciados, pero no comprende lo estructural de la diferencia cultural.

Según el TC, se estaría supeditando la afectación del derecho a la calificación que dé el Estado, representado en este caso por los magistrados constitucionales, sobre lo positivo o negativo de la influencia, cuando el problema está en las condiciones mismas de tal influencia. Si el Tribunal considera, unilateralmente, que la medida es buena, no tendría mayor sentido hacer una consulta. Es pertinente reiterar que esta posición conlleva una visión impositiva y vertical, producto de la falta de visión estructural de la que carece el multiculturalismo, que se aleja de una propuesta de diálogo intercultural inherente a la aplicación del derecho a la consulta.

Por último, como ocurrió en *Tuanama Tuanama IV*, aquí también el TC quiere autorreivindicarse y corregir aquello de lo que se arrepiente, pero sin admitir que erró.<sup>96</sup> Mientras que en *Lucas Irar Miik* tiene una visión estrecha sobre las posibles amenazas a los derechos indígenas, en esta sentencia por lo menos excluye la propiedad indígena del riesgo que implicaba la norma, pero lo hace cuando la controversia ha desaparecido. La norma ya fue derogada, y el TC argumenta en función de abstractos sobre los que elabora discursos tuitivos sin problema.

***“Montalván Mío” (Expediente N° 03671-2011-PA/TC, del 7 de noviembre del 2011)***

*Amparo (recurso de agravio constitucional) interpuesto por Héctor Augusto Montalván Mío contra el Proyecto Especial Olmos Tinajones (PEOT) y el procurador público del Gobierno Regional de Lambayeque, con el fin de que se restituya su derecho sobre su*

<sup>96</sup> Muestra su interés por proyectar una ilusión de coherencia, cuando en el fundamento 9 de esta sentencia dice que “ha ido fortaleciendo su jurisprudencia”.

*tierra expropiada y se declare inaplicable el Decreto de Urgencia N° 049-2009. Alega que la adquirió por ser hijo de comuneros (él también lo es) y que el terreno habría sido cedido formalmente por la comunidad campesina Santo Domingo de Olmos desde 1992, quien sería propietaria ancestral (desde el virreinato) de una “vasta extensión de terreno”, en donde se ubica la propiedad expropiada.*

*En primera y segunda instancia judicial la demanda es desestimada debido a que se considera que es necesaria una etapa probatoria, por lo que el amparo no sería la vía idónea.*

Si bien este caso trata sobre la reivindicación del derecho a la propiedad individual de un comunero relacionada con una expropiación estatal, no es esto lo que define su carácter indígena, sino que el propio Tribunal haya usado el Convenio 169 para analizarlo (f. 6), asignándole tal carácter.

El primer punto por resaltar es que el TC confirma nuevamente la equivalencia sin fundamento entre comunidades nativas y campesinas, y pueblos indígenas, con lo que muestra una ausencia de rigor en el uso de esta categoría jurídica. Este mal uso vuelve endeble la asignación de los derechos que se reconozcan judicialmente, ya que no se sustentan en un análisis jurídico de los requisitos de tal categoría, sino en una idea general de lo que coloquialmente se entiende por indígena. Entonces, no se trata de una flexibilidad en los requisitos, que podría ser beneficiosa, sino de una laxitud en su definición y en su aplicación.

Por otro lado, lo particular de *Montalván Mío* es que se hace una apreciación sobre el derecho de propiedad de un miembro de un pueblo indígena reconocido como tal. A pesar de haber reconocido la complejidad y peculiaridad de la propiedad indígena, el Tribunal considera que por no haber sido reivindicada colectivamente, esos criterios



no se aplican. Así, establece como regla un prejuicio que considera que todo derecho indígena es necesariamente colectivo, como si en el caso de los pueblos indígenas la propiedad no tuviera también un contenido individual. De hecho, si bien la Corte Interamericana ha reconocido el carácter comunal de la propiedad indígena (*Sawhoyamaya vs. Paraguay* y *Awajitigni vs. Nicaragua*), no se excluyen los aspectos individuales de ese derecho, por lo que es difícil que el TC pueda sustentar esa afirmación, menos aún de la forma implícita como lo hace en esta sentencia.

Es decir, el Tribunal descarta sin mayores argumentos la posesión ancestral, el uso tradicional, las costumbres y las prácticas culturales diferenciadas para establecer el contenido del derecho de propiedad de un individuo que él mismo asume como indígena. Lo hace como si tales elementos pudieran estar jurídicamente separados de él, por el hecho de defender el carácter individual que también pueden tener los derechos de cada miembro de un pueblo indígena. De esta forma, el Tribunal desprotege y afecta el derecho a la identidad cultural del demandante, esencializando el concepto de derecho colectivo y de cultura, y limitando la subjetividad indígena de los particulares al subsumir su identidad en la del grupo, ya que sin éste la perdería. El derecho en cuestión es vaciado de contenido cultural y asimilado automáticamente a un prejuicio esencialista sin sustento jurídico o antropológico.

Al final, la demanda es declarada improcedente aduciendo que, de acuerdo con la documentación presentada, el demandante gozaba únicamente de la posesión del terreno y no de la propiedad (f. 4-7). Si el TC hubiera considerado la posibilidad de que exista propiedad indígena individual, el derecho de propiedad hubiera sido deducido a partir de las características culturales que verifiquen tal condición indígena; es decir, habría realizado un efectivo ejercicio analítico para descubrir si realmente se había afectado un derecho fundamental. El prejuicio en cuestión es un resabio de una visión

liberal individualista restringida que supone que el carácter diferenciado de los derechos indígenas solo puede comprenderse si éstos no se atribuyen a los individuos, ya que individualmente los derechos solo pueden concebirse según los parámetros modernos tradicionales. El *predominio de la concepción individualista de derechos* que caracteriza al multiculturalismo fuerza al Tribunal a una simplificación que si bien vuelve al elemento cultural relevante jurídicamente, crea una barrera entre aquello que el Derecho asigna a los colectivos y aquello que asigna a las personas individuales; y falla, precisamente, en asumir lo étnico como algo estructural y transversal. En otras palabras, para reconocer los derechos diferenciados necesita crear un sujeto colectivo que funcione como una entidad de partes sincronizadas, y si una de ellas se aparta de ese bloque pierde su identidad cultural para cualquier efecto público.

### ***3.1 “Tres Islas”: La ambigüedad como síntesis***

Más allá de sus características particulares, la sentencia a la que alude este acápite es una suerte de corolario de la ambivalencia en materia de derechos indígenas, que es una de las principales características de la jurisprudencia constitucional. Aquí el TC sintetiza su historial de sentencias y muestra abiertamente su reticencia a asumir, desarrollar y consolidar un enfoque sobre la gestión de la diversidad cultural en un Estado-Nación. Al final, su falta de claridad conceptual hace que esta sentencia se sitúe en la frontera entre el integracionismo y el multiculturalismo, la única en la que esto se produce. Esta última sentencia es sumamente simbólica y reveladora de la trajinada trayectoria del Tribunal en materia indígena.

***“Tres Islas” (Expediente N° 01126-2011-HC/TC, del 11 de setiembre del 2012)***

*Recurso de queja presentado por la presidenta, Juana Griselda Payaba, y los miembros*

*de la Comunidad Nativa Tres Islas (pueblos indígenas Shipibo y Ese'ejá), en el marco de un proceso de hábeas corpus que ésta presentó contra la Policía, la Fiscalía, la Sala Superior Mixta de Tambopata y la Corte Superior de Madre de Dios.*

*La comunidad, debidamente registrada y ubicada en una zona de bosques húmedos, arguye que la minería informal ha significado un daño ambiental y social a su territorio, ya que promueve el alcoholismo y la prostitución, cuyos insumos son traídos por las empresas de transporte “Los Mineros” y “Los Pioneros”, cuya autorización para circular en su territorio no fue consultada. Por ello, la comunidad tomó la decisión “jurisdiccional” (basada en los artículos 149.º y 89.º de la Constitución y el artículo 18.º del Convenio) de construir una caseta que restringiera el ingreso de los vehículos. Las empresas plantearon un hábeas corpus que fue declarado fundado en primera y segunda instancia (2010).*

*Ante esto, la comunidad interpuso un hábeas corpus contras las autoridades mencionadas, sustentando, en primer lugar, la falta de respeto a su autonomía y jurisdicción y, en segundo lugar, una persecución, ya que sus miembros están siendo investigados y procesados. Su hábeas corpus fue declarado infundado.*

La relevancia de esta sentencia es innegable: sus sutilezas la hacen una de las más representativas porque reflejan con claridad la brecha existente entre la retórica tuitiva y plural del Tribunal y sus decisiones finales. Si bien este fallo parece garantizar la autonomía de los pueblos indígenas, esto no queda del todo claro porque los argumentos que esgrime para llegar a tal conclusión no son consecuentes con el derecho que se defiende a lo largo de prácticamente toda la sentencia. De hecho, el Tribunal aboga por el derecho a la propiedad y no a la autonomía, más allá de cualquier referencia nominal (f. 4); aunque luego desarrolla brevemente este segundo derecho

(habiendo resuelto ya la controversia) al referirse a la naturaleza del acto de la comunidad que da inicio a la disputa: la construcción de la caseta.

Antes de comenzar el análisis de fondo, es necesario hacer una referencia a la reconvencción hecha por los magistrados. Así como en la sentencia *AIDSESP II*, aquí el Tribunal afirma buscar la mejor fórmula para proteger los derechos en juego, en el primer caso al no reconvertir el recurso, y en este segundo encauzando el hábeas corpus planteado por la comunidad como un recurso de amparo (f. 8, 9, 10). Esto es relevante por dos razones: la primera, porque forma parte de la retórica del Tribunal que pretende elaborar un discurso que haga eco de su supuesta vocación intercultural y de su postura tuitiva con respecto a derechos indígenas (f. 10.d); la segunda es que la forma en que la comunidad planteó sus reivindicaciones pudo costarle una improcedencia o una sentencia infundada si el TC hubiera estado integrado por magistrados más formalistas.

En cuanto a los temas de fondo, el primero, que engloba a los demás, se refiere al esfuerzo denodado del Tribunal por *culturizar* su discurso argumentativo. Por primera vez enfatiza su postura multicultural y se esmera por hacer un desarrollo teórico general del enfoque al que parece adherirse (f. 13-19, 21-23). No obstante, surgen inmediatamente dos observaciones. Una, que, a diferencia de lo que podría pensarse, su defensa del multiculturalismo es más bien abstracta y retórica, y no se conecta directamente con los hechos del caso, a pesar de que el Tribunal dice (en general) que tal cosa no debería pasar (f. 21), salvo hacia el final de la sentencia, cuando el problema ya ha sido resuelto sin considerar los elementos culturales. La perspectiva en cuestión, entonces, no se utiliza como herramienta para la solución específica de esta controversia, que se resuelve apelando al derecho de propiedad. Su discurso parece, más bien, una declaración política en lugar de un conjunto de argumentos jurídicos y afirmaciones académicas.

Llama también la atención, en segundo lugar, que el Tribunal confunda el enfoque multicultural con el intercultural, y los vuelva equivalentes (f. 13, 16). Esto refuerza lo dicho al final del último párrafo y genera serias dudas sobre la pretensión del Tribunal respecto de su función jurisdiccional en los casos que involucran a los pueblos indígenas, porque la consistencia de su discurso culturalista es débil, y ello ya no es necesario deducirlo de la evolución de su jurisprudencia, él mismo lo evidencia en esta sentencia. Si bien hasta el momento su jurisprudencia se inclina hacia una tendencia efectivamente multicultural, no parece tener una base conceptual suficientemente sólida como para afirmar que se trata de un giro académico del cual surjan decisiones jurisdiccionales bien sustentadas. La brusquedad de sus retrocesos integracionistas y asimilacionistas son una muestra de la distorsión con la cual percibe su propia jurisprudencia y, en ese sentido, parece difícil tener claridad sobre aquello que el Tribunal protege o promueve en última instancia, cuando están en juego los derechos de los pueblos indígenas y debe ponderarlos con otros derechos o intereses estatales. No es fácil determinar si el TC asume un compromiso que vaya más allá de una tolerancia moderada y políticamente correcta enarbolada por el multiculturalismo.

En tercer lugar, en este contexto de retórica multicultural el Tribunal hace una disertación sobre las razones por las que ha realizado la reconvención, y sustenta que a la protección del derecho de “propiedad” no le corresponde el hábeas corpus sino el amparo. Esta afirmación sobre el derecho que para él se encuentra en juego es de suma importancia, ya que a lo largo de sus fundamentos el TC utiliza varias denominaciones que parece utilizar como sinónimos de este sin variar su contenido clásico (f. 3, 4, 8, 10.d): integridad territorial (terminología de la demandante), derecho a la autonomía y al territorio. Como se evidencia en los fundamentos 25-27 y 33-36, a pesar de su terminología, el TC siempre concibe la propiedad según los parámetros clásicos

estatales establecidos en la Constitución y en el Código Civil, y ni siquiera se molesta en aplicarla de manera diferenciada. Es decir, el elemento cultural que justificaría abordar los derechos diferenciados de los pueblos indígenas, y que el propio TC dice identificar, en realidad no forma parte de su *ratio decidendi* para resolver el dilema de este caso. Su razonamiento se limita a una aplicación estricta de los atributos clásicos de la propiedad liberal y moderna:<sup>97</sup> al uso y disfrute que sobre ella tiene un sujeto de forma excluyente.

Ahora: esto podría ser producto de una confusión terminológica del TC unida a un conocimiento superficial del multiculturalismo. No obstante, el Tribunal demuestra su buen manejo de las normas sobre las formas especiales de la propiedad y cita artículos del Convenio 169, la Declaración de la ONU sobre pueblos indígenas, la Constitución y una sentencia de la Corte IDH que aluden a la diversidad cultural y a la condición especial del sujeto que él ya ha reconocido como indígena (f. 16, 21-23), así como a la autonomía como derecho (f. 4, 41-45). Esto quiere decir que la confusión a la que se ha hecho referencia es mucho más profunda que una simple superposición de significantes por desconocimiento de sus respectivos significados. Se trataría, más bien, de una superposición de significados que tiene como resultado la prevalencia de uno de ellos, el propio (en este caso, la idea clásica oficial de propiedad) para todos los significantes disponibles, de los cuales se pretende tener control, y que demostraría que, al aplicar el Derecho, el Tribunal es, cuando menos, integracionista.

Las paradojas son inevitables: por un lado se tiene a un TC que se esfuerza por contar con un discurso político multicultural y antiasimilacionista (f. 15), que reconoce

---

<sup>97</sup> Esto es aún más cuestionable por el hecho de que el Tribunal tiene conocimiento de la jurisprudencia de la Corte IDH, la que ha realizado ejercicios de reinterpretación de este derecho tomando en cuenta el factor étnico (*Saramaka, Awas Tingni, Sawhoyamaya*, entre otras sentencias).

la diversidad y el valor igualitario de los distintos grupos étnicos y que, no obstante, razona de forma integracionista; por otro lado, el mismo Tribunal denuncia el desfase entre el discurso y la aplicación del multiculturalismo, y cumple su propia profecía (f. 18). El TC se sitúa en una peligrosa frontera; su ambivalencia es aún más resaltante si consideramos que luego sí desarrolla el derecho a la autonomía como tal, al referirse al hecho específico de la construcción del cerco y de la caseta que impiden el paso a su territorio, pero ya cuando la controversia ha sido resuelta. Es imposible no hacer una referencia a *Tuanama Tuanama III*, en la que sucede algo similar: el Tribunal reconoce la amenaza a los derechos indígenas cuando ésta ya ha pasado.

