

UNIVERSIDAD ANTONIO RUIZ DE MONTOYA

Facultad de Ciencias Sociales



EL DERECHO A LA CONSULTA PREVIA DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS: UN ANÁLISIS DE SU CALIDAD DE DERECHO FUNDAMENTAL, SU RECONOCIMIENTO CONSTITUCIONAL Y PROTECCIÓN INTERNACIONAL

Tesis para optar al Título Profesional de Abogado

Presenta el bachiller

ALFREDO OSCAR CHURATA POMA

Presidente: Eduardo Ernesto Vega Luna

Asesor: Cesar Bazan Seminario

Lector: Edgardo Gonzalo Rodriguez Gomez

Lima - Perú

Agosto de 2026



UARM
Universidad
Antonio Ruiz
de Montoya

Anexo N.º 3 - Reglamento General de Grados y Títulos de Pregrado y Posgrado
Aprobado por Resolución Rectoral N° 150-2023-UARM-R

INFORME DE ORIGINALIDAD

Sres.

CONSEJEROS

Pte.

De nuestra consideración:

Por la presente nos dirigimos a Ustedes para saludarlos e informar al Consejo Universitario sobre el producto académico elaborado por CHURATA POMA, Alfredo Oscar quien solicita la obtención de su título profesional de abogado a través de la sustentación de tesis.

El producto académico elaborado tiene como título "EL DERECHO A LA CONSULTA PREVIA DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS: UN ANÁLISIS DE SU CALIDAD DE DERECHO FUNDAMENTAL, SU RECONOCIMIENTO CONSTITUCIONAL Y PROTECCIÓN INTERNACIONAL".

Por tanto, en nuestra condición de Asesor de producto académico y de integrante de la Comisión de Grados y Títulos de la Facultad de Ciencias Sociales, respectivamente, declaramos que el producto académico de Victoria Alfredo Oscar Churata Poma ha sido examinado con el programa antiplagio *Turnitin* para identificar su nivel de coincidencias.

El resultado que arroja el programa es de 15% de similitud, el cual proviene de fuentes de información que han sido debidamente citadas o reconocidas utilizando las normas del sistema APA.

Sin otro particular, quedo de ustedes.

Firmado en Lima, el 24 de julio de 2026.

Atentamente,

Cesar Bazan Seminario
Asesor

Gloria María Armestar Bruno
Presidente de la Comisión

* Conforme a lo establecido en el documento de identidad

DEDICATORIA

A todos los pueblos indígenas. Gracias por su resistencia y por la grandiosa herencia cultural.

A mis abuelos agricultores y comerciantes que a partir de su orgullo y pertenencia a las comunidades Aymara y Quechua supieron inculcarme el valor de la conservación y herencia de nuestras tradiciones, costumbres y conocimientos.

A mis padres, Luz Marina y Clemente Juan. Todos los logros que se generen de ahora en adelante en mi vida son fruto de su esfuerzo, paciencia y la visión que tuvieron para conmigo.

A mis sobrinos: Jana, Adriana, Juan Pablo y Evans.

AGRADECIMIENTOS

A Dios, gestor de mi camino.

Al universo, la Madre Tierra, Pachamama, los Apus, Achachilas y la Mama Qota.

Energías que me acompañan y forman parte de mi ser.

A la comunidad Benedictina cuya formación y acompañamiento está impregnado en mí.

A la Universidad Antonio Ruiz de Montoya, mi Alma Mater.

A mi tía Emma cuyo cobijo y acompañamiento en Lima fueron nucleares para mi desarrollo personal y profesional.

A Monica, cuya sabiduría, paciencia y orgullo aymara me mantienen en equilibrio.

RESUMEN

La presente tesis analiza el derecho a la consulta previa en el marco de la protección de los derechos de los pueblos indígenas y examina si, dentro del ordenamiento constitucional peruano, puede ser reconocido como un derecho fundamental. Para ello, la investigación desarrolla un marco teórico sobre las corrientes del constitucionalismo contemporáneo y los enfoques de los derechos fundamentales. Asimismo, estudia la evolución histórica y normativa de la consulta previa, así como su tratamiento en la jurisprudencia nacional y comparada; y, finalmente, formula una argumentación a favor de su reconocimiento constitucional.

La tesis concluye que en la jurisprudencia peruana se manifiesta una recepción inestable y fragmentaria de la consulta previa. Frente a ello, se sostiene que este derecho no debe ser entendido como un procedimiento administrativo ordinario, sino como un derecho fundamental de carácter procedimental, orientado a garantizar la participación de los pueblos indígenas y la protección efectiva de derechos vinculados con su existencia colectiva, especialmente la propiedad, la identidad cultural, la igualdad, la dignidad y la autodeterminación.

Palabras clave: consulta previa; pueblos indígenas; derechos fundamentales; constitucionalismo; jurisprudencia; propiedad colectiva

ABSTRACT

This thesis analyzes the right to prior consultation within the framework of protecting the rights of indigenous peoples and examines whether, within the Peruvian constitutional order, it can be recognized as a fundamental right. To this end, the research develops a theoretical framework on contemporary constitutionalism and approaches to fundamental rights. It also studies the historical and normative evolution of prior consultation, as well as its treatment in national and comparative jurisprudence; and, finally, formulates an argument in favor of its constitutional recognition.

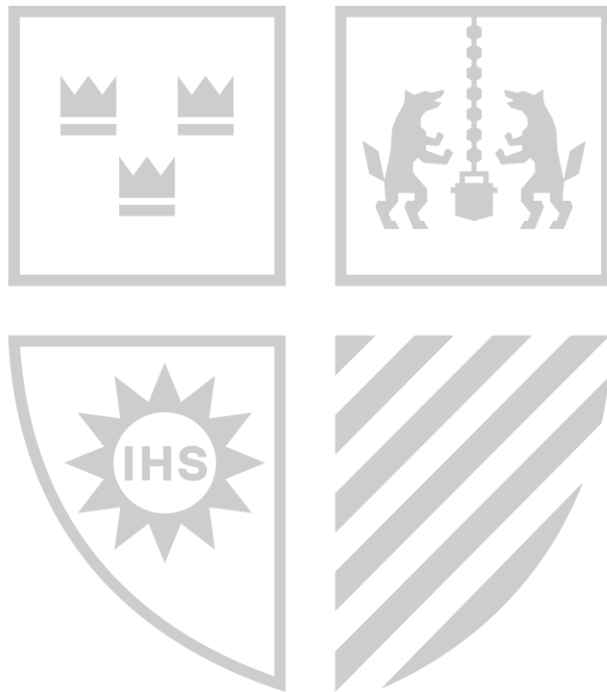
The thesis concludes that Peruvian jurisprudence demonstrates an unstable and fragmented reception of prior consultation. In response, it argues that this right should not be understood as an ordinary administrative procedure, but rather as a fundamental procedural right aimed at guaranteeing the participation of indigenous peoples and the effective protection of rights related to their collective existence, especially property, cultural identity, equality, dignity, and self-determination.

Keywords: prior consultation; Indigenous peoples; fundamental rights; constitutionalism; case law; collective property.

TABLA DE CONTENIDOS

INTRODUCCIÓN.....	11
CAPÍTULO I: FUNDAMENTOS TEÓRICOS DEL CONSTITUCIONALISMO Y DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES	15
1. Tendencias del constitucionalismo moderno: populista, conservador y liberal	15
1.1. El constitucionalismo populista	15
1.2. El constitucionalismo conservador	22
1.3. El constitucionalismo liberal	26
2. Enfoques de los derechos fundamentales	31
2.1. Enfoque iusnaturalista-racionalista	32
2.2. Enfoque positivista-normativo.....	33
2.3. Enfoque garantista/neoconstitucionalista	35
2.4. Enfoque crítico-decolonial/pluralista.....	37
3. Conclusiones preliminares.....	38
CAPÍTULO II: DESARROLLO DE LA CONSULTA PREVIA Y ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL	41
1. Desarrollo histórico y normativo de la consulta previa.....	41
1.1. Antecedentes históricos	41
1.2. Positivización internacional y recepción normativa en el Perú	42
1.3. Períodos del desarrollo de la consulta previa en el Perú.....	44
1.4. Las posiciones sobre la consulta previa.....	45
2. Jurisprudencia comparada	46
2.1. Caso Nación Tsilhqot'in del Tribunal Supremo de Canadá.....	46
2.2. Caso Mabo vs. Australia.....	50
2.3. Caso Saramaka vs. Surinam.....	54

2.4. Caso Sarayaku vs. Ecuador.....	57
2.5. Caso Comunidad Garífuna de Cayos Cochinos y sus miembros vs. Honduras..	59
3. Jurisprudencia nacional	61
3.1. Caso Lote 116 – Pueblo Achuar	61
3.2. Caso Lote 192 – FECONACO.....	62
3.3. Caso Ley Forestal de Fauna Silvestre.....	63
3.4. Caso Chila Chambilla y Chila Pucara.....	64
3.5. Caso Asacasi.....	67
4. Conclusiones preliminares.....	69
CAPÍTULO III: LA CONSULTA PREVIA COMO DERECHO FUNDAMENTAL...72	
1. La relación de la consulta previa con otros derechos fundamentales.....	73
1.1. Identidad cultural y autodeterminación	73
1.2. Propiedad colectiva.....	74
1.3. Igualdad y no discriminación.....	76
1.4. Derecho al desarrollo	78
1.5. Dignidad humana y consulta previa.....	79
2. Fundamento constitucional de la consulta previa.....	81
2.1. El constitucionalismo liberal y la participación de los pueblos indígenas.....	81
2.2. Enfoque decolonial/pluralista	83
2.3. Enfoque garantista	85
3. Síntesis final: la consulta previa como derecho fundamental de carácter procedimental	88
Conclusiones.....	89
Referencias Bibliográficas.....	92



INTRODUCCIÓN

Tenía 13 años cuando escuché por primera vez el término *consulta previa* allá por el 2011. La comunidad aymara se había unido a una sola voz en lo que fue denominado como el “Aymarazo”, una protesta que me marcó tanto que aún resuena entre mis recuerdos. En Puno, a lo largo de mi vida, había sido testigo de múltiples protestas; aunque de niño no comprendía plenamente sus causas, sus arengas y cánticos se repetían con tal frecuencia que terminaron formando parte de mi memoria. Sin embargo, el Aymarazo del 2011 fue diferente, nunca había visto nada igual.

En ese entonces, la información no circulaba con la inmediatez actual, de modo que lo que se conocía provenía principalmente de los medios locales. Al inicio parecía una protesta más, pero la persistencia de la misma hizo del aymarazo un caso *sui generis* respecto a las demás. Durante meses, diversas comunidades aymaras paralizaron el departamento. Tomaron la frontera con Bolivia, el aeropuerto de Juliaca y gran parte de la ciudad de Puno, pero no fue sino hasta que el conflicto saltó a los medios de comunicación nacionales cuando tomé atención de lo que verdaderamente estaba ocurriendo. Programas transmitidos por los principales canales de Lima narraban a través de reportajes y entrevistas lo que ocurría en Puno, ya para ese entonces no era una protesta común y corriente.

Entre las diversas imágenes que pasaban por televisión nacional dos palabras se repetían constantemente en las entrevistas dadas por la comunidad aymara o los carteles que estaban presentes: consulta previa. No me tomó mucho tiempo para entender el núcleo del reclamo y la molestia, de hecho parecía algo simple, la comunidad aymara quería que se respete su propiedad, querían que les consulten antes de hacer algo en ella, querían participar y no ser ignorados ante una concesión que una empresa canadiense había adquirido de parte del Estado en sus territorios. Se erigían contra el Estado que consideraban que no les respetaba y contra las empresas transnacionales de quienes sentían total desconfianza por la manera en cómo querían hacer las cosas sin tomar en

cuenta su participación. Fue así que tuve el primer encuentro con la consulta previa, un tema que años después volvería a mí a través de los estudios de Derecho que hice en la universidad.

En la universidad siempre me sentí orgulloso de mis raíces, como un estudiante foráneo durante mi primera etapa en Lima tuve la necesidad de reafirmar mi identidad. Rápidamente reflexioné cuando me di cuenta que mis padres eran la primera generación de sus respectivas familias que llegaron a ir a la universidad y obtener un título profesional. El aymara y el quechua siempre estuvieron presentes en mi vida, mi padre es un quechua nacido en Vilque, mi madre es una aymara nacida en la ciudad de Puno; de ambos sabía que cada uno habla y entendía además del español su propio idioma perteneciente a la familia que corresponden. Mi familia materna proviene de la zona aymara de Moho y Vilquechico, mientras que mi familia paterna procede de la zona quechua de Vilque y Atuncolla. Fui criado en un entorno marcado por costumbres tradicionales, en el que el quechua y el aymara convivían en un mismo núcleo familiar. De ese contexto provengo: un espacio de convergencia cultural en el que ambas tradiciones se entrelazan con la vida urbana de una ciudad como Puno.

Años después, en el primer semestre del 2022, tras una experiencia laboral en el extranjero, regresé a mi ciudad natal, Puno, para retomar mis actividades. Luego de reencontrarme con mi familia, mi madre me comentó enseguida que en el colegio de abogados de Puno se iba a realizar una conferencia sobre el derecho a la consulta previa; su deseo de que asista a dicho evento estaba ligado a las conversaciones que tuvimos sobre cuál podría ser un tema para mi tesis de licenciatura una vez termine la universidad donde siempre sobresalía el deseo de hacer algo por la consulta previa aquel tema que me había impactado profundamente años atrás. Cuando llegué a la conferencia, comprendí de inmediato que se trataba de una exposición sobre un caso concreto: el de las comunidades aymaras de Chila Chambilla y Chila Pucara. En dicha sentencia, el Tribunal Constitucional había desestimado el carácter fundamental de la consulta previa. Fue grande también mi sorpresa al advertir que el abogado expositor y defensor de dichas comunidades era mi profesor de la universidad que dictaba el curso de Antropología Jurídica, Juan Carlos Ruiz Molleda, quien ante una pregunta hecha por mí pudo reconocermelo y señalarme como su alumno, una situación que hizo que la sala me mirara por un momento. El asombró se intensificó cuando supe que de los siete magistrados que

resolvieron el caso en el Tribunal uno de ellos era mi profesor de Derecho Constitucional, el doctor Eloy Espinoza Saldaña quien votó a favor de reconocer la consulta como derecho fundamental. Ante ello, entendí de inmediato que mi tema de tesis estaba decidido. Cuando terminó dicho evento no pude evitar sentir nostalgia y responsabilidad, estaban las autoridades de cada comunidad involucrada en el caso muy bien vestidos como debe de ser los hombres con su traje de tela, sus sombreros, sus uncuñas multicolores y las mujeres bien imponentes con sus polleras y llicllas relucientes. Verlos a ellos era ver a mis abuelos, era ver a mi familia. Me acerqué “no se preocupen, yo les voy a ayudar, estoy con ustedes” recuerdo que les dije mientras entrelazábamos un saludo. Fui algo ingenuo y emocional porque tiempo después me daría cuenta que el reto era gigante y el tiempo apremiaba. Sabía que a pesar de que el Tribunal Constitucional desestimó su demanda les quedaba la instancia internacional, pero al calcular el tiempo supe que para que llegara a la Corte Interamericana de Derechos Humanos todavía faltaba al menos unos 8 años y me pregunté ¿Estos hermanos y hermanas aymaras merecen esperar 8 o más años para saber si la consulta previa les pertenece como derecho? Para cuando esto se resuelva, ¿Estos hermanos y hermanas que han dejado todo por esta lucha aún estarán con vida?

