

(AÚN MÁS) LUCES Y (QUE) SOMBRA SOBRE LA PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL DEL DERECHO A LA CONSULTA PREVIA A LOS PUEBLOS INDÍGENAS U ORIGINARIOS: A PROPOSITO DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN EL CASO DE LAS COMUNIDADES CAMPESINAS DE CHILA CHAMBILA Y CHILA PUCARA

Marilyn Aróstegui¹, con la colaboración de
Jorge Antonio Abrego Hinostraza.

Resumen

El texto aborda la situación de los pueblos indígenas u originarios en Perú, destacando que existen 55 de estos grupos en el país, representando el 6.9% de la población. A pesar de su contribución cultural, enfrentan discriminación estructural, pobreza y limitado acceso a servicios públicos.

En los últimos 25 años, se han producido reformas constitucionales en América Latina, incluyendo Perú, para reconocer los derechos de los pueblos indígenas, influenciadas por tendencias internacionales y el Convenio N° 169 de la OIT. La Constitución de 1993 reconoció la naturaleza multicultural de la nación y otorgó un estatus legal a los pueblos indígenas.

Sin embargo, la Constitución inicialmente conceptualizó la cuestión indígena como un problema agrario, y fue en 2002 cuando se les otorgó un estatus constitucional. Los pueblos indígenas han recurrido a la justicia constitucional en las últimas dos décadas para proteger sus derechos colectivos, utilizando procesos constitucionales como el amparo y la acción popular.

Las sentencias del Tribunal Constitucional y el Poder Judicial han sido fundamentales en la protección de los derechos indígenas y en la interpretación de la consulta previa. Sin embargo, una decisión reciente del

¹ Profesora en la carrera de Derecho de la Universidad Antonio Ruiz de Montoya.

Tribunal Constitucional ha generado controversia al apartarse de la línea jurisprudencial establecida sobre el Convenio N° 169 de la OIT y el derecho a la consulta previa.

El artículo propone analizar la línea jurisprudencial del Tribunal Constitucional en relación con la consulta previa, los efectos de la decisión reciente y los desafíos pendientes en la protección de este derecho, especialmente en comparación con las decisiones del Poder Judicial en asuntos constitucionales.

1. Introducción

Los pueblos indígenas u originarios son aquellos colectivos cuyo origen se remonta a antes de la conformación del Estado peruano, que conservan todas o parte de sus propias instituciones y se autoidentifican como tales². Según el Ministerio de Cultura, en el Perú existen 55 pueblos indígenas, cuya población, que aún vive en el ámbito de sus localidades, asciende a más de dos millones de personas, es decir, el 6,9% de la población a nivel nacional³.

A pesar de su invaluable aporte a la diversidad cultural del país, los pueblos indígenas comparten una situación de discriminación estructural de larga data⁴, que se expresa en el nivel de pobreza y pobreza extrema en la que se encuentran muchos de ellos, en su limitado acceso a los servicios públicos que brinda el Estado⁵ y en que no gozan de sus derechos en igual grado que el resto de la población nacional⁶.

² Ministerio de Cultura, Base de datos de pueblos indígenas u originarios – Glosario, disponible en: <https://bdpi.cultura.gob.pe/glosario> (consultado el 16 de agosto de 2022).

³ Ministerio de Cultura, "Perú. cartilla informativa sobre pueblos indígenas u originarios", 2020, disponible en: <https://centroderecursos.cultura.pe/sites/default/files/rb/pdf/Cartilla%20Peru%202020.pdf> (consultado el 16 de agosto de 2022).

⁴ Ministerio de Cultura, "Derechos de los pueblos indígenas en el Perú. El rol de garante del estado en la protección y promoción de los derechos humanos", 2014, pág. 11, disponible en: <https://centroderecursos.cultura.pe/sites/default/files/rb/pdf/DerechosdelospueblosindigenasenelPeruMaterialesdecapacitacion2.pdf> (consultado el 16 de agosto de 2022).

⁵ De acuerdo a información estadística de la Encuesta Nacional de Hogares (ENAH) del 2018, a nivel nacional la tasa de pobreza de la población que tiene como lengua materna una lengua indígena u originaria es de 32,3% y la de pobreza extrema para esta misma población es de 5,4%, ver en: Ministerio de Cultura, "Perú. cartilla informativa sobre pueblos indígenas u originarios", 2020, disponible en: <https://centroderecursos.cultura.pe/sites/default/files/rb/pdf/Cartilla%20Peru%202020.pdf> (consultado el 16 de agosto de 2022).

⁶ Organización Internacional del Trabajo. Oficina Regional para América Latina y el Caribe, "Convenio Núm. 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes. Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas", 2014, pág. 7.

En los últimos 25 años en Latinoamérica se han registrado reformas constitucionales que reconocen los derechos de los pueblos indígenas⁷, estimulados por una tendencia mundial impulsada por los propios pueblos indígenas, que encuentra su reconocimiento internacional con la aprobación del Convenio N° 169 de la Organización Internacional de Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales de 1989⁸ y se consolida con la adecuación de la referida normativa constitucional a las disposiciones convencionales.

En ese orden de ideas, como refiere Bon, toda Constitución democrática debe cumplir una doble función: proclamar los derechos a los que concede valor constitucional y, en segundo lugar, garantizar los derechos proclamados, a través de reglas jurídicas y mecanismos que encuentran en la instauración de la justicia constitucional a la cabeza de estas garantías.⁹

En el caso peruano, con la aprobación de la Constitución Política del Estado de 1993, se reconoció el carácter pluriétnico y multicultural de la nación¹⁰, lo que permitió dotar a los pueblos indígenas u originarios de un estatus jurídico, así como un marco jurídico que les reconoce derechos como colectivos¹¹.

Sin embargo, como señala Manriquez, al igual que la Constitución Política de 1979, la Constitución vigente conceptualiza la cuestión indígena como un problema agrario¹² y será con la reforma constitucional de su capítulo XIV

⁷ Banco Mundial, "Latinoamérica indígena en el siglo XXI", 2015, Estados Unidos, pág. 13, disponible en: <https://documents1.worldbank.org/curated/en/54165146799959129/pdf/Latinoam%C3%Agrica-ind%C3%ADgena-en-el-siglo-XXI-primera-d%C3%Agcada.pdf> (consultado el 15 de agosto de 2022).

⁸ Banco Mundial, "Latinoamérica indígena en el siglo XXI", 2015, Estados Unidos, pág. 47, disponible en: <https://documents1.worldbank.org/curated/en/54165146799959129/pdf/Latinoam%C3%Agrica-ind%C3%ADgena-en-el-siglo-XXI-primera-d%C3%Agcada.pdf> (consultado el 15 de agosto de 2022).

⁹ Bon, Pierre; "La protección constitucional de los derechos fundamentales: aspectos de derechos comparado europeo", en: "Revista del Centro de Estudios Constitucionales", Num. 11. Enero-Abril 1992, disponible en: <https://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/revista-del-centro-de-estudios-constitucionales/numero-11-eneroabril-1992/la-proteccion-constitucional-de-los-derechos-fundamentales-aspectos-de-derecho-comparado-europeo-1> (consultado el 15 de agosto de 2022).

¹⁰ Cardenas Krenz, Ronald, "Identidad étnica y cultural. Derecho al uso del propio idioma", en: "La Constitución comentada", 2005, tomo I, pág. 190.

¹¹ Ministerio de Cultura, "Derechos colectivos de los pueblos indígenas u originarios", 2016, pág. 8, disponible en: <https://centroderecursos.cultura.pe/sites/default/files/rb/pdf/Derechos%20colectivos%20de%20los%20pueblos%20ind%C3%ADgenas%20u%20originarios.pdf> (consultado el 15 de agosto de 2022).

¹² Manriquez Roque, Mercedes; "Estatus jurídico político de los pueblos indígenas del Perú: perspectivas del modelo de Estado Constitucional de Derechos", en: Anuario de Acción Humanitaria y Derechos Humanos, Universidad de Deusto, Num. 9/2011, pág. 109, disponible en: <https://djhr.revistas.deusto.es/article/download/994/1157/> (consultado el 15 de agosto de 2022).

del año 2002¹³, cuando se reconoce *status* constitucional a los indígenas u originarios¹⁴.

Asimismo, con relación a las reglas jurídicas y mecanismos para garantizar los derechos reconocidos constitucionalmente, en los últimos veinte años, los pueblos indígenas han recurrido en diversas oportunidades al sistema de administración de justicia para la protección de sus derechos colectivos.

Como señala Ruiz Molleda, existen condiciones mínimas para exigir judicialmente estos derechos, pero no a través de los procesos ordinarios sino a través de los procesos constitucionales, como el proceso de amparo, el proceso de cumplimiento, el proceso de acción popular, los procesos de inconstitucionalidad especialmente diseñados para la protección de los derechos fundamentales, y para garantizar la supremacía normativa de la Constitución.¹⁵

En tal sentido, a través de sus organizaciones representativas, los pueblos indígenas u originarios en el Perú han encontrado en la vía de la justicia constitucional un medio para alcanzar un conjunto de decisiones que les han permitido remover obstáculos que restringen o menoscaban el ejercicio de sus derechos colectivos.

En ese marco, las sentencias del Tribunal Constitucional y del Poder Judicial han sido fundamentales para confrontar posturas políticas y jurídicas que cuestionan la vinculatoriedad y la autoaplicación del Convenio 169 de la OIT, en cuanto instrumento internacional fundamental para el desarrollo y la interpretación de los derechos reconocidos a los pueblos indígenas bajo el marco constitucional vigente y, especialmente, sobre el carácter constitucional del derecho a la consulta previa.

No obstante, en una de sus decisiones más recientes, ante la demanda de amparo interpuesta por las comunidades campesinas Chila Chambila y Chila Pucará de Puno, en el Exp N° 03066-2019-PA/TC, el Tribunal Constitucional se ha apartado de una reiterada y constante línea jurisprudencial respecto de los alcances y jerarquía normativa del Convenio N° 169 de la OIT, el carácter

¹³ Conforme a reforma constitucional introducida mediante la Ley N° 27680 de 7 de marzo de 2002

¹⁴ Mariquez Roque, Mercedes; "Estatus jurídico político de los pueblos indígenas del Perú: perspectivas del modelo de Estado Constitucional de Derechos", en: Anuario de Acción Humanitaria y Derechos Humanos, Universidad de Deusto, Num. 9/2011, pág. 109, disponible en: <https://djh.r.revistas.deusto.es/article/download/994/1157/> (consultado el 15 de agosto de 2022).