El TC considera en este punto que el acto de la comunidad se deriva de su derecho a la autonomía y no de su potestad jurisdiccional (f. 41-45), como argumenta la demandante (f. 4). Interpreta la función jurisdiccional considerándola parte del derecho a la autonomía que tiene la comunidad respecto de su territorio, pero no considera que ésa sea la forma en que se manifiesta en este caso, porque no se resuelve ningún conflicto en el marco de un proceso. Si bien decide que la demanda es fundada, y para los efectos prácticos se llega al mismo resultado al que se llegó con los argumentos derivados del derecho de propiedad, los enfoques son ciertamente distintos y sus consecuencias a largo plazo también, especialmente en lo que atañe a la ponderación de los derechos indígenas con los otros derechos. Tener claridad sobre las verdaderas motivaciones del Tribunal es crucial. Por ello, es importante destacar que el que el Tribunal haya asumido una perspectiva multicultural hacia el final de la sentencia se comprende mejor como una extensión de su discurso que como una aplicación efectiva del Derecho para resolver el caso, lo que se hizo mediante la aplicación del derecho de propiedad clásico.

Antes de finalizar este acápite, es pertinente realizar un pequeño ejercicio analítico sobre la decisión del TC de *corregir* la invocación de la demandante, y de no considerar que se trate de un problema de ejercicio de la función jurisdiccional especial. Se pueden adoptar dos posturas. La primera, indiferente a la pluralidad jurídica y cultural, reafirma la evidencia de que no se trata de una decisión jurisdiccional porque no se adapta a las características establecidas por la dogmática procesal. En última instancia, se trataría simplemente del ejercicio del derecho a la propiedad que tiene cualquier persona natural o jurídica. La segunda, hipersensible a tal pluralidad, que en virtud de la diversidad reivindica un universo inexplorado de formas de entender la función jurisdiccional y el carácter impositivo y arbitrario de la decisión del Tribunal.

En el caso de la primera, en este punto del presente trabajo ya se han expuesto suficientes elementos para descartarla; y en el de la segunda, es inevitable vincularla con el particularismo propio de un *multiculturalismo comunitarista*. No cabe duda de que existe un elemento cultural que ha de tomarse en cuenta, pero se debe considerar también que el concepto de “función jurisdiccional” proviene de un universo de comprensión específico, y que es adaptado en cada contexto culturalmente diferenciado. Ahora: si tal adaptación se considera tan particular que haga al concepto irreconocible e irreconciliable con su modelo inicial, entonces puede llegar a significar cualquier cosa y virtualmente nada: estaríamos hablando simplemente de un derecho completamente distinto, anulando así su potencial intercultural, ya que no sería posible el acercamiento entre los interlocutores para propiciar un diálogo, o la oportunidad de coordinar interculturalmente para administrar justicia, que es a lo que en última instancia alude la “función jurisdiccional”.

En este caso, la representante de la comunidad le está dando un contenido reivindicativo y contrahegemónico al Derecho estatal, se está apropiando de los recursos



constitucionales y del lenguaje jurídico predominante (hábeas corpus y función jurisdiccional), y al hacerlo ha ampliado su significado inicial. Tal vez un peritaje antropológico podría dar más luz sobre la medida en que esto se da, pero presumir que el concepto en cuestión es transformado por el elemento cultural, de tal forma que ahora implica también lo que comúnmente se entendería como un acto de gobierno o el ejercicio del derecho de propiedad (impedir el paso de terceros al territorio que se controla), supondría un amplio desconocimiento por parte de la demandante de la herramienta de la que se ha apropiado o simplemente una confusión, ya que contaba con otras mucho más efectivas para los mismos fines, como la autonomía o la autodeterminación.

No se sugiere forzar equivalencias, porque eso solo significaría adaptar las diferencias culturales a un canon con el fin de disolverlas en él; más bien, hay que reconocer que en el proceso en el que el Derecho estatal se ejerce desde distintos contextos culturales, también se producen confusiones que pueden ser criticadas o replanteadas por el propio grupo o en interrelación con otros. El cuestionable uso del hábeas corpus en este caso, de la invocada autonomía (f. 37) y de la cita del artículo 18.º del Convenio,<sup>98</sup> refuerzan esa idea.

Por último, es necesario aclarar que no se pretende desvirtuar el resultado del fallo, ya que es innegable que la comunidad ha sido beneficiada, pero no ir más allá de ello sería carecer de una perspectiva sistémica y conformarse con el efectismo. Desenhebrar el razonamiento del Tribunal es lo que permite develar el norte de sus

---

<sup>98</sup> La norma señala que “[...] la ley deberá prever sanciones apropiadas contra toda intrusión no autorizada en las tierras de los pueblos interesados, o todo uso no autorizado de las mismas por personas ajenas a ellos, y que los gobiernos deberán tomar medidas para impedir tales infracciones”.

fallos y demostrar cuál es su real compromiso respecto de los derechos de los pueblos indígenas.

#### **4. Comentarios finales sobre el multiculturalismo del Tribunal Constitucional**

La iniquidad material deliberada que establece la jerarquización de los pueblos indígenas, de buena o mala fe, es una característica integracionista. El multiculturalismo, en contraste, apunta a un igualitarismo material deliberado basado en la pluralidad; pero al ser ésta una afirmación tan general, puede ser aplicada tanto por la versión liberal como por la comunitarista. No obstante, éste afán igualitarista puede generar situaciones de subordinación, y un ejercicio hegemónico de los paradigmas modernos o estatales sobre las formas alternativas de comprensión, cuando existe un conflicto de valores que cuestione dichos paradigmas. Esto puede darse incluso en la versión liberal más progresista del multiculturalismo. Si bien se reserva para un menor espectro de circunstancias, la jerarquía persiste.

En efecto, el Tribunal ha dictado 13 sentencias con un enfoque multicultural, y ha reconocido en todas ellas la existencia de los derechos diferenciados de los pueblos indígenas, aunque con mayor detalle en *AIDESEP II* y *Tuanama Tuanama I*; también el valor de la tolerancia y de la diversidad como principios democráticos en *Hoja de Coca I y II* y en *Cordillera Escalera*; entre otros reconocimientos. Sin embargo, esta argumentación ha tenido un carácter meramente retórico, en desmedro de una protección efectiva de los derechos, que resalta en las sentencias *Cocama Tarapaca*, *Tuanama Tuanama III* y *Tres Islas*. Recordemos que en la primera el Tribunal es particularmente diligente en la protección del derecho a la identidad cultural, en oposición a lo restrictivo que se vuelve cuando debe atender la amenaza o el daño de un derecho más controvertido como la consulta previa. En la segunda y la tercera el TC

muestra un especial compromiso por proteger los derechos indígenas, solo que a destiempo, luego de que el peligro ha desaparecido y el problema ha sido resuelto apelando a otro tipo de derecho, respectivamente.

Este contraste se manifiesta a lo largo de todo el capítulo: en *Hoja de Coca I y II*, el Tribunal argumentó con entusiasmo sobre la diversidad cultural y el respeto debido a la identidad cultural relacionado al cultivo de la hoja de coca, a la que también le reconoce un potencial médico industrial que debe ser desarrollado. Pero cuando se trata de la aplicación del derecho a la consulta, como en *Cordillera Escalera*, se muestra mucho más reticente a considerar particularidades y perspectivas culturales diferenciadas, y reduce su implementación a la realización de talleres informativos, o limita su campo de acción estableciendo una serie de requisitos adicionales para que la norma que está afectando a un pueblo indígena sea consultada (*Tuanama Tuanama II y IV, Lucas Irar Miik*).

Sin embargo, si bien la propuesta multicultural siempre estará limitada por la ausencia de integralidad al momento de abordar los problemas de la convivencia en un escenario plural, y por la preservación, en última instancia, de los paradigmas de la modernidad y del Estado-Nación, sus postulados sobre la tolerancia y la igualdad admiten mejores posibilidades que aquéllas por las que ha optado el TC. Su propia retórica lo demuestra: el mismo razonamiento que utilizó en *Tuanama Tuanama III* pudo aplicarse en *Lucas Irar Miik*, ya que en ambas sentencias se cuestiona la misma norma; y todos sus argumentos sobre el respeto de la identidad cultural y de la diversidad pudieron haber servido de sustento multicultural para validar los actos que son materia de controversia en *Tres Islas*, y que finalmente son reivindicados en función del derecho de propiedad clásico. Si bien esto es beneficioso para los afectados en el

caso concreto, una vez más el TC elude la oportunidad de hacer un desarrollo efectivo de la diversidad como principio.

Sin duda, la orientación preferente del Tribunal es multicultural liberal. Lamentablemente, lo es en una forma restrictiva respecto del amplio margen de acción que esta perspectiva permite. Por ello parece no tener reparos en emitir sentencias que signifiquen retrocesos significativos en su enfoque sobre la pluralidad y los derechos asociados a ella. En parte, esa actitud también corresponde, como ya se ha visto en la última sentencia, a la poca claridad del Tribunal sobre lo que el multiculturalismo y la interculturalidad significan. De esta forma, su postura representa un límite y un desbalance en la dinámica de su doble potencial, en perjuicio de aquél que permite incorporar nuevos derechos necesarios para proteger la dignidad humana. En este caso, esto resulta ser especialmente grave debido a que los afectados son grupos que se encuentran en una situación histórica de vulnerabilidad, subalternidad y exclusión material.

En contraste con lo anterior, en el siguiente capítulo se explorarán las posibilidades y condiciones que permitirían que el Tribunal adopte una postura intercultural, tomando en cuenta sus características institucionales. Postura que aquí se considera la de mayor potencial para la protección de los derechos de los pueblos indígenas.

## CAPÍTULO IV:

### Mundos posibles: La vía intercultural y un Tribunal que responda a ella

*The line it is drawn/ the curse it is cast*

*the slow one now/will later be fast*

*As the present now/will later be past*

*the order is / rapidly fadin'*

*and the first one now/will later be last*

*for the times they are a-changin'*<sup>99</sup>

Bob Dylan: THE TIMES THEY ARE A-CHANGIN'.

En este capítulo se plantea que frente al enfoque *multicultural liberal* restrictivo del Tribunal Constitucional, la perspectiva intercultural resulta una mejor opción para afrontar el desafío que proponen los conflictos derivados de la vulneración de los derechos de los pueblos indígenas, así como la gestión de un escenario culturalmente diverso en un Estado-Nación y la pugna por la hegemonía que ello supone. Este enfrentamiento, por cierto, no sugiere necesariamente un desplazamiento de horizontes culturales de comprensión, sino la intención de un sujeto (*pueblo indígena*) de gozar de una representación efectiva en la dinámica y estructura del Estado, que puede darse de forma compartida y dialogada con otras perspectivas culturales.

Para esto es necesario responder a algunas preguntas o cuestionamientos irresueltos sobre la propuesta intercultural, lo que permitirá perfilar el rol que debe cumplir un Tribunal Constitucional que asuma este enfoque. Posteriormente se plantea cuál es la función intercultural específica de un Tribunal comprometido con esta perspectiva, tomando en consideración que, por tratarse de un organismo de carácter

---

<sup>99</sup> “La línea está trazada / la maldición está echada / el que es lento ahora / más tarde será veloz./ Como el presente ahora / que más tarde será pasado / el orden se desvanece rápidamente / y el que ahora es primero / más tarde será el último./ Porque los tiempos están cambiando.” (Traducción propia.)

jurisdiccional que cumple el papel de tercero imparcial en un conflicto, los términos del *diálogo intercultural* no son fáciles de aplicar a su dinámica y funciones institucionales.

### 1. El paso intercultural: “Una voz que no es nuestra también puede llamarnos”<sup>100</sup>

Como ya se ha señalado, en el espectro que permite el *multiculturalismo* el Tribunal ha tomado una postura restrictiva con respecto a la protección de los derechos de los pueblos indígenas, así como en la gestión de los conflictos derivados tanto de su vulneración como de la pugna previamente descrita. Sin embargo, una versión más prospectiva de este enfoque aún establecería límites. Es cierto que algunas de las restricciones señaladas en el capítulo anterior se dan al margen del potencial democrático que el multiculturalismo ofrece; por ejemplo, el divorcio entre el discurso y la práctica al momento de describir el contenido de los derechos y aplicarlos, o la escasa, tardía o selectiva utilización de las herramientas internacionales que más han desarrollado los derechos; o la displicencia para elaborar un sustento que permita atribuir la categoría de pueblo indígena a un sujeto de derecho específico.

Pero también hay otras que encajan en las limitaciones inherentes a la perspectiva en cuestión: la percepción por la cual la consulta se activa ante un daño definido unilateralmente como “malo”; o la tendencia a restringir o anular el potencial contrahegemónico del derecho a la consulta como oportunidad para el diálogo intercultural; o el hecho de que la doble potencialidad del Tribunal se incline a favor de la rigidez de los paradigmas modernos, y en perjuicio de la introducción de *nuevos* derechos indígenas, en un sentido material.

---

<sup>100</sup> Primer poema de la segunda parte de la colección *Orilla* del poeta peruano Luis Hernández Camarero.

Como se ha señalado, el multiculturalismo expresa una autocrítica reflexiva y vindicativa del Estado frente a una historia de indiferencia y opresión hacia una amplia masa poblacional, e incluso es tuitiva respecto de algunos derechos especiales; pero no necesariamente implica cambios estructurales profundos ni cuestiona los parámetros de la hegemonía cultural que se ejerce desde el Estado. Esta hegemonía ha sido construida en desmedro de algunas miradas culturales distintas con las que convive, y a las que regula bajo presupuestos presuntamente consensuados, muchas veces en perjuicio de los grupos diferenciados.

El multiculturalismo nos sitúa en un escenario de disputa siempre que se quiera hacer una interpretación jurisprudencial constitucional orientada a la constitucionalización de nuevos derechos y de nuevos paradigmas. Lo que sucede es que se agota en el establecimiento y respectivo respeto de los derechos especiales a la manera de Kymlicka (1996: 46-55, 183-209, 248-252), y tampoco posibilita que se replanteen axiomas que alimentan un *statu quo* que se ha construido sobre la base de la exclusión, la asimilación, la negación o la jerarquización de una subjetividad indígena. Como se ha comprobado en los capítulos anteriores, la actividad del Tribunal es crucial para que esto se legitime o no, y para que predomine un enfoque multicultural o se asuma uno más prospectivo.

Frente a la línea discursiva preferentemente multicultural, pero que no tiene reparos en ser integracionista o asimilacionista, surge la interculturalidad como una opción que puede ampliar los espacios para la construcción de una democracia que incorpore las perspectivas culturales históricamente relegadas, incluso si éstas cuestionan paradigmas modernos y jurídico-estatales predeterminados. Se trata de una democracia que responda a un proyecto societal compartido, no impuesto desde una perspectiva cultural hegemónica y subyugante que, en términos de Häberle, “logre las

fuentes irracionales del consenso” (2003: 40, 92, 116-117), en alusión a una identificación entendida como la lealtad de los distintos grupos culturales a una estructura social y estatal<sup>101</sup> en la que se sientan representados. No olvidemos, además, que la Constitución sería la expresión de este consenso, y que en ella deben plasmarse o de ella deben ser interpretados los nuevos derechos que surgen a partir de procesos transformativos del diálogo intercultural.

Sobre cómo es que esta posibilidad intercultural puede ser tomada y aplicada por el Tribunal, resulta necesario explorar, ya que frente a tal opción surgen algunas interrogantes y cuestionamientos que quedaron pendientes en el tercer capítulo y que es necesario absolver ahora. Además, en la medida en que se vayan desarrollando estos argumentos se verá cómo es que el Tribunal podría jugar un rol importante en la consolidación de la interculturalidad como enfoque, no solo respecto de sí mismo, sino también del Estado.