Por todo ello, esta investigación tiene para mí un sentido personal. Estoy cansado de ver cómo la justicia peruana no puede decidirse sobre un derecho que, racional e históricamente, pertenece a los pueblos originarios, suficientemente mancillados a lo largo de la historia. A estas alturas ya se ha escrito mucho sobre la consulta previa; no puede decirse que sigue siendo un derecho ampliamente desconocido como lo era hasta hace unos 10 años o más. Sin embargo, pese a las tesis, investigaciones, reportajes y demás que se han producido sobre el tema, la justicia peruana aún no ofrece una solución que termine con la incertidumbre. A lo largo de esta investigación advertí que el problema de las comunidades de Chila Chambilla y Chila Pucara será el problema de más comunidades originarias en el Perú en la medida que no se identifique una solución viable para un problema que persiste como aquella protesta del 2011. Asimismo, constaté que, aunque la consulta previa es un derecho fundamental que protege a los pueblos indígenas, no protege directamente a sus territorios; más bien, garantiza su participación política en un proceso de diálogo y negociación. Este punto debe ser dicho con claridad para no alimentar desinformaciones ni falsas expectativas.

En vista de la inestabilidad jurisprudencial existente a la hora de evaluar el derecho a la consulta previa en los tribunales del Perú, el objetivo concreto de la presente investigación es responder a la pregunta ¿Cuál es el sustento constitucional para considerar el derecho a la consulta previa como un derecho fundamental? Para ello, abordamos la investigación de la siguiente forma.

En el primer capítulo desarrollamos, por un lado, tres corrientes del derecho constitucional que consideramos pertinentes para nuestra investigación. Por otro, profundizamos en el análisis jurídico de los derechos fundamentales a partir de cuatro enfoques que permiten observar el problema desde distintas áreas de la doctrina jurídica y social. Así, en una primera parte examinamos el constitucionalismo populista, el constitucionalismo conservador y el constitucionalismo liberal. En la segunda parte, abordamos los enfoques iusnaturalista-racionalista, positivista-normativo, garantista y neoconstitucionalista, y crítico-decolonial y pluralista. La finalidad de este capítulo es ofrecer herramientas necesarias para identificar cómo resuelven los tribunales en el Perú los casos de consulta previa, qué tipo de constitucionalismo fundamenta sus decisiones y qué enfoques influyen en ellas.

El segundo capítulo representa el tránsito de la evaluación teórica al análisis práctico de casos vinculados con la consulta previa y su carácter de derecho fundamental. En primer lugar, se estudian las generalidades del derecho a la consulta previa: su origen, su desarrollo internacional y su incorporación al ordenamiento peruano. En segundo lugar, se analizan casos del ámbito nacional y del derecho comparado. En el plano interno, se incluyen decisiones resueltas por juzgados de primera instancia y del Tribunal Constitucional del Perú. En el espectro comparado, se estudian dos casos provenientes de Australia y Canadá -monarquías constitucionales parlamentarias de tradición del *common law*- y tres casos dentro de la jurisdicción interamericana. La selección responde a la diversidad de criterios con que estos ordenamientos han abordado la consulta previa, desde el reconocimiento de derechos territoriales indígenas hasta su protección como derecho fundamental.

Por último, el capítulo tres reúne lo trabajado en los anteriores apartados con objeto de desarrollar una argumentación sistemática a favor de la consulta previa como derecho fundamental.

CAPÍTULO I: FUNDAMENTOS TEÓRICOS DEL CONSTITUCIONALISMO Y DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

En el presente capítulo se presenta y desarrolla el marco teórico de la tesis empezando, por un lado, con la revisión de los constitucionalismos contemporáneos y, por otro lado, con la diversificación de los enfoques constitucionales ante el desarrollo de la teoría constitucional.

1. Tendencias del constitucionalismo moderno: populista, conservador y liberal

1.1. El constitucionalismo populista

El constitucionalismo populista expresa una crítica al orden constitucional existente y se proyecta hacia la transformación social. En esa línea autores como Landau afirman que “los populistas no solo se distinguen por su preferencia por un cambio constitucional generalizado, sino por un cambio en un sentido antiburkeano. Buscan rehacer o refundar el orden institucional existente en lugar de construir sobre él” (p. 529).

A partir de ello, esta corriente persigue la justicia y la igualdad como ejes del cambio constitucional y cuestiona a las constituciones convencionales por su incapacidad para responder a las necesidades de los sectores históricamente desfavorecidos. Otros autores como Blokker indican que “el constitucionalismo populista rechaza el orden existente debido a sus desigualdades e injusticias, al igual que el constitucionalismo democrático, pero lo hace con el objetivo de restaurar (un ideal de) un orden histórico precedente” (p. 540). A partir de ello, el constitucionalismo populista tiene como objetivo principal repensar las constituciones en dirección al cambio social para llegar a crear una sociedad donde la justicia y la igualdad sean los pilares fundamentales. Además, opta por la crítica hacia el régimen anterior, relacionado mayormente con un severo juicio a la democracia

liberal; por ello, las constituciones populistas se interpretan como opciones nacidas de la crítica a las experiencias nacionales que involucraron a la democracia liberal (Landau). En ese sentido, desde esta óptica, se considera a las constituciones convencionales como instrumentos para la perpetuación de las desigualdades y como elementos que marginan a grupos sociales desfavorecidos que en la práctica comprenden el grupo mayoritario de una determinada sociedad, siendo estos la razón de la acción de los radicales en atención a su reivindicación política.

Los principios del constitucionalismo populista son tres: la igualdad, autogobierno y la voluntad mayoritaria. En primer lugar, la igualdad en el constitucionalismo populista involucró diversos eventos históricos y doctrinas que le fueron dando forma a través de los años. Podemos mencionar que desde la Revolución inglesa de 1742, pasando por el inicio del movimiento ilustrado del siglo XVIII, hasta la Revolución francesa de 1789, la propuesta de convivir como ciudadanos libres en una sociedad con igualdad de condiciones fue la opción predominante. Sumado a dichos eventos, hubo doctrinas muy influyentes como la que formuló John Locke en el marco de la inviolabilidad de los derechos naturales individuales como la libertad que se legitima en la igualdad. En segundo lugar, la idea de autogobierno también fue influenciada por el movimiento revolucionario francés del cual los radicales latinoamericanos “obtuvieron argumentos para desconfiar de los sistemas de representación política y afirmar su derecho a gobernarse sin intermediarios, o a controlar a sus delegados de un modo estricto” (Gargarella, 2005, p. 22). Finalmente, la voluntad mayoritaria remite a la voluntad general que, para Rousseau (2004), es soberana, inalienable y debe ejercerse de manera directa por el pueblo, sin intermediarios; cuando excepcionalmente se delegan funciones en agentes, estos quedan sujetos a un mandato revocable por la propia voluntad mayoritaria. Cabe precisar que la propuesta de un sistema representativo como expresión legítima de la soberanía popular corresponde más bien a Sieyès, quien durante la Revolución francesa defendió la representación como mecanismo de gobierno, en contraste con el ideal rousseauiano de la democracia directa.

Junto con esos principios, el constitucionalismo populista se proyecta en tres elementos doctrinarios cuya finalidad es revisar las estructuras políticas, económicas y sociales del Estado, con las cuales la participación popular deja de ser secundaria para formar parte constitutiva del proceso de transformación constitucional. En primer lugar, la

transformación social profunda como el principal objetivo, a través de la revisión y, si es el caso, la reforma de las estructuras económicas, políticas y sociales. Para ello, desde esta orientación constitucional, revisar y reformar las estructuras del Estado son tareas necesarias para crear una sociedad más justa y equitativa. En segundo lugar, la inexorable participación popular ya que la finalidad de hacer democrático el proceso de transformación constitucional pasa por la participación de la masa social mayoritaria. Por último, la primacía de la masa social mayoritaria de la sociedad en las decisiones políticas que lleven a cabo el desarrollo del Estado. Al respecto, Tully (1997) nos ofrece una premisa fundamental:

[...] parecería claro que no se puede pedir justamente a todas las personas, si las consideramos no solo razonables, sino también racionales, que sometan su destino a la generosidad cariñosa de un sistema democrático fundado en leyes aprobadas por la mayoría, sin que también haya un compromiso de nuestra sociedad, desde el principio, con formas de gestión pensadas para constituir y mantener a toda persona como participante competente y respetado en el intercambio y la confrontación política, y también en la vida económica y social en general (p. 62)

Entonces, el constitucionalismo populista representa aquella perspectiva que a través de la crítica de la estructura político-social busca un cambio transformador sobre la base de la reinterpretación o reforma de la constitución en relación con su rol en la sociedad. En ese contexto, se critica a las constituciones de una determinada sociedad por considerarlas insuficientes para solventar las necesidades reales de la población. Esta insuficiencia traducida también en incapacidad o desinterés se sustenta en la concepción popular de que hay constituciones que perpetúan desigualdades y no consideran a los sectores sociales menos favorecidos.

La problemática que acompaña al constitucionalismo populista en lo concerniente a su desarrollo, instauración y permanencia la explicamos en dos vertientes. Por una parte, sus propuestas fueron efectivamente contenidas por los liberales y conservadores ya sea con el poder político-económico traducido en acciones directas o con la constitución de órganos institucionales que limiten su influencia. Estas acciones se tradujeron en la implementación de una estructura gubernamental que se contenga a sí misma bajo el parámetro de Estado de Derecho donde tanto el poder legislativo, ejecutivo y judicial

tengan límites en su accionar. Por otra parte, el constitucionalismo populista no pudo prosperar efectivamente con sus propuestas debido a la debilidad argumentativa de su doctrina junto a una visión restrictiva. Así, por ejemplo, respecto al derecho a la propiedad se aboga porque esta se dé en función de la igualdad entre todos llegando a justificar la expropiación y con ello alertando a las élites que están en el gobierno (Gargarella, 2005). Entonces el problema venía cuando la voluntad mayoritaria chocaba con los derechos de los sectores minoritarios y entraba en cuestión aquella idea de que la voz del pueblo es la voz de Dios.

Los populistas crearon instituciones para bregar por su posicionamiento como modelo constitucional predominante; a pesar de ello, se inclinaron por la opción de conceder una autoridad suprema a la voluntad popular incluso llegando al punto de rechazar mecanismos de control sobre las instituciones de control mayoritario (Gargarella, 2005). Esto tenía como corolario que la voluntad popular legislativa no tuviera límites respecto a la acción o contención que pudieran hacer el Ejecutivo o el Poder Judicial. En adición a ello, una última deficiencia argumentativa que entraba en contradicción con la visión genuina del constitucionalismo populista era cuando se anteponía el cambio social a visiones personales de las élites populistas ya que debido a la situación del campesinado y pueblos indígenas en el Perú su inclusión en el modelo constitucional no encontraba cabida al carecer, desde las perspectivas de la élite política de entonces, de una capacidad necesaria para asumir un rol político. Entonces al final los impulsores del constitucionalismo popular establecían un “modelo social burgués; lo cual, por supuesto, no excluye la posibilidad de que los miembros de otros estamentos también lo apoyasen debido a una mejor comprensión del nuevo modelo o por esperar obtener una ventaja de él” (Grimm, 2020, p. 127).

Al poner en contexto la realidad peruana, conviene precisar que las reformas más transformadoras del siglo XIX no responden propiamente al constitucionalismo populista, sino, en gran medida, al impulso del constitucionalismo liberal. Por ejemplo, durante el segundo gobierno de Castilla, asesorado por ministros de inclinación liberal como los hermanos Gálvez, se dio la abolición de la esclavitud, la extinción del tributo indígena y el establecimiento del voto político universal (Basadre, 1998); reformas que, sin embargo, fueron revertidas años después anteponiendo el interés nacional a los derechos de los menos favorecidos, como los pueblos indígenas, a quienes se les volvió

a cobrar el tributo en tiempo de la guerra con Chile (Basadre, 1998). Este episodio evidencia que en el Perú republicano el avance y retroceso de derechos estuvo marcado por la tensión entre liberalismo reformista y el conservadurismo restaurador, antes que por una genuina impronta populista.

En suma, podemos colegir que los problemas principales del constitucionalismo populista fueron la oposición de los liberales y conservadores a la directriz, muy extrema en algunos aspectos, de su doctrina lo que engendraba el miedo en las élites que estaban en el gobierno con lo cual estas confluieron sus fuerzas para contener el avance popular a través de diversas acciones que a veces contemplaban violencia y también a través de la creación de instituciones que contenía su avance y consolidaba un modelo más proteccionista. Asimismo, fue la propia deficiencia doctrinaria y la tendencia a circunscribirse a un análisis desigual y muchas veces nacionalista lo que sería aprovechado por sus contrapartes ya que el populismo solía caer en incoherencias y exageraciones que a la larga no sustentaron un verdadero cambio. Sin perjuicio de lo anterior, identificamos dentro del populismo una tendencia radical en el extremo del objetivo de una refundación total del Estado sustentando las decisiones procesales y ejecutivas al poder indiscutible de la mayoría sobre las minorías; una situación que a la larga termina generando un elitismo dentro de las cúpulas populistas.