¹⁵ Ruiz Molleda, Juan Carlos, "Guía del litigio constitucional en defensa de los derechos de los pueblos indígenas para activistas en derechos humanos", 2013, pág 7, disponible en: <https://centroderecursos.cultura.pe/sites/default/files/rb/pdf/Sgia%20del%20litigio%20institucional.pdf> (consultado el 15 de agosto de 2022).

de derecho constitucional fundamental de la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios y sin asumir posición frente a como reponer las cosas al estado anterior a la violación¹⁶ del referido derecho.

En tal sentido, el presente artículo se propone analizar los principales aportes de la línea jurisprudencial desarrollada por el Tribunal Constitucional en materia de consulta previa, cuáles serían los posibles efectos jurídicos de su decisión en el Exp. N° 03066-2019-PA/TC sobre la referida línea jurisprudencial y, finalmente, los retos que aún no han sido abordados por el máximo intérprete de la Constitución respecto a la protección del mencionado derecho, a la luz de decisiones adoptadas por el Poder Judicial en vía constitucional.

2. El derecho a la consulta previa y la línea jurisprudencial del Tribunal constitucional

Como refiere Santaella, una línea jurisprudencial es el instrumento metodológico que permite agrupar racionalmente un conjunto de decisiones judiciales a partir de la identificación de un problema jurídico específico con el fin de establecer cuáles han sido las respuestas que le ha dado la jurisprudencia en un lapso determinado.¹⁷

En los últimos años se han emitido un número importante de sentencias del Tribunal Constitucional que han abordado la problemática de la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios. Estas no solo permiten dar cuenta del “inventario de pronunciamientos en una determinada materia”¹⁸, en el presente caso, sobre el referido derecho, sino también, de la existencia de patrones decisionales claros y uniformes,¹⁹ tal como veremos a continuación.

Como se recuerda, el desarrollo de la línea jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre el derecho a la consulta previa se inicia con la sentencia del 19 de abril de 2009, Exp. 3343-2007-PA/TC, en el proceso de amparo

¹⁶ Como parte de la finalidad de proteger los derechos fundamentales de los procesos constitucionales, conforme lo previsto en el artículo 1 del derogado Código Procesal Constitucional, Ley N° 28237 y el artículo 1 del Nuevo Código Procesal Constitucional, Ley 31307.

¹⁷ Santaella Quintero, Héctor, “La línea jurisprudencial como instrumento esencial para conocer el Derecho, en: Docencia y Derecho, Revista para la docencia jurídica universitaria, N° 10, 2016 pág. 6, disponible en: http://www.uco.es/docencia_derecho/index.php/reduca/article/view/99 (consultado el 15 de agosto de 2022).

¹⁸ Doc. Cit.

¹⁹ Doc. Cit.

seguido por los posibles impactos del inicio de actividades de exploración del Lote petrolero 103 sobre el Área de Conservación Regional Cordillera Escalera.²⁰

En aquella oportunidad, al declarar fundada la demanda interpuesta, el Tribunal precisó que con la aprobación del Convenio, a través de la Resolución Legislativa N° 26253, publicada el 5 de diciembre de 1993:

"su contenido pasa a ser parte del derecho nacional, tal como lo explicita el artículo 55 de la Constitución, siendo además obligatoria su aplicación por todas las entidades estatales. Por consiguiente, en virtud del artículo V del Título preliminar del Código Procesal Constitucional, el tratado viene a complementar -normativa o interpretativamente- las normas constitucionales sobre pueblos indígenas."²¹

Asimismo, el Tribunal reconoció que el derecho a la consulta previa viene a ser la concretización del artículo 2.19 de la Constitución Política, explícitamente recogido en los artículos 6 y 7 del Convenio N° 169 y que, en atención al referido derecho, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectar directamente a pueblos indígenas, se tendrá que consultar previamente y mediante los procedimientos apropiados e instituciones representativas, de buena fe y de forma apropiada a las circunstancias del caso, con la finalidad de llegar a un acuerdo y lograr el consentimiento de las medidas propuestas.²²

Sin perjuicio de lo anterior, el Tribunal sostuvo una posición en la que relativizó la implementación directa del Convenio N° 169 de la OIT, considerando que, pese su entrada en vigor, se requería de la aprobación de una norma general que desarrolle los alcances y el contenido para un adecuado ejercicio del derecho a la consulta previa, cuya aprobación corresponde al Poder Legislativo, para hacer realmente viable y efectiva la obligación internacional contenida en el referido Convenio.²³

Un año después, mediante la sentencia de 9 de junio de 2010, Exp. N° 00022-2009-PI/TC, en el proceso de inconstitucionalidad seguido contra el Decreto Legislativo N° 1089 que regulaba el régimen temporal extraordinario de formalización y titulación de predios, promulgado por el Poder Ejecutivo

²⁰ Tribunal Constitucional, Exp. N° 03343-2007-PA/TC, sentencia de 19 de abril de 2009, antecedentes.

²¹ Tribunal Constitucional, Exp. N° 03343-2007-PA/TC, sentencia de 19 de abril de 2009, considerando 31.

²² Tribunal Constitucional, Exp. N° 03343-2007-PA/TC, sentencia de 19 de abril de 2009, considerando 33.

²³ Tribunal Constitucional, Exp. N° 03343-2007-PA/TC, sentencia de 19 de abril de 2009, considerando 40.

como parte de un conjunto de decretos para implementar el Tratado de Libre Comercio con Estados Unidos y que fueron una de las causas del conflicto de Bagua de 5 de junio de 2009,²⁴ si bien el Tribunal declararí­a infundada la demanda interpuesta, reiterarí­a su posici­on respecto de la incorporaci­on del Convenio N° 169 de la OIT en nuestro ordenamiento jurí­dico y su rango constitucional, al complementar las clá­usulas constitucionales sobre pueblos indí­genas que, a su vez concretizan sus derechos fundamentales y las garantí­as institucionales de estos.²⁵

Respecto a la aplicaci­on del Convenio N° 169 y sus contenidos, el Tribunal se apartó parcialmente de lo argumentado en la sentencia Exp. N° 3343-2007-PA/TC. Frente al argumento de que dicho instrumento internacional no se encontraba reglamentado y que, por lo tanto, constituirí­a una norma programática que no podrí­a ser aplicada sin que previamente exista una regulaci­on que la desarrolle, el Tribunal cuestionó dicho argumento, recordando que a la fecha de la sentencia habí­an transcurrido más de 15 años de la entrada en vigencia del referido Convenio en 1995, tiempo suficiente para su regulaci­on, lo que no ocurri­ó por exclusiva responsabilidad del Estado²⁶.

Por otro lado, y aquí­ la importancia de este argumento, el Tribunal refiere que no es un argumento constitucionalmente vál­ido excusar la aplicaci­on de derechos fundamentales debido a ausencia de regulaci­on legal o infralegal, lo que serí­a dejar en manos de la discrecionalidad estatal el cumplimiento de tales derechos, posici­on contraria y reñida con el Estado Constitucional de Derecho, así­ como con principios del derecho internacional pú­blico recogidos en los artículos 26 y 27 de la Convenci­on de Viena sobre el Derecho de los Tratados, "*pacta sunt servanda*" y la prohibici­on de invocar disposiciones de derecho interno como justificaci­on del incumplimiento de un tratado²⁷.

De esta forma, el Tribunal deja claramente establecido el carácter constitucional y fundamental del derecho a la consulta previa de los pueblos indí­genas. A renglón seguido, el má­ximo intérprete de la Constituci­on desarrolla los alcances y contenido del referido derecho, reconociendo su importancia como verdadera garantí­a jurí­dica que permite en muchos sentidos tutelar a los intereses de los pueblos indí­genas²⁸.

²⁴ Defensoría del Pueblo, "Actuaciones defensoriales en el marco del conflicto de Bagua, pág. 25, disponible en: <https://www.defensoria.gob.pe/modules/Downloads/documentos/documento.pdf> (consultado el 15 de agosto de 2022).

²⁵ Tribunal Constitucional, Exp. N° 0022-2009-PA/TC, sentencia de 19 de abril de 2009, considerando 9.

²⁶ Tribunal Constitucional, Exp. N° 0022-2009-PA/TC, sentencia de 19 de abril de 2009, considerando 11.

²⁷ Tribunal Constitucional, Exp. N° 0022-2009-PA/TC, sentencia de 19 de abril de 2009, considerando 12.

²⁸ Tribunal Constitucional, Exp. N° 0022-2009-PA/TC, sentencia de 19 de abril de 2009, considerando 15.

Entre estos aspectos, conforme lo previsto en el artículo 6 del Convenio N° 169 de la OIT, el Tribunal indica que este derecho se aplica frente a medidas legislativas y administrativas susceptibles directamente²⁹, sin que ello implique que los pueblos indígenas puedan impedir que las referidas medidas se lleven a cabo, pues su finalidad es llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca a aquellas³⁰.

Como características esenciales del derecho a la consulta, el Tribunal estima que de la letra del Convenio N° 169 de la OIT, se desprenden las siguientes: a) la buena fe, b) la flexibilidad, c) objetivo de alcanzar un acuerdo, d) transparencia; y, e) implementación previa del proceso de consulta. Asimismo, se destacó que estas características son, a su vez, principios orientadores, en caso de presentarse vacíos en la legislación se tendrá que proceder en virtud de estos principios³¹.

Lo señalado por el Tribunal resulta fundamental frente a argumentos que cuestionaban la obligación de realizar procesos de consulta previa en el periodo comprendido entre la entrada en vigor del Convenio N° 169 en 1995, y la aprobación de la Ley N° 29785, Ley del Derecho a la Consulta Previa a los pueblos indígenas u originarios reconocido en el Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo, en diciembre de 2011³².

Es decir, de acuerdo con lo resuelto por el Tribunal Constitucional, la falta de una norma de desarrollo no resulta una justificación jurídica para no llevar a cabo procesos de consulta previa y, por el contrario, estos deben realizarse bajo el esquema previsto en la referida sentencia.