### ***1.1 Cuestionamientos al enfoque intercultural: Argumentos pendientes y la importancia del Tribunal respecto de ellos***

Como se recordará, la principal característica de la interculturalidad, y la que la diferencia de otros enfoques, es que rompe con el dominio unilateral de la interacción cultural. Esta característica se plasma en el diálogo intercultural no jerarquizado, que es su principal elemento de acción y que está orientado a lograr consensos basados en la comprensión mutua de las distintas perspectivas culturales. En ese sentido, la estructura de un diálogo intercultural sería la siguiente:<sup>102</sup>

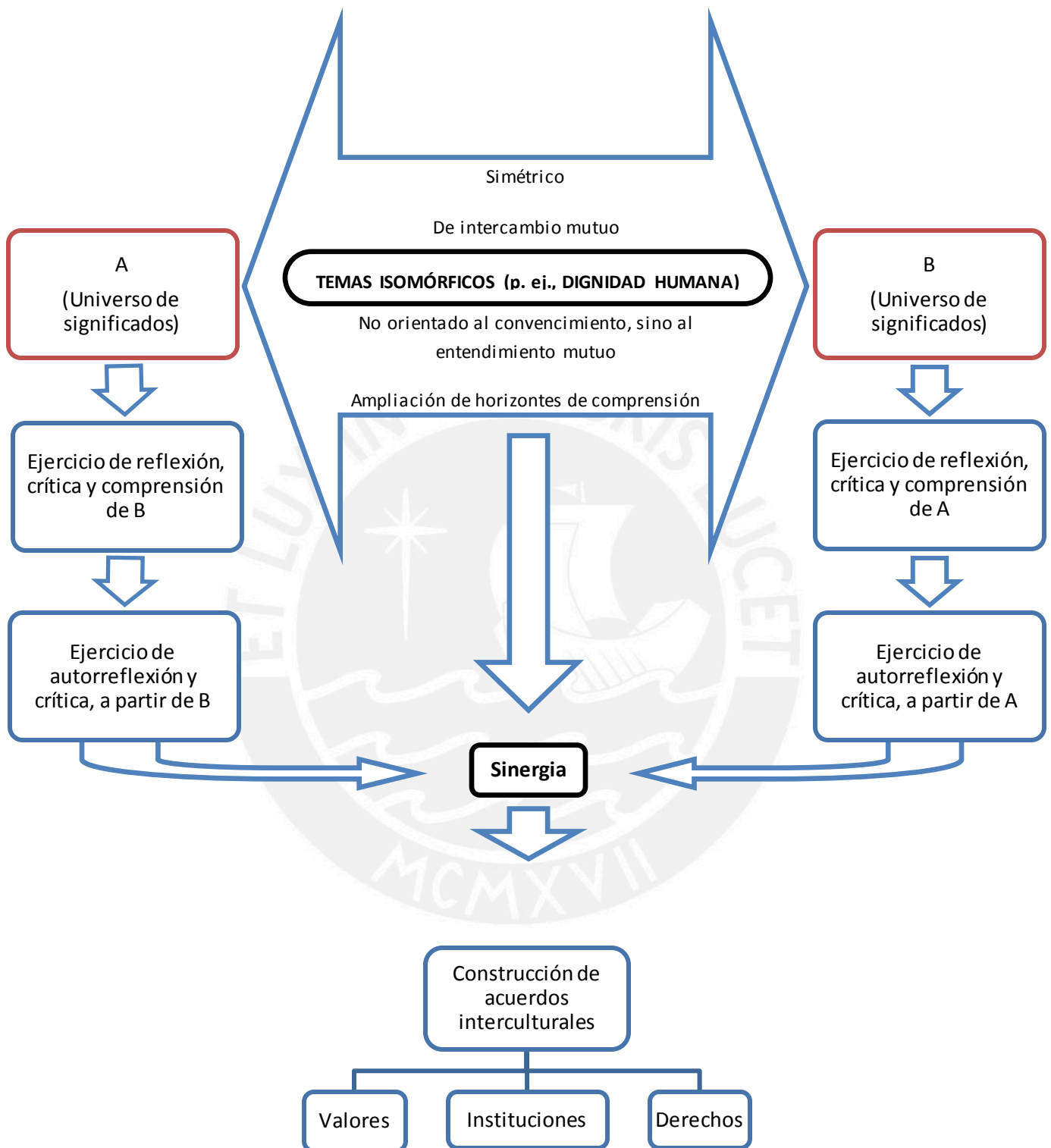
---

<sup>101</sup> Häberle se refiere a una “cultura” estatal compartida por todos los ciudadanos de un Estado. En ese sentido, la definición que aquí se plantea para el concepto “fuentes irracionales del consenso” sería un replanteamiento de la original.

<sup>102</sup> Si bien el esquema presentado grafica una dinámica dual, esto es así por razones prácticas, ya que el diálogo puede producirse entre más de dos interlocutores.



Gráfico 8. Estructura del diálogo intercultural



Por lo menos, cinco de los elementos presentados son problemáticos y merecen un análisis:

### *El escenario limitado*

Las posibilidades de un diálogo que se ciña a las condiciones graficadas no parecen auspiciosas, sobre todo en un escenario como el que se ha mostrado en los tres capítulos previos. Se está ante un contexto desigual, reforzado socialmente por prácticas históricas y jurídicas alineadas tras una perspectiva multicultural, e incluso integracionista y asimilacionista, deliberadamente restrictiva de los derechos, al menos por parte del TC. Sin embargo, el doble potencial que, según su naturaleza institucional, tiene o debería tener el Tribunal, responde a una necesidad de permanencia de los valores y de las instituciones democráticas, pero también a un “quantum de utopía” o “principio de esperanza” (Landa 2009: 254; Häberle 2003: 7, 50, 303-306), que alude a nuevas expectativas que buscan ser validadas en el debate público constitucional, o a viejas expectativas legitimadas formalmente pero que han quedado inconclusas (De Vega 1988: 819), como la igualdad material. En esta dialéctica, el diálogo intercultural se constituye en una expectativa y una herramienta.

Es así que la *esperanza* de institucionalizarlo se introduce en el debate de las fuerzas que están en pugna permanente para institucionalizarse (volverse hegemónicas) en el espacio público, más allá de si las condiciones les son adversas o no. Lo que se hace es persistir en una “utopía realizable”,<sup>103</sup> motivada por las expectativas de un sector de la población que la reivindique. Ante el desbalance producido por la rigidez de la jerarquía en las relaciones entre el Estado y los pueblos indígenas, la expectativa en

---

<sup>103</sup> El término es usado por Rawls para referirse a la concreción de principios universales, como los derechos humanos (Caviglia 2003: 33-35).

pugna del diálogo intercultural permite cuestionar y confrontar ese escenario, dadas sus características, favoreciendo el reconocimiento y la consolidación de nuevos derechos, nuevos paradigmas y mejores condiciones de interrelación.

Adicionalmente, no solo se trata de plantear el diálogo intercultural como un objetivo, sino también como una estrategia. A partir del reconocimiento de la subjetividad indígena desde un enfoque intercultural, el primer diálogo es en realidad un *metadiálogo* sobre los términos de la relación que, en buena cuenta, lo que hace es cuestionar los presupuestos del Estado-Nación y proponer nuevas formas para que el diálogo se institucionalice como una práctica democrática. Evidentemente, esto choca con la renitencia de, por ejemplo, un Tribunal Constitucional que no permite la formación de espacios donde se produzca ese metadiálogo.

Sin embargo, no hay que olvidar que, al ser el Derecho Constitucional un escenario de disputa cultural (entre otras), el Tribunal siempre se verá compelido a procesar y resolver los conflictos en virtud de la dialéctica democrática descrita para un ECD, y para eso indefectiblemente tendrá que dialogar con los argumentos de una y otra parte.<sup>104</sup> En la medida en que eso pase, podrá darle giros a su línea jurisprudencial original, como ya lo ha venido haciendo, solo que esta vez a favor de la institucionalización del diálogo intercultural. Tal cambio dependerá, por supuesto, de los argumentos de las partes, de la formación de los magistrados y del contexto social, político e intelectual.

#### *El interlocutor arquetípico*

Siguiendo el esquema planteado, es necesario preguntarse si se puede pensar en un interlocutor que pueda desligarse de su propio contexto cultural y estar dispuesto tanto

---

<sup>104</sup> Es obvio que en este caso especial no será en los términos del esquema presentado.

al autocuestionamiento como a la recepción de nuevos valores. Sin duda, contar con un dialogante de este tipo no es realista, sea un individuo o un grupo. Como se mencionó en el primer capítulo, las opciones y términos de las elecciones que se hacen están limitados en gran medida por el contexto cultural, y no es posible someter las identidades étnicas a una suerte de *libre mercado cultural*, lo que no implica un determinismo cultural sino más bien la necesidad de reconocer tal influencia en el ejercicio de nuestra libertad.

Por tanto, el interlocutor ideal es más bien un arquetipo, y sus características servirán de parámetros que guíen el comportamiento de los dialogantes en función de la inevitable parcialidad que surgirá cuando se establezcan las relaciones de interacción cultural, y que se manifestará en acciones estratégicas para la imposición o la persuasión (Caviglia 2003: 30-31). El arquetipo funciona como un contrapeso frente a las condiciones actuales de tales relaciones, porque si éste no se sigue o si se vuelve un ejercicio retórico, el conflicto podría derivar en violencia mutua o unilateral, específica o institucionalizada. Por otro lado, los parámetros deben también servir como elementos de juicio para los organismos estatales al momento de valorar un conflicto, como ocurriría con un Tribunal Constitucional que asumiera un enfoque intercultural.

La existencia de un interlocutor arquetípico es sumamente importante para evitar la manipulación de los elementos o de las circunstancias que permiten un diálogo intercultural, y que éste no corra el peligro de ser infiltrado por otros enfoques que lo despojen de su contenido transformativo. Nótese, además, la similitud de este razonamiento respecto a la función de los derechos humanos y de los valores y principios constitucionales en general. Coincidencia que se plasma en instrumentos jurídicos positivos de Derecho Internacional, como el Convenio 169, en lo referido, por ejemplo, al derecho a la consulta (artículo 6.2, 15.2, 17.º, etcétera) y a los términos de

participación y representación política de los pueblos indígenas (artículos 6.1.b, 7.1, etcétera); herramientas que son funcionales al diálogo cultural y a su interlocutor ideal de referencia.

En efecto, el derecho a la consulta guarda un importante potencial intercultural, no solo porque representa una forma especialísima de ejercicio participativo y representación para los pueblos indígenas, por lo que no podría ser desligado de estos derechos, sino además porque se sustenta en las diferencias culturales que motivan los conflictos culturales internos del Estado-Nación, y en las condiciones históricas de subordinación. A pesar de eso, éste puede interpretarse para servir a propósitos restrictivos, tal como se ha podido ver en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

A manera de ejemplo, se señala la restricción del consentimiento como derecho (sentencias *Tuanama Tuanama I* y *AIDSESEP I* del TC), para situaciones en las que esté en peligro la supervivencia de un pueblo indígena, a pesar de los argumentos establecidos para estos efectos por la sentencia *Saramaka* de la Corte Interamericana (f. 134-137, 194). Lo mismo sucede con la ponderación del Tribunal entre el derecho a la consulta y la seguridad jurídica de las empresas (*AIDSESEP I*), en la que favorece a las segundas sin ninguna compensación o revisión de los actos que pudieron haber afectado derechos fundamentales indígenas, lo que contradice la perspectiva intercultural.

Otro ejemplo significativo es la interpretación que hizo el Tribunal sobre lo que debe ser jurídicamente entendido como “afectación” de los derechos de los pueblos indígenas para que sea aplicable el derecho a la consulta. Recuérdese que se equiparaba afectación a “daño”, y no a “intervención” en general, como corresponde al espíritu del Convenio 169, y que, además, el Estado evaluaba la circunstancia de manera vertical y unilateral.

Este caso ilustra los riesgos de no considerar tanto al interlocutor arquetípico como a la realidad parcializada de los dialogantes en una relación intercultural. El Estado, en virtud de su presunción de consentimiento (contrato social), de uniformidad (cultural) y de la centralidad de su poder, podría ser considerado neutral al momento de resolver conflictos, o con respecto a los intereses que está llamado a satisfacer en el ejercicio del poder. Sin embargo, en un escenario de conflicto intercultural en el que una perspectiva se alza como hegemónica en desmedro de otras que han sido históricamente relegadas, no se puede dar por hecho de que actuará con neutralidad: el Estado será otro dialogante parcializado culturalmente, al que también se le debe aplicar el arquetipo en cuestión y los parámetros de control que lo garanticen.

De otra forma, podría caerse en la ya mentada “dialéctica de la mente colonizada”, por la cual la relación entre los grupos culturales sirve para reforzar las condiciones de subordinación o subalternidad, que son asumidas como inherentes por los propios grupos subalternos, lo que aleja más la posibilidad de una relación horizontal. Adicionalmente, la aplicación del modelo para todos los dialogantes por igual, incluso si se trata del Estado, disminuye la percepción de una superioridad moral por parte de uno de ellos respecto del otro; especialmente cuando se demanda “razonabilidad” y paciencia a grupos históricamente afectados (Caviglia 2003: 35) y, como el Tribunal mencionó, con un recelo justificado hacia cualquier intento de establecer relaciones interculturales (*Tuanama Tuanama I*).

Debe acotarse, además, que las condiciones en las que cada dialogante acude al diálogo no son las mismas. Las medidas compensatorias se hacen necesarias porque algunos de ellos se encuentran con mayores dificultades para alcanzar el modelo ideal,

debido a que históricamente la relación se ha dado bajo circunstancias desfavorables, y han tenido menos oportunidades de desarrollar las *capacidades*<sup>105</sup> necesarias para ello.

Por último, es indudable la importancia del tipo de enfoque que asuma el Tribunal, ya que de ello dependerá si su medida de referencia para valorar conflictos y ponderar derechos y bienes jurídicos constitucionales se ajusta al interlocutor arquetípico. De no ser así, podría más bien adherirse a la percepción jerarquizada de las relaciones que, por ejemplo, incline la balanza de la ponderación a favor de la seguridad jurídica de las empresas por encima de la violación sistemática de los derechos indígenas (*AIDSESP I*). Esa percepción estaría valorando una forma culturalmente influenciada de entender el desarrollo y sus prioridades, sin considerar otras.

#### *Las “preocupaciones isomórficas”*

Además de un modelo de interlocutor, se sugiere que el diálogo intercultural se realice con base en temas o puntos específicos para garantizar su viabilidad:

---

<sup>105</sup> Es necesario precisar este concepto para evitar la tentación de que se interprete como una jerarquización esencialista que le atribuye mayor capacidad para desarrollar habilidades a unos individuos que a otros (moderno/premoderno). Se asume el sentido dado por el *Enfoque de Capacidades y Desarrollo Humano*, inspirado en la ideas de Amartya Sen (2000). Las capacidades son potencialidades de todo ser humano para elegir conducir su vida de la forma que más valore. Entiendo que éstas se componen de tres elementos: la existencia de la mayor cantidad de opciones (*e.g.*, carreras universitarias), la posibilidad de poder elegir libremente (Iguñiz 2009: 19-21) (*e.g.*, que la pobreza no sea un impedimento para acceder a la educación superior), y el desarrollo de habilidades esenciales que no impidan desarrollar otras que cada quien considere importantes según sus propias elecciones (*e.g.*, haber contado con educación básica). Desde luego, cada persona ejecutaría o pondría en funcionamiento estas potencialidades (o no) de acuerdo con sus propias características y deseos individuales. Nótese que el Estado y la sociedad desempeñan un rol fundamental en garantizar que se cumplan los tres elementos señalados, y en no obstaculizarlos.