Es innegable que el constitucionalismo populista ha emergido casi siempre en contextos de crisis profunda en las cuales las élites económicas han sido involucradas en diversos casos de corrupción dentro de la estructura estatal lo que da un margen de legitimidad política a liderazgos populistas en busca de una reforma de un sistema contaminado. Sucesos como la desnaturalización del sistema partidario, una grave recesión económica o la marginación sistemática de grupos sociales específicos enraizados en una corrupción generalizada del aparato estatal dan vida a los movimientos populistas cuya oportunidad de llegar al poder es más viable en dichos contextos donde la reivindicación de ciertos derechos y la tutela de otros se hacen imprescindibles para un bienestar social sustentable.

Cabe destacar que parte de la doctrina afirma que para llegar, asegurar y establecer tanto al proceso constituyente como la Constitución en sí misma los agentes del constitucionalismo populista implementaron medidas que comprendían el control político de la justicia electoral, el diseño legislativo de leyes electorales o cierres de parlamentos

para asegurar el control efectivo de las Asambleas Constituyentes por parte de sus aliados con la finalidad de evadir cualquier limitación o presión que se pueda ejercer desde órganos controlados por diferentes fuerzas políticas (Landau, 2018).

Por una parte, desde el caso peruano, podemos analizar la Constitución de 1979, una carta magna que entró en vigencia luego de un periodo de gobierno militar por lo que significó la vuelta del estado democrático. Consideramos que esta constitución significó un cambio personalista; es decir, centrado en la persona y su condición de ser humano, con relación a sus antecesoras que tenían un contenido más tecnócrata y elitista. Las reformas constitucionales se materializaron a través de cambios progresistas en la búsqueda de un aumento de la justicia social junto al enfoque de participación ciudadana mayoritaria en asuntos del Estado.

Respecto a los cambios relevantes que se dieron a través de la Constitución de 1979 tenemos en primer lugar, el reconocimiento e inclusión de derechos como el trabajo, la educación, la salud y la vivienda. En segundo lugar, con la Constitución de 1979 se terminó de asegurar la institucionalización de la reforma agraria iniciada en 1969 con lo que se pudo asegurar constitucionalmente la distribución de las tierras y consecuentemente los derechos de los trabajadores agrarios; junto a ello también la carta incluyó la protección contra el despido arbitrario y el derecho a formar sindicatos. Por último, el pluralismo político se tradujo en un reconocimiento constitucional de la participación ciudadana a través del sufragio universal, pero sobre todo con la incorporación de referendos y consultas populares.

En suma, la Constitución del Perú de 1979 puede entenderse como una Constitución que posee una fuerte carga social y democratizadora ya que se estableció un Estado responsable de desarrollar el bienestar general e igualdad social mientras en su camino eliminaba estructuras de explotación lo que supone la diferencia con el constitucionalismo liberal clásico (Blancas Bustamante, 1981). Esta fuerza democratizadora se expresó en reformas que incluyeron una justa participación ciudadana en la cual los derechos políticos no se vean limitados. Asimismo, el diseño constitucional desarrolló de forma amplia el catálogo de los derechos fundamentales para incorporar apartados que evidencian cierta influencia de las corrientes constitucionales de la Europa de la posguerra y de instrumentos internacionales como los derechos humanos que

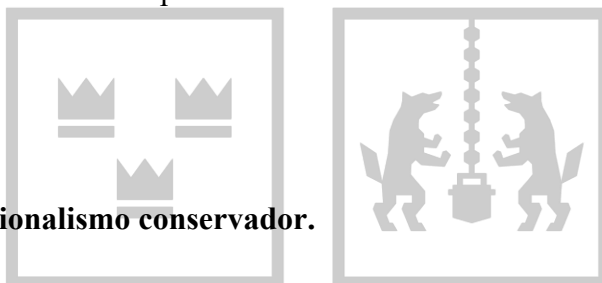
reforzaron la idea de un orden constitucional con dirección al reconocimiento y protección de múltiples derechos. (García Belaunde, 1981). Aunque, si bien la influencia primigenia del populismo está presente en este contexto, no podemos negar que el consiguiente desarrollo y aplicación de la Constitución de 1979 se dio bajo un marco liberal y garantista. Por ello, afirmar que la constitución de 1979 es una Constitución plenamente populista es incorrecto ya que es una carta que, como ya se dijo, su creación se da bajo influencia del populismo, pero cuyo desarrollo se orientó sobre la base de una estructura de justicia social e igualdad y no de refundación total del Estado.

Por otra parte, se incorpora el estudio de la Constitución de la República de Ecuador (2008). Algunos autores afirman que se trata de un cuerpo normativo que forma parte del nuevo constitucionalismo latinoamericano debido a la ampliación de derechos y la inclinación por construir un orden constitucional en vinculación con la justicia social e inclusión (Viciano Pastor & Martínez Dalmau, 2011). Asimismo, otros autores sostienen que esta carta magna responde a un enfoque decolonial ya que articula a la interculturalidad y la plurinacionalidad como ejes de la refundación del Estado (Walsh, 2012). Sin perjuicio de lo anterior, la Constitución de Ecuador del 2008 también fue analizada desde la literatura jurídica como un paradigma de la constitución populista toda vez que dicho cambio constitucional responde a un proyecto de ruptura con el orden antes establecido y a un programa de transformación sustantiva (Landau, 2018).

Ahora bien, centrándonos en el análisis tenemos, en primer lugar, la inclusión de derechos de naturaleza, convirtiéndose así la Constitución de Ecuador del 2008 en la primera carta magna que positiviza como derechos constitucionales a derechos de la naturaleza (artículos 71-74). En esa dirección, la Constitución ecuatoriana incorpora de manera expresa la noción de Pachamama en el capítulo “Derechos de naturaleza” (artículo 71 Asamblea Constituyente del Ecuador, 2008), una decisión que significa un cambio radical al reconocer la naturaleza como sujeto de derecho activo mientras se da una conexión con la interculturalidad y plurinacionalidad (Acosta, 2012). En segundo lugar, una de las decisiones más relevantes de la carta de 2008 fue que reconoció la diversidad étnica y cultural del país al reconocerlo como un Estado plurinacional. En tercer lugar, contiene la carta una mirada particular sobre los derechos sociales y económicos ya que tanto la redistribución de la riqueza como el objetivo de eliminar la pobreza forman parte del mandato constitucional. Finalmente, la ampliación de la participación ciudadana se dio,

de igual manera que en la Constitución de Perú de 1979, a través de medios de la democracia directa como las revocatorias de mandato político, referendos y la inclusión de la acción popular.

Por consiguiente, la Constitución de Ecuador de 2008 contiene el carácter del constitucionalismo populista al innovar fuertemente en la visión social a nivel constitucional con la pionera inclusión constitucional de la protección a derechos ambientales junto al desarrollo del concepto Sumak Kawsay que componen la calidad radical respecto a la relación legal entre la sociedad el medio ambiente y los pueblos indígenas. Asimismo, la carta de 2008 desestructura el enfoque uninacional del Estado para transformarlo en un Estado plurinacional.



1.2.El constitucionalismo conservador.

El constitucionalismo conservador emerge como una respuesta a las corrientes revolucionarias o transformadoras; defiende la tradición, la continuidad institucional y la reforma gradual frente a abruptos cambios sustentados en abstracciones morales o políticas (Burke, 1860). Dentro de esta corriente constitucional el pensamiento político y jurídico suele tener un carácter gradualista poniendo énfasis en lo que se puede denominar una prudencia institucional conjugada con una desconfianza respecto a proyectos de “renovación” social establecidos por intérpretes con criterios propios y endeblemente ambiciosos en vez de transformaciones de gran alcance (Sunstein, 2006)

Asimismo, el constitucionalismo conservador contemporáneo contiene una tendencia frecuente hacia un enfoque originalista. A partir de ello existe una tendencia en la cual el significado del texto constitucional se debe entender desde la perspectiva históricamente fijada donde el contenido opere como un límite a las interpretaciones judiciales e innovaciones doctrinales (Whittington, 2013). Por consiguiente, el constitucionalismo conservador promueve que en una Constitución existan los instrumentos necesarios para una contención que limite el poder -ya sea de la mayoría poblacional o agentes del gobierno- en vez de establecer herramientas que busquen una transformación social directa.

El constitucionalismo tradicional o conservador contiene en su propuesta teórica dos vertientes importantes. Por un lado, la decisión de preservar el orden constitucional original ya que será insoslayable que una carta constitucional que se haya germinado en un determinado contexto social prevalezca en el tiempo conservando la versión original de quienes fundaron la carta. En concordancia con aquello, Meese (1988) afirma también que “el constitucionalismo conservador enfatiza la necesidad de adherirse a la interpretación textual de la Constitución, manteniendo las intenciones originales de los fundadores como la guía suprema para la interpretación judicial” (p. 45). Por otro lado, existe dentro del constitucionalismo conservador una actitud de cautela que muchas veces se traduce en una férrea oposición hacia una reinterpretación de la carta constitucional o una interpretación expansiva de la misma. Por ello, para autores como Scalia (2012), una vez que una sociedad adopta la democracia como régimen de gobierno “la pregunta crucial es qué teoría de interpretación textual es compatible con la democracia. El originalismo, sin duda, lo es. El no originalismo, en cambio, impone a la sociedad prescripciones estatutarias que nunca fueron adoptadas democráticamente” (p. 86).

Por último, no debemos confundir la visión preservativa de las cosas del constitucionalismo conservador con una actitud totalmente férrea al cambio ya que estos se daban no con la dimensión que se busca en el constitucionalismo popular, pero sí a través de una clasificación de cambios específicos para conservar la nueva sociedad. Entonces, hasta dentro del constitucionalismo conservador encontramos vestigios de evolución en función al cambio.

La defensa de la propiedad, principalmente de los grandes propietarios, los derechos políticos a elegir y ser elegido, y la influencia de la riqueza y el conocimiento derivaron en el desarrollo propio de la interpretación de los derechos fundamentales desde el conservadurismo.

En primer lugar, el derecho a la propiedad. Los conservadores eran conscientes de lo importante que era la propiedad para la sociedad, principalmente para los grandes propietarios, por lo cual tutelar dicho derecho era indispensable para recibir el apoyo de estos ya que en caso se vulnerara la propiedad son los que más perderían respecto de la demás población. En segundo lugar, el derecho a elegir y a ser elegido. Los derechos

políticos eran los muros que podrían contener, una vez limitados a la élite política, la influencia de las mayorías en las decisiones importantes para la sociedad. Por lo que los derechos políticos a elegir y ser elegido quedan restringidos a una parte de la sociedad; dichas restricciones eran las mismas que en el Perú estaban vigentes todavía en gran parte del siglo XX y se referían a no ser analfabeto, ser propietario, tener una edad determinada y otros. Por último, al vincular estos derechos fundamentales el constitucionalismo conservador podía concluir que solo los propietarios pertenecientes a las élites políticas educadas y por ende “superiores” a la mayoría podían llegar a tener la responsabilidad de dirigir a las naciones, “de allí que la defensa privilegiada del derecho de propiedad prometiera acompañarse de un aumento en la racionalidad del proceso de toma de decisiones” (Gargarella, 2005, p. 130). Por lo tanto, para capitalizar un poder político dentro del conservadurismo la riqueza debía confluir con una supuesta la capacidad intelectual.

Uno de los elementos principales que componen la doctrina del constitucionalismo conservador es la visión de un perfeccionismo moral que, desde su punto de vista, reúne un conjunto de valores en la sociedad que la sostienen y la dirigen al progreso. Este perfeccionismo busca que la estabilidad original que se fundó con la adopción de una carta constitucional sea asegurada en el tiempo y sobre todo busca proteger a la sociedad de otros valores, perspectivas o teorías que puedan desestabilizar el orden social para constituir una anarquía. Burke, verbigracia, relaciona el orden social con tradiciones religiosas y morales para afirmar que la civilización se sostiene en “the spirit of a gentleman and the spirit of religion” (Burke, 1860, p. 64). En adición a ello, a partir del debate clásico acerca de la moral pública, se fundamenta que la sociedad se sostiene sobre principios morales que por ser comunes merecen recibir respaldo jurídico (Devlin, 1959). Por otra parte, desde una aproximación propia de nuestro tiempo de “moralismo jurídico” o perfeccionismo legal, se defiende que el derecho existe para cooperar a la sostenibilidad de un contexto moral que propicie bienes sociales de valor (George, 1993).

Con relación al perfeccionismo conservador tenemos un ejemplo que brinda Gargarella sobre lo que alguna vez dijo el presidente paraguayo Rodríguez de Francia:

Decía Francia: “usted sabe cuál ha sido mi política con respecto al Paraguay; que lo he mantenido en un sistema de incomunicación con las otras provincias de

Sudamérica, e incontaminado por aquel malvado e inquieto espíritu de anarquía y revolución que más o menos ha asolado a todas”. La afirmación del tejido moral, a su vez, auguraba un futuro estable, privado de disrupciones sociales. (2005, p. 89).

Por lo tanto, a partir de este ejemplo se explica por qué la necesidad de preservar el estado de las cosas así como la negativa a influencias externas que puedan contravenir el orden establecido son elementos primordiales de los discursos conservadores. Se justifica todo ello bajo el manto del perfeccionismo moral que cada gobierno conservador concibe según sus intereses.

Para el caso peruano también tenemos un ejemplo en la doctrina de Bartolomé Herrera, representante del pensamiento conservador del siglo XIX en el Perú, quien dedicó uno de sus sermones a criticar la doctrina *rousseauniana* y deslegitimar la voluntad popular como el centro del poder político. Para ello, recurrimos a dos premisas que Bartolomé Herrera pronunció en el Colegio de San Carlos el día 28 de julio de 1846. Por una parte, Herrera invitaba a que nos “desengañémonos de una vez: el mal proviene, en uno y otro de estos dos perniciosos sistemas, de reconocer la soberanía en la *voluntad humana*” (p. 111). Promulgando así una visión que reducía la expresión de la voluntad popular como centro de la decisión política para luego afirmar que “los poderes políticos ejercen sobre nosotros verdadera soberanía, no dominándonos con su *voluntad*, sino obedeciendo a ellos y haciendo que se obedezcan las reglas de justicia que la *razón absoluta* ha dictado, y cuya expresión debe hallarse en las leyes” (p. 112). Al mencionar la razón absoluta Herrera se refiere al poder divino de Dios aduciendo, en la práctica, que al obedecer a los gobernantes estamos obedeciendo las reglas de Dios.