En ese orden de ideas, es oportuno recordar que el Congreso de la República realizó la primera consulta previa sobre una medida legislativa respecto del Proyecto de Ley N° 4141/2009-PE, Ley Forestal y de Fauna Silvestre, hoy Ley N° 29763, con el criterio de buena fe previsto por el Convenio N° 169³³, considerando las pautas señaladas por el Tribunal Constitucional en la sentencia del Exp. N° 00022-2009-PI/TC.

²⁹ Tribunal Constitucional, Exp. N° 0022-2009-PA/TC, sentencia de 19 de abril de 2009, considerando 19.

³⁰ Tribunal Constitucional, Exp. N° 0022-2009-PA/TC, sentencia de 19 de abril de 2009, considerando 24.

³¹ Tribunal Constitucional, Exp. N° 0022-2009-PA/TC, sentencia de 19 de abril de 2009, considerando 26.

³² La ley se publicó el 7 de setiembre de 2011, y entró en vigencia a los 90 días de su publicación, según su cuarta disposición complementaria final. Su reglamento, el Decreto Supremo N° 001-2012-MC de 3 de abril de 2012.

³³ Congreso de la República, Área de servicio de investigación, Informe N° 38/2016-2017, "La consulta previa a los pueblos indígenas en el proceso de aprobación de la ley 29763, ley forestal y de fauna silvestre", pág. 4, disponible en: [https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con5_uibd.nsf/CB8AC8347CFD5CFD0525841D00702DAC/\\$FILE/34.INFORTEMA38-2016-2017.pdf](https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con5_uibd.nsf/CB8AC8347CFD5CFD0525841D00702DAC/$FILE/34.INFORTEMA38-2016-2017.pdf) (consultado el 11 de agosto de 2022).

Paradójicamente, cabe indicar que el Congreso no ha vuelto a realizar procesos de consulta sobre medidas legislativas, incluso desde la entrada en vigor de la Ley del derecho a la consulta previa. Por tal razón, entidades como la Defensoría del Pueblo, han recordado al Congreso, en la línea del precitado criterio del Tribunal Constitucional, que la falta de un procedimiento específico no lo exime de la obligación derivada del Convenio N° 169 de garantizar el derecho a la consulta cuando exista una propuesta de medida legislativa susceptible de afectar derechos colectivos de pueblos indígenas.³⁴

Más adelante, el 30 de junio de 2010, en el Exp. N° 05427-2009-PA/TC, el Tribunal Constitucional emitió un nuevo pronunciamiento, a propósito de la demanda de cumplimiento interpuesta para que se adecúe las normas, reglamentos y directivas del Ministerio de Energía y Minas al Convenio N° 169 de la OIT³⁵. El Tribunal declaró fundada la demanda y ordenó que el referido Ministerio cumpla con su deber de reglamentar el derecho a la consulta de los pueblos indígenas, a través de la emisión de un reglamento especial y, del mismo modo, bajo dicho contexto, se exhortó al Congreso de la República a promulgar la “Ley del derecho a la consulta previa”, que había sido aprobada en su sesión ordinaria de 19 de mayo de 2010³⁶, como parte de las medidas adoptadas por el Estado posterior al conflicto de Bagua.³⁷

Como parte de los considerandos esgrimidos en la sentencia, el Tribunal volvió a reconocer el rango constitucional del Convenio N° 169 de la OIT, precisando que, como tal, la posibilidad no sólo de resistir infracciones provenientes de fuentes infraconstitucionales (fuerza pasiva), sino de innovar nuestro ordenamiento jurídico, incorporando en este, en tanto derecho vigente, los derechos reconocidos por aquél a título de derechos de rango constitucional (fuerza activa).³⁸

En tal sentido, a propósito del derecho a la efectividad de las disposiciones legales o los actos administrativos protegidas por el proceso de cumplimiento, el Tribunal argumentó que una infracción a este derecho

³⁴ Defensoría del Pueblo, Oficio N° 351-2018-DP/AMASPPI de 26 de setiembre de 2019, disponible en: [https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con5_uibd.nsf/FF25706267072D1E0525866C0005381C/\\$FILE/Of.-N%C2%Bo-351-18-DP-AMASPPI-1.pdf](https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con5_uibd.nsf/FF25706267072D1E0525866C0005381C/$FILE/Of.-N%C2%Bo-351-18-DP-AMASPPI-1.pdf) (consultado el 11 de agosto de 2022).

³⁵ Tribunal Constitucional, sentencia de 30 de junio de 2010, EXP. N° 05427-2009-PC/TC, pág. 1.

³⁶ Tribunal Constitucional, sentencia de 30 de junio de 2010, EXP. N° 05427-2009-PC/TC, págs. 39 y 40.

³⁷ Defensoría del Pueblo, “Actuaciones defensoriales en el marco del conflicto de Bagua”, pág. 47. disponible en: <https://www.defensoria.gob.pe/modules/Downloads/documentos/documento.pdf> (consultado el 15 de agosto de 2022).

³⁸ Tribunal Constitucional, sentencia de 30 de junio de 2010, Exp. N° 05427-2009-PC/TC, págs. 5.

se produce cuando el funcionario o la autoridad se encuentran obligados emitir una norma e incumplen este mando, incluso si es exigido por un tratado internacional de rango constitucional directamente aplicable como el Convenio N° 169 de la OIT.³⁹

Otro aspecto importante a destacar de esta sentencia es el razonamiento que desarrolla el Tribunal para no dejar de administrar justicia en el caso concreto, a propósito de la obligación estatal de desarrollar normativamente un tratado internacional con rango constitucional⁴⁰.

Concretamente, se señala que tras dicha obligación se encuentra la garantía de los derechos fundamentales de un grupo que goza de especial protección constitucional como los pueblos indígenas y que se presenta de gran relevancia constitucional dado el conflicto social generado por la falta de capacidad de armonizar los derechos de estos pueblos y el interés estatal de promover la inversión privada,⁴¹ que, no menos importante, también subyace en la sentencia emitida por el Tribunal en el amparo interpuesto por las comunidades campesinas Chila Chambila y Chila Pucará de Puno.

En ese mismo orden de ideas, la sentencia del Tribunal Constitucional en el Exp. N° 05427-2009-PC/TC, por un lado, da cuenta de la necesidad de brindar recursos judiciales en el derecho nacional para reparar violaciones a los derechos contenidos en el Convenio N° 169 de la OIT y, al mismo tiempo, llevar a cabo una labor preventiva de la responsabilidad internacional del Estado en dicha materia, respecto de decisiones que pueda adoptar, incluso, la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁴².

Como parte de este desarrollo jurisprudencial, la posición del Tribunal se mantuvo constante en otras decisiones adoptadas posteriormente, a propósito de los ya mencionados Decretos Legislativos aprobados en el marco del proceso de adecuación de la normativa interna para la implementación del Tratado de Libre Comercio con los Estados Unidos de Norteamérica y que motivaron el conflicto de Bagua de 2009 con pueblos indígenas amazónicos, en los que si bien se desestimaron las demandas interpuestas, en la argumentación se fueron consolidando los argumentos desarrollados por el Tribunal respecto del Convenio N° 169 de la OIT y el derecho a la consulta previa.

Así, en el proceso de inconstitucional seguido contra el Decreto Legislativo N.º 1079, Decreto Legislativo que establece medidas que garanticen el patrimonio de las áreas naturales protegidas, Exp. N° 0023-2009-PI/TC,

³⁹ Doc. Cit.

⁴⁰ Tribunal Constitucional, sentencia de 30 de junio de 2010, Exp. N° 05427-2009-PC/TC, págs. 12.

⁴¹ Doc. Cit.

⁴² Tribunal Constitucional, sentencia de 30 de junio de 2010, Exp. N° 05427-2009-PC/TC, págs. 12 y 13.

si bien el Tribunal desestimó la demanda, declarándola infundada⁴³, por considerar que la referida norma no requería ser consultada a los pueblos indígenas por no afectarles de manera directa o inmediata⁴⁴, dicho análisis se realizó recogiendo los criterios expuestos en la sentencia interpretativa emitida en el Exp. N° 0022-2009-PI/TC⁴⁵.

Del mismo modo, en la sentencia de 26 de julio de 2011, Exp. N° 00024-2009-PI/TC, en el proceso de inconstitucionalidad seguido contra el Decreto Legislativo N° 994, Decreto Legislativo que promueve la inversión privada en proyectos de irrigación para la ampliación de la frontera agrícola, al igual que en el caso antes reseñado, la demanda fue declarada improcedente⁴⁶ por considerar que, siguiendo los criterios establecidos en la citada sentencia emitida en el Exp. N° 0022-2009-PI/TC, al haberse derogado una disposición contenida en el Decreto que podría tener incidencia sobre las tierras de los pueblos indígenas.⁴⁷

No obstante, en la misma sentencia del Exp. N° 00024-2009-PI/TC, el Tribunal reitera su posición respecto de que el Convenio N° 169 de la OIT forma parte de nuestro ordenamiento jurídico, siendo obligatoria su aplicación por todas las entidades estatales y que ostenta el máximo rango, como todos los tratados internacionales sobre derechos humanos, al cumplir la función de complementar las disposiciones constitucionales sobre los derechos fundamentales de los pueblos indígenas.⁴⁸

Además, el Tribunal mantuvo su línea jurisprudencial respecto de considerar la condición de derecho fundamental específico del derecho a la consulta de los pueblos indígenas, como consecuencia de lo anterior, es decir, del rango constitucional atribuido al Convenio 169 de la OIT.⁴⁹

Otro aspecto fundamental de la sentencia emitida en el Exp. N° 00024-2009-PI/TC es el relacionado a la fecha a partir de la cual resulta exigible el derecho a la consulta. A diferencia de decisiones anteriores y reseñadas, el Tribunal precisa con claridad que la entrada en vigencia del Convenio N°

⁴³ Tribunal Constitucional, sentencia de 21 de setiembre de 2010, Exp. N° 00023-2009-PI/TC, punto resolutive 1.

⁴⁴ Tribunal Constitucional, sentencia de 21 de setiembre de 2010, Exp. N° 00023-2009-PI/TC, considerando 6.