“preocupaciones isomórficas” (Santos 1997: 7-8). Esto es particularmente importante porque se están confrontando dos (o más) posturas culturales parcializadas, que precisamente por serlo tienen aspiraciones de universalidad en sus postulados. Ahora bien: lo anterior no implica involucrarse en la peligrosa tarea de encontrar equivalencias conceptuales entre el Estado y los pueblos indígenas, o entre ellos mismos; y buscar, por ejemplo, la equivalencia del derecho a la doble instancia, garantía del debido proceso, según sus características dogmáticas, en la forma en que un pueblo indígena administra justicia. Eso sería un despropósito a la diferencia que se pretende valorar.

Este tipo de ejercicio no solo genera un modelo de referencia basado en una sola perspectiva cultural, estableciendo una relación vertical de validación de una cultura por otra, sino que, además, vacía de contenido las prácticas culturales asociadas a la justicia que no se ajustan a éstas. Por ello, las “preocupaciones isomórficas” tendrían más bien una equivalencia funcional (Tubino 2008: 113) es decir, estar asociadas a ideas generales que respondan a necesidades comunes como el concepto de justicia, de dignidad humana o del cuidado medioambiental, a partir de las cuales se puedan encontrar elementos de diálogo y consenso a través de una labor interdisciplinaria que lo enriquezca. Esto último es indispensable, porque se trata de perspectivas culturales distintas que implicarán un trabajo previo de conocimiento del *otro*, de autoconocimiento y de la participación de facilitadores (no intermediarios) en el momento del diálogo.

El objetivo no sería el mero reconocimiento (ya que este no garantiza necesariamente un diálogo), sino cuestionar y replantear los paradigmas del Estado-Nación, que pugnan por su propia permanencia por medio de la dialéctica ya descrita. Además, no se trata de anular una estructura con características y elementos democráticos instituidos, como el ECD, sino de potenciarla para incorporar la



representación pública de nuevas subjetividades que estuvieron relegadas. Esto supone la aparición de nuevos derechos que garanticen la igualdad y la participación, así como la reivindicación de *viejas* expectativas, de las que destaca la reiterada igualdad material, pero vistas desde un enfoque diferente.

El Tribunal Constitucional tiene un rol importante en la promoción de estos cambios y en la implementación de un nuevo enfoque, por su doble potencialidad para constitucionalizar nuevos derechos y garantizarlos una vez que estén constitucionalizados, sin quebrar la dinámica democrática del ECD en función de los intereses de toda la población culturalmente diversa. De esta forma se va perfilando la función específica del Tribunal respecto del enfoque intercultural.

#### *Lo moderno vs. lo premoderno*

Se debe contrastar la idea de *superioridad moral* mencionada al hablar del *interlocutor arquetípico*, con otra referida a la *discontinuidad en el desarrollo de la sociedad*, que asume que la sociedad moderna se construye sobre la base de la disolución y superación de los sistemas premodernos. En otras palabras, existiría entre el Estado (moderno) y los pueblos indígenas (premodernos) una relación de avanzado/atrasado, que implica que los segundos deben llegar a desarrollarse como el primero y acoplarse a sus paradigmas. Ésta es la visión característica de algunos de los enfoques presentados en los capítulos precedentes, que parte de un planteamiento errado del conflicto.

La historia jurisprudencial del Tribunal da muestras de esta posición en *Sevicia*, y de manera más sutil en *Tuanama Tuanama IV* y *III*, cuando equipara “afectación” a “daño” (medido unilateralmente desde el Estado) al referirse a los derechos de los pueblos indígenas. Al asumir que existe esta suerte de *jerarquía evolutiva* de las culturas, que le asigna un carácter primitivo a los pueblos indígenas y a sus

manifestaciones culturales, puede surgir un *complejo moralista* derivado, por ejemplo, de la búsqueda de equivalencias conceptuales desde una mirada jerarquizada. Esto, desde luego, anula la posibilidad de la interculturalidad, ya que establece relaciones verticales y condescendientes.

Un ejemplo de esto es la asociación entre la discriminación de género y la estructura social de algunos grupos étnicos,<sup>106</sup> como los pueblos indígenas. Frente a esto, Butler (2007: 49-53, 67-70) sugiere que la categoría reivindicativa, de género en este caso, se construye con una pretensión universal y globalizante, desde una perspectiva específica que, por ser moderna, es autopercebida como superior (Santos lo llamaría “localismo globalizado”). Tal vez lo más adecuado sería reconocer el carácter abierto del concepto, que debe incorporar las particularidades dadas por otros elementos identitarios. Por eso debe considerarse que:

a. Las circunstancias estructurales de afectación de derechos dentro de los grupos étnicos podrían estar asociadas a aspectos culturales que las toleran, pero no por ello se debe asumir la jerarquía evolutiva y su consecuente *superioridad moral*. Éstas convalidan y refuerzan las prácticas impositivas (colonizantes) que anulan la subjetividad de los grupos, a los que, según esa perspectiva, se debe “modernizar” por su propio bien; también invalidan la posibilidad de autocuestionamiento, producto de las disidencias internas de los grupos.

b. Por definición, un diálogo intercultural obliga a los dialogantes a confrontar y procesar otras perspectivas culturales, y a asumir el modelo del

---

<sup>106</sup> Este problema ha sido tratado por distintas autoras: Vásquez (2006), Oliart (200), Butler (2007), Moller Okin (2007), entre otras.

interlocutor arquetípico. Las consecuencias de este tipo de interrelación repercute indefectiblemente en las relaciones internas de los miembros de los grupos dialogantes, que pueden generar nuevas formas de interacción interna (Gamio 2009: 76-78), matizadas por las propias características de cada contexto. Como se dijo en el primer capítulo, las culturas son relacionales y no estáticas, por lo que, en realidad, un diálogo horizontal y sinérgico no es sino una opción del tipo de relación que se tendrá de una forma u otra (intragrupales o intergrupales). Frente a una relación de conflicto jerarquizado basado en la violencia puntual o institucionalizada, la opción que se presenta es la del cuestionamiento mutuo basado en el diálogo con perspectivas de consenso.

c. El carácter dinámico de la cultura genera conflictos internos en los diferentes grupos, ante lo cual el “principio de esperanza” podría ser aplicado de forma general a cada pueblo indígena situado históricamente, así como se aplica al propio Estado. De esta forma, las reivindicaciones —de género por ejemplo— contemplarán las particularidades contextuales del entorno propio, y no serán impuestas asumiendo que existe una fórmula universal válida para todo contexto. Incluso éstas podrían provenir de la influencia de otras perspectivas culturales o ser el producto de una iniciativa interna, pero lo importante es que deben partir de una decisión y no de una imposición.

d. Finalmente, es innegable que los pueblos indígenas se encuentran en un orden político más amplio que es el Estado, y éste tiene obligaciones con todos sus ciudadanos. En el caso particular de los grupos con perspectivas culturales distintas, ellas están supeditadas a la coordinación dada por el respeto a tales diferencias, a través, por ejemplo, de la aplicación del derecho a la

consulta previa y al establecimiento de canales de diálogo permanente para garantizar la interacción, el conocimiento y la influencia mutua.

Por ejemplo, si se analiza el derecho a la educación desde un enfoque intercultural, los términos en los que éste se plantea no deberían estar guiados por la intención de asimilar a sus receptores a la perspectiva cultural hegemónica (*asimilacionismo*), ni por la idea de una verticalidad en las relaciones culturales (*multiculturalismo*), sino por la intención de generar las capacidades necesarias para que los individuos puedan tomar decisiones libres en su propio contexto cultural. Eventualmente, un grupo cultural podría dejar de estar bajo condiciones históricas de subalternidad y estar en mejor posición de dialogar y de tolerar disidencias internas.

Este punto es particularmente delicado. La línea entre la imposición de paradigmas culturales y el desarrollo de las capacidades es estrecha, sobre todo si se quiere generar iguales condiciones para el diálogo entre los interlocutores (especialmente si hablamos de educación pública). Por ello, aquí se vuelve a revelar la importancia de un órgano con las funciones y la relevancia constitucional del Tribunal, que goza del nivel máximo de interpretación del principal documento jurídico estatal, y al que llegarán conflictos asociados con la vulneración de la libertad y la igualdad en general. La perspectiva que asuma el Tribunal será crucial para que el conflicto se resuelva a favor de una imposición cultural o de un trato horizontal que garantice la interacción pacífica.

*Los “discursos no respetables”*

Esta cita corresponde a Amy Guttman (2009: 51) y alude a otro asunto sumamente problemático de la interculturalidad, aunque ella lo desarrolla a propósito del multiculturalismo: los límites a los temas que pueden ser materia del diálogo. Ella se refiere a algunas propuestas y discursos que desvirtúan la naturaleza del diálogo, y que en lugar de enriquecerlo para lograr una sinergia que produzca consensos, perturba las relaciones y genera conflictos. Ahora: como esta afirmación puede ser funcional tanto al enfoque más jerárquico como al más horizontal, ella misma se refiere a lo que no considera constructivo para la interacción: “El discurso del odio viola el más elemental imperativo moral de respetar la dignidad de todos los seres humanos, y simplemente presupone la inferioridad fundamental de los otros”. Guttman alude a aquel discurso o propuesta estructural que atente contra la dignidad humana, que es el fundamento mismo del ECD. Es necesario enfatizar que se refiere a una valoración general del discurso que se analiza, y no a una práctica específica que ha sido seleccionada y valorada unilateralmente utilizando parámetros éticos autorreconocidos como superiores o universales. Esto implica que:

- a. En una acertada abstracción, se restrinja solo aquello sin lo cual no habría siquiera diálogo intercultural, el reconocimiento de una relación de igualdad o de la subjetividad del otro dialogante como indefectiblemente valiosa, aunque se discrepe de ella. No podría rechazarse a un grupo dialogante porque admita la pena de muerte,<sup>107</sup> sino por el hecho de que posea un discurso supremacista, racista, antisemita o cualquier otro “no respetable” que niegue precisamente la dignidad humana de forma estructural.

---

<sup>107</sup> Está admitida, dicho sea de paso, por decenas de Estados modernos.  
<<http://www.amnesty.org/es/death-penalty/death-sentences-and-executions-in-2012>>

Por supuesto, no es posible aislar a un grupo con tales características, ni evitar que tenga relación con el resto de la población de los ECD, que es el único orden político en el que la interculturalidad sería viable. Pero, aun si mantiene su discurso, tendrá que atenerse a los parámetros elementales de la convivencia no violenta. El propio Estado, en su rol de interlocutor, puede ser portador de “discursos no respetables” cuando, por ejemplo, niega la existencia de subjetividades indígenas, o cuando supedita sus derechos especiales, basados en la protección de la dignidad humana, a la emisión de una norma jurídica.<sup>108</sup> El Tribunal, y esto es fundamental, deberá invalidar el discurso específico, pero no anulará al sujeto como potencial dialogante.<sup>109</sup>

b. Por otro parte, es necesario identificar al sujeto que emite el discurso y evitar su generalización, porque hay que tener presente que en un pueblo indígena o en cualquier otro grupo pueden suscitarse discursos representativos, conflictos, debates internos o posturas que no sean representativas del grupo.

Finalmente, luego de responder a los principales cuestionamientos al enfoque intercultural y resaltar su potencial emancipatorio, es necesario precisar la función que

---

<sup>108</sup> Son argumentos del Estado en las sentencias *Tuanama Tuanama I, II, VI y III*.

<sup>109</sup> Es pertinente rescatar las categorías conceptuales usadas por Rosenfeld (2007: 168-170): normas de primer orden que prescriben aspectos internos de cada grupo, y normas de segundo orden que prescriben las condiciones en las cuales se dan las relaciones intergrupales. Las primeras aluden a normas que, al provenir de distintas manifestaciones culturales y ser aplicables a sus propios contextos, no deben considerarse más valiosas o mejores que otras pertenecientes a otros grupos. Las segundas corresponderían a lo desarrollado en este punto.

asumiría una institución jurisdiccional como el Tribunal Constitucional para garantizar la plena vigencia de un ECD respetuoso de la diversidad cultural.

## **2. La función intercultural del Tribunal Constitucional**

Determinar tal función genera un dilema. El Tribunal es un órgano jurisdiccional que debe actuar como un tercero imparcial cuando cumple con sus funciones institucionales, las que responden a una necesidad de control constitucional dentro de un ECD. Su principal actividad, un proceso de carácter jurisdiccional, no puede enmarcarse en los parámetros de un diálogo intercultural, porque de otra forma se convertiría en una negociación o alguna otra figura similar. En consecuencia, el Tribunal dejaría de tener esa categoría y pasaría a ser un mediador o facilitador del diálogo. Está claro que el TC no podría constituirse en interlocutor de un diálogo intercultural estando en ejercicio de sus funciones jurisdiccionales. Solo podría hacerlo como sujeto político, por tratarse de una institución situada en una estructura de poder respecto de los otros actores del escenario democrático del ECD. Por ejemplo, si se hacen congresos o eventos que convoquen a los representantes indígenas y otras instituciones del Estado para discutir los contextos y casos especiales de vulnerabilidad en que se encuentran los pueblos indígenas, así como las políticas públicas dirigidas a su protección.

Por el rol que cumple, el TC debe llevar adelante un proceso en el que hay dos partes en conflicto sin convertirlo en un diálogo, ni, mucho menos, buscar que ellas lleguen a acuerdos y reflexionen sobre sus propios prejuicios. Las partes se comunican con el Tribunal buscando convencerlo o persuadirlo de que en la confrontación son ellos los que tienen la razón. Más allá de los tipos de interpretación que el Tribunal pueda hacer de una norma o situación, y de las formas imaginativas de fallar al respecto, en general, el proceso jurisdiccional es una dinámica de suma cero, en la cual hay un

ganador y un perdedor. El objetivo no es el consenso, sino que el Tribunal debe encontrar un elemento (en este caso un principio, derecho, valor constitucional) que clausure el conflicto, luego de un procedimiento formal bien delimitado, con pasos y tiempos específicos.

Entonces, ¿cómo incorporar el enfoque intercultural en un organismo con tales características? La respuesta se encuentra en la *doble potencialidad* del Tribunal, que le otorga la posibilidad de ser en cada caso un guardián del *statu quo* político, jurídico y cultural, o un catalizador del cambio; siempre buscando resguardar la dignidad humana. En el caso de los conflictos producidos por las vulneraciones de los derechos indígenas y, en última instancia, por la disputa cultural por la hegemonía y el reconocimiento igualitario de su subjetividad, la decisión que tome el TC estará determinada por el tipo de enfoque que adopte respecto de las relaciones culturales y sus conflictos en un Estado-Nación.

En un contexto en el que la disputa cultural no sea reconocida, la relación entre las dos partes de un conflicto (Estado-pueblo indígena) esté culturalmente jerarquizada, el goce de derechos quede supeditado a la imposición de perspectivas culturales específicas (sobre la justicia o el desarrollo, por ejemplo); la dignidad humana estaría siendo vulnerada y, entre las dos potencialidades, correspondería al Tribunal inclinarse a favor de aquélla que sea transformativa. Pues bien: es precisamente la interculturalidad la que favorece en mayor medida el cuestionamiento de paradigmas modernos y la revisión de los presupuestos del Estado-Nación que de alguna u otra forma afecten la dignidad humana. Por supuesto, no se tratará simplemente de una suplantación de valores al momento de tomar una decisión jurisdiccional, sino que deberá realizarse una ponderación de derechos en función de parámetros interculturales.