Otro elemento importante de la doctrina conservadora es el elitismo político entendido como aquella perspectiva que busca sustentar la necesidad de que quienes gobiernen sean “los más capaces” en términos de educación, “cultura superior” o un mejor entendimiento de los problemas sociales. Es decir, el elitismo político es la búsqueda de sujetos que a partir de su “capacidad superior” frente a los demás tengan el deber de proteger los principios que sustentan el constitucionalismo conservador; sujetos que a partir de su condición de “superioridad” tengan la responsabilidad de encargarse de la interpretación, aplicación y tutela de las constituciones. En suma, son sujetos “únicos” que, ante la

incapacidad de la mayoría social, deben guiar los asuntos más importantes de las naciones preservando la estabilidad y el orden mientras desconfían de las masas y continúan sustentando sus acciones en un enfoque de continuidad del orden ya establecido.

Cuando Gargarella (2005) afirma que para el constitucionalismo conservador no “había derechos o intereses básicos sino solo derechos condicionados al respeto de los valores sostenidos oficialmente” (p. 127), se refiere a que la doctrina conservadora trataba de condicionar los derechos fundamentales a los valores morales (perfeccionismo moral) que habían establecido. Por lo tanto, la importancia y legitimidad de un derecho estaba también condicionado a los principios vigentes desde la perspectiva del Estado y en su mayoría en función a la religión. Todo ello hace ahora que la visión de los derechos fundamentales se relativice porque en la práctica dejan de ser absolutos y siempre estarán condicionados a los valores morales establecidos por una doctrina que antepone el cambio o transformación a la estabilidad o permanencia del estado de las cosas.

Un último punto del análisis tiene que ver con la tendencia radical existente en el conservadurismo traducida en el extremo sobre el cual la conservación del *status quo*, independientemente de la situación social, política o económica, es indiscutible ante cualquier circunstancia.

Para el Perú, una de las constituciones conservadoras más representativas de la etapa moderna republicana es la Constitución de 1933 que reemplazó a la Constitución de 1920 teniendo esta última un carácter liberal. En primer lugar, centralizó el poder político de la nación donde el presidente tenía nuevos poderes e influencias respecto a las demás instituciones gubernamentales; así, la capacidad de disolver el Congreso y la consecuente posibilidad de gobernar bajo decretos serían las novedades para centralizar el poder en la figura del presidente. En segundo lugar, los límites a la participación política estaban propuestos en función al nivel de educación, riqueza y género donde las mujeres podían votar en determinadas elecciones, pero no en todas. En tercer lugar, la prevalencia de la propiedad privada que era necesaria para sostener la estructura económica de los propietarios. La Constitución de 1933 tutelaba la propiedad privada estableciendo que la expropiación solo se daría en casos de seguridad nacional o interés nacional con su respectiva indemnización. Por último, respecto al perfeccionismo moral la Carta de 1933 se centra en la protección del núcleo familiar y la promoción de la religión (donde el

catolicismo tenía un lugar preponderante) en función a los valores morales vigentes en la época.

1.3. El constitucionalismo liberal

El constitucionalismo liberal se nutre de la Ilustración y del liberalismo clásico. Sus ejes son las libertades individuales, los derechos fundamentales y la limitación del poder estatal. El rol del Estado, a diferencia del constitucionalismo conservador y populista, se prevé como un poder con limitaciones. Así, la finalidad del gobierno se circunscribe a la protección de dichos derechos y la preservación de la propiedad (Locke, 1690). Desde esa lógica, el Estado deja de ser omnipotente porque el derecho actúa como un límite que distribuye institucionalmente el poder para evitar abusos (Montesquieu, 1748). Asimismo, en la misma línea, Madison aclara la razón de ser de la estructura constitucional al afirmar: “Hay que crear ambición para contrarrestar la ambición” (Madison, 1788, Federalist No. 51). Por lo tanto, la tradición liberal se presenta como una alternativa frente al despotismo (entendido como la concentración del poder) y frente a la arbitrariedad de las instituciones gubernamentales (ausencia de límites), al proponer un Estado de derecho robusto antes que un gobierno fuerte.

En primer lugar, la primacía de los derechos individuales en función a dos derechos fundamentales: la propiedad y la libertad que son la matriz sobre la cual la doctrina desarrolla su enfoque. En segundo lugar, el desarrollo de un gobierno limitado. Con el objetivo de contener el poder en el espacio ejecutivo y legislativo a través de reformas políticas que mantengan el equilibrio y el control político mutuo porque “para que no se pueda abusar del poder, es necesario que, por la disposición de las cosas, el poder detenga al poder” (Montesquieu, 1748, p. 156). Cabe precisar que si bien la obra de Montesquieu admite también lecturas republicanistas centradas en la virtud cívica y el gobierno mixto, en esta investigación se adopta su lectura liberal clásica, siguiendo a Shklar (1987), quien identifica en la separación de poderes y en la moderación institucional el núcleo de un sistema orientado, ante todo, a proteger la libertad individual frente al poder arbitrario. En tercer lugar, la supremacía de la ley. El Estado de Derecho establece que la ley prevalece sobre la arbitrariedad del poder y debido a ello todas las personas, sin distinción alguna, están condicionadas a la ley general aplicada por los tribunales, sin que haya

cabida a privilegios o exenciones (Dicey, 1885). Así el Estado de Derecho es lo que sustenta el orden constitucional donde todos los miembros de la sociedad sin distinción alguna están sujetos a la ley expedida.

Previamente hemos indicado que tanto el constitucionalismo populista junto al constitucionalismo conservador contempla dentro de sus proyecciones el desarrollo de una serie de limitantes para que la doctrina siga su curso en el espectro social y político. Es así que, por un lado, de parte del constitucionalismo conservador su posición es proteger los valores morales a toda costa ya que son la matriz que sostiene los fundamentos de la doctrina; dichos valores al ser, en la perspectiva conservadora, anteriores a la Constitución son en su mayoría inalterables por lo cual el perfeccionismo moral puede sobreponerse a cualquier derecho individual o colectivo con tal de permanecer endeble en función al interés nacional. Por otro lado, el constitucionalismo populista también contempla excepciones al ejercicio de ciertos derechos tales como, hemos acotado previamente, en la situación en la cual contemplan la expropiación de los grupos minoritarios de grandes propietarios en base también al interés nacional. Empero, el constitucionalismo liberal reivindica y fortalece los derechos individuales sobre los cuales no contemplan ninguna excepción.

En esa lógica, se exige la eliminación de toda ley, institución o actitud política que se contraponga a la autonomía individual y cuyo marco comprenden su interacción con los derechos fundamentales; aún así, la complejidad de las relaciones sociales obliga a armonizar esa autonomía con límites jurídicos que hagan posible la convivencia. Respecto a ello, Grimm (2020) afirma que existen dos esferas donde la libertad individual se desenvuelve; “la primera esfera exige la restricción de la libertad individual en aras de la libertad general; la segunda exige un conjunto de instrumentos que permitan conexiones recíprocas en condiciones de voluntariedad” (p. 145). Asimismo, estos derechos preexistentes al Estado tienen una categoría especial incluso desde la óptica religiosa ya que el derecho natural contiene un carácter tan predominante que ni Dios podría cambiarlo (Grocio, 1925). No obstante, en base a una extrapolación religiosa, Dios podría mandar a contravenir la ley mandando a cometer a un individuo algún acto ilícito. Dicha situación no hace que el acto sea lícito, sino que es una acción ilícita con mandato divino.

En definitiva, en el constitucionalismo liberal la ley es el elemento idóneo para proteger los derechos del individuo frente al poder del Estado. La decisión de limitar el poder en el espacio ejecutivo y legislativo tiene como objetivo contener las influencias que pueden tener como corolario el ejercicio de la tiranía en el poder o del desgobierno total. Junto a ello “tanto en los Estados Unidos como en Latinoamérica, los liberales consideraron de enorme importancia contar con un Poder Judicial independiente y poderoso” (Gargarella, 2005, p. 213) ya que esto les aseguraba la tutela de uno de los poderes primarios para el funcionamiento del Estado.

Desde otra vertiente, para asegurar que el ordenamiento jurídico no sea usado a favor de un poder u otro, la independencia de los agentes que interpretan las leyes y dictan las sentencias judiciales es absoluta e irrenunciable. Esto se explica por qué en muchos de los ordenamientos constitucionales liberales el control de constitucionalidad de la ley está a cargo del juez quien en la práctica tendría la última palabra para dichas cuestiones frente a otras posibilidades que el legislativo también tiene en dichos ordenamientos para insistir en una decisión legislativa. En adición a ello, el liberalismo también desarrolla el derecho a ser compensado ante cualquier transgresión a los derechos del individuo ya que “quien ha sufrido el daño tiene el derecho de exigir, en su propio nombre, una reparación, y es él y solo él quien puede perdonarla” (Locke, 2006, p. 16).

Consideramos que la propuesta liberal de igualdad se convirtió en una igualdad incompleta ya que el si bien el liberalismo, verbigracia, defendía el sufragio este fue desarrollado previendo limitaciones a la intervención popular en el núcleo político (Gargarella, 2005) donde la representación política releva de su función fiscalizadora y gubernamental a la mayoría social. Entonces el elitismo político también tuvo una influencia importante dentro de la doctrina liberal donde poco a poco la alternancia en los puestos de gobierno se vio superada por una propuesta de permanencia en los mismos bajo el argumento de una mejor calidad de trabajo en base a la experiencia. Bajo este rango de limitación al Estado el liberalismo, valga la redundancia, liberó la economía fomentando un nuevo bienestar social, pero no tuvo cabida una reconciliación de los intereses de todos los individuos en la sociedad. Por lo cual, las extensiones de los derechos fundamentales no se derivaron efectivamente a toda la sociedad sino que se fijó, en un inicio (post revolución industrial), una división de clases donde algunos poseían la totalidad de los derechos fundamentales y otros solo una parte (Grimm, 2020)

Hay una reflexión relevante sobre el derecho de la propiedad en la doctrina liberal. Al respecto, conviene precisar que, si bien Hugo Grocio escribe antes de la consolidación del liberalismo como corriente política, la historiografía del pensamiento jurídico lo ubica como uno de los fundadores de la tradición de los derechos naturales subjetivos sobre la cual se erige el liberalismo clásico (Tuck, 1979). Grocio se da el espacio para justificar la existencia de la propiedad. Por una parte, se argumenta a favor del derecho a la necesidad ya que el autor considera a la propiedad como un derecho previo al estado social; es decir, que para superar el estado de naturaleza el derecho a la necesidad justificaba tomar dominio de los bienes que sean necesarios e incluso el hurto puede estar justificado ante la necesidad. Pero lo único que no es justo es tomar el dominio de un bien “si el poseedor se encuentra en igual necesidad, pues en causa igual es mejor la condición del posidente” (Grocio, 1925, p. 295). Por otra parte, el derecho de la utilidad inocua el cual, desde nuestra perspectiva, emerge del principio de razonabilidad y proporcionalidad en tanto la propiedad será legítima si primero se dominó a partir de la necesidad y dicho dominio es compatible con las necesidades del individuo o individuos que toman posesión de un bien. En caso los bienes apropiados sean mucho mayores a las necesidades, estaremos ante una contradicción de la ley natural.

De este modo, la confluencia de diversas doctrinas para explicar el origen del derecho fundamental encuentra en el constitucionalismo liberal un componente histórico, religioso e ilustrado. Además, conviene relevar una cuestión no siempre explicitada sobre la libertad en el liberalismo: la libertad natural, preexistente al Estado, deja de estar protegida por sí sola una vez constituido el estado social; es precisamente frente al poder concentrado de ese nuevo Estado que dicha libertad requiere positivizarse y resguardarse expresamente a través de los derechos fundamentales (Grimm, 2020).

Por lo tanto, en primer lugar, se confirma la preexistencia del derecho natural antes de la existencia de un Estado. En realidad, hasta cierto punto se condiciona la existencia del Estado y su autoridad a la situación anterior a su vigencia; es decir, que el Estado fue creado para tutelar los derechos preexistentes no positivizados que regularon la sociedad en su evolución desde el estado de naturaleza pasando por el estado de guerra hasta llegar al estado social. Es así que la libertad, la vida y la propiedad se constituyen como los derechos sobre los cuales se desarrolla la doctrina liberal y contra los que no debería

existir alguna transgresión sin que la misma, de acuerdo con su naturaleza, no sea compensada de forma que el principio de proporcionalidad y razonabilidad prevalezca. En segundo lugar, la cuestión religiosa. Como hemos podido observar la doctrina liberal protege los derechos preexistentes al Estado incluso del poder divino. Entendiendo que, bajo una extrapolación religiosa utilizada para un mejor entendimiento jurídico, si Dios mandara matar a alguien como lo hizo con Abraham dicha acción no se vuelve legal por el hecho de que el poder divino lo haya ordenado; sino que en todos los aspectos conserva su ilegalidad. Asimismo, es importante el componente religioso como componente diferencial de los sujetos en la sociedad de acuerdo con la corriente que siguen. Es así que se explica, en función de la libertad, la no obligación de una ley de origen judío con un católico por razón de su diferencia religiosa.

Finalmente, la Ilustración como movimiento intelectual se impregnó en el constitucionalismo liberal hasta el punto de erradicar cualquier componente que no esté sustentado en el análisis lógico y las conclusiones empíricas. Nos atrevemos a afirmar que la Ilustración le dio al constitucionalismo en general aquel empuje moderno sobre el cual el Derecho ha podido seguir desarrollándose. Las teorías y prácticas sobre límite al poder gubernamental, la separación de poderes, la consolidación de la ley escrita y, junto a ello, la obligación del debido proceso son los elementos que el movimiento ilustrado heredó al mundo para proteger los derechos preexistentes al Estado y los que se desarrollaron ya en el Estado social. No obstante, no podemos desdeñar algunas posiciones de la doctrina en contra de la doctrina liberal por producir en sí misma peligros para la libertad a través de la acumulación de poder social (elitismo) o cuestiones relacionadas al desarrollo tecnológico-científico de la vida social (Grimm, 2020). En ese marco, los derechos fundamentales conllevan una función permanente relativa a su desarrollo e interpretación

Sin detrimento de lo señalado, identificamos en el liberalismo una tendencia radical con relación a la protección de los derechos de la vida, propiedad y libertad, instituciones que para el liberalismo configura el núcleo esencial de su doctrina.