⁴⁵ Tribunal Constitucional, sentencia de 21 de setiembre de 2010, Exp. N° 00023-2009-PI/TC, considerando 5.

⁴⁶ Tribunal Constitucional, sentencia de 26 de junio de 2011, Exp. N° 00024-2009-PI/TC, punto resolutive 1.

⁴⁷ Tribunal Constitucional, sentencia de 26 de junio de 2011, Exp. N° 00024-2009-PI/TC, considerando 25.

⁴⁸ Tribunal Constitucional, sentencia de 26 de junio de 2011, Exp. N° 00024-2009-PI/TC, considerando 12.

⁴⁹ Tribunal Constitucional, sentencia de 26 de junio de 2011, Exp. N° 00024-2009-PI/TC, considerando 4.

169 de la OIT en nuestro ordenamiento jurídico es el 2 de febrero de 1995⁵⁰. Este es otro aspecto importante sobre el cual la más reciente sentencia ha obviado rebatir argumentativamente, siendo simplemente obviado de plano por la composición del Tribunal Constitucional, en mayoría.

En su sentencia de 17 de marzo de 2011, en el Expediente N° 00025-2009-PI, el Tribunal reiteró, una vez más, su posición, a propósito de la demanda de inconstitucionalidad de la Ley N° 29338, Ley de Recursos Hídricos, por la presunta vulneración del derecho a la consulta previa.

Como en anteriores oportunidades, si bien el Tribunal desestimó la demanda en dicho caso declarándola infundada⁵¹, en la parte considerativa de su sentencia, recordó que el valor constitucional del derecho a la consulta a los pueblos indígenas es el resultado de la concreción, por una parte, del derecho a la participación, reconocido en el artículo 2.17 de la Constitución Política y, por otro, de su reconocimiento en un tratado de rango constitucional, como el Convenio N° 169, que le brinda la condición de derecho fundamental específico⁵².

En la referida sentencia, como corolario de lo señalado por el propio Tribunal, se indicó que la falta de una norma de desarrollo desde la entrada en vigencia del Convenio N° 169, el 2 de febrero de 1995, existen criterios para resolver casos que involucren el derecho a la consulta previa, a pesar de la omisión legislativa⁵³, que concluyó con la aprobación de la Ley N° 29785, siendo constitucionalmente obligatorio realizar consultas mediante procedimientos apropiados toda vez que el Estado prevea medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente⁵⁴.

Otro aspecto de relevancia de la sentencia emitida en el Exp. N° 00025-2009-PI, es el referido a que si bien el Tribunal puede desestimar en abstracto que una norma no resulta inconstitucional, por no ser susceptible de afectar directamente a los pueblos indígenas, ello no impide que puedan darse en la aplicación de una norma general y que se deban realizar consultas cuando se prevean posibles afectaciones⁵⁵.

⁵⁰ Tribunal Constitucional, sentencia de 26 de junio de 2011, Exp. N° 00024-2009-PI/TC, considerando 7.

⁵¹ Tribunal Constitucional, sentencia de 17 de marzo de 2011, Exp. N° 00025-2009-PI/TC, parte resolutive.

⁵² Tribunal Constitucional, sentencia de 17 de marzo de 2011, Exp. N° 00025-2009-PI/TC, considerando 20.

⁵³ Tribunal Constitucional, sentencia de 17 de marzo de 2011, EXP. N° 00025-2009- PI/TC, considerando 24.

⁵⁴ Tribunal Constitucional, sentencia de 17 de marzo de 2011, EXP. N° 00025-2009- PI/TC, considerando 25.

⁵⁵ Tribunal Constitucional, sentencia de 17 de marzo de 2011, EXP. N° 00025-2009- PI/TC, considerando 31.

Bajo ese marco, el Tribunal refirió que es el proceso de amparo la vía idónea para denunciar la no realización de la consulta previa y anular los actos que pudieran afectarla, por su condición de derecho constitucional y porque es el amparo el remedio procesal instituido con el propósito de tutelar todos los derechos constitucionales con excepción de aquellos protegidos por el hábeas corpus y el hábeas data⁵⁶. Sin duda, un criterio que destaca dentro de una línea jurisprudencial constante y favorable al derecho a la consulta previa, frente a la última decisión emitida por la nueva conformación del Tribunal, como veremos más adelante.

Finalmente, sobre los decretos legislativos que motivaron el conflicto de Bagua, en la sentencia de 5 de enero de 2010, Exp. N° 00027-2019-AI/TC, en el proceso de inconstitucionalidad contra el Decreto Legislativo N° 1020, para la promoción de la organización de los productores agrarios y la consolidación de la propiedad rural para el crédito agrario, cabe señalar que la demanda fue declarada infundada,⁵⁷ el Tribunal reiteró su postura respecto a la obligación de las entidades estatales de aplicar el Convenio N° 169 por formar parte de nuestro ordenamiento jurídico y, como consecuencia, consultar a los pueblos indígenas las medidas legislativas o administrativas que les afecten directamente⁵⁸.

Por otra parte, a propósito del derecho a las tierras y el territorio, en su sentencia del 11 de septiembre de 2012, en el Exp N° 1126-2011-HC/TC, en la misma línea que sus decisiones anteriores, el Tribunal reiteró una vez más que en virtud del Convenio N° 169 el Estado está obligado a consultar previamente a los pueblos indígenas sobre aquellos actos administrativos o legislativos que pudieran afectarles directamente⁵⁹.

Más recientemente, en su sentencia del 12 de mayo de 2020, en los expedientes acumulados 003-2015-PI/TC y 0012-2015-PI/TC, en el proceso de inconstitucionalidad seguido contra la Ley N° 30230, Ley de simplificación de procedimientos y promoción de la inversión, una vez más y luego de ocho años de haberse pronunciado en referencia con el derecho a la consulta previa, el Tribunal recordó que el Convenio 169 se encuentra incorporado al ordenamiento jurídico peruano con la Ley del Derecho a la Consulta Previa⁶⁰ del año 2011.

⁵⁶ Tribunal Constitucional, sentencia de 17 de marzo de 2011, EXP. N° 00025-2009- PI/TC, considerando 33.

⁵⁷ Tribunal Constitucional, sentencia de 17 de marzo de 2011, EXP. N° 00025-2009- PI/TC, punto resolutivo.

⁵⁸ Tribunal Constitucional, sentencia de 17 de marzo de 2011, Exp. N° 00025-2009-PI/TC, considerandos 7 y 8.

⁵⁹ Tribunal Constitucional, sentencia de 11 de setiembre de 2012, Exp. N° 01126-2011- PI/TC, considerando 45.

⁶⁰ Tribunal Constitucional, sentencia de 12 de mayo de 2020, acumulados Exp. N° 003-2015-PI/TC y 0012-2015-PI/TC, considerando 99.

De manera específica, el Tribunal recuerda que:

“el derecho a la consulta previa se activa cuando se prevea que alguna medida legislativa o administrativa sea susceptible de afectar a los pueblos indígenas. Es decir, no se requiere la detección de una afectación, sino que basta con que tal afectación directa sea potencial”⁶¹

Así, a propósito del derecho a las tierras y el territorio de los pueblos indígenas se da cuenta de que respecto de medidas legislativas, sus disposiciones deben ser analizadas para identificar si son susceptibles de afectar directamente derechos de pueblos indígenas. En el presente caso, se advirtió que el establecimiento de un procedimiento especial para el saneamiento físico legal de los predios podría establecer una serie de mecanismos legales que modifiquen la situación jurídica de los derechos antes mencionados⁶², que lo convertirían en inconsulto y, por lo tanto, en inconstitucional por ir en contra del mandato del Convenio N° 169 de la OIT, que le ha reconocido rango constitucional al derecho a la consulta previa⁶³.

Empero, el Tribunal indicó que el mero anuncio del establecimiento de un procedimiento especial de saneamiento físico no involucra en abstracto una afectación de los derechos de los pueblos indígenas a su territorio, pues debe constatar una modificación inmediata y significativa de la situación jurídica de los pueblos indígenas y sus integrantes⁶⁴, lo que no se verificó en el caso concreto, por lo que se declaró infundada la demanda, en dicho extremo.

En relación con un proceso de cumplimiento con el propósito de ejecutar o acatar el mandato contenido en tratados de derechos humanos, el Tribunal volvió a emitir un pronunciamiento a través de un auto del 6 de agosto de 2014, en un proceso de cumplimiento en el Exp. N° 02420-2012-PC/TC, específicamente, respecto del contenido del Convenio N° 169 de la OIT y otros aspectos de interés sobre su aplicación.

Lo señalado guarda directa relación con lo resuelto por el propio Tribunal en el Exp. N° 5427-2009-PC/TC, previamente analizado en este artículo. Sin embargo, se destaca como un planteamiento de la parte demandante, que aún sigue sin ser objeto de pronunciamiento del Tribunal, aquellas medidas

⁶¹ Tribunal Constitucional, sentencia de 12 de mayo de 2020, acumulados Exp. N° 003-2015-PI/TC y 0012-2015-PI/TC, considerando 102.

⁶² Tribunal Constitucional, sentencia de 12 de mayo de 2020, acumulados EXP. N° 003-2015-PI/TC y 0012-2015-PI/TC, considerando 103.

⁶³ Tribunal Constitucional, sentencia de 12 de mayo de 2020, acumulados EXP. N° 003-2015-PI/TC y 0012-2015-PI/TC, considerando 106.

⁶⁴ Tribunal Constitucional, sentencia de 12 de mayo de 2020, acumulados EXP. N° 003-2015-PI/TC y 0012-2015-PI/TC, considerando 93.

administrativas -en el referido caso, concesiones mineras- otorgadas cuando el Convenio N° 169 ya se encontraba vigente, por lo que se solicita su adecuación posterior a través del proceso de cumplimiento⁶⁵.