Un Tribunal con un enfoque intercultural consideraría si el conflicto es de carácter cultural y si involucra los derechos de los pueblos indígenas, con antelación a la valoración de los argumentos de las partes y del bloque de constitucionalidad aplicable. En este caso no podría dejar de pronunciarse sobre ellos, a diferencia de cómo ha actuado el actual TC en algunas ocasiones: *Majes-Siguas II*, *FENAMAD*, *Montalván Mío*, etcétera, ya que se estaría convalidando una afectación a la dignidad humana. Es importante hacer notar que pareciera que lo anterior también podría alcanzarse desde un enfoque multicultural, en tanto éste reconoce la subjetividad indígena y la necesidad de los derechos especiales. Pero es necesario recordar que nos estamos situando en un contexto de interacción desfavorable para algunos de los virtuales dialogantes, y el multiculturalismo podría ser funcional a esto en la medida que mantiene relaciones jerarquizadas, tal como lo ha demostrado el Tribunal actual. Por eso, al final, este enfoque implicaría la vulneración de derechos, a pesar de que la subjetividad indígena esté reconocida y se le asignen ciertos derechos con carácter compensatorio.

Si un enfoque intercultural se materializa siempre a través del diálogo intercultural, que es su principal herramienta, los fallos de un Tribunal Constitucional que se adscriba a esta perspectiva deberían contribuir a que ese diálogo se logre. Para ello tendría dos funciones:

*Deberá asegurar las condiciones que garanticen la realización de un diálogo intercultural.* A través de sus fallos el TC deberá eliminar las prácticas orientadas a mantener relaciones culturales jerarquizadas. Es decir, eliminar las limitaciones del escenario que refuerzan condiciones de subordinación cuya existencia siempre restringirá el diálogo. Su especial condición de intérprete supremo de la Constitución garantiza que la reiteración de su jurisprudencia, o el establecimiento directo de su

vinculatoriedad, institucionalice nuevas condiciones que hagan viable la realización de este tipo de diálogo.

Un ejemplo de esto es la interpretación del derecho a la consulta, de acuerdo con el potencial intercultural brindado por las herramientas internacionales, que contrasta con la práctica del Tribunal actual; ésta favorece su institucionalización solo como una actividad participativa de referencia (*Cordillera Escalera, Tuanama Tuanama I*). En el segundo caso, se refuerza la jerarquía cultural del Estado respecto del pueblo indígena en cuestión, lo que se traduce en el poder unilateral de decisión sobre una medida estatal que, en teoría, debería ser consultada. No se debe olvidar que, en una lógica de conflicto cultural por la hegemonía, no se puede presumir la neutralidad del Estado. Por desgracia, de distintas formas, el propio Tribunal ha anulado la posibilidad del derecho a la consulta, incluso como instrumento participativo (*AIDSESEP I, Majes-Siguas II*).

Finalmente, esta función se relaciona principalmente con dos de los puntos señalados en la primera parte de este capítulo:

- El escenario limitado que el Tribunal está llamado a romper a través de su potencial transformativo, y la constitucionalización material de nuevos derechos en respuesta a una expectativa de diálogo intercultural.
- La falsa dicotomía del conflicto entre lo moderno y lo premoderno genera la ilusión de una *superioridad moral* a la que ya se hizo referencia, y constituye una de las principales limitaciones que el Tribunal debe desmontar para garantizar la igualdad material que propicie interacciones horizontales.

Un Tribunal con enfoque intercultural también *deberá ejercer un control del diálogo en función de sus modelos ideales de referencia* cuando, en el marco de un

proceso, se perciba su ausencia o desnaturalización. Se debe apropiarse de los principios del diálogo y aplicarlos en un proceso como parámetros de control. Esta función se relaciona especialmente con los otros tres puntos señalados en la primera parte de este capítulo:

- El interlocutor arquetípico: Es el modelo de referencia para evaluar la disposición de los participantes en un diálogo intercultural, sobre la base del cual también se verificará la afectación de los derechos fundamentales. Un ejemplo para la aplicación del modelo ideal de interlocutor hubiese sido una interpretación distinta del Tribunal sobre lo que significa la “afectación” a los pueblos indígenas para que se active el derecho a la consulta. Lamentablemente, el Tribunal actual la mide basándose en un punto de referencia unilateral sobre lo que es dañino o beneficioso, según su propia percepción cultural.
- Los “discursos no respetables”: Se mencionó que éste era uno de los puntos más delicados en relación con la interculturalidad, porque hablar de ellos en un contexto de relaciones jerarquizadas puede dar pie a la peligrosa superioridad moral que es motivo de exclusión, anulación o subordinación. Por ello, se debe asumir una perspectiva intercultural al momento de pronunciarse sobre un tipo de discurso o reivindicación que *no sea respetable*. Es decir, considerando que solo lo serán aquellos discursos que afectan las condiciones elementales del diálogo y no lo hagan posible: aquellos discursos generales que nieguen la igualdad o la dignidad universal del ser humano en forma estructural. Hay que reiterar que esto no implica necesariamente anular al interlocutor. Hay que recordar también que los grupos étnicos tienen conflictos internos a partir de los cuales pueden formarse distintos discursos, representativos o no.

De igual forma, el Tribunal debe velar por el cumplimiento y encauzamiento de los deberes estatales que proporcionen *capacidades* para que los sujetos actúen de acuerdo con el ideal del interlocutor arquetípico y generen una real relación igualitaria. Capacidades, por cierto, cuyo desarrollo debe estar dirigido a todos los dialogantes.

- Las “preocupaciones isomórficas”: La función del Tribunal consiste en verificar si la vulneración de derechos se ha dado por la formación de modelos de referencia impuestos desde una sola perspectiva cultural, a partir de la cual se descartan o admiten equivalencias en otras culturas que participen de la relación. De ser así, el TC debería invalidar los parámetros impositivos y aplicar el modelo del interlocutor arquetípico para que en su fallo se restablezca o se genere una relación horizontal, haciéndose viable el diálogo intercultural.

Solo faltaría, entonces, definir los parámetros de control que permitan verificar que el propio Tribunal esté adscrito a un enfoque intercultural que garantice los derechos de los pueblos indígenas y una relación igualitaria entre los grupos étnicos, y de éstos con el Estado.

### ***2.1. La imparcialidad extendida***

Si bien actualmente el Tribunal Constitucional asume una tendencia multicultural que, de darse algunas circunstancias favorables, podría acercarlo a la interculturalidad, en realidad esto no ocurre, por lo que es necesario generar las condiciones para que el TC gire su postura hacia esta última perspectiva. En ese sentido, los parámetros de control señalados en el punto anterior debieran también aplicarse al propio Tribunal. Pero, como ya se señaló, el carácter jurisdiccional del TC no permite que éste asuma el papel

de interlocutor,<sup>110</sup> sino que debe aplicar los parámetros descritos para la solución de casos. Mientras a los interlocutores se les exigirá que se adecúen a los modelos ideales del diálogo, al Tribunal se le pedirá que se atenga a una *imparcialidad cultural* (distinta de la neutralidad) en la aplicación objetiva de los parámetros en cada caso.

Por supuesto, los magistrados del Tribunal tendrán su propio bagaje cultural y estarán sujetos a su influencia indefectible, como sucede con las ideas políticas, religiosas, filosóficas, etcétera de todo magistrado, que marcarán una tendencia pero no necesariamente un interés subjetivo en que el caso se resuelva de forma favorable a alguna de las partes. Al juez se le exige que resuelva, dentro de su formación, contexto y creencias, en función de elementos que garanticen la mayor objetividad (normas, principios, valores y hechos). Resolverá, desde luego, sobre un conflicto que no le concierne personalmente y respecto de partes con las que no guarda ningún vínculo que pueda ser motivo para favorecerlas.

De esta manera, su propia conducta estará supeditada a las referencias objetivas que le permitirán actuar con la imparcialidad que se exige en cualquier caso, y a las que se deberán añadir aquéllas derivadas de la interculturalidad. El objetivo es garantizar que frente a un conflicto producido en un marco de interacciones culturales, en el que estén en juego los derechos especiales de pueblos indígenas, el Tribunal no imponga su propia perspectiva cultural. Ahora: recordemos que cada cultura tiene postulados que aspiran a ser universales, lo que hace que cada sujeto se incline por privilegiar la suya (Tubino 2008: 10). Por ello, es indispensable que el TC sea consciente de su propio bagaje, para que se pueda situar como parte de la diversidad, y no apele a la neutralidad cultural que vuelve sus perspectivas culturales axiomáticas. Urge, aquí, recurrir a la

---

<sup>110</sup> A menos que éste, como institución, actúe como sujeto político fuera de un proceso jurisdiccional.

conciencia de “incompletitud”, porque permite admitir la posibilidad de que el juez revise sus propias premisas culturales (Santos 1997: 7-9). En esto precisamente se diferencian la neutralidad y la imparcialidad. La primera niega la propia contingencia y falibilidad, de modo que genera una autopercepción de *absolutez* y superioridad frente a cualquier debate. La segunda asume la propia contingencia y, teniendo conciencia de ella, busca la objetividad.

Es importante señalar que solo la interculturalidad proporciona elementos para que la imparcialidad se expanda en pos de un diálogo horizontal e igualitario cuya meta sea el consenso y la construcción de nuevos paradigmas en el marco de un ECD. En contraste, ya se ha evidenciado, en el análisis de sentencias, cómo el multiculturalismo puede avalar parcializaciones culturales, siendo funcional a ellas. En el caso del Tribunal Constitucional, esta imparcialidad se deberá manifestar de tal forma que sus decisiones apunten a construir o transformar las condiciones para que eventualmente se produzca un efectivo diálogo intercultural entre las partes que están en medio de un conflicto y acuden ante él. Como se ha visto, un TC culturalmente parcializado anula la posibilidad de cualquier diálogo y avala vulneraciones a los derechos que se interpretan jerárquicamente.

Finalmente, como ya se ha señalado, el diálogo intercultural es a la vez una expectativa y una herramienta. *Es una expectativa* en la medida en que el enfoque *intercultural* debe incorporarse a la integralidad de la estructura estatal, siempre en el marco de la disputa cultural por la hegemonía, ya sea en el debate político o en la jurisdicción constitucional o a cualquier otro nivel. *Es una herramienta* en tanto servirá, mientras la expectativa no se realice, para que los que aboguen por ella demanden, a través de sus postulados, que la disputa sea pacífica, que las relaciones no sean jerarquizadas, que se reconozcan las subjetividades indígenas y los derechos especiales

que equiparen situaciones históricas de desigualdad. Al respecto, vale la pena mencionar que hasta que el enfoque sea integral, la aplicación de los parámetros interculturales de control al Tribunal provendrá de los propios pueblos indígenas, y de la sociedad civil que los acompañe en sus demandas sin usurpar sus voces.

De no alcanzarse esta expectativa luego de tanta travesía, tal vez al final no nos quede sino mezclar nuestros huesos después de la muerte, como hiciera el campesino ayacuchano Alfonso Cánepa con los restos de Francisco Pizarro en la novela de Julio Ortega, *Adiós Ayacucho*; para formar por fin un solo cuerpo unificado que prometa un día levantarse “en esta tierra como una columna de piedra y fuego”.



## COROLARIO

En la introducción de este trabajo se decía que su objetivo era revelar al menos dos cosas: la sinuosa línea argumentativa del Tribunal cuando se trata de los derechos de pueblos indígenas, y su tendencia a un multiculturalismo peligrosamente restrictivo cuando se trata de garantizar los derechos diferenciados étnicamente. Luego de realizar el análisis de las 21 sentencias escogidas, las contradicciones del Tribunal, que en ocasiones son escandalosamente evidentes, corroboran esta sinuosidad. A su vez, el análisis muestra que sus paradojas parecen estar motivadas por una vocación multicultural que por momentos apenas logra desprenderse del *integracionismo*, y que, al mismo tiempo, intenta mantener una retórica prospectiva muchas veces recogida del Convenio 169.

Estas constataciones debilitan significativamente la figura del Tribunal respecto de su doble potencial. En primer lugar, porque tiende, en última instancia, a conservar un estado de cosas que resulta nocivo para los derechos fundamentales,<sup>111</sup> mientras utiliza la retórica para dar una imagen contraria. Y, además, porque en aquellas ocasiones en las que admite el reconocimiento y aplicación de los derechos diferenciados, los dota de un contenido que se aleja del que le brinda la normativa internacional, a la cual, sin embargo, reconoce rango y fuerza constitucional, aunque luego se lo niega, para volver a reconocérselo después. El TC parece haber usado esta disociación entre fallo y discurso como una estrategia institucional: la forma tan

---

<sup>111</sup> En la constante ponderación implícita que realiza el Tribunal entre la dignidad humana y los bienes jurídicos constitucionales, como la seguridad jurídica de inversiones privadas o la validez formal de normas con rango de ley, opta preferentemente por los segundos, muchas veces en contradicción con la normativa internacional sobre derechos humanos y sin una motivación clara.



ostentosamente arbitraria en la cual altera la vinculatoriedad y aplicabilidad del Convenio 169 da cuenta de ello.

Esa disociación se refleja también en la falta de coherencia de sus propias sentencias. Algunos ejemplos están en *Hoja de coca I y II*, así como en *Lucas Irar Miik* y *Tuanama Tuanama III*. En el primer caso, el TC afirma que entre ambas existe una destacable coherencia, pero obvia dos sentencias que fueron emitidas entre los dos fallos sobre la hoja de coca: *Provincia de Lauricocha* y *Cuenca del Mazán*. En éstas, el Tribunal no duda en abandonar su aparente compromiso prospectivo con la diversidad y los derechos diferenciados. En el segundo caso, falla de forma opuesta en ambas sentencias, a pesar de haber discutido si la misma norma violaba derechos indígenas. Además, en *Tuanama Tuanama III* ni siquiera hace referencia a *Lucas Irar Miik*.

Pero tal vez el ejemplo más emblemático de su estrategia disociativa sea el de la consulta previa, un derecho que ha reducido a la ejecución de simples talleres informativos a cargo de las propias empresas que estarían afectando sus derechos y, por tanto, con interés directo en el resultado de tales talleres (*Cordillera Escalera*); o respecto del cual se ha interpretado la exclusión de una participación efectiva de los pueblos indígenas (*Majes Siguas II*); o a cuya afectación se adscriben requisitos adicionales a los que se exigen internacionalmente para ser tomada en cuenta (*Tuanama Tuanama III* y *IV*). No se trata solo de interpretaciones multiculturales del derecho a la consulta, perspectiva que a pesar de sus limitaciones permite generar concesiones paternalistas que abren espacios para la igualdad: se trata de una elección del TC que ha asumido la postura más restrictiva del espectro multicultural liberal.

A propósito del párrafo anterior, si bien hubo un aumento paulatino de las referencias a las herramientas internacionales en la jurisprudencia del TC, su aplicación fue limitada. Por ejemplo, además del uso discursivo del Convenio 169, la utilización de

la Declaración es escasa y referencial (*Cocama Tarapacá, Tuanama Tuanama III*). Y en cuanto a la jurisprudencia de la Corte Interamericana, muchas veces se la obvia en los pasajes que contravendrían las conclusiones del Tribunal (*AIDSESP I, Tuanama Tuanama VI y IV*), aunque se citan otras sentencias internacionales que no tendrían ese efecto (*Tuanama Tuanama I* en relación con el consentimiento). Un ejemplo de esto se aprecia cuando se dictó la sentencia de *Hoja de Coca I*: el Tribunal pudo haber recurrido a cuatro casos de la Corte Interamericana (*Awás Tingni, Moiwana, Yakyé Axa y Yatama*), pero no lo hizo a pesar de que servían para respaldar su postura sobre la diferencia y pluralidad cultural, así como para sustentar el derecho a la identidad cultural.