2. Enfoques de los derechos fundamentales

Este apartado final del capítulo I es nuclear para nuestra investigación pues la pregunta ¿La consulta previa es un derecho fundamental? Queda supeditada al entendimiento sobre lo “fundamental” de un derecho atendiendo a los criterios y justificaciones correspondientes. Por ello, los cuatro enfoques que proponemos -iusnaturalista-racionalista, positivista-normativo, garantista/neoconstitucionalistas y crítico-decolonial- funcionan como márgenes de evaluación que nos abren la posibilidad de: (i) delimitar estándares diferentes sobre la legitimidad, origen y exigibilidad de los derechos; (ii) dar a entender por qué la jurisprudencia puede ser tan divergente (por ejemplo con decisiones de carácter formalista que exigen una positivización expresa en comparación a perspectivas que dan importancia a garantías, el bloque de constitucionalidad y eficacia); y (iii) establecer el puente entre el marco teórico del Capítulo 1 con el análisis empírico del capítulo 2 para evitar un recuento únicamente descriptivo de sentencias.

Cabe precisar que el bloque de constitucionalidad es el conjunto de normas que, sin estar necesariamente incorporadas al texto de la Constitución, tienen rango constitucional y sirven como parámetro de control de la validez de las leyes. En el caso peruano, el Tribunal Constitucional lo ha definido como el conjunto de disposiciones que deben utilizarse para analizar la constitucionalidad de las normas impugnadas, incluyendo tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado (STC 5854-2005-AA/TC, f.j. 22; Sagüés, 2023).

Por ende, esta sección brinda enfoques argumentativos a través de los cuales se pueda demostrar que la consulta previa cumple con las condiciones para ser defendida como un derecho fundamental, ya sea por su naturaleza intercultural y colectiva, por su vínculo con bienes sustantivos, por su reconocimiento legal supranormativo o por su exigencia de garantías legítimas.

2.1.Enfoque Iusnaturalista-Racionalista

La idea central del enfoque Iusnaturalista-Racionalista se encuentra, por un lado, en la preexistencia de los derechos fundamentales y; por otro lado, en la supremacía de los mismos sobre la existencia del Estado. Entonces la legitimidad del Estado se encuentra condicionada al reconocimiento y protección de estos derechos fundamentales.

John Locke establece al estado de naturaleza y al estado de guerra como dos espacios donde las relaciones sociales y sus complejidades impulsan la consolidación de un estado social. Al respecto, en el estado de naturaleza la ley natural tutela la perfecta libertad y el estado de igualdad del hombre. Además, estos dos derechos que brinda la ley natural y que rige el estado de naturaleza establecen límites a la acción en libertad ya que la ley general obliga a todos en el estado de naturaleza donde la igualdad y la libertad rigen las relaciones a proteger la vida, salud, libertad y posesiones. Por lo tanto, una transgresión a estos derechos naturales genera una obligación de compensar ya que “quién ha sufrido el daño tiene el derecho de exigir, en su propio nombre, una reparación, y es él y solo él quien puede perdonarla” (Locke, 1690, p.16).

Ahora bien, durante el estado de naturaleza puede darse el estado de guerra ya que ante la perfecta libertad como componente primario de la vida en naturaleza (Locke, 1690) la disputa entre individuos iguales es inevitable generando así el estado de guerra y para trascenderlo se hace necesaria la figura de una autoridad. De este modo, los hombres convergen entre sí mismos a pasar de un estado de naturaleza a un estado de sociedad donde los derechos naturales siguen vigentes pero la libertad deja de ser absoluta y es la figura de la autoridad o el Estado la que impone los límites. Podemos afirmar hasta este punto que los derechos fundamentales según Locke se consideran así no por el reconocimiento positivo del Estado sino por la naturaleza de la vida misma en sociedad que permite a sus individuos nacer naturalmente con derechos intrínsecos a ellos sobre los cuales el estado social, es decir, el estado de derecho, establece su orden.

Por lo tanto, en nuestra interpretación es en el estado de naturaleza donde el enfoque iusnatural-racionalista encuentra los derechos fundamentales de la libertad, la igualdad ante la ley, la propiedad y hasta el debido proceso. En adición a ello, se defiende la existencia natural de derechos anteriores a la constitución de un estado de sociedad; es decir, los derechos fundamentales.

Primero, se reconoce la preexistencia de los derechos fundamentales al Estado. Segundo, se fundamenta en la corriente ilustrada de la racionalidad. Tercero, los derechos no dependen exclusivamente de su positivización. Cuarto, posee una visión expansiva y conjunta de los derechos fundamentales. Quinto, resalta la necesidad de formar una teoría

jurídica para identificar a los derechos fundamentales. Finalmente, plantea que, si bien los derechos fundamentales preexisten al Estado, su plena eficacia jurídica requiere traducirse en disposiciones constitucionales positivas —es decir, en el texto normativo de la Constitución— que les den forma y sirvan de parámetro para evaluar la validez de las leyes.

2.2. Enfoque positivista-normativo

La idea central del enfoque positivista-normativo, específicamente en su vertiente excluyente (Green, 2003) —la cual sostiene que la validez del derecho no depende en ningún caso de criterios morales—, establece que los derechos fundamentales solo existirán en la medida en que estén escritos en una norma válida de un determinado sistema jurídico. No reconoce la existencia de derechos naturales; la legitimidad jurídica está determinada por una estructura jerárquica, en la cual la Constitución ocupa el primer lugar. Por su parte Kelsen, el representante máximo de este enfoque, afirma que los derechos fundamentales “son disposiciones de la constitución que determinan, en forma negativa, el contenido de las leyes, y que prevén un procedimiento mediante el cual las leyes que no se adecúen a esas disposiciones, puedan ser anuladas” (Kelsen, 1982, p. 153). Por lo tanto, en relación con los derechos fundamentales el positivismo incide en que sea la importancia inequívoca de su contenido específico la que se ocupe de establecer las obligaciones pertinentes (Bonilla, 2015).

Ciertamente, los derechos humanos naturales también se transformaron en derecho positivo mediante la promulgación de las declaraciones de derechos. No obstante eso, el debate desde esta perspectiva sería si se trataba de una creación o únicamente representaba el reconocimiento de estos derechos, y su inclusión en la constitución misma que confiere al poder estatal su existencia y competencias.

Así, desde esta óptica los derechos fundamentales no preexisten al Estado, sino que se configuran y legalizan en él a partir de la positivización. Su eficacia está condicionada al poder procesal que el ordenamiento jurídico puede brindarle a un individuo para poder reclamar la tutela de un derecho; además busca el perfeccionamiento de la dogmática jurídica “com o objetivo de estabelecer as categorias e bases metodológicas que permitam a compreensão sistemática de toda a jurisprudência precisa, independentemente das

categorías éticas e tradicionais” (Warat, 1983, p.33). Todo ello siempre en función de la jerarquización de normas. Un ejemplo de ello comprende los inicios de las constituciones alemanas que a partir de la vinculación con los derechos fundamentales. Al respecto, Grimm (2020) afirma:

Evitaron toda referencia a orígenes en el derecho natural y se declararon derecho positivo, que debía su existencia únicamente a la voluntad del monarca. Por ello no fueron formulados como derechos humanos, sino como derechos civiles. Esto, por su puesto, no redujo su impronta antifeudal, ya que, a diferencia de las antiguas libertades, no estaban vinculados al estatus o la función social, sino al individuo y, por lo tanto, por primera vez, representaban una subjetividad jurídica general a efectos de su aplicación” (p. 141).

En suma, el enfoque positivista afirma ser científico por dejar de lado conceptos abstractos o cuestiones que perturben la imparcialidad de la interpretación jurídica. Así, la ideología, valores morales o sentimentalismos personales quedan fuera de su óptica ‘científica’. De las características que hemos evaluado, analizamos las siguientes:

Primero, la validez de un derecho y su impacto en la vida social está determinada por su ubicación en la escala jerárquica normativa. Segundo, un derecho no existirá en cuanto una norma positiva no lo declare. Se desprende así de la concepción iusnaturalista ya que autores como Kelsen rechazan la idea de una preexistencia de derechos al Estado. Es más, considera que dicha concepción es ahistórica y errónea ya que no se puede concebir que el derecho subjetivo sea considerado una derivación del derecho objetivo (Kelsen, 1982, 142). Tercero, para la evaluación jurídica cuestiones morales y valorativas quedan al margen. Cuarto, a nivel histórico, es posible la acepción de que la sociedad burguesa se desarrolló paralelamente con el surgimiento del positivismo como garante y factor de reconocimiento idóneo de los derechos fundamentales (Grimm, 2020). Entonces la bisagra que dio paso de la sociedad estamental a una sociedad de clases tiene una vinculación directa con la aparición de los derechos fundamentales cuyo elemento vital para su legitimidad era el positivismo. Por último, el positivismo establece el monismo jurídico de la norma. A través de la tesis monista se “considera al Estado como una abstracción teórica que refleja una norma contingente de organización de las sociedades” (Warat, 1983, p. 112).

2.3. Enfoque Garantista/Neoconstitucionalista

El neoconstitucionalismo es una corriente cuyo objetivo es adecuar los ordenamientos jurídicos, los principios jurídicos y la interpretación constitucional a las complejidades de la sociedad contemporánea. Se caracteriza por resaltar el valor de la constitución en cuanto a la protección de los derechos fundamentales a partir de una interpretación *integrativa*, abierta y basada en derecho.

Desde la perspectiva garantista se defiende la posición en contra del absolutismo del estado y el neoabsolutismo producido por las nuevas fuerzas económicas del sector privado que en la actualidad se traducen en innegables poderes políticos en los Estados. Por una parte, el constitucionalismo garantista reivindica la expansión de los derechos fundamentales de los sectores más débiles en la sociedad al considerarlo una lucha contra el absolutismo emergido de la libertad absoluta presente en el estado de naturaleza de Locke y Grocio donde rige la desigualdad a partir de la supremacía del más fuerte. Por otra parte, la perspectiva garantista critica al neoabsolutismo propuesto como el poder económico/financiero que surgió principalmente con la globalización de mediados del XX cuya influencia se materializó en las “estructuras constitutivas de soberanía” (p. 47).

Ante el cambiante contexto social el garantismo prevé la necesidad de una revisión y reflexión sobre los derechos fundamentales que empiezan a ser reconocidos o mermados de diversas maneras. Existen tres expansiones que están presentes. El primero se refiere a la expansión de los derechos sociales que involucra la interacción de garantías primaria y secundarias para, verbigracia, enarbolar el derecho a subsistir mediante una pensión de desempleo involuntario con lo cual es necesario usar el dinero gastado en una burocracia innecesaria; la segunda expansión corresponde a los derechos civiles involucrados con la autonomía privada donde el garantismo actúa contra los errores, abusos y negligencias del mercado que generen daño a los derechos fundamentales; la tercera expansión del garantismo se refiere a una crítica a intervención internacional a través de instituciones jurisdiccionales, sociales o económicas que restan soberanía estatal (Ferrajoli, 2001).

En general, los derechos fundamentales se conciben como restricciones al poder gubernamental o privado cuyo sentido no se limita en su reconocimiento formal debido a que exige demanda condiciones de efectividad a través del desarrollo de garantías institucionales y normativas (Ferrajoli, 2001). En relación con ello, diversos autores han propuesto teorías para elaborar su análisis de las cuales para nuestra investigación vale distinguir dos vertientes. Por un lado, las teorías de carácter combinado o integrador, en la medida de que la dogmática de los derechos fundamentales tiende a la articulación de múltiples herramientas (reglas, principios, ponderación, razonabilidad, etc.) para establecer criterios interpretativos y soluciones con relación a la colisión entre derechos, generando así un punto de partida de carácter general que pueda ser precisado en casos específicos (Alexy, 1993). Por otro lado, están las teorías de carácter “unipuntual” o monista, como algunas corrientes del positivismo jurídico que condicionan la existencia y el contenido de la ley con hechos sociales y no necesariamente supeditados a su sentido moral; de esta forma, la legitimidad de los derechos depende de su positivización y criterios de validez impuestos por el sistema establecido (Green, 2003).

Respecto a los derechos fundamentales, el garantismo propone lo siguiente. Primero, estos derechos tienen el rango máximo en las constituciones, tienen el mayor poder jurídico y son los derechos que generan más conflictos debido a su indeterminación y polaridad de resolución en los tribunales de justicia (Alexy, 1993). Segundo, el garantismo afirma la necesidad de garantías normativas para ejercer una efectiva acción jurisdiccional con apoyo institucional. Tercero, relocalizan la teoría jurídica ampliando su perspectiva para aunar a la justiciabilidad de la mayor cantidad de derechos posibles. Cuarto, se establece el carácter universal de los derechos fundamentales a partir de su reconocimiento de ciudadanos con capacidad para obrar. Sin embargo, se llega a relativizar esta universalidad ya que “el todos de quien tales derechos permiten predicar la igualdad es lógicamente relativo a las clases de los sujetos a quienes su titularidad está normativamente reconocida” (Ferrajoli, 2001, p. 21). Por último, se contrapone a la influencia supraestatal en los Estados.

2.4. Enfoque Crítico-Decolonial/Pluralista

En este enfoque se desarrolla la tesis de que el eurocentrismo comprende un punto nuclear en el constitucionalismo dentro del área occidental y debido a su expansión a través del colonialismo, su influencia dentro de zonas donde viven pueblos con cosmovisiones no occidentales ha calado en lo más profundo de sus sociedades al punto de no tomar en cuenta las formas jurídicas desarrolladas por dichas poblaciones a partir de su propia cosmovisión. Desde este enfoque, verbigracia, se denuncia el exilio “de la costumbre como fuente obligatoria en una sociedad como la peruana, signada por el pluralismo cultural y la maciza presencia indígena, que suponía una suerte de esquizofrenia jurídica, y confirió a la codificación un carácter marcadamente elitista y etnocéntrico” (Bazán, 2023, p. 147)

En relación con ello, se desestima una teoría monista del derecho para optar por la legitimidad de un principio heterónomo en relación con la producción de las normas. Entonces los contenidos que pueda tener una norma determinada “no son, como podría inferirse del principio de pureza metodológica, constituyentes exclusivos de los significados de las normas positivas, ni las nociones teóricas del derecho pueden determinarse únicamente por su valor dentro de la estructura textual de las normas positivas” (Warat, 1983, p. 4). Asimismo, se engloba a los derechos humanos con los fundamentales para afirmar que lo importante de este enfoque es el valor y la relevancia de la existencia humana; es así que el derecho fundamental de la vida cobra un protagonismo esencial a partir de su relación indivisible e integral con cuatro derechos: vida, libertad, trabajo y propiedad. “Debido a su carácter indivisible, estos derechos forman un todo. Por este motivo, es preferible un enfoque holístico de los derechos humanos” (Santos, 2014, p. 167).