En esta oportunidad, el Tribunal desestimó la demanda, declarándola improcedente al considerar que se solicitaba en abstracto la referida adecuación de concesiones otorgadas antes de la entrada en vigencia del referido Convenio; sin embargo, reitero la vigencia de la obligación de consultar derivada del artículo 6 del Convenio N° 169⁶⁶, por formar parte del ordenamiento legal nacional⁶⁷ y, asimismo, dejó claramente establecido que cuando se acredite que el Estado ha omitido realizar la consulta previa conforme al referido ordenamiento, puede recurrirse al proceso de amparo, por tratarse de afectaciones de derechos fundamentales de los pueblos indígenas.⁶⁸

Un aspecto para destacar del precitado auto es la declaración clara y firme de los siete magistrados⁶⁹, que reafirman la vigencia del Convenio N° 169 de la OIT:

“Este Tribunal no avala interpretaciones que incorrectamente sostengan o promuevan el incumplimiento de tratados internacionales, en general, y del Convenio 169, en particular. Es más, este Tribunal ha emitido resoluciones en las que se ha establecido firmemente el respeto por los derechos fundamentales de los pueblos indígenas (SSTC Exps. N°s 03343-2007-PA/TC, 0022-2009-PI/TC y 01126-2011-PHC/TC). Al respecto, las sentencias del Tribunal han servido no solo para retrotraer las cosas al estado anterior al de la vulneración del derecho fundamental, sino que han tenido también un rol vital para dar mayor visibilidad a las demandas sociales, y para el efectivo reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas”⁷⁰

⁶⁵ Tribunal Constitucional, auto de 6 de agosto de 2014, EXP. N° 02420-2012-PC/TC, considerando 3.

⁶⁶ Tribunal Constitucional, auto de 6 de agosto de 2014, EXP. N° 02420-2012-PC/TC, considerando 24.

⁶⁷ Tribunal Constitucional, auto de 6 de agosto de 2014, EXP. N° 02420-2012-PC/TC, considerando 28.

⁶⁸ Tribunal Constitucional, auto de 6 de agosto de 2014, EXP. N° 02420-2012-PC/TC, considerando 36.

⁶⁹ Sin embargo, el magistrado Sardón suscribe un voto donde coincide con el sentido del auto y su fundamentación, expresa que se distancia del fundamento 16, referido al rango constitucional de los tratados internacionales sobre derechos humanos, lo que será eje central de la argumentación de las últimas sentencias que desmontan una argumentación sólida respecto de la vigencia y el carácter constitucional del Convenio N° 169 de la OIT y, específicamente, del derecho a la consulta previa.

⁷⁰ Tribunal Constitucional, auto de 6 de agosto de 2014, Exp. N° 02420-2012-PC/TC, considerando 39.

De esta forma el Tribunal recuerda su destacado rol de garantizar la protección de los derechos de los pueblos indígenas a través de diversas sentencias reseñadas en el presente artículo, es decir, el papel que ha jugado la justicia constitucional para introducir cambios sustantivos frente a situaciones de hecho y de derecho que han limitado el disfrute y ejercicio de los derechos colectivos de estos pueblos.

Finalmente, ratificando lo expresado en una larga línea jurisprudencial respecto del empleo de los procesos de amparo frente a la vulneración del derecho a la consulta previa, en la sentencia del 6 de agosto de 2019, en el Exp. N° 02196-2014-PA/TC, el Tribunal se pronunció declarando fundada la demanda por la omisión de consulta previa por parte de la Municipalidad Provincial El Dorado en San Martín respecto de la realización de actividades de material de acarreo de la comunidad Maray del pueblo indígena Kichwa⁷¹.

Entre los diversos aspectos de interés contenidos en la sentencia, y que plantean un agregado para la jurisprudencia previamente desarrollada, se encuentra la referencia que realiza al Tribunal sobre la personería jurídica reconocida por la Constitución Política del Estado a las comunidades campesinas y nativas, la que diferencia de la que le reconoce el Convenio N° 169 de la OIT a los pueblos indígenas u originarios, indicando que “debe tenerse cuidado en no establecer una sinonimia”⁷² entre ambos conceptos:

“el hecho de que la Constitución reconozca personería jurídica a las “comunidades campesinas y nativas”, y no expresamente a los “pueblos indígenas u originarios”, no significa que solo los pueblos indígenas u originarios organizados en forma de comunidades campesinas o nativas ostenten personería jurídica. Yes que, normativamente, la personería jurídica de los pueblos indígenas u originarios deriva de la ratificación por parte del Estado Peruano del Convenio 169 OIT que define el concepto, constituye el marco normativo que los regula y forma parte del ordenamiento jurídico nacional en una lógica de convencionalización del Derecho”⁷³.

A partir de ello, el Tribunal retoma la línea previamente desarrollada, recordando la importancia del derecho a la consulta previa como “una de las herramientas más importantes que tienen los pueblos indígenas para tutelar

⁷¹ Tribunal Constitucional, sentencia de 21 de agosto de 2019, Exp. N° 02196-2014-PA/TC, antecedentes y punto resolutivo 1.

⁷² Tribunal Constitucional, sentencia de 21 de agosto de 2019, Exp. N° 02196-2014-PA/TC, considerando 5.

⁷³ Tribunal Constitucional, sentencia de 21 de agosto de 2019, Exp. N° 02196-2014-PA/TC, considerando 6.

*sus intereses, el cual pretende propiciar el diálogo intercultural en todos los diferentes estratos de intervención estatal sobre la situación jurídica de los pueblos indígenas*⁷⁴.

Claramente, el Tribunal ratifica que la consulta aplica ante vulneraciones o amenazas de vulneración directas a los derechos colectivos de los pueblos indígenas, es decir, cambios relevantes y directos en la situación jurídica de estos derechos⁷⁵, así como respecto del contenido constitucionalmente protegido.

No menos importante es que el Tribunal insiste en su posición sobre la atención de casos por omisión de la consulta ante la justicia constitucional, *“por pertenecer al ámbito de protección del derecho fundamental, siempre que no se requiera una actividad probatoria intensa”*⁷⁶.

Además, el Tribunal precisa la razón que justifica que la consulta sea previa a la medida administrativa o legislativa que pueda incidir sobre los derechos de los pueblos indígenas:

*“La consulta es una expectativa de poder, de influencia en la elaboración de medidas que tendrán un impacto directo en la situación jurídica de los pueblos indígenas. Trasladar esta consulta a un momento posterior a la publicación de la medida elimina la expectativa de la intervención subyacente en la consulta. Además, generaría que la consulta se lleve a cabo sobre los hechos consumados, pudiendo derivarse de ello una ausencia de buena fe”*⁷⁷.

Por otra parte, considerando la vigencia de la Ley del derecho a la consulta previa, el Tribunal remarcó que las entidades según el procedimiento establecido en dicha norma deben identificar la medida administrativa, identificar los pueblos indígenas u originarios asentados en el territorio donde se ejecutará la medida, así como el carácter y nivel de incidencia que generará su ejecución sobre los derechos de estos pueblos⁷⁸.

Finalmente, a propósito del derecho a la jurisdicción especial de los pueblos indígenas, el Tribunal invocó las disposiciones contenidas en el Convenio N° 169 de la OIT, para interpretar los alcances del artículo 149

⁷⁴ Tribunal Constitucional, sentencia de 21 de agosto de 2019, Exp. N° 02196-2014-PA/TC, considerando 15.

⁷⁵ Tribunal Constitucional, sentencia de 21 de agosto de 2019, Exp. N° 02196-2014-PA/TC, considerando 16.

⁷⁶ Tribunal Constitucional, sentencia de 21 de agosto de 2019, Exp. N° 02196-2014-PA/TC, considerando 19.

⁷⁷ Tribunal Constitucional, sentencia de 21 de agosto de 2019, Exp. N° 02196-2014-PA/TC, considerando 21.

⁷⁸ Tribunal Constitucional, sentencia de 21 de agosto de 2019, Exp. N° 02196-2014-PA/TC, considerando 32.

de la Constitución sobre la facultad de administrar justicia reconocida a las comunidades campesinas y nativa⁷⁹, que refuerza lo señalado por el Supremo intérprete, como parte de su línea jurisprudencial, sobre la vinculatoriedad de dicho tratado internacional e, indirectamente, como parámetro constitucional sobre el derecho a la consulta previa.

3. Los efectos de la sentencia del Tribunal Constitucional en el Exp. N° 03066-2019-PA/TC sobre la línea jurisprudencial en materia de consulta previa

La sentencia expedida el 20 de enero de 2022 por el Tribunal Constitucional, en una votación por mayoría, declaró improcedente el recurso de agravio constitucional interpuesto por las comunidades campesinas Chila Chambila y Chila Pucará en la demanda de amparo interpuesta contra el Instituto Minero Metalúrgico (Ingemet) y el Ministerio de Energía y Minas, solicitando la nulidad de concesiones mineras otorgadas a favor de la empresa minera Cemento Sur S.A., que alegaban los demandantes, habrían sido otorgadas sin respetar el derecho a la consulta previa.⁸⁰

Específicamente, en la sentencia se argumentó que el derecho a la consulta previa no se encuentra reconocido por la Constitución, expresa o tácitamente, no siendo por ello posible su protección a través del proceso de amparo, frente a posibles vulneraciones, ya que no es un derecho fundamental⁸¹.

Como consecuencia de lo anterior, para el Tribunal:

“el derecho a la consulta previa emana del Convenio 169, el cual no le otorga el carácter de derecho fundamental, por lo que no puede inferirse que se trate de un derecho de tal dimensión y menos que tenga rango constitucional”⁸².

⁷⁹ Al respecto, el Tribunal Constitucional en su sentencia de 3 de marzo de 2016, Exp. N° 07009-2013-PHCTC, considerandos 24 y 31; la sentencia de 23 de julio de 2020, Exp. 04417-2016-PHC/TC, considerandos 6 y 13; y sentencia de 21 de enero de 2021, Exp. N° 03158-2018-PA/TC, considerando 40.

⁸⁰ Tribunal Constitucional, sentencia de 20 de enero de 2022, Exp. N° 03066-2019-PA/TC, antecedentes.

⁸¹ Tribunal Constitucional, sentencia de 20 de enero de 2022, Exp. N° 03066-2019-PA/TC, considerando 3.

⁸² Tribunal Constitucional, sentencia de 20 de enero de 2022, Exp. N° 03066-2019-PA/TC, considerando 4.

En consecuencia, al amparo del artículo 7, inciso 1 del Nuevo Código Procesal Constitucional, Ley N° 31037, se declaró improcedente la demanda. De esta forma, el Tribunal desestimó el amparo sin resolver la controversia referida a si se configuró o no una afectación al derecho a la consulta previa.