Sin embargo, a pesar de todas las discrepancias que el Tribunal tiene consigo mismo, es innegable que existe una tendencia en su jurisprudencia, como mencionara en la introducción de este trabajo, una suerte de *línea jurisprudencial* en sentido lato; es decir, no respecto de un derecho, un sujeto y un contexto específicos, sino solo en relación con un sujeto jurídico particular. Esa tendencia es el *multiculturalismo liberal restrictivo*, que se ha manifestado reiteradamente durante el análisis de sentencias.

Ahora bien: sus contradicciones y su tendencia restrictiva no han anulado el doble potencial del TC. Éste es inherente a su naturaleza institucional. Por ello, no solo resulta necesario evidenciar las falencias del Tribunal, sino que es preciso también dejar en claro sus posibilidades frente al desafío que implica el reconocimiento y garantía de los derechos de los pueblos indígenas, y la conformación de un Estado en el cual la pluralidad y el consenso intercultural sean principios democráticos. Recuérdese una vez más que la construcción de una sociedad basada en la diversidad exige un proyecto societal producto del diálogo y la interacción equitativa de sus componentes. Y en el caso específico de la pluralidad cultural, demanda que una perspectiva hegemónica no

defina unilateralmente los presupuestos éticos, políticos o jurídicos de la forma en que ese proyecto se estructura.

Aquí se ha sustentado que la interculturalidad es la perspectiva que responde a esta aspiración, porque es la que mejor gestiona la diversidad cultural en un mismo Estado. Ahora, como se ha detallado, sus propias características exigen que se reflexione sobre la forma en que el Tribunal podría asumirla, por supuesto que no como un dialogante en el marco de un diálogo intercultural, pero sí cumpliendo la misión intercultural de propiciar las condiciones para que este se produzca en la interacción que indefectiblemente se dará entre perspectivas culturales distintas. Aquella sería su misión intercultural.

Para esto requerirá bastante más que cambiar su retórica, o empezar por tener claridad sobre los conceptos que usa y confunde (*Tres Islas*), para lograr una rigurosidad argumentativa. Como ejemplo, recuérdese que a lo largo de toda su jurisprudencia el TC hace una equiparación tácita entre las comunidades campesinas o nativas y los pueblos indígenas, sin sustentar esa equivalencia. Por supuesto, no siempre utiliza el término “pueblo indígena”, pero cuando se refiere a las “minorías” y a la identidad cultural o étnica siempre alude a las comunidades. Éste es el caso de los fundamentos 1 y 4 de *Corrida de toros*, 108 de *Hoja de Coca I*, 31 de *Hoja de Coca II*, 30 de *Cordillera Escalera*, *Sawawo Hito 40* en sí misma y los fundamentos 43, 57 y 58 de *Tuanama Tuanama I*. Las consecuencias de esta generalización se traducen en las dificultades y los retrasos en la aplicación del Convenio 169, por una falta de rigor y una banalización de su propia categoría de análisis.

La misión intercultural del TC implicaría, además, comprometerse con su potencial *contrahegemónico* y estar dispuesto a cuestionar ciertas formas en que se comprenden algunos principios como la igualdad, para permitir que otras perspectivas

culturales participen y sean representadas activamente en el debate político, jurídico, etcétera; incluso si esto implica introducir nuevos derechos en el catálogo constitucional o repensar el contenido de otros.

Se responderá a una pregunta pendiente antes de finalizar: ¿Por qué se le atribuye al TC una postura multicultural liberal restrictiva y no una *intercultural funcional*, considerando que su discurso jurídico y teórico sería más retórico-formal que materialmente aplicativo, y que en más de una oportunidad ha aludido a la *interculturalidad* (*Tuanama Tuanama I*, *AIDSESP II* y *Tres Islas*)? La respuesta está en la última de las sentencias analizadas, *Tres Islas*, en la que se revela la poca claridad del Tribunal sobre la teoría que respalda estos enfoques, sobre todo en lo que se refiere a sus diferencias. Su discurso nunca llega a ser realmente intercultural, ni siquiera en su versión funcional; de hecho, parece estar aún muy lejos de asumir, incluso discursivamente, una lógica intercultural.

Finalmente, hay que considerar que el Tribunal, como toda institución (y como los seres humanos que la componen y le dan vida) es potencialidad constante, creación y recreación en proceso. Mientras exista, cada postura que adopte nunca será la última: la falta de un compromiso democrático frente a los dilemas de un Estado culturalmente diverso podría variar y convertirse en un compromiso intercultural, y éste en algo mejor. Ignorar o menospreciar las posibilidades de su propia naturaleza implicaría reducir su potencial incesante a una constante monotonía malhadada, a un punto en el que, como el viejo magistrado de Coetzee, solo nos quede lamentarnos.

## BIBLIOGRAFÍA

### LIBROS, CAPÍTULOS DE LIBROS Y ARTÍCULOS

ALBÓ, Xavier

2002 *Pueblos indios en la política*. La Paz: CIPCA.

ALFARO ROTONDO, Santiago

2008 “Diferencia para la igualdad: repensando la ciudadanía y la interculturalidad en el Perú”. En ALFARO, Santiago, Juan ANSIÓN y Fidel TUBINO (editores). *Ciudadanía intercultural. Conceptos y pedagogía desde América Latina*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, pp. 191-216.

ANDERSON, Jeanine

2009 “Utopías reales de desarrollo humano”. En RUIZ-BRAVO, Patricia *et al.* (compiladora). *Desarrollo humano y libertades. Una aproximación interdisciplinaria*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, pp. 117-139.

ANSIÓN, Juan

2009 “Desarrollo humano y cultura”. En RUIZ-BRAVO, Patricia *et al.* (compiladora). *Desarrollo humano y libertades. Una aproximación interdisciplinaria*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, pp. 99-115.

2007 “La interculturalidad y los desafíos de una nueva forma de ciudadanía”. En ANSIÓN, Juan *et al.* *Educación en ciudadanía intercultural*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, pp. 37-61.

APPIAH, K. Anthony

2009 [1994] “Identidad, autenticidad, supervivencia. Sociedades multiculturales y reproducción social”. En TAYLOR, Charles. *El multiculturalismo y “la política del reconocimiento”*. Segunda edición. México: Fondo de Cultura Económica, pp. 213-232.

ARENAS BARCHI, Fabrizio

s/f “Sujeto indígena y modernidad política. El conflicto cultural como determinación clave de la transformación intercultural del Estado”. En ARENAS, Fabrizio. *Sujeto indígena y modernidad política. El conflicto cultural como determinación clave de la transformación intercultural del Estado*, pp. 1-4. Consulta: noviembre del 2011.  
<[http://www.cebem.org/cmsfiles/archivos/conflictos\\_interculturales\\_per\\_u.pdf](http://www.cebem.org/cmsfiles/archivos/conflictos_interculturales_per_u.pdf)>.

ATIENZA, Manuel

2007 “Constitución y argumentación”. *Anuario de filosofía del derecho*. Madrid, número 24, pp. 197-225. Consulta: setiembre del 2012.  
<<http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2769946>>

2001 “La dimensión institucional del Derecho y la justificación jurídica”. *Doxa: Cuadernos de filosofía del Derecho*. Alicante, número 24, pp. 115-130. Consulta: setiembre del 2012.  
<<http://rua.ua.es/dspace/handle/10045/10190>>

1999 “El Derecho como argumentación”. *Isonomía*. México D.F., número 21, pp. 37-47. Consulta: setiembre del 2012.  
<<http://isegoria.revistas.csic.es/index.php/isegoria/article/view/76/76>>

BALLÓN AGUIRRE, Francisco

1980 *Etnia y represión penal*. Lima: CIPA.

## BANCO INTERAMERICANO DE DESARROLLO (BID)

2011 *Pueblos indígenas*. Consulta: 12 de junio del 2012.

<http://www.iadb.org/es/temas/genero-pueblos-indigenas-y-afrodescendientes/porcentaje-de-poblacion-indigena-en-america-latina,7043.html#.U127p1Arel>>.

BARATTA, Giorgio

2003 *Las rosas y los cuadernos. El pensamiento dialógico de Antonio Gramsci*. Barcelona: Belaterra.

BELLO MALDONADO, Álvaro

2008 “Ciudadanía intercultural en América Latina: la búsqueda de un marco conceptual”. En ALFARO, Santiago, Juan ANSIÓN y Fidel TUBINO (editores). *Ciudadanía intercultural. Conceptos y pedagogía desde América Latina*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, pp. 29-48.

BENDA-BECKMANN, Franz y Keebet BENDA-BECKMANN

2006 “How Communal is Communal and Whose Communal is It? Lessons from Minangkabou”. BENDA-BECKMANN, Franz *et al.* (editores). *Changing Properties of Property*. New York: Berghahn Books, pp.194-217.

BERMAN, Marshall

2011[1988] *Todo lo sólido se desvanece en el aire*. Segunda edición. México: Siglo XXI.

BERNAL PULIDO, Carlos

2003 “Estructura y límites de la ponderación”. *Doxa: Cuadernos de filosofía del Derecho*. Alicante, número 26, pp. 225-238. Consulta: setiembre del 2012. <[http://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10074/1/doxa26\\_12.pdf](http://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10074/1/doxa26_12.pdf)>

BERTELY BUSQUETS, María

2008 “Perspectivas teóricas en torno a la construcción de ciudadanías alternas. Ciudadanías interculturales, activas y solidarias frente a la crisis del modelo democrático-liberal en México”. En ALFARO, Santiago, Juan ANSIÓN y Fidel TUBINO (editores). *Ciudadanía intercultural. Conceptos y pedagogía desde América Latina*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, pp. 125-161.

BONILLA, Daniel

2008 “Confianza, instituciones políticas y minorías culturales”. En SIERRA MEJÍA, Rubén. *La crisis colombiana. Reflexiones filosóficas*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, pp. 225-255.

2006 *La Constitución multicultural*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores.

BUTLER, Judith

2007 *El género en disputa. El feminismo y la subversión de la identidad*. Barcelona: Paidós.

CAMOU, Antonio

1994 “Ciudadanía, tejido intercultural y modernización en el marco de una transformación productiva con equidad (o de cómo entrar a la modernidad por la puerta que más nos guste)”. *Cholonautas*. Sitio web para el desarrollo de las Ciencias Sociales en el Perú. Consulta: 13 de noviembre del 2008. <<http://www.cholonautas.edu.pe/busca.php?busca=interculturalidad>>.



CASTILLO CÓRDOVA, Luis

2008 *El Tribunal Constitucional y su dinámica jurisprudencial*. Lima: Palestra.

CAVIGLIA, Alessandro

2003 “Derechos humanos y ciudadanía intercultural”. En VIGIL, Nila y Roberto, Zariquiey (editores). *Ciudadanías inconclusas. El ejercicio de los derechos en sociedades asimétricas*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, pp. 25-36.

CENTRO AMAZÓNICO DE ANTROPOLOGÍA y APLICACIÓN PRÁCTICA (CAAAP) y GRUPO INTERNACIONAL DE TRABAJO SOBRE ASUNTOS INDÍGENAS (IWGIA)

2012 *Libro Azul Británico. Informes de Roger Casement y otras cartas sobre las atrocidades en el Putumayo*. Lima: IWGIA-CAAAP.

CHUECAS CABRERA, Adda

s/f “Lo cultural y lo político en los procesos de globalización: pueblos indígenas”. Lima: CAAAP. Consulta: setiembre del 2011.  
<<http://www.ibcperu.org/doc/isis/6447.pdf>>.

CLAVERO, Bartolomé

2008 *Geografía jurídica de América Latina. Pueblos indígenas entre constituciones mestizas*. México: Siglo XXI.

COETZEE, John M.

2003 [1980] *Esperando a los bárbaros*. Barcelona: Grupo Editorial Random House Mondadori.

COMISIÓN ECONÓMICA PARA AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE (CEPAL)

2006 *Panorama social de América Latina*. CEPAL. Consulta: 20 de noviembre del 2011.

<[http://www.eclac.cl/publicaciones/xml/0/27480/PSE\\_2006.pdf](http://www.eclac.cl/publicaciones/xml/0/27480/PSE_2006.pdf)>.

#### COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

2010 *Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. Washington: OEA.

CORNEJO POLAR, Antonio

1996 “Una heterogeneidad no dialéctica: sujeto y discurso migrantes en el Perú moderno”. En *Revista Iberoamericana*, volumen LXII, números 176-177, pp. 837-844. Consulta: 10 de noviembre del 2011.

<<http://www.cholonautas.edu.pe/modulo/upload/corn.pdf>>.

#### CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA

s/f *Relatoría*. Consulta: 15 de noviembre del 2008.

<<http://www.corteconstitucional.gov.co/>>.

#### DEFENSORÍA DEL PUEBLO

2010 *Actuaciones defensoriales en el marco del conflicto de Bagua. Informe de la Defensora del Pueblo a la Comisión del Congreso de la República que investiga los sucesos de Bagua, aledaños y otros*. Lima: Defensoría del Pueblo.

EAGLETON, Terry

2001 *La idea de cultura. Una mirada política sobre los conflictos culturales*. Barcelona: Paidós.

ESPINOSA DE RIVERO, Oscar

2009 “¿Salvajes opuestos al progreso?: aproximaciones históricas y antropológicas a las movilizaciones indígenas en la Amazonía peruana”.  
*En Anthropologica*, año XXVII, número 27, pp. 123-168. Lima: PUCP.

ETXEBARRÍA, Xavier

2001 “Derechos culturales e interculturalidad”. En HEISE, María (compiladora). *Interculturalidad. Creación de un concepto y desarrollo de una actitud*. Lima: Programa FORTE-PE, pp. 17-38.

EZCURRA, Alvaro

2007 *Iniciarse en la redacción universitaria*. Colección Intertextos, número 2. Lima: Estudios Generales Letras / Pontificia Universidad Católica del Perú.

FIRST INTER-AMERICAN CONFERENCE ON INDIAN LIFE

1940 *Final Act*. Washington: U.S. Office of Indian Affairs. Consulta: noviembre del 2012.  
<<http://babel.hathitrust.org/cgi/pt?id=umn.31951p01092161j;view=1up:sq=1>>.

FRANCO VALDIVIA, Rocío

2003 *Defensorías: una respuesta comunitaria a la violencia familiar*. Lima: Instituto de Defensa Legal.

FRANCO VALDIVIA, Rocío y María Alejandra, GONZÁLEZ LUNA

2009 *Justicia comunitaria en los Andes: Perú y Ecuador. Las mujeres en la justicia comunitaria: víctimas, sujeto y actores*. Lima: Instituto de Defensa Legal.

FRASER, Nancy

2000 “Nuevas reflexiones sobre el reconocimiento”. En *New Left Review*, número 4, pp. 58-64. Consulta: julio del 2011. <<http://www.uruguayeduca.edu.uy/Userfiles/P0001/File/N%20Fraser%20Reconoc.pdf>>.

GAMIO GEHRI, Gonzalo

2009 “Libertad cultural y agencia humana”. En RUIZ-BRAVO, Patricia *et al.* (compiladora). *Desarrollo humano y libertades. Una aproximación interdisciplinaria*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, pp. 65-79.

GARCÍA INDA, Andrés

2001 *Cinco apuntes sobre Derecho y posmodernidad*. Alicante: Departamento de Filosofía del Derecho de la Universidad de Alicante.