Otra cuestión importante de este enfoque no es solo su análisis del impacto que la historia colonial tiene en los pueblos no occidentales, sino que critica la visión actual de Occidente respecto a los derechos fundamentales, la cual, en función a la influencia del capitalismo y la globalización neoliberal, debilitan la base de los mismos. Es así que bajo este enfoque, la dinámica capitalista sustentada por la maximización de la tasa de ganancia, constituyó una relación asimétrica al brindar primacía a la acumulación de riqueza por encima de la tutela inviolable del derecho a la subsistencia (Santos, 2014). Consiguientemente “los estratos sociales que se vieron privilegiados ante esta situación fueron, ante todo, la nueva burguesía, que surgió como la más importante portadora de la

idea, y el campesinado, a condición de que contase con suficiente tierra” (Grimm, 2020, p. 127).

En ese sentido, el enfoque decolonial-pluralista incide, por una parte, en la necesidad de descolonizar el derecho como reflejo de la herencia colonial de las conquistas, la influencia del capitalismo y la globalización neoliberal que desplazan cualquier influencia de la cosmovisión local para perpetuar las formas eurocéntricas del derecho occidental. Por otra parte, en la construcción de un pluralismo jurídico fundamentado en la interculturalidad que permita reconocer y desarrollar el derecho no occidental presente en las sociedades de los pueblos indígenas todo ello desde una perspectiva basada en el principio heterónomo de la producción del Derecho. Por ende, en la medida de que el reconocimiento efectivo de los derechos fundamentales obtenga su razón de ser en la circunstancia sociocultural vigente en un territorio, tiene sentido exigir una reflexión sobre la situación constitucional también vigente.

Primero, reconoce el derecho colectivo y comunitario bajo una visión no occidental. Segundo, reivindica la autonomía jurídica de los pueblos indígenas. Tercero, en relación con la perspectiva eurocéntrica, problematiza la imagen del sujeto individual como sustento del derecho. Cuarto, establece que la existencia de derechos como la vida precede al establecimiento de cualquier comunidad o Estado. Quinto, critica al capitalismo y la globalización neoliberal. Sexto, establece al trabajo como fundamento del derecho de la propiedad con la subordinación de este de la situación primera a estar empleado (Santos, 173). Por último, busca redefinir conceptos como la ciudadanía, la democracia y los derechos humanos expandiendo su definición más allá de las brechas puestas por la influencia de la modernidad europea en donde las cosmovisiones no tomadas en cuenta surjan para establecer un mundo verdaderamente moderno. (Santos, 396).

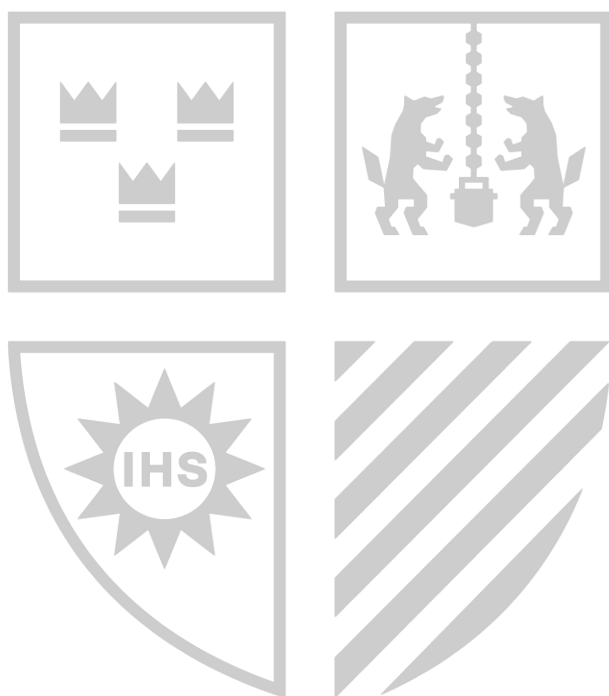
3. Conclusiones preliminares

El primer capítulo proporciona un análisis sobre tres corrientes constitucionales y su visión sobre los derechos fundamentales: el constitucionalismo populista, el constitucionalismo liberal y el constitucionalismo conservador. El constitucionalismo

populista se fundamenta en la búsqueda de la transformación social profunda donde la primacía de la voluntad mayoritaria prevalezca; establece una crítica a las constituciones convencionales por considerar que perpetúan las desigualdades. El constitucionalismo liberal se circunscribe a las libertades individuales, los derechos fundamentales como la propiedad y la libertad, y el concepto de gobierno limitado para establecer la vigencia del Estado de derecho sobre el gobierno de turno. Por último, el constitucionalismo conservador resalta la importancia de la estabilidad gubernamental donde el orden y la interpretación originalista de la Constitución rijan la sociedad. Asimismo, el capítulo incluye la exploración sobre cuatro enfoques que hay sobre los derechos fundamentales: el iusnaturalista-racionalista, el positivista-normativo, el garantista y neoconstitucionalista, y el crítico-decolonial y pluralista.

A partir de ello establecemos que el objetivo de las constituciones está directamente vinculado con la base constitucional utilizada para fundamentar la doctrina y los enfoques que existen para interpretar los derechos fundamentales. Evidenciamos que la problemática sobre el elitismo político y la limitación al acceso al poder político está presente, con justificaciones particulares, en todas las doctrinas constitucionales que hemos revisado por lo que estos elementos parecen ser intrínsecos al constitucionalismo que estuvo presente en las sociedades del siglo XX y en gran medida todavía sigue vigente en parte en el siglo XXI. Por otro lado, las perspectivas de análisis de los derechos fundamentales dan cuenta de la naturaleza controversial que acompañó a la consulta previa. El enfoque iusnaturalista-racionalista tiene una perspectiva establecida sobre la preexistencia natural de los derechos fundamentales, comparte la visión del liberalismo. En contraste, el enfoque positivista-normativo rechaza la idea de derechos vigentes antes del establecimiento del Estado, lo cual lo acerca a la visión del constitucionalismo conservador: así como el conservadurismo ancla la legitimidad constitucional al significado históricamente fijado del texto fundacional, resistiendo interpretaciones que se sustenten en abstracciones morales externas a dicho texto (Whittington, 2013; Meese, 1988), el positivismo niega cualquier derecho cuya validez no derive de una norma jerárquicamente positivizada dentro del propio ordenamiento (Kelsen, 1982). Ambas corrientes coinciden, entonces, en situar el límite de lo jurídicamente exigible dentro del orden ya establecido, antes que en una instancia moral o natural externa a él. El enfoque garantista-neoconstitucionalista y el crítico-decolonial son muy particulares ya que proponen la expansión de la interpretación constitucional al entender las limitaciones de

la misma en el tiempo, pero en el caso del garantismo se enaltece la necesidad de ejercer la soberanía nacional en las decisiones judiciales, una situación que no está presente en el crítico-decolonial que busca la vigencia del pluralismo jurídico entendiendo que la justicia internacional es un espacio importante para reconocer derechos que un estado no reconoce por diversos motivos. A la par ambos enfoques tienen un sentido de lucha contra el neoabsolutismo y el neoliberalismo cuyos efectos presentan como una influencia directa en la desnaturalización del derecho. Entonces contiene una triple influencia, de acuerdo a cómo se aborda cada caso, donde está presente el constitucionalismo conservador interactuando con el constitucionalismo liberal.



CAPÍTULO II. DESARROLLO DE LA CONSULTA PREVIA Y ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL

En el presente capítulo se establece el análisis jurisprudencial del derecho a la consulta previa a partir de sentencias nacionales e internacionales. Para ello, iniciamos con el desarrollo histórico-jurídico de la consulta previa y su posterior implementación en el ordenamiento peruano. En ese sentido, este capítulo pretende demostrar la forma cómo se concibe el derecho a la consulta previa desde el espectro internacional hasta las instancias nacionales correspondientes.

1. Desarrollo histórico y normativo de la consulta previa

1.1. Antecedentes históricos

Jorge Basadre afirma que “la historia total -que es la verdadera- no debe tratar de ignorar nada de lo que hicieron los hombres o las colectividades, menos aún aquello que decidió la suerte de ellos, implicó el ejercicio del poder y su reparto” (Jorge Basadre, XII). En ese sentido, la historia de los pueblos indígenas en el Perú estuvo marcada por mecanismos concretos de sujeción económica durante la Colonia y, posteriormente, por su exclusión normativa del ordenamiento jurídico republicano: la legislación penal del siglo XIX llegó a clasificar a los pueblos indígenas como “salvajes semicivilizados” degradados por la servidumbre, mientras que códigos civiles como el de 1852 omitían por completo su existencia (Bazán, 2023). La no relevancia de los derechos indígenas como la consulta previa, su inclusión forzada en el ordenamiento ordinario a través de una igualdad meramente formal y la consecuente situación del conflicto, dan cuenta de esta marginación sostenida en el tiempo.

La lucha por el reconocimiento efectivo de los derechos de los pueblos indígenas en el Perú ha pasado por un largo trayecto entre conflictos, efectos adversos a la economía nacional, transgresiones, protestas, muertes, retrocesos y avances a lo largo de la historia. Podemos afirmar que la llegada de los españoles en 1532 y su posterior establecimiento como régimen monárquico por encima del régimen establecido de los antiguos pobladores marcó un punto de quiebre en la historia de nuestra nación. Así, el traspaso a la época virreinal estuvo inmerso en una extinción estructurada de los derechos fundamentales de los indígenas en base al control que se quería de los mismos para sostener el régimen impuesto desde la conquista española. Cuando llegó la independencia en 1821 era evidente que quedaban grandes rezagos de la herencia eurocentrista con lo cual se daba paso a la época republicana, en la cual, a pesar de la autonomía lograda como nación independiente, no se haría mayores esfuerzos para revertir la situación jurídica y social de los pueblos indígenas, sino que quedaría al margen a partir de una visión conservadora sobre las mismas. Consiguientemente, el siglo XX fue una época clave para la lucha y reivindicación de distintos derechos sociales a través de movimientos sociales, líderes oportunos, la elaboración de una doctrina más profunda de la vida fuera de las ciudades y diversas acciones que significaron el mayor avance del reconocimiento, conocimiento e inclusión que se habían realizado a los pueblos indígenas desde la conquista; sin embargo, a pesar de ello el progreso fue relativo ya que había límites a la implementación y se carecía de un enfoque intercultural que en la época no era apreciado.

1.2. Positivización internacional y recepción normativa en el Perú

La positivización del derecho a la consulta previa se hizo a través del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (en adelante OIT) en el cual se desarrolla jurídicamente la titularidad y exigibilidad de este derecho a nivel internacional. En el artículo 1 del Convenio se establecen criterios para considerar a un pueblo indígena como tal proponiendo como condiciones indispensables la existencia de un pueblo que habite un determinado territorio antes de la época de la conquista, colonización o establecimiento de las fronteras contemporáneas (OIT, 1989). Asimismo, la continuidad de instituciones sociales, culturales y políticas dentro del pueblo en cuestión son márgenes inseparables para su reconocimiento como indígena. Por último, un requisito

adicional necesario es que sea el mismo pueblo indígena el que se autoperciba como indígena.

Según cifras del Instituto Nacional de Estadística e Informática con base en el censo del 2017 aproximadamente de 5.5 millones de peruanos se identifican como indígenas. Esto comprendería aproximadamente el 25,5% del total de la población. Esto quiere decir que uno de cada cuatro peruanos se autopercibe como indígena. En definitiva, estamos ante una población cuyo peso social es relevante, pero su influencia política principalmente sobre temas que les competen es limitada ya que, como se ha mencionado, han ocupado un lugar de subordinación en la estructura político-social marcada por la discriminación, exclusión política y el difícil acceso a servicios como la educación, salud y justicia. Además la misma situación social de los pueblos indígenas en el Perú es heterogénea y lo fue a lo largo de la historia ya que las diferencias culturales entre los mismos pueblos indígenas impiden la posibilidad de proyectarlos como núcleos homogéneos o compactos (Basadre, 1998) . Ergo, debemos manejar con prudencia lo que desarrolla Basadre entendiendo el contexto en el cual describió esta situación cuando aún el derecho indígena no tenía un desarrollo jurídico formal y la perpetuación de su marginación en el modelo republicano aún no había cesado por lo cual Basadre menciona solo aymaras y quechuas dejando de lado otros pueblos indígenas que ahora son efectivamente reconocidos. En realidad, según la base de datos del Ministerio de Cultura del Perú hay cincuenta y cinco pueblos indígenas en el Perú.

Ahora bien, la incorporación a la legislación peruana fue paulatina y emergió del desarrollo del derecho en el extranjero y luego a nivel nacional. Por un lado, desde la esfera internacional: el convenio 107 de la OIT en 1957 que fue ratificado por el Perú en 1960 y el Convenio 169 de la OIT también ratificado por el Perú. De ambos se puede afirmar que el primero fue reemplazado por el segundo; sin embargo, el primero emergió como el primer tratado ratificado por el Perú relacionado a los pueblos indígenas y el segundo marcó una evolución en la interpretación y tutela de los pueblos indígenas.

Por otro lado, desde la esfera nacional, ha habido legislación sobre temas indígenas en el virreinato y durante la república. Sin embargo, mencionaré de manera rápida las normas sobre comunidades campesinas y nativas y otras dos relevantes. Primero, la Ley de Comunidades Nativas N° 22175 de 1978 que fue la primera ley integral que reconoce los

derechos de las comunidades nativas en la Amazonía. Con ello se hizo la distinción primigenia entre las comunidades campesinas de los andes y las comunidades nativas de la Amazonía. Segundo, la Ley de Comunidades Campesinas de 1987 que consolidó el reconocimiento legal de las comunidades campesinas de los Andes. Tercero, la ley de reforma agraria de 1969 que, a pesar de no ser una ley indígena propiamente dicha, sus efectos fueron determinantes en los pueblos originarios respecto a su realidad social y política. Cuarto, la Constitución Política del Perú de 1979 que encarnó el primer reconocimiento expreso de las comunidades indígenas dentro de un texto constitucional.