Con dicha decisión, el Tribunal Constitucional se aparta de la larga línea jurisprudencial previamente reseñada, referida al ejercicio del derecho a la consulta previa y, de manera más amplia, al carácter constitucional del Convenio N° 169 de la OIT.

Cabe mencionar que en otro proceso de amparo, en el Exp N° 01171-2019-PA/TC, en el que se alegaba la vulneración del derecho a la consulta previa por la aprobación del decreto supremo que configuro el Lote petrolero 64 en el territorio del pueblo indígena Achuar de la cuenca del río Pastaza, sin haber sido consultados, si bien se declaró improcedente la demanda empleando argumentos de carácter procesal, como la falta de estación probatoria en el proceso de amparo y su limitación para conocer controversias en las que se declare la titularidad o no de un derecho⁸³, también se emplearon argumentos similares a los expresados en el expediente Exp. N° 03066-2019-PA/TC⁸⁴, pero no en mayoría, como si ocurrió en la sentencia del referido expediente.

Ciertamente, qué duda cabe que ninguna de las decisiones reseñadas en el acápite anterior constituyen, jurídicamente, un precedente vinculante, conforme lo establecido en el artículo VII de la derogada Ley N° 28237 o del Nuevo Código Procesal Constitucional, Ley N° 31307, es decir, que establezcan, efectos normativos de alguno de sus extremos, una vez que adquieren autoridad de cosa juzgada, ante lo cual, para apartarse de dicho precedente, el Tribunal debe expresar las razones de hecho y derecho que lo sustenten.

⁸³ En el voto del magistrado Ferrero Costa se argumentó que las pretensiones de la parte de demandante pretendían "cuestiones concernientes a la titularidad de un derecho", correspondiendo al amparo solo restablecer el ejercicio de un derecho constitucional lesionado, ver: Tribunal Constitucional, Exp. N° 01171-2019-PA/TC, sentencia de 18 de noviembre de 2021, Voto singular del Magistrado Ferrero Costa, párrafo tercero. En el mismo sentido, resolvió el magistrado Miranda Canales en su voto singular, ver: Tribunal Constitucional, Exp. N° 01171-2019-PA/TC, Voto singular del Magistrado Ferrero Costa, considerando 5.

⁸⁴ El magistrado Blume argumento que el derecho a la consulta previa no se encuentra reconocido en la Constitución Política del Estado y, por lo tanto, no es pasible de ser protegido en la vía del amparo. Tribunal Constitucional, sentencia de 18 de noviembre de 2021, Exp. N° 01171-2019-PA/TC, Voto singular del Magistrado Blume Fortini, considerando 2. En una línea de argumentación similar, el Magistrado Sardón de Taboada coincidió en declarar improcedente la demanda de amparo por considerar que la consulta previa no es un derecho fundamental, ver: Tribunal Constitucional, sentencia de 18 de noviembre de 2021, Exp. N° 01171-2019-PA/TC, Voto singular del Magistrado Sardón de Taboada, párrafo quinto.

Como lo recuerda el Tribunal Constitucional:

“El precedente constitucional vinculante es aquella regla jurídica expuesta en un caso particular y concreto que el Tribunal Constitucional decide establecer como regla general; y, que, por ende, deviene en parámetro normativo para la resolución de futuros procesos de naturaleza homóloga (...). En puridad, la fijación de un precedente constitucional significa que ante la existencia de una sentencia con unos específicos fundamentos o argumentos y una decisión en un determinado sentido, será obligatorio resolver los futuros casos semejantes según los términos de dicha sentencia”.

En ese orden de ideas, las partes considerativas de la decisión del Tribunal en el Exp. N° 03066-2019-PA/TC no constituyen un precedente de obligatorio cumplimiento por parte del propio Tribunal o de otros jueces constitucionales, conforme a las reglas establecidas en el artículo VI del hoy vigente Código Procesal Constitucional, Ley N° 31307, al no precisar la sentencia que lo resuelto así se constituye y no contar con el voto conforme de cinco magistrados; por lo tanto, carece de efectos normativos sobre los alcances del derecho a la consulta previo o respecto de su protección en la vía constitucional, a través del proceso de amparo.

Coincidiendo con Barnaby, si bien esta sentencia no genera una *ratio decidendi* o resta valor a la amplia y constante jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre el derecho a la consulta previa⁸⁵, podría llevar en los casos concretos a generar supuestos de responsabilidad internacional del Estado peruano ante organismos de protección de derechos humanos por no haber garantizado en sede interna remedios adecuados para brindar acceso a la justicia a comunidades indígenas que solicitan protección judicial frente a la vulneración de este derecho colectivo de los pueblos indígenas.

En esa línea, y sin perjuicio de las acciones que puedan llevar a cabo las comunidades del caso en cuestión, la Defensoría del Pueblo (2022) anunció, en el marco de sus competencias y funciones, que pondrá en conocimiento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos la decisión del Tribunal Constitucional y, al mismo tiempo, evalúa acciones adicionales para defender el derecho a la consulta previa en el marco del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.⁸⁶

⁸⁵ Barnaby, Bruce, “Derecho a la consulta: ¿es suficiente reconocerlo como parte de nuestro bloque de constitucionalidad?, 15 de marzo de 2022, disponible en: <https://idehpucp.pucp.edu.pe/notas-informativas/derecho-a-la-consulta-previa-es-suficiente-reconocerlo-como-parte-de-nuestro-bloque-de-constitucionalidad/> (consultado el 11 de agosto de 2022).

⁸⁶ Defensoría del Pueblo, “Defensoría del Pueblo rechaza sentencia del Tribunal Constitucional que desconoce consulta previa a los pueblos indígenas como derecho

4. La reposición de las cosas al estado anterior a la vulneración al derecho a la consulta previa y la jurisprudencia del Poder Judicial

De los diversos supuestos que han motivado las decisiones del Tribunal Constitucional que han sido analizadas, aún no es posible una postura clara y constante que permiten determinar la existencia de una línea jurisprudencial constante sobre las medidas que dispone el juez constitucional para reponer las cosas al estado anterior a la aprobación de las medidas legislativas o administrativas que fueron aprobadas sin ser previamente consultadas.

Como se advierte de los antes reseñado, si bien el Tribunal ha explicitado los supuestos de inconstitucionalidad de una medida legislativa aprobada sin ser consultada, no ha precisado las consecuencias sobre los actos realizados bajo sus alcances durante el tiempo que se encontró amparada por la presunción de constitucionalidad de las normas.

Por otra parte, en cuanto las medidas administrativas aprobadas omitiendo el procedimiento de consulta, con excepción del Exp. N° 02196-2014-PA/TC, el Tribunal no ha definido las posibles consecuencias jurídicas de la omisión de consulta, como parte de lo ordenado para reponer las cosas a la situación anterior a la vulneración de este derecho, razón por la cual la decisión adoptada sobre las comunidades campesinas Chila Chambila y Chila Pucará constituye, además, una gran oportunidad perdida para el Tribunal Constitucional.

La cuestión más relevante de la sentencia en el Exp. N° 02196-2014-PA/TC, es que constituye la primera oportunidad en la que el Tribunal se ha pronunciado sobre la vulneración del derecho a la consulta y la reparación de la afectación identificada como parte de los hechos del caso concreto. En ese orden de ideas, el Tribunal determinó que la parte demandada no siguió el procedimiento previsto en el ordenamiento jurídico nacional para los casos de consulta previa⁸⁷. Frente a ello, el Tribunal ordenó a la parte demandada materializar el proceso de consulta acerca de la medida administrativa de extracción de material de acarreo, tomando en consideración el procedimiento previsto en la Ley N° 29785.⁸⁸

fundamental”, 5 de marzo de 2022, disponible en: <https://www.defensoria.gob.pe/defensoria-del-pueblo-rechaza-sentencia-del-tribunal-constitucional-que-desconoce-consulta-previa-a-los-pueblos-indigenas-como-derecho-fundamental/> (consultado el 14 de agosto de 2022).

⁸⁷ Doc. Cit.

⁸⁸ Tribunal Constitucional, sentencia de 21 de agosto de 2019, Exp. N° 02196-2014-PA/TC, punto resolutivo 2.

Según ello, la postura que habría adoptado el Tribunal para reparar la omisión es llevar a cabo el procedimiento de consulta previa para reparar la vulneración declarada. Sin embargo, la decisión no deja claramente establecido si ello supone la nulidad de actos administrativos otorgados sin respetar el derecho a la consulta previa pues, de acuerdo con los hechos del caso, no se habría emitido dicho acto.

Como se advierte, incluso en los momentos en los que el Tribunal ha desarrollado los alcances y contenido del derecho a la consulta previa, ha transitado por un sinuoso camino en el que ha adoptado decisiones que contribuyan a orientar a los jueces constitucionales y a la administración, a fin de brindar predictibilidad a los distintos actores que reclamen la vulneración del referido derecho por la aprobación de actos administrativos entre el periodo de entrada en vigencia del Convenio N° 169 y la aprobación de la Ley N° 29785.

En ese orden de ideas, las decisiones adoptadas en diversos procesos de amparo dan cuenta de algunas posibilidades futuras, pero con las limitaciones propias de la respuesta casuística, lejana a la determinación de precedentes vinculantes que brinden orden y predictibilidad en la resolución de una problemática que ha estado relacionado con diversos episodios de conflictividad social, como el propio Tribunal lo ha reconocido y ha sido reseñado previamente.

Es allí donde cobran especial relevancia la labor de la justicia constitucional ejercida desde el Poder Judicial, que ha tenido la oportunidad de pronunciarse en varios procesos respecto de la omisión de consulta previa.

Una de las primeras decisiones adoptadas en vía de amparo fue la emitida por la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Puno, en el Exp. N° 01846-2012-0-2101-JM-CI-03 (sentencia de vista de 14 de setiembre de 2016). Once comunidades campesinas del distrito de Atuncolla demandaron al Ministerio de Energía y Minas (MINEM) y al Instituto Geológico Minero Metalúrgico (INGEMET) para que se suspenda las actividades de exploración y explotación y se ordene la realización del proceso de consulta previa respecto de la concesión minera inconsulta otorgada⁸⁹.