GARCÍA LOZANO, Luisa

2010 “La jurisprudencia indígena de la Corte Constitucional colombiana. ¿El resultado de prácticas emancipadoras o adaptativas?” En YRIGOYEN FAJARDO, Raquel (editora). *Pueblos indígenas. Constituciones y reformas políticas en América Latina*. Lima: Instituto Internacional de Derecho y Sociedad, pp. 133-152.

GIBNEY, Matthew

2008 “Who Should be Included? Noncitizens, Conflict and the Constitution of the Citizenry”. En STEWART, Frances. *Horizontal Inequalities and Conflict. Understanding Group Violence in Multiethnic Societies*. Oxford: Centre for Research on Inequality, Human Security and Ethnicity, Department of International Development, pp. 25-40.

GIDDENS, Anthony

- 1999 *Consecuencias de la modernidad*. Madrid: Alianza Editorial.
- GIMÉNEZ ROMERO, Carlos
- 2003 “Pluralismo, multiculturalismo e interculturalidad. Propuesta de clarificación y apuntes educativos”. Consulta: noviembre del 2008.  
<<http://red.pucp.edu.pe/ridei/temas/pluralismo-multiculturalismo-e-interculturalidad-propuesta-de-clarificacion-y-apuntes-educativos/>>.
- GIRAUDO, Laura
- 2011 “Un campo indigenista trasnacional y ‘casi profesional’: la apertura en Pátzcuaro (1940) de un espacio por y para los indigenistas”. En GIRAUDO, Laura y Juan MARTÍN-SÁNCHEZ (editores). *La ambivalente historia del indigenismo: campo interamericano y trayectorias nacionales, 1940-1970*. Lima: IEP, pp. 21-98.
- GIRAUDO, Laura y Juan MARTÍN-SÁNCHEZ
- 2011 “Introducción”. En GIRAUDO, Laura y Juan MARTÍN-SÁNCHEZ (editores). *La ambivalente historia del indigenismo: campo interamericano y trayectorias nacionales, 1940-1970*. Lima: IEP, pp. 9-19.
- GITLITZ, John
- 2005 “Justicia rondera y derechos humanos en Cajamarca: entendiendo la resolución de conflictos en las rondas del norte del Perú”. *Ius et Veritas*, número 31, pp. 322-333.
- GRÁNDEZ CASTRO, Pedro
- 2010 *Tribunal Constitucional y argumentación jurídica*. Lima: Palestra.
- GUASTINI, Ricardo

2008 “Una teoría cognoscitiva de la interpretación”. *Isonomía*. México D.F., número 29, pp. 15-31. Consulta: setiembre del 2012.  
<<http://www.biblioteca.org.ar/libros/211528.pdf>>

GUERRERO, Andrés

1994 “Una imagen ventrílocua: el discurso liberal de la ‘desgraciada raza indígena’ a fines del siglo XIX”. En MURATORIO, Blanca (editora). *Imágenes e imagineros. Representaciones de los indígenas ecuatorianos, siglos XIX y XX*. Quito: FLACSO-Ecuador, pp. 197-224.

GUEVARA GIL, J. Armando

2012 “La propiedad agraria en el derecho colonial”. En PRIORI POSADA, Giovanni. *Estudios sobre la propiedad*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, pp. 265-282.

2009 *Diversidad y complejidad legal. Aproximaciones a la Antropología e Historia del Derecho*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

GUTMANN, Amy

2009 [1994] “Introducción”. En TAYLOR, Charles. *El multiculturalismo y “la política del reconocimiento”*. Segunda edición. México: Fondo de Cultura Económica, pp. 23-52.

HÄBERLE, Peter

2003 *El Estado Constitucional*. México, D. F.: Universidad Nacional Autónoma de México.

HABERMAS, Jürgen

2009 [1994] “La lucha por el reconocimiento en el Estado democrático de derecho”. En TAYLOR, Charles. *El multiculturalismo y “la política del*

*reconocimiento*”. Segunda edición. México: Fondo de Cultura Económica, pp. 155-212.

HALE, Charles

2004 “Identidades politizadas, derechos culturales y las nuevas formas de gobierno neoliberal”. En EURAQUE, Darío, Jeffrey GOULD y Charles HALE (editores). *Memorias del mestizaje. Cultura política en Centroamérica de 1920 al presente*. Guatemala: Cirma.

HIRSCH, Susan y Mindie LAZARUS-BLACK

1994 “Introduction. Performance and Paradox: Exploring Law’s Role in Hegemony and Resistance”. En LAZARUS-BLACK, Mindie. *Contested States: Law, Hegemony and Resistance (After the Law)*. Londres: Routledge, pp. 1-31.

HOBSBAWM, Eric

1992 *Naciones y nacionalismo desde 1780*. Segunda edición. Barcelona: Crítica.

HUAITA ALEGRE, Marcela

2009a “Reformulación de la interpretación social, concepto de género y su aplicación”. En IDEHPUCP. *Entre la teoría y la práctica: nuevas perspectivas sobre los derechos de la mujer. Enseñanzas del Segundo Programa Especializado sobre Derechos Humanos de las Mujeres*. Lima: Instituto de Democracia y Derecho Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, pp. 11-16.

2009b “Perspectiva de género, teorías y alcance del concepto”. En IDEHPUCP. *Entre la teoría y la práctica: nuevas perspectivas sobre los derechos de la mujer. Enseñanzas del Segundo Programa Especializado sobre*

*Derechos Humanos de las Mujeres*. Lima: Instituto de Democracia y  
Derecho Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, pp. 17-  
24.

HUAYHUA, Margarita

2010 *Runama Kani icha Alquchu?: Everyday Discrimination in the Southern  
Andes*. Tesis doctoral. Michigan: The University of Michigan. Consulta:  
junio del 2011.  
<[http://deepblue.lib.umich.edu/bitstream/handle/2027.42/78888/0/huayhua  
m\\_1.pdf?sequence=1](http://deepblue.lib.umich.edu/bitstream/handle/2027.42/78888/0/huayhua_m_1.pdf?sequence=1)>.

IGUIÑIZ ECHEVARRÍA, Javier

2009 “Desarrollo como libertad: invitación a la interdisciplinariedad”. En  
RUIZ-BRAVO, Patricia *et al.* (compiladores). *Desarrollo humano y  
libertades. Una aproximación interdisciplinaria*. Lima: Fondo Editorial  
de la Pontificia Universidad Católica del Perú, pp. 13-36.

INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA E INFORMÁTICA (INEI)

2006 *Encuesta Nacional Continua 2006 (ENCO)*. Lima: INEI.

JUNG, Courtney

2007 “Democratic Engagement with Ethnic Minority Claims: A  
Methodological Intervention into a Normative Debate”. En PAYROW,  
Omid. *Multiculturalism and Law. A critical debate*. Cardiff: University  
of Wales Press, pp. 263-279.

KYMLICKA, Will

1996 *Ciudadanía multicultural*. Barcelona: Paidós.

1992 “The Rights of Minority Cultures”. *Political Theory*, volumen 20,  
número 1, pp. 140-146.



LANGER, Armin y Graham K. BROWN

2008 “Cultural Status Inequalities: An Important Dimension of Group Mobilization”. En STEWART, Frances. *Horizontal Inequalities and Conflict. Understanding Group Violence in Multiethnic Societies*. Oxford: Centre for Research on Inequality, Human Security and Ethnicity, Department of International Development, pp. 41-53.

LANDA ARROYO, César

2012 “Interculturalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”. En HURTADO POZO, José (director). *Sistema de control penal y diferencias culturales. Anuario de Derecho Penal 2010*. Lima: Universidad de Friburgo / Pontificia Universidad Católica del Perú, pp. 101-111.

2011 “La fuerza normativa constitucional de los derechos fundamentales”. En BAZÁN, Víctor y Claudio NASH (editores). *Justicia constitucional y derechos fundamentales. La fuerza normativa de la Constitución*. Montevideo: Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile / Konrad-Adenauer-Stiftung, pp. 17-42.

2009 “Ética y justicia constitucional”. *Revista de Derecho Político*. Madrid, números 75-76, pp. 245-272.

2002a “Dignidad de la persona humana”. *Cuestiones constitucionales*. México, D. F., número 7, pp. 109-138.

2002b “Teoría de los derechos fundamentales”. *Cuestiones constitucionales*. México DF, número 6, pp. 49-71.

LAZARUS-BLACK, Mindie

1994 “Slaves, Masters, and Magistrates: Law and the Politics of Resistance in the British Caribbean, 1736-1834”. LAZARUS-BLACK, Mindie. *Contested States: Law, Hegemony and Resistance (After the Law)*. Londres: Routledge, pp. 252-281.

LÓPEZ, Luis Enrique

2008 “¿Hacia una ciudadanía intercultural en la Bolivia plurinacional?”. En ALFARO, Santiago, Juan ANSIÓN y Fidel TUBINO (editores). *Ciudadanía intercultural. Conceptos y pedagogía desde América Latina*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, pp. 49-89.

LÓPEZ, Sinesio

2006 “Democracia y gobernabilidad: actores, instituciones y condiciones”. En *Cuaderno descentralista*. Lima: Propuesta Ciudadana. Consulta: septiembre del 2011. <[http://propuestaciudadana.org.pe/red/apc-aa/archivos-aa/068d5099c088d67686280321657b29ee/43\\_Democracia\\_y\\_gobernabilidad.pdf](http://propuestaciudadana.org.pe/red/apc-aa/archivos-aa/068d5099c088d67686280321657b29ee/43_Democracia_y_gobernabilidad.pdf)>.

LÓPEZ ALBUJAR, Enrique

1983 *Cuentos andinos*. Lima: Libertadores de América.

LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo

2006 *El derecho de los jueces*. Segunda edición. Bogotá: Legis.

NOVAK, Fabián y Luis GARCÍA-COROCHANO

2003 *Derecho internacional público*. Tomo I. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

MAALOUF, Amin

- 2001 *Identidades asesinas*. Madrid: Alianza Editorial.
- MÁLAGA MONTOYA, Martín
- s/f “Conflictos interculturales en espacios municipales rurales”. En ARENAS, Fabrizio. *Sujeto indígena y modernidad política. El conflicto cultural como determinación clave de la transformación intercultural del Estado*, pp. 5-7. Consulta: noviembre del 2011. <[http://www.cebem.org/cmsfiles/archivos/conflictos\\_interculturales\\_peru.pdf](http://www.cebem.org/cmsfiles/archivos/conflictos_interculturales_peru.pdf)>.
- MANACÉS VALVERDE, Jesús y Carmen GÓMEZ CALLEJA
- 2013 *La verdad de Bagua: Informe en minoría de la Comisión Especial para Investigar y Analizar los Sucesos de Bagua*. Lima: COMISEDH / IDL.
- MÉNDEZ GASTELUMENDI, Cecilia
- 2006 “Las paradojas del autoritarismo: ejército, campesinado y etnicidad en el Perú, siglo XIX al XX”. *Iconos, Revista de Ciencias Sociales*, número 26, pp. 17-34. Quito.
- 2002 *El poder del nombre, o la construcción de identidades étnicas y nacionales en el Perú*. Lima: IEP.
- 1996 *Incas sí, indios no: apuntes para el estudio del nacionalismo criollo en el Perú*. Lima: IEP.
- MOLLER OKIN, Susan
- 2007 “Is Multiculturalism Bad for Women?”. En *Género y política*. Material de enseñanza. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú.
- MONROE, Javier
- 2007 *Mapa conceptual sobre interculturalidad*. Cusco (no publicado) (texto citado con autorización del autor).

MORESO, José Juan

- 2000 “Algunas consideraciones sobre la interpretación constitucional”. *Doxa: Cuadernos de filosofía del Derecho*. Alicante, número 23, pp. 105-118.  
Consulta: setiembre del 2012.  
<<http://www.biblioteca.org.ar/libros/142022.pdf>>

OLIART, Patricia

- 2000 “Cuestionando certidumbres: antropología y estudios de género en el Perú”. En DEGREGORI, Carlos Iván. *No hay país más diverso. Compendio de antropología peruana*. Lima: Red para el Desarrollo de las Ciencias Sociales en el Perú, pp. 331-350.

#### ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO

- 2009 *Los derechos de los pueblos indígenas y tribales en la práctica. Una guía sobre el Convenio 169*. Ginebra: OIT.
- 1989 *Convenio OIT N° 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes*. Ginebra: OIT.
- 1957 *Convenio OIT N° 107 relativo a la protección e integración de las poblaciones indígenas y de otras poblaciones tribuales y semitribuales en los países independientes*. Ginebra: OIT.

#### ORGANIZACIÓN NACIONAL DE LAS NACIONES UNIDAS

- 2007 *Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas*. Nueva York: ONU.

ORTEGA, Julio

- 2006 “Adiós, Ayacucho”. En FAVERÓN PATRIAU, Gustavo. *Toda la sangre. Antología de cuentos peruanos sobre la violencia política*. Lima: Matalamanga, pp. 67-122.

PATRÓN, Pepi

2009 “Relativismo y universalismo en el enfoque de las capacidades”. En RUIZ-BRAVO, Patricia *et al.* (compiladora). *Desarrollo humano y libertades. Una aproximación interdisciplinaria*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, pp. 37-47.

PLASENCIA SOTO, Rommel

2005 “¿Existe la cultura andina?”. En *Revista de Antropología*, número 3, pp. 275-282. Consulta: noviembre del 2011. <[http://sisbib.unmsm.edu.pe/bibvirtualdata/publicaciones/revis-antrop/n3\\_2005/a13.pdf](http://sisbib.unmsm.edu.pe/bibvirtualdata/publicaciones/revis-antrop/n3_2005/a13.pdf)>.

PLENO JURISDICCIONAL DE LOS JUECES SUPREMOS DE LO PENAL

2010 “Acuerdo Plenario N° 1-2009/CJ-116”. En LA ROSA CALLE, Javier y Juan Carlos RUIZ MOLLEDA (editores). *La facultad jurisdiccional de las Rondas Campesinas. Comentarios al Acuerdo Plenario de la Corte Suprema que reconoce facultades jurisdiccionales a las Rondas Campesinas*. Lima: IDL / Justicia Viva.

PROGRAMA DE NACIONES UNIDAS PARA EL DESARROLLO

2010 “El proceso importa: el papel de las aspiraciones y la autonomía en la transmisión de la desigualdad”. En PNUD. *Informe Regional sobre Desarrollo Humano para América Latina y el Caribe 2010. Actuar sobre el futuro: romper la transmisión intergeneracional de la desigualdad*. San José: PNUD, pp. 81-93.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ-TVCULTURA

2008 *Lenguas del Perú* [videograbación]. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú - TVCultura. Consulta: septiembre del 2011.

<<http://videos.pucp.edu.pe/videos/ver/ae753f60d44b59a314071e71e848a2aa>>.

RADIO NEDERLAND WERELDOMROEP LATINOAMÉRICA

2010 *Los grupos étnicos y las creaciones políticas*. Hilversum: Radio Nederland Wereldomroep. Consulta: 15 de octubre del 2012.  
<<http://www.rnw.nl/espanol/video/los-grupos-etnicos-y-las-creaciones-politicas>>.

RAMÍREZ, Silvina

2010 “Siete problemas del nuevo constitucionalismo indigenista: ¿Pueden las matrices constitucionales latinoamericanas garantizar los derechos de los pueblos Indígenas?”. En YRIGOYEN FAJARDO, Raquel (editor). *Pueblos indígenas. Constituciones y reformas políticas en América Latina*. Lima: Instituto Internacional de Derecho y Sociedad, pp. 273-292.

RICARD LANATA, Xavier

2007 *Ladrones de sombra. El universo religioso de los pastores del Ausangate (Andes sur peruanos)*. Lima: Instituto Francés de Estudios Andinos / Centro Bartolomé de las Casas.