1.3. Períodos del desarrollo de la consulta previa en el Perú

Ahora bien, consideramos que la ley de consulta previa en el Perú ha pasado por tres períodos claves que subdividimos en eventos jurídicos relevantes que explican el desarrollo de la consulta previa dentro del ordenamiento peruano:

a) Periodo pre-positivo (1957 - 1994)

En el cual se identifican, primero, la carencia de reconocimiento expreso en la Constitución y leyes peruanas. Segundo, existencia del reconocimiento de derechos colectivos de comunidades indígenas como la propiedad comunal, pero sin el desarrollo expreso de la consulta previa. En dicho escenario se da la Ley de Comunidades Nativas y de Desarrollo Agrario de la Selva y Ceja de Selva (1974). Tercero, la vigencia de un enfoque conservador y asimilacionista de la legislación de la época (Marzal, 1978). Cuarto, un Estado con participación unilateral en temas que afectan a territorios indígenas. Quinto, el inicio de la influencia internacional a través de la Declaración sobre el Progreso y el Desarrollo en lo Social (1969) y el Convenio 107 de 1957 precedente del 169.

b) Periodo positivo (1994 – 2009)

El cual fue enmarcado por, primero, el reconocimiento internacional principalmente vinculado al Convenio 169 de la OIT y la presión que generaba este a nivel nacional a partir de su ratificación en 1994. Segundo, la carencia del desarrollo legislativo en el

ordenamiento jurídico peruano. Tercero, reclamo latente de su aplicación jurídica desde diversos sectores de la sociedad y su análisis en instancias constitucionales como el Caso Aidesep en el Exp. N° 06316-2008-PA/TC. Cuarto, el conflicto del 05 de abril del 2009 en Bagua en la medida que es un hito que marcó la transición del periodo 2 al periodo 3.

c) Periodo de implementación empírica (2011 - actualidad)

Desarrollado en medio de, primero, la promulgación de la Ley 29785 – Ley del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios. Segundo, la proyección para reglamentar la ley y en el camino crear procedimientos e instituciones que se aúnen a desarrollar de manera plena el derecho. Tercero, promulgación del Reglamento de la Ley de Consulta Previa. Cuarto, el inicio de los primeros procesos formales de consulta previa a partir de la ley. Quinto, la consolidación de la tensión entre el modelo económico, concretamente, el modelo extractivista y los derechos de los pueblos indígenas. Sexto, el conflicto denominado como “Aymarazo” del año 2011 en Puno, cuyo desarrollo agudizó aún más las distancias entre los pueblos indígenas y el Estado.

1.4. Las posiciones sobre la consulta previa

La integración de la consulta previa a la discusión jurídica en el Perú ha insertado un debate doctrinario y sobre la praxis judicial. Las críticas pueden dividirse en dos aspectos en los que se configura la consulta previa: la definición de los sujetos titulares del derecho y la determinación de sus efectos jurídicos.

Por un lado, la crítica a la consulta previa por la falta de claridad sobre sus efectos jurídicos. En particular, se cuestiona si el resultado de la consulta previa tiene efectos obligatorios o solo es un proceso participativo no vinculante. Desde la perspectiva normativa, el Convenio 169 de la OIT establece el deber de consultar a los pueblos indígenas con el fin de lograr acuerdos o consentimiento; no obstante, no está presente un derecho a veto ante las decisiones estatales (OIT, 1989). En la misma línea, el Tribunal Constitucional reconoció que la consulta previa se manifiesta a través del derecho de

participación, reforzando así su relevancia en el Estado de Derecho (Tribunal Constitucional caso Cordillera Escalera, 2009)

Por otro lado, la crítica sobre la supuesta ambigüedad del concepto “pueblo indígena”. El Convenio 169 de la OIT contiene flexibilidad respecto a la continuidad histórica y la auto identificación en dirección a generar un mecanismo de inclusión. En contraste, a nivel formal, la flexibilidad es cuestionada por generar incertidumbre en la determinación de los titulares del derecho a la consulta previa, concretamente ante contextos donde la representatividad de algunas comunidades indígenas está en desarrollo.

Desde una perspectiva social, la consulta previa es criticada por su impacto en la economía y contribución a las tensiones entre Estado y comunidades. Por una parte, porque bloquea o paraliza proyectos de gran envergadura en curso y desincentiva la inversión extranjera al considerarla una fase innecesaria. Por otra parte, porque la consulta le quita soberanía al Estado y no se sabe quién tiene la última palabra si el interés nacional o el pueblo en consulta. Asimismo, algunos autores relativizan la importancia real de los derechos económicos en general, como la consulta previa, porque afirman que enarbolan promesas generando expectativas que a larga generan frustración por sus lacónicos resultados estableciéndose así dentro del conjunto de derechos sociales que generan “a bitter mockery of the poor”. (O’Neill, 1996, p. 133).

Por último, se hace visible la crítica actual a la jurisdicción internacional y el Convenio 169 de la OIT. De nuevo en función de la soberanía ya que desde esta posición se considera que el Perú no debería subordinarse a las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH) porque ello sería reconocer una influencia extranjera dentro de una nación soberana; respecto al Convenio de la OIT se critica su incorporación por una inadecuada inclusión al ordenamiento peruano, es más, la mayoría de las veces no es considerada en las sentencias judiciales de primera instancia y hasta fue desestimada en otras sentencias al no considerarla parte del bloque constitucional.

2. Jurisprudencia comparada

2.1. Caso Nación Tsilhqot’in del Tribunal Supremo de Canadá. (2014)

El caso aborda la situación jurídica de las tierras ocupadas durante siglos por la nación Tsilhqot'in, un grupo de seis bandas seminómadas presentes en los territorios de Canadá, concretamente en el centro de la Columbia Británica que comparten cultura e historia y conforman parte de los varios grupos indígenas de dicho territorio que aún tienen reclamos de tierras sin resolver (Tsilhqot'in Nation v. British Columbia, 2014 SCC 44).

La controversia de este caso surge a partir de la emisión de parte del gobierno local del estado Federal de permisos para la tala de madera en el territorio de la nación Tsilhqot'in en 1983 tiempo en el cual aún no se había reconocido la existencia jurídica de un título de propiedad de dicho pueblo indígena. Este caso lo resuelve en última instancia el Tribunal Supremo de Canadá luego de haber pasado por dos instancias previas. En dicha sentencia se reconoció una vez más el derecho a la propiedad de la nación Tsilhqot'in, el derecho a la consulta previa y se reivindicó la validez del análisis realizado por el juez de primera instancia.

En este apartado diversos conceptos jurídicos son abordados tales como la validez de un título de propiedad de un pueblo indígena, el principio de honor de la Corona, los requisitos para que una ocupación de un territorio sea legítima, la obligación de proporcionalidad en el proceso de justificación, la situación jurídica de los territorios de los pueblos indígenas y el derecho a la consulta previa de manera tal que constituyen un gran aporte al análisis de nuestra investigación. En suma, el presente caso presenta la disputa entre el derecho a la propiedad y consulta previa de la nación Tsilhqot'in contra el derecho al uso y explotación en función al interés público de la Corona y el gobierno federal de Canadá.

En la primera instancia el juez le dio la razón a la nación Tsilhqot'in sobre su derecho a la propiedad y la necesidad de consentimiento para el desarrollo de actividades en la misma.

En segunda instancia, el gobierno canadiense con representación de la Reina del Reino Unido, el jefe regional de la región de Caribo Fortes y el General de Canadá impusieron recurso de apelación en el cual salieron como vencedores, revocando el juez la resolución de primera instancia.

Primero, el Tribunal resalta el carácter *sui generis* del título ancestral. Se reafirma la validez de la posesión anterior a la afirmación de la soberanía; es decir, se hace a un lado a la concepción tradicional (eurocéntrica/occidental) del derecho a la propiedad para evolucionar a un entendimiento adecuado, desde el *common law*, de la perspectiva de los pueblos indígenas sobre su propiedad, en función de su cosmovisión, tradición y modos de vida, constituyéndose así en un derecho único. Segundo, el Tribunal establece elementos del título ancestral: ocupación suficiente, continua y exclusiva. La suficiencia de la ocupación, para el Tribunal Supremo, debe estar correlacionada directamente con las diversas expresiones culturales del grupo indígena en cuestión, así como las opiniones del mismo. Para ello se toma en cuenta las normas jurídicas, sus prácticas, su tamaño, su conocimiento tecnológico y la noción de la posesión sobre el terreno que genera el derecho consuetudinario. En efecto, la ocupación suficiente es la forma cómo vive la comunidad a través de sus costumbres y tradiciones dentro de un terreno que satisface sus necesidades en todo aspecto a lo largo de su vida comunitaria; por tanto, se diferencia de una sociedad urbana en la cosmovisión y los diferentes usos del territorio que se tiene. La continuidad, referida a la ocupación anterior a toda forma de colonización y por ende anterior al gobierno de turno por lo que se configura como un elemento primario para obtener un derecho de propiedad. La Suprema Corte de Canadá afirma que “la exclusividad debe entenderse en el sentido de la intención y capacidad de controlar el territorio” (argumento 48). Por lo tanto, pruebas como la vigencia de alguna norma o acción consuetudinaria (como el procedimiento de permiso de paso por sus tierras de otro grupo étnico) o escrita sobre el control del territorio y su régimen de uso o división del mismo confiere a las comunidades indígenas los elementos necesarios para demostrar una exclusividad del uso del territorio.

El titular del título ancestral goza de los mismos derechos que confiere la propiedad tradicional, con la particularidad de que se trata de un título colectivo: las decisiones sobre el uso y disfrute de la propiedad no deben desmejorar sustancialmente la vida de las generaciones futuras ni su derecho de uso y disfrute de la tierra.

La sentencia afirma que la Corona queda con un título subyacente, pero ya no de interés beneficiario lo cual la dirige a una obligación fiduciaria con los pueblos indígenas y el derecho de socavar la propiedad si es que se justifica el interés nacional. La obligación

fiduciaria se sustenta sobre un principio fundamental, el honor de la corona, que prescribe la obligación del gobierno a actuar con buena fe y respeto con los pueblos indígenas. La justificación para la expropiación. Tal como se mencionó antes, esta solo será benigna en cuanto se relacione con el interés nacional, pero además la corte añade que el objetivo que se quiera cumplir tenga carácter impostergable y real sujeto a la obligación de que las consecuencias negativas de la expropiación no serán superadas por los beneficios que se recibiría de esta.

En el caso de la conciliación se presenta como un principio jurídico moderno que forma parte de su Constitución en el artículo 35 (Parliament of Canada, 1982). La conciliación se presenta como el *ethos* que regula los intereses entre la sociedad general y los pueblos indígenas. Por esta razón debe buscar dos objetivos: la coexistencia y el desarrollo mutuo. Por último, una cuestión importante de la conciliación dentro de la sentencia es que se le considera un esfuerzo de la ley canadiense por reconciliar y armonizar la Corona con los derechos que existieron antes de la conquista del territorio en dirección a la coexistencia.

El caso de la Nación Tsilhqot'in demuestra lo siguiente. Primero, a diferencia de muchos juzgados de Latinoamérica y concretamente del Perú, el juez de primera instancia tiene la perspicacia de sostener una posición muy bien fundamentada, sin la necesidad de repetir patrones o tecnicismos que hagan que su sentencia sea reparada en las instancias posteriores. Sin duda, optó por la innovación junto a un análisis técnico que se sublevó a los patrones tradicionales del derecho a la propiedad y realizó un análisis tan prominente que, a pesar de ser desestimado en segunda instancia, la instancia máxima a nivel constitucional reivindicaría sus argumentos. Segundo, se reafirma la vinculación inevitable entre el derecho a la consulta previa y el derecho a la propiedad, en la cual el segundo contiene una naturaleza cultural, mística y hasta subversiva con el derecho occidental lo cual puede derivar en una desestimación de dicha naturaleza por considerarla inferior o subdesarrollada a partir de un desconocimiento profundo de la misma. Tercero, el desarrollo del concepto como el título ancestral —junto con sus componentes: el honor a la corona como justificación a la consulta previa y el título absoluto gravado por el título ancestral y la obligación fiduciaria— evidencia una interpretación jurisdiccional más expansiva, que opta por la innovación antes que por el continuismo. Esta evolución se manifiesta, además, en la inmersión y el tratamiento del derecho consuetudinario no eurocéntrico/occidental bajo una evaluación imparcial y

conforme a Derecho. Por último, la conciliación como modo de resolución del conflicto por encima del proceso jurisdiccional en los tribunales le da a esta sentencia aquel carácter que exhorta a la negociación entre partes iguales para la toma de una decisión final, sin mucha carga procesal, que respete el mismo estándar de razonabilidad y proporcionalidad que la propia sentencia exige para justificar cualquier limitación al título ancestral: que el objetivo perseguido sea impostergable y real, y que los beneficios obtenidos no sean superados por las consecuencias negativas para el pueblo indígena.

En suma, la sentencia del caso de la nación Tsilhqot'in emerge de la esencia del constitucionalismo liberal —entendida como la primacía de los derechos individuales sobre la propiedad, la limitación del poder estatal a través de la obligación fiduciaria y el honor de la Corona, y la supremacía de la ley mediante el control judicial de proporcionalidad— y su evaluación a nivel de derechos fundamentales con relación a la consulta previa, que es reconocida y legitimada, corresponde a un enfoque crítico decolonial y pluralista.

2.2. Caso Mabo vs Australia

El pueblo Meriam demandó a la Corona Británica por el enfoque que tenía esta sobre sus tierras al considerarlas su propiedad absoluta por la adquisición de soberanía en 1879. Entonces el conflicto fluctúa por la afirmación histórica de que la propiedad de la totalidad del territorio de Australia contiene dentro de sus derechos conexos, además de la propiedad absoluta, el derecho a beneficiarse de ella, y por la defensa de los pueblos indígenas sobre sus territorios que ocuparon de forma preexistente a la conquista (Mabo v. Queensland (No 2), 1992).

El caso se desarrolla en función de los derechos de propiedad sobre las tierras de las Islas Murray (Mer, Duar y Waier) en el Estrecho de Torres, en Queensland, Australia. La problemática central gira en torno a la vigencia de derechos e intereses preexistentes de los pueblos indígenas y de la adquisición soberana de la Corona británica de las tierras en Australia.