En relación con los fundamentos jurídicos de la sentencia de vista, es de destacar que recoge los criterios desarrollados por el Tribunal Constitucional en las sentencias emitidas en los expedientes N° 002-2009-PI/TC y 5427-2009-PC/TC, respecto del rango constitucional del Convenio N° 169 de la OIT y su vinculación a todos los poderes públicos⁹⁰.

⁸⁹ Poder Judicial, Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Puno, sentencia de vista de 14 de setiembre de 2016, expediente N° 01846-2012-0-2101-JM-CI-03, antecedentes.

⁹⁰ Poder Judicial, Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Puno, sentencia de vista de 14 de setiembre de 2016, expediente N° 01846-2012-0-2101-JM-CI-03, considerando segundo, punto 2.3, literal c).

Otro aspecto que es motivo de discusión es el relacionado con la oportunidad de la consulta. A consideración de la Sala Civil, la consulta debe realizar previo al otorgamiento de una concesión minera, pues de lo contrario se produce la violación del artículo 6, numeral 6.1 y 15 del Convenio N° 169 de la OIT⁹¹.

Sin embargo, dado que en el caso concreto las concesiones otorgadas habían caducado⁹², la Sala Civil dispuso que el Ministerio de Energía y Minas y el INGEMET no vuelvan a incurrir en la inobservancia del Convenio N° 169, de la Ley que desarrolla y reglamenta la consulta previa, es decir, otorgar concesiones mineras sin previamente haber realizado la referida consulta⁹³.

En tal sentido, al no haber llevado a cabo actos que impliquen la ejecución de un proyecto sobre la base de la concesión, la Sala no se pronuncia sobre posibles la nulidad de posibles actos administrativos otorgados sin haber respetado el derecho a la consulta previa o ensayando remedios para ello.

Una decisión que transita hacia una postura más clara y precisa, respecto de los posibles efectos mencionados, es la adoptada por la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, a través de la sentencia de 3 de marzo de 2018, en el Exp. N° 32365-2014-0-1801-JR-CI-04, ante la demanda de amparo interpuesta por organizaciones indígenas contra la conformación del lote petrolero N° 116, ubicado en las provincias de Condorcanqui y Bagua del departamento de Amazonas y Datem del Marañón del departamento de Loreto⁹⁴.

En dicha oportunidad la Segunda Sala Civil, confirmó la decisión en primera instancia del Cuarto Juzgado Constitucional de Lima, del 28 de marzo de 2017, que declaró fundada la referida demanda de amparo por vulneración del derecho de participación ciudadana (consulta previa y consentimiento) en razón que las entidades estatales omitieron realizar el procedimiento de consulta previa.⁹⁵

Sin embargo, la Sala revocó el extremo de la parte resolutive que ordenó la nulidad del decreto supremo N° 066-2006-EM que aprobó el contrato

⁹¹ Poder Judicial, Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Puno, sentencia de vista de 14 de setiembre de 2016, expediente N° 01846-2012-0-2101-JM-CI-03, considerando tercero, punto 3.2., literal g).

⁹² Poder Judicial, Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Puno, sentencia de vista de 14 de setiembre de 2016, expediente N° 01846-2012-0-2101-JM-CI-03, considerando tercero, punto 3.2., literal f).

⁹³ Poder Judicial, Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Puno, sentencia de vista de 14 de setiembre de 2016, expediente N° 01846-2012-0-2101-JM-CI-03, segundo punto resolutive.

⁹⁴ Poder Judicial, Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, sentencia de vista de 3 de marzo de 2018, expediente N° 032365-2014-0-1801-JR-CI-04, pág. 1.

⁹⁵ Doc. Cit.

de licencia de exploración y explotación del referido lote y la resolución directoral N° 283-2011-MEM/AAE que aprobó el estudio de impacto ambiental para realizar dos pozos exploratorios⁹⁶ y, reformándola, ordenó la suspensión de la vigencia del decreto supremo y la resolución directoral referidas, así como la suspensión de las actividades de exploración del lote 116 hasta que se realice y culmine un debido procedimiento de consulta previa, con la participación de las comunidades nativas asentadas en el área de influencia, en las provincias de Condorcanqui, Bagua (Amazonas) y Datem del Marañón (Loreto)⁹⁷.

Entre los argumentos que sustenta dicha decisión, la Sala Civil consideró que el 12 de abril de 2006, sin consulta previa, se publicó el Decreto Supremo N° 066-2016-EM, y que a pesar que el 7 de setiembre de 2011 se publicó la Ley 29785, Ley de la consulta previa, y el 3 de abril de 2012, su reglamento Decreto Supremo N° 001-2012-MC persistió la omisión en realizar la consulta⁹⁸, y lo mismo respecto de la Resolución Directoral N° 283-2011-MEM/AAE que aprobó el estudio de impacto ambiental, medidas aprobadas posteriormente a la entrada en vigencia del Convenio 169 de la OIT de 1995⁹⁹. Sin embargo, ponderó que tampoco resulta razonable afectar los intereses de las empresas que actuaron al amparo de las referidas normas, subsanando la omisión convocando a los pueblos indígenas a participar de un procedimiento de consulta previa¹⁰⁰.

Respecto de otras decisiones adoptadas por el Poder Judicial, es pertinente mencionar la sentencia de 24 de octubre de 2019 de la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente, Exp. N° AP N° 29126-2018-LIMA, sobre la acción popular interpuesta contra la Décimoquinta Disposición Complementaria, Transitoria y final del Decreto Supremo N° 001-2012-MC, Reglamento de la Ley N° 29785, Ley del Derecho a la Consulta Previa, del 3 de abril de 2012, que establecía un supuesto de exoneración del procedimiento de consulta previa en materia de infraestructura en educación, salud y servicios públicos¹⁰¹, y la Resolución Viceministerial

⁹⁶ Poder Judicial, Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, sentencia de vista de 3 de marzo de 2018, expediente N° 032365-2014-0-1801-JR-CI-04, pág. 1.

⁹⁷ Poder Judicial, Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, sentencia de vista de 3 de marzo de 2018, expediente N° 032365-2014-0-1801-JR-CI-04, pág. 34.

⁹⁸ Poder Judicial, Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, sentencia de vista de 3 de marzo de 2018, expediente N° 032365-2014-0-1801-JR-CI-04, pág. 14.

⁹⁹ Poder Judicial, Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, sentencia de vista de 3 de marzo de 2018, expediente N° 032365-2014-0-1801-JR-CI-04, pág. 30.

¹⁰⁰ Poder Judicial, Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, sentencia de vista de 3 de marzo de 2018, expediente N° 032365-2014-0-1801-JR-CI-04, pág. 33.

¹⁰¹ Según la Décimoquinta Disposición Complementaria, Transitoria y final del Decreto Supremo N° 001-2012-MC, Reglamento de la Ley N° 29785, Ley del Derecho a la Consulta Previa, la construcción y mantenimiento de infraestructura en materia de

Nº 013-2016-VMI-MC que aprobó la Directiva Nº 001-2016-VMI-MC, “Procedimientos para aplicación de los dispuesto en la Decimoquinta disposición complementaria del Reglamento de la Ley 29785”, que declaró fundada la demanda y, consecuentemente, dispusieron la expulsión del ordenamiento jurídico de las normas antes citadas y la nulidad con efecto retroactivo de las mismas¹⁰².

A consideración de la Corte Suprema, se desestimó el argumento de la sentencia de primera instancia, que consideró que las normas mencionadas no afectaban el principio de jerarquía al no ser contrarias al contenido de la Ley del derecho a la consulta previa reconocido en el Convenio Nº 169 de la OIT¹⁰³. Ello porque las normas cuestionadas no se adecúan a los estándares internacionales del derecho a la consulta previa, es decir, llevarse a cabo previamente, entre otros, a la adopción de proyectos de mantenimiento y construcción de infraestructura en educación, salud o la provisión de servicios públicos. De ese modo incumplió las exigencias y garantías previstas en los referidos estándares¹⁰⁴. Al mismo tiempo, la Corte Suprema indicó que la obligación del Estado de proteger y garantizar los derechos fundamentales a la salud y a la educación no justifica ni exige de cumplir con la consulta previa¹⁰⁵.

En ese orden de ideas, la Corte Suprema recuerda que como parte de los referidos estándares la oportunidad de la consulta debe ser previa a la adopción o la aplicación de la medida, no simultáneamente, ni después, pues ello significaría una vulneración del derecho.

Asimismo, señaló que es obligatoria cada vez que se prevean medidas legislativas o medidas administrativas susceptibles de afectar directamente a los pueblos indígenas, mediante procedimientos adecuados y a través de sus instituciones representativas, con la finalidad de obtener un acuerdo¹⁰⁶.

salud, educación, así como la necesaria para la provisión de servicios públicos que, en coordinación con los pueblos indígenas, esté orientada a beneficiarlos, no requerirán ser sometidos al procedimiento de consulta previsto en el Reglamento.

¹⁰² Poder Judicial, Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de la República, Exp. A.P. Nº 29126-2018-LIMA, sentencia de 24 de octubre de 2019, pág. 34.

¹⁰³ Poder Judicial, Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de la República, Exp. A.P. Nº 29126-2018-LIMA, sentencia de 24 de octubre de 2019, págs. 3 y 4.

¹⁰⁴ Poder Judicial, Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de la República, Exp. A.P. Nº 29126-2018-LIMA, sentencia de 24 de octubre de 2019, pág. 32.

¹⁰⁵ Poder Judicial, Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de la República, Exp. A.P. Nº 29126-2018-LIMA, sentencia de 24 de octubre de 2019, pág. 23.

¹⁰⁶ Poder Judicial, Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de la República, Exp. A.P. Nº 29126-2018-LIMA, sentencia de 24 de octubre de 2019, pág. 19.

Por ello, la consulta no es igual a coordinación¹⁰⁷, como la prevista en la décimo quinta disposición del reglamento y desarrollada por la directiva cuestionada durante el proceso de acción popular.

De esta forma, a diferencia de la opción tomada por el Tribunal Constitucional de emitir sentencias interpretativas (en las que se dejó a salvo la constitucionalidad de normas generales, debido a que un sentido interpretativo no incidiría sobre derechos colectivos de pueblos indígenas) la Corte Suprema no dudó en declarar un estado inconstitucional e inconvencional con efecto *erga omnes*¹⁰⁸, si bien sobre normas reglamentarias, pero con una incidencia directa sobre el ejercicio de derechos colectivos de pueblos indígenas.