RODRÍGUEZ REGUEIRA, José Luis

s/f “Multiculturalismo. El reconocimiento de la diferencia como mecanismo de marginación social”. *Cholonautas*. Sitio web para el desarrollo de las Ciencias Sociales en el Perú. Consulta: 13 de noviembre del 2008.  
<[http://www.ugr.es/~pwlac/G17\\_04JoseLuis\\_Rodriguez\\_Regueira.html](http://www.ugr.es/~pwlac/G17_04JoseLuis_Rodriguez_Regueira.html)>.

ROSENFELD, Michael

2007 “Equality and the Dialectic between Identity and Difference”. En PAYROW, Omid. *Multiculturalism and Law. A Critical Debate*. Cardiff: University of Wales Press, pp. 156-181.

ROCKEFELLER, Steven

2009 [1994] “Comentario a ‘la política del reconocimiento?’”. En TAYLOR, Charles. *El multiculturalismo y “la política del reconocimiento”*. Segunda edición. México: Fondo de Cultura Económica, pp. 131-145.

RUIZ-BRAVO, Patricia

2009 “Agencia, género y desarrollo humano”. En RUIZ-BRAVO, Patricia *et al.* (compiladores). *Desarrollo humano y libertades. Una aproximación interdisciplinaria*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, pp. 81-95.

RUIZ MOLLEDA, Juan Carlos y Luis Andrés ROEL ALVA

2011 *Manual de herramientas legales para operadores del sistema de justicia para defender los derechos de los pueblos indígenas*. Lima: Instituto de Defensa Legal.

SACRISTÁN, Manuel

1974 *Antonio Gramsci: Antología*. Segunda edición. México: Siglo XXI.

SALMÓN, Elizabeth

2010 *Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Los derechos de los pueblos indígenas*. Tomo 3. Lima: IDEHPUCP.

SÁNCHEZ, Consuelo

2010 “Autonomía, Estados pluriétnicos y plurinacionales”. En YRIGOYEN FAJARDO, Raquel (editora). *Pueblos indígenas. Constituciones y*

*reformas políticas en América Latina*. Lima: Instituto Internacional de Derecho y Sociedad, pp.81-109.

SANTOS, Boaventura de Sousa

2009 *Sociología jurídica crítica*. Bogotá: Instituto Latinoamericano para una Sociedad y un Derecho Alternativos.

1997 “Hacia una concepción multicultural de los derechos humanos”. *Análisis Político*, número 31, pp. 1-15. Instituto de Estudios Políticos y Relaciones Internacionales de la Universidad Nacional de Colombia. Consulta: 5 de noviembre del 2008.

<http://biblioteca.clacso.edu.ar/ar/libros/colombia/assets/own/analisis31.pdf>.

SARTORI, Giovanni

2001 *La sociedad multiétnica*. Madrid: Grupo Santillana de Ediciones S.A.

SCORZA, Manuel

2005 [1991] *Redoble por Rancas*. México: Siglo XXI Editores.

SEN, Amartya

2007 *Identidad y violencia. La ilusión del destino*. Buenos Aires: Katz.

2000 *Desarrollo y libertad*. Barcelona: Planeta.

1999 “Cultura, libertad e independencia”. En UNESCO. *Informe mundial sobre la cultura. Cultura, creatividad y mercados*. UNESCO / Acento y Fundación Santa María. Consulta: octubre del 2008.  
<http://www.chihuahua.gob.mx/atach2/codesoypc/uploads/Lecturas%20de%20Pol%C3%ADtica%20Social/Lecturas%20sobre%20Desarrollo%20Humano/Amartya%20Sen/Cultura,%20libertad%20e%20independencia.pdf>.



SILVA SANTIESTEVEAN, Rocío

2006 “Spivak, los subalternos y el Perú”. En *Hueso Húmero*, número 49, pp. 133-144. Lima: Mosca Azul Editores.

STAVENHAGEN, Rodolfo

2006 “Los derechos de los pueblos indígenas: esperanzas, logros y reclamos”. En BERRAONDO, Mikel (coordinador). *Pueblos indígenas y derechos humanos*. Bilbao: Universidad de Deusto, pp. 21-28.

2002 “Indigenous Peoples and the State in Latin America: An Ongoing Debate”. En SIEDER, Rachel. *Multiculturalism in Latina America Indigenous Rights, Diversity and Democracy*. London: Institute of Latin American Studies, pp. 24-44.

STERN, Steve

1986 *Los pueblos indígenas del Perú y el desafío de la conquista española. Huamanga hasta 1640*. Madrid: Alianza Editorial, pp. 185-218.

TAYLOR, Charles

2009 [1994] “La política del reconocimiento”. En TAYLOR, Charles. *El multiculturalismo y “la política del reconocimiento”*. Segunda edición. México: Fondo de Cultura Económica, pp. 54-116.

TRAGZENIES, Fernando de

1993 “Pluralismo jurídico: posibilidades, necesidades y límites”. En TRAGZENIES, Fernando de *et al. Comunidades campesinas y nativas en el nuevo contexto nacional*. Lima: CAAAP-SER, pp. 13-35.

1983 “Informe sobre Uchuraccay”. VARGAS LLOSA, Mario. *Informe de la Comisión Investigadora de los Sucesos de Uchuraccay*. Lima: Editora Perú, pp. 127-157.

- 1978 “El caso Huayanay: El ocaso de los héroes”. *Cuadernos Agrarios*, número 2, pp. 47-65. Lima.
- 1977 “El caso Huayanay: El Derecho en situación límite”. *Cuadernos Agrarios*, número 1, pp. 73-118. Lima.
- TUBINO, Fidel
- 2009 “Libertad de agencia: entre Sen y H. Arendt”. En RUIZ-BRAVO, Patricia *et al.* (compiladora). *Desarrollo humano y libertades. Una aproximación interdisciplinaria*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, pp. 51-63.
- 2008 “Aportes y límites de la hermenéutica diatópica al diálogo intercultural sobre los derechos humanos”. Actas de las Cuartas Jornadas Peruanas de Fenomenología y Hermenéutica, CIphER-PUCP. Lima. Consulta: julio del 2008.  
<<http://eltalondeaquiles.pucp.edu.pe/sites/eltalondeaquiles.pucp.edu.pe/files/TubinoHermDiatopica.pdf>>.
- 2007 “El interculturalismo frente a los desafíos del pluralismo jurídico”. OEI-EQUITAS. Consulta: julio del 2008.  
<<http://www.ibcperu.org/doc/isis/12994.pdf>>.
- 2004a “El interculturalismo latinoamericano y los Estados nacionales”. Presentado en el Foro Latinoamericano sobre Interculturalidad, Ciudadanía y Educación, organizado por FLAPE. Cuetzalán. Consulta: julio del 2008. <[http://test-red.pucp.edu.pe/ridei/wp-content/uploads/biblioteca/interculturalismo\\_latino.pdf](http://test-red.pucp.edu.pe/ridei/wp-content/uploads/biblioteca/interculturalismo_latino.pdf)>.

- 2004b “Del interculturalismo funcional al interculturalismo crítico”. Consulta: julio del 2008. <<http://fongdcam.org/wp-content/uploads/2012/01/delinterculturalismoTubino.pdf>>.
- 2002 “Entre el multiculturalismo y la interculturalidad: más allá de la discriminación positiva”. *Cholonautas*. Sitio web para el desarrollo de las Ciencias Sociales en el Perú. Consulta: noviembre del 2008. <<http://www.cholonautas.edu.pe/busca.php?busca=interculturalidad>>.
- UNICEF
- s/a *Los pueblos indígenas en América Latina*. Consulta: 12 de octubre del 2013. <[http://www.unicef.org/lac/pueblos\\_indigenas.pdf](http://www.unicef.org/lac/pueblos_indigenas.pdf)>.
- URIOSTE, Diana
- 2009 “Mujer indígena, pobreza y acciones positivas”. En IDEHPUCP. *Entre la teoría y la práctica: nuevas perspectivas sobre los derechos de la mujer. Enseñanzas del Segundo Programa Especializado sobre Derechos Humanos de las Mujeres*. Lima: Instituto de Democracia y Derecho Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, pp. 90-100.
- URTEAGA CROVETTO, Patricia
- 2001 “Interculturalidad, interlegalidad y derechos humanos”. Ponencia presentada en el Curso Internacional “Constitución y Derechos Humanos”, organizado por la Defensoría del Pueblo y la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de la Amazonía Peruana. Iquitos. Consulta: octubre del 2008. <<http://red.pucp.edu.pe/ridei/wp-content/uploads/biblioteca/interculturalidad.pdf>>.
- VÁZQUEZ GARCÍA, Norma

- 2006 “¿Complementariedad o subordinación? Distintas maneras de entender la relación entre mujeres y hombres en el mundo indígena”. En BERRAONDO, Mikel (coordinador). *Pueblos indígenas y derechos humanos*. Bilbao: Universidad de Deusto, pp. 293-309.
- VEGA GARCÍA, Pedro de
- 1998 “El tránsito del positivismo jurídico al positivismo jurisprudencial en la doctrina constitucional. *Teoría y realidad constitucional*. Madrid, número 1, pp. 65-87. Consulta: setiembre del 2012.  
<<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/trcons/cont/1/est/est3.pdf>>
- 1988 “En torno a la legitimidad constitucional”. En INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS. *Estudio en homenaje al docto Héctor Fix-Zamudio en sus treinta años como investigador de las ciencias jurídicas*. Tomo I Derecho Constitucional. México: Universidad Nacional Autónoma de México, pp. 803-825. Consulta: setiembre del 2012. <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/2/641/38.pdf>>
- WALZER, Michael
- 2009 [1994] “Comentario a ‘a política del reconocimiento’”. En TAYLOR, Charles. *El multiculturalismo y “la política del reconocimiento”*. Segunda edición. México: Fondo de Cultura Económica, pp. 146-152.
- WEBB, Richard *et al.*
- 2006 *La construcción del derecho de propiedad. El caso de los asentamientos humanos en el Perú*. Lima: Colegio de Notarios de Lima.
- WIEVIORKA, Michel

2003 “Diferencias culturales, racismo y democracia”. En Daniel Mato (coordinador). *Políticas de identidades y diferencias sociales en tiempos de globalización*. Caracas: FACES-UCV, pp. 17-32. Consulta: octubre del 2008. <<http://www.globalcult.org.ve/pub/Rocky/Libro1/3-wieviorka%20.pdf>>.

WILHELMI, Marco Aparicio

2006 “El derecho de los pueblos indígenas a la libre determinación”. En BERRAONDO, Mikel (coordinador). *Pueblos indígenas y derechos humanos*. Bilbao: Universidad de Deusto, pp. 399-421.

WOLF, Susan

2009 [1994] “Comentario a ‘la política del reconocimiento’”. En TAYLOR, Charles. *El multiculturalismo y “la política del reconocimiento”*. Segunda edición. México: Fondo de Cultura Económica, pp. 117-145.

YRIGOYEN FAJARDO, Raquel

2010 “A los veinte años del Convenio 169 de la OIT: balance y retos de implementación de los derechos de los pueblos indígenas de Latinoamérica”. En YRIGOYEN FAJARDO, Raquel (editora). *Pueblos indígenas. Constituciones y reformas políticas en América Latina*. Lima: Instituto Internacional de Derecho y Sociedad, pp. 15-80.

2002 “Peru: Pluralist Constitution, Monist Judiciary - A Post-Reform Assessment”. En SIEDER, Rachel. *Multiculturalism in Latina America Indigenous Rights, Diversity and Democracy*. London: Institute of Latin American Studies, pp. 157-183.

YVINEC, Maud

2012 “El decreto de esclavitud de indios libres’ (1846). Discursos en conflicto sobre los indígenas en el Perú decimonónico republicano”. Ponencia presentada en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima.



## SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Expediente N° 018-96-I/TC, de 29 de abril de 1997.

Expediente N° 746-97-AA/TC, de 1 de octubre de 1999.

Expediente N° 127-2000-AA/TC, de 5 de abril del 2000.

Expediente N° 872-99-AA/TC, de 5 de julio del 2000.

Expediente N° 1009-2004-AA/TC, del 20 de julio del 2003.

Expediente N° 598-2004-AA, de 15 de julio del 2004.

Expediente N° 0031-2004-AI/TC, de 23 de setiembre del 2004.

Expediente N° 4057-2004-AA/TC, de 28 de enero del 2005.

Expediente N° 3510-2003-AA/TC, de 13 de abril del 2005.

Expediente N° 0042-2004-AI/TC, de 13 de abril del 2005.

Expediente N° 0020-2005-PI/TC y Expediente N° 0021-2005-PI/TC (acumulados), de 14 de setiembre del 2005.

Expediente N° 6167-2005-PHC/TC, de 28 de febrero del 2006.

Expediente N° 0033-2005-PI/TC, de 29 de agosto del 2006.

Expediente N° 5573-2006-PHC/TC, de 21 de setiembre del 2006.

Expediente N° 10556-2006-PHC/TC, de 12 de enero del 2007.

Expediente N° 1206-2005-PA/TC, del 20 de abril del 2007.

Expediente N° 4719-2007-PHC/TC, de 3 de octubre del 2007.

Expediente N° 00006-2008-PI/TC, de 11 de junio del 2008.

Expediente N° 03343-2007-PA/TC, de 19 de febrero del 2009.

Expediente N° 00006-2009-PI/TC, de 5 de mayo del 2009.

Expediente N° 02939-2008-PA/TC, de 13 de mayo del 2009.

Expediente N° 00026-2009-PI/TC, de 30 de julio del 2009.

Expediente N° 00028-2009-PI/TC, de 30 de julio del 2009.

Expediente N° 05942-2006-PA/TC, de 25 de agosto del 2009.

Expediente N° 06316-2008-PA/TC, de 11 de noviembre del 2009.

Expediente N° 00015-2008-PI/TC, de 6 de enero del 2010.

Expediente N° 04611-2007-PA/TC, de 9 de abril del 2010.

Expediente N° 04789-2009-PHC/TC, de 3 de junio del 2010.

Expediente N° 00274-2010-PHC/TC, de 4 de junio del 2010.

Expediente N° 00022-2009-PI/TC, de 9 de junio del 2010.

Expediente N° 05427-2009-PC/TC, de 30 de junio del 2010.

Expediente N° 00339-2010-PA/TC, de 31 de agosto del 2010.

Expediente N° 02227-2010-PHC/TC, de 21 de setiembre del 2010.

Expediente N° 00023-2009-PI/TC, de 21 de setiembre del 2010.

Expediente N° 01528-2010-PA/TC, de 21 de octubre del 2010.

Expediente N° 00906-2009-PA/TC, de 25 de octubre del 2010.

Expediente N° 00027-2009-PI/TC, de 5 de enero del 2011.

Expediente N° 02317-2009-PA/TC, de 10 de enero del 2011.

Expediente N° 05226-2009-PA/TC, de 24 de enero del 2011.

Expediente N° 00025-2009-PI/TC, de 17 de marzo del 2011.

Expediente N° 01616-2011-PHC/TC, de 18 de mayo del 2011.

Expediente N° 00725-2010-PC/TC, de 8 de junio del 2011.

Expediente N° 00024-2009-PI/TC, de 26 de julio del 2011.

Expediente N° 01848-2011-PA/TC, de 19 de octubre del 2011.

Expediente N° 03671-2011-PA/TC, de 7 de noviembre del 2011.

Expediente N° 01939-2011-PA/TC, de 8 de noviembre del 2011.

Expediente N° 0001-2012-PI/TC, de 17 de abril del 2012.

Expediente N° 01126-2011-HC/TC, de 11 de setiembre del 2012.



Expediente N° 00220-2012-PA/TC, de 3 de octubre del 2012.