Respecto a la sentencia final, se establece el reconocimiento de la existencia y supervivencia de la propiedad de las tierras de los pueblos indígenas. Asimismo, se rechaza la doctrina *terra nullius* para luego pasar a reconocer la validez de la propiedad indígena en las Islas Murray sobre la legislación de Queensland. Por su parte, con relación a la preexistencia de la ocupación indígena: un conjunto de grupos indígenas dentro de los cuales se encuentra los Meriam, agentes de la demanda, ocuparon las Islas Murray por diversas generaciones a lo largo de su historia previa a la llegada de la conquista colonial de Europa y la consiguiente obtención de la soberanía británica sobre las tierras australianas. Ahora bien, sobre la consolidación de la soberanía británica, la adquisición de las Islas Murray se hizo en 1879 a través de una prerrogativa con lo cual la Corona Británica obtuvo la soberanía que no podía ser impugnada ante tribunales municipales. Este hecho ocurrió bajo la figura de *terra nullius*.

A pesar de ello, en contraste con otros casos atendidos en el sistema interamericano, el caso Mabo no reconoce expresamente el derecho a la consulta previa. De hecho, el análisis del Tribunal gira en torno a los derechos de propiedad indígena en relación con su existencia y protección, sin incidir en posibles mecanismos de participación política como obligación estatal. Esta circunstancia no conlleva la irrelevancia del caso Mabo para nuestra investigación en la medida de que se establece un postulado fundamental: el reconocimiento jurídico de los pueblos indígenas como titulares de derechos sobre sus territorios. Por lo cual, al ser los pueblos indígenas propietarios legítimos de su tierra, las medidas estatales que tengan un impacto sobre ella debe atender a una justificación legítima. Precisamente, en este contexto es donde se enarbola la consulta previa para garantizar la participación constitucional de los propietarios indígenas en decisiones que impactan sobre su propiedad. En ese lineamiento, afirmar que el caso Mabo aporta al reconocimiento de la consulta previa sería inexacto ya que, en contraste, sienta las bases para un desarrollo de derechos colectivos indígenas desde el constitucionalismo occidental, el cual, a través de esta sentencia, reconoce la existencia de derechos previos a la consolidación de la soberanía estatal y, a su vez, el Tribunal apertura la posibilidad de establecer mecanismos a posteriori como puede ser la consulta previa.

La sentencia tiene cuatro puntos clave. En primer lugar, debemos resaltar que el derecho de propiedad de la Corona se configuró bajo la doctrina de tenencia cuyos orígenes se remontan a la época feudal. En esencia, la tenencia describe la relación entre el señor

feudal y el súbdito que ocupa sus terrenos; es así que sobre el territorio, el primero tiene el *dominium directum* (dominio directo) y el súbdito el *dominium utile* (dominio útil) y por tanto todo el territorio bajo la soberanía de la Corona le pertenece al rey con el título de Lord Paramount. Ahora bien, para el presente caso se argumentó que la Corona poseía el título radical o final tomando en cuenta la teoría feudal de la tenencia.

En segundo lugar, el Tribunal sostiene que la propiedad indígena contiene un interés legal *sui generis* ya que de acuerdo con sus tradiciones y costumbres propias puede tener carácter comunal, grupal, familiar o hasta individual. Son estas costumbres y tradiciones que sustentan la existencia del título indígena ya que, si bien pueden no estar en concordancia con las leyes occidentales, ello no invalida el derecho de reconocimiento de la propiedad indígena. Asimismo, un componente final que sustenta la propiedad indígena es el uso de la tierra de acuerdo con sus normas internas.

En tercer lugar, el rechazo a la doctrina *terra nullius*. La cual era una doctrina que se aplicaba por las potencias de Europa para justificar la conquista de nuevos territorios. Básicamente se refiere a una doctrina legal a través de la cual la Corona puede adquirir la soberanía de un terreno que está desocupado. Respecto a la propiedad de los pueblos indígenas dicha doctrina diría de estos que, de acuerdo con la *terra nullius*, a partir de su retraso inherente a sus costumbres y organización social estaba justificada la ocupación para que puedan avanzar a una sociedad civilizada.

Finalmente, la supervivencia de la propiedad indígena. Este es el punto más relevante de la sentencia ya que el Tribunal reivindica la supervivencia de la propiedad indígena a la adquisición de soberanía y del título radical de la Corona. Entonces no se extinguen los derechos ni intereses indígenas sobre su propiedad con la llegada del Common Law sino que se reconoce que estos son ahora una carga sobre el título radical de la Corona.

En relación con lo anterior identificamos dos instituciones jurídicas esenciales. Por una parte, la soberanía de la corona y la propiedad absoluta del territorio. El tribunal hace una diferenciación crucial sobre la extensión del derecho de propiedad por parte de la Corona y los pueblos indígenas. Valida y reconoce la imposibilidad de desconocer la soberanía de la Corona sobre el territorio; sin embargo, a pesar de que históricamente desde la visión de la Corona el título radical era absoluto, la propiedad beneficiaria absoluta no le

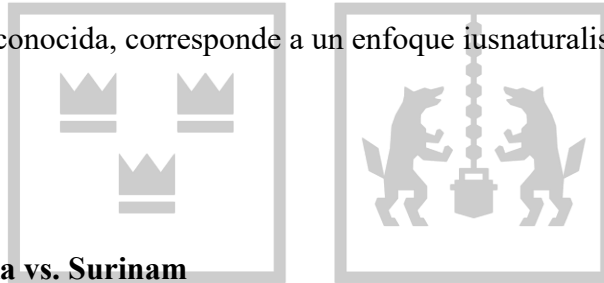
pertenece a la Corona sino a los pueblos indígenas por cuanto el título radical está gravado por la preexistencia de los pueblos indígenas.

Por otra parte, la extinción de la propiedad indígena. Una cuestión importante de la sentencia respecto a la consulta previa es que no se la toma en cuenta como un elemento que está presente a la hora de darse una extinción o expropiación de la propiedad indígena. De este modo, de acuerdo con la sentencia, la Corona puede expropiar cualquier terreno dentro de su territorio, incluso de los pueblos indígenas, siempre y cuando cumpla con la exigencia de manifestar una intención clara y evidente. Ello deriva de la seriedad con la que se considera un proceso de este tipo ya que requiere de una intención inequívoca e indubitable. En adición a ello, se establece el carácter imperativo de la ley federal sobre la ley estatal con relación a la Racial Discrimination Act de 1975 y las leyes del Commonwealth. Por ello, a pesar de que tampoco se hace una referencia explícita a la compensación como obligación de la Corona a la hora de expropiar a los pueblos indígenas, esta se debería dar en función a la Racial Discrimination Act ya que en un caso ordinario la compensación por la expropiación de una propiedad es obligatoria y por ende no aplicarla al caso *sui generis* de la propiedad indígena constituye una discriminación la cual está en contra de la ley federal.

El caso Mabo vs Australia demuestra lo siguiente. Primero, la situación a través de la cual un gobierno desestima el derecho consuetudinario de un pueblo indígena por considerarlo inferior y retrasado tiene en este caso su concepto: *terra nullius*. Podemos afirmar que la doctrina *terra nullius* ha calado en diversas sentencias sobre consulta previa en el Perú, tal vez no de manera directa, pero sí con gran influencia. Segundo, la perspectiva sobre el derecho a la propiedad en la sentencia contiene un carácter audaz e innovador. Por una parte, se reconoce a la propiedad indígena como una situación *sui generis* ya que a partir de su cosmovisión la propiedad tiene un carácter comunal, grupal, familiar y hasta individual; correspondiendo este último a la visión occidental. Por otra parte, se reconoce la supervivencia de la propiedad indígena sobre la colonización de la Corona en el territorio. No se reconoce su existencia independiente de la jurisdicción de la Corona, tampoco extingue los derechos propietarios, sino que se transforma ahora en una carga sobre el título radical de la Corona. Tercero, resalta la importancia de la interacción entre el título radical de la Corona y la propiedad beneficiaria absoluta siendo este último

perteneciente a los pueblos indígenas para el disfrute y goce de su propiedad. Por último, algo particular en el análisis del caso es la no presencia de la consulta previa para los casos de extinción o expropiación de la propiedad indígena ante la seriedad e intención inequívoca de hacer un proyecto por el bien común; no obstante, la coherente afirmación de que la ley federal (constitucional) está por encima de la ley ordinaria es el canal a través del cual se justifica la compensación y por ende una negociación previa. Así a pesar de no indicarlo directamente, la propiedad se trata bajo el debido proceso en cualquiera de los casos.

En suma, el caso Mabo vs Australia contiene la esencia del constitucionalismo conservador y su evaluación a nivel derechos fundamentales con relación a la consulta previa, que no es reconocida, corresponde a un enfoque iusnaturalista-racionalista.



2.3. Caso Saramaka vs. Surinam

El caso Saramaka vs Surinam (2007) definitivamente es uno de los precedentes más importantes dentro del sistema interamericano en relación con los derechos de los pueblos indígenas. El conflicto se origina durante la última década del siglo XX durante el cual el gobierno de Surinam otorgó concesiones para la explotación maderera, minera e hidroeléctrica dentro de los territorios del pueblo Saramaka. Las concesiones luego se convertirían en acciones directas sobre el terreno lo que ocasionó afectaciones directas al ecosistema y biodiversidad de los habitantes de Saramaka.

Ante la ausencia de las garantías judiciales pertinentes para dicho conflicto, el caso fue llevado a la justicia interamericana a través de la cual se emitió una sentencia por parte de la Corte Interamericana de Derecho Humanos. Esta sentencia fue a favor del pueblo Saramaka y se estableció de los siguientes principios fundamentales: reconocimiento de la personalidad jurídica colectiva de los pueblos indígenas, obligación de delimitar y titular territorios y el deber de consultar para obtener el consentimiento libre, previo e informado para cualquier actividad que afecte su propiedad.

Los antecedentes del caso Saramaka comprenden una situación especial ya que no hubo ninguna sentencia desde el sistema jurídico de Surinam para resolver el caso. Esto debido

a que Surinam, tal como señalaría la Corte IDH en su sentencia, carecía de recursos efectivos para la protección de pueblos indígenas como Saramaka ya que ni su Constitución ni sus leyes reconocían la personalidad jurídica de los pueblos indígenas. Por lo tanto, ya no cabía exigir el agotamiento de los recursos internos, de acuerdo con el artículo 46.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y se podía presentar directamente el caso a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH) para solicitar su resolución en la Corte IDH tal como sucedió entre 2000 y 2007.

En síntesis, el conflicto jurídico central giraba en torno a determinar si el Estado vulneró los derechos del pueblo Saramaka cuando autorizó las actividades extractivas eludiendo su participación en un tema que tiene impacto sobre su propiedad. Concretamente, la Corte debía analizar los extremos del derecho propietario a nivel colectivo y su vínculo con garantías de participación política.

Los puntos clave de la sentencia fueron los siguientes. En primer lugar, la CIDH afirma que el artículo 21 de la Convención protege también la propiedad de los pueblos indígenas y las facultades de uso y goce que de ella derivan (CADH, 1969). Primero, la Corte no desconoce la posibilidad de limitar la propiedad en general, pero reconoce la importancia de seguir el debido proceso de manera proporcional sin negar la importancia directa de las tradiciones y costumbres de los pueblos indígenas. Segundo, ante la posibilidad de la explotación y extracción de recursos naturales, la Corte establece la obligación de consultar con el pueblo involucrado, además establece que ante la posibilidad de que el proyecto incluya un impacto relevante para la vida de los pobladores, se requerirá el consentimiento previo, libre e informado. Tercero, la Corte indica la obligación de las evaluaciones previas de impacto ambiental en dirección a implementar medidas para minimizar los efectos adversos. Por último, la Corte señala que en cuanto el proyecto inicie los beneficios de este deben ser compartidos razonablemente.

En segundo lugar, la violación al derecho de reconocimiento de la personalidad jurídica. Este fue uno de los argumentos del Estado para desconocer la posibilidad de reclamar el derecho a la propiedad de los pueblos indígenas. La Corte afirma que a pesar de las particularidades de la propiedad comunal en Saramaka y sus relaciones sociales, no cabía la posibilidad de desconocer sus derechos ya que en Surinam todas las personas tienen derecho a ser propietarios.

En tercer lugar, la violación al derecho de la protección judicial. La Corte toma como punto de partida el artículo 25 de la Convención para argumentar la violación al artículo 21 referido a la propiedad. En ese sentido, la Corte no solo reconoce la falta de interés del Estado en brindar los recursos adecuados a Saramaka para que pueda ejercer una tutela, sino que establece que su propia sentencia forma parte de la reparación en este apartado del caso (CADH, 1969).

En cuarto lugar, la obligación de reparar. Como toda su sentencia, la Corte parte de uno de los artículos de la Convención, esta vez del artículo 63.1 (CADH, 1969) en función de que toda violación a una obligación internacional debe ser correctamente reparada. Entonces; por un lado, establece medidas de satisfacción y garantía de no repetición con relación a la obligación de delimitar territorio; reconocer la capacidad jurídica a nivel colectivo; garantizar la distribución razonable de los beneficios del proyecto y no aprobar leyes en contra de estas disposiciones. Por otro lado, establece medidas de indemnización respecto al daño material, daño inmaterial y las costas y costos del proceso.

En contraste con el caso Mabo, el caso Saramaka desarrolla de forma expresa el derecho a la consulta previa en función de su obligatoriedad jurídica por parte del Estado. Para ello, la Corte Interamericana reconoce la vigencia de los derechos territoriales de los pueblos indígenas y además defiende que los mismos no deben ser afectados sin la participación de los pueblos involucrados. Esta sentencia representa un cambio relevante en el análisis de los derechos indígenas porque no se limitan a reconocer derechos sustantivos, se reconoce también la importancia de las garantías procedimentales para una efectiva protección. Por ello, el caso Saramaka contiene la esencia del constitucionalismo liberal basado en un enfoque decolonial/pluralista y complementado por el enfoque garantista.

No podemos negar que el caso Saramaka es uno de los más importantes casos de pueblos indígenas debido a las enormes omisiones del Estado Surinam respecto a la regulación jurídica de los pueblos indígenas que los dejaba en una situación inexistente dentro de su ordenamiento jurídico lo cual propició la presentación directa del caso a la jurisdicción

de la Corte IDH. Este contexto permitió el desarrollo en la sentencia de conceptos relevantes como el reconocimiento de la personalidad jurídica colectiva de los pueblos indígenas, la consulta previa y el consentimiento previo, libre e informado. De la sentencia queremos valorar lo siguiente. Primero, se reconoce que es viable limitar el derecho a propiedad de los pueblos indígenas, por lo que no tienen una posición en contra de su expropiación siempre y cuando se haga bajo el debido proceso tomando en cuenta el derecho consuetudinario existente en el área. Asimismo, establece la obligación