Si bien las decisiones mencionadas dan cuenta de importantes avances en la toma de posición de la justicia constitucional respecto a los remedios a la omisión de consulta previa en diversos casos por parte del Poder Judicial, estas respuestas aún son insuficientes para determinar la existencia de una línea jurisprudencial frente a esta problemática.

Elo resulta de interés y preocupación considerando que aún hay número importante de controversias por omisión de consulta previa¹⁰⁹ que supondrán pronunciamientos de la justicia constitucional que constituyen una nueva oportunidad para fortalecer la línea jurisprudencial del Tribunal Constitucional y que aborde de manera integral la reposición de cosas al estado anterior de la vulneración del derecho a la consulta previa.

5. Conclusiones

La justicia constitucional ha cumplido un importante rol en la garantía de los derechos de los pueblos indígenas u originarios a través de número importante de sentencias del Tribunal Constitucional y del Poder Judicial, especialmente, sobre el derecho a la consulta previa.

La posición reiterada y constante respecto del carácter constitucional del derecho a la consulta previa, su contenido y alcances, dan cuenta de una importante línea jurisprudencial del Tribunal Constitucional que ha permitido, impulsar la realización del primer y único proceso de consulta sobre una medida legislativa (la Ley Forestal y de Fauna Silvestre), la aprobación y promulgación de la Ley N° 29785, Ley del Derecho a la Consulta Previa y su

¹⁰⁷ Doc. Cit.

¹⁰⁸ Poder Judicial, Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de la República, Exp. A.P. N° 29126-2018-LIMA, sentencia de 24 de octubre de 2019, pág. 33.

¹⁰⁹ <https://www.idl.org.pe/litigio-constitucional-en-defensa-de-los-rios-y-de-las-fuentes-de-agua-en-el-peru/> (consultado el 15 de agosto de 2022).

reglamento, el Decreto Supremo N° 001-2012-MC, y asegurar el ejercicio de este derecho de carácter instrumental, que permite la protección de otros derechos colectivos que pueden ser susceptibles de verse afectados por medidas administrativas o legislativas.

Como parte esta línea jurisprudencial, es posible extrapolar la existencia de un Estado de cosas inconstitucional en relación con el periodo comprendido entre la entrada en vigencia del Convenio N° 169 en el año 1995 y la normativa de desarrollo del derecho a la consulta previa, a través de la referida Ley N° 29785 de 2011, vacío que fue integrado a través de la *ratio decidendi* de la sentencia emitida en el Exp. 0022-2009-PI/TC del año 2010.

Entalsentido, durante dicho periodo se aprobaron medidas administrativas en las que habría correspondido la realización de procedimientos de consulta previa, omisiones que han motivado la interposición de diversos procesos constitucionales en los que se ha demandado la reposición a un estado de cosas anterior a la vulneración del referido derecho.

En ese orden de ideas, la línea jurisprudencial del Tribunal ha precisado que es la vía del amparo la adecuada e idónea para resolver dicha problemática y, al mismo tiempo, sus criterios sobre el contenido y alcance del derecho a la consulta previa han sido fundamentales para la construcción de las decisiones de los jueces constitucionales que han abordado las controversias planteadas por los pueblos indígenas, a través de sus organizaciones representativas.

La sentencia emitida por el Tribunal Constitucional en el Exp N° 03066-2019-PA/TC colisiona con su línea jurisprudencial, al desconocer el carácter constitucional del derecho a la consulta previa, así como el empleo del proceso de amparo para su oportuna tutela. Sin embargo, sus efectos se circunscriben solo al caso concreto y, al mismo tiempo, no constituyen una nueva línea jurisprudencial que sustituya o revierta la existente.

Lo que aún constituye un reto importante es que el actual Tribunal Constitucional aborde la problemática de reponer las cosas al estado anterior a la vulneración del derecho a la consulta previa respecto de la omisión de consulta sobre medidas administrativas.

El Tribunal solo se ha pronunciado en una oportunidad sobre un proyecto de pequeña envergadura ordenando la realización del procedimiento de consulta previa. Es el Poder Judicial el que ha adoptado importantes sentencias que, sin embargo, tampoco dan cuenta de una línea de jurisprudencia que contribuya a atender otros casos que se encuentran pendientes de atención.

Constituye un aspecto de preocupación que, a pesar de la claridad o escaso margen de duda de la existencia de una línea jurisprudencial del Tribunal Constitucional sobre el derecho a la consulta, la decisión adoptada

en el Exp N° 03066-2019-PA/TC carezca de una fundamentación que explicita las razones o desmonte los argumentos expresados previamente por el propio Tribunal.

Se espera que el Tribunal retome la senda previamente transitada que le permitió ser el garante de los derechos colectivos de los pueblos indígenas o indígenas, y estar a la altura de momentos históricos recientes y contribuir a fortalecer la institucionalidad democrática a través de decisiones que incidan en revertir la discriminación estructural que aún afecta a los pueblos indígenas u originarios del país y el ejercicio efectivo de sus derechos.

6. Bibliografía

Banco Mundial, *"Latinoamérica indígena en el siglo XXI"*, 2015, Estados Unidos, pág. 13 y 47. Disponible en: <https://documents1.worldbank.org/curated/en/54165146799959129/pdf/Latinoam%C3%Agrica-ind%C3%ADgena-en-el-siglo-XXI-primer-a-d%C3%Agcada.pdf> (consultado el 15 de agosto de 2022).

Barnaby, Bruce, "Derecho a la consulta: ¿es suficiente reconocerlo como parte de nuestro bloque de constitucionalidad?", 15 de marzo de 2022, disponible en: <https://idehpucp.pucp.edu.pe/notas-informativas/derecho-a-la-consulta-previa-es-suficiente-reconocerlo-como-part-de-nuestro-bloque-de-constitucionalidad/> (consultado el 11 de agosto de 2022).

Cardenas Krenz, Ronald, *"Identidad étnica y cultural. Derecho al uso del propio idioma"*, en: *"La Constitución comentada"*, 2005, tomo I, pág. 190.

Congreso de la República, Área de Servicio de Investigación, Informe N° 38/2016-2017, "La consulta previa a los pueblos indígenas en el proceso de aprobación de la ley 29763, ley forestal y de fauna silvestre", pág. 4, disponible en: [https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con5_uibd.nsf/CB8AC8347CFD5CFD0525841D00702DAC/\\$FILE/34.INFORTEMA38-2016-2017.pdf](https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con5_uibd.nsf/CB8AC8347CFD5CFD0525841D00702DAC/$FILE/34.INFORTEMA38-2016-2017.pdf) (consultado el 11 de agosto de 2022).

Defensoría del Pueblo, Oficio N° 351-2018-DP/AMASPPI de 26 de setiembre de 2019, disponible en: [https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con5_uibd.nsf/FF25706267072D1E0525866C0005381C/\\$FILE/Of.-N%C2%B0-351-18-DP-AMASPPI-1.pdf](https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con5_uibd.nsf/FF25706267072D1E0525866C0005381C/$FILE/Of.-N%C2%B0-351-18-DP-AMASPPI-1.pdf) (consultado el 11 de agosto de 2022).

Mariquez Roque, Mercedes; *"Estatus jurídico político de los pueblos indígenas del Perú: perspectivas del modelo de Estado Constitucional de*

- Derechos*", en: Anuario de Acción Humanitaria y Derechos Humanos, Universidad de Deusto, Num. 9/2011, pág. 109, disponible en: <https://djh.revistas.deusto.es/article/download/994/1157/> (consultado el 15 de agosto de 2022).
- Ministerio de Cultura, Cultura, Base de datos de pueblos indígenas u originarios – Glosario, disponible en: <https://bdpi.cultura.gob.pe/glosario> (consultado el 16 de agosto de 2022).
- Ministerio de Cultura, "Perú. cartilla informativa sobre pueblos indígenas u originarios", 2020, disponible en: <https://centroderecursos.cultura.pe/sites/default/files/rb/pdf/Cartilla%20Peru%202020.pdf> (consultado el 16 de agosto de 2022).
- Ministerio de Cultura, "Derechos de los pueblos indígenas en el Perú. El rol de garante del estado en la protección y promoción de los derechos humanos", 2014, pág. 11, disponible en: [https://centroderecursos.cultura.pe/sites/default/files/rb/pdf/Derechosdelos pueblos indigenas enelPeru Materialesdecapacitacion2.pdf](https://centroderecursos.cultura.pe/sites/default/files/rb/pdf/Derechosdelos%20pueblos%20indigenas%20enelPeru%20Materialesdecapacitacion2.pdf) (consultado el 16 de agosto de 2022).
- Organización Internacional del Trabajo. Oficina Regional para América Latina y el Caribe, "Convenio Núm. 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes. Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas", 2014.
- Poder Judicial, Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Puno, sentencia de vista de 14 de setiembre de 2016, expediente N° 01846-2012-0-2101-JM-CI-03, disponible en: https://es.scribd.com/document/386651171/Rsol-32365-2014-0-1801-JR-CI-04#download&from_embed (consultado el 12 de agosto de 2022).
- Poder Judicial, Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, sentencia de vista de 3 de marzo de 2018, expediente N° 032365-2014-0-1801-JR-CI-04, disponible en: https://es.scribd.com/document/386651171/Rsol-32365-2014-0-1801-JR-CI-04#download&from_embed (consultado el 12 de agosto de 2022).
- Ruiz Molleda, Juan Carlos, "Guía del litigio constitucional en defensa de los derechos de los pueblos indígenas para activistas en derechos humanos", 2013, pág. 7, disponible en: <https://centroderecursos.cultura.pe/sites/default/files/rb/pdf/Sgia%20del%20litigio%20institucional.pdf> (consultado el 15 de agosto de 2022).

Santaella Quintero, Héctor, "*La línea jurisprudencial como instrumento esencial para conocer el Derecho en: Docencia y Derecho*", Revista para la docencia jurídica universitaria, N° 10, 2016 pág. 6, disponible en: http://www.uco.es/docencia_derecho/index.php/reduca/article/view/99 (consultado el 15 de agosto de 2022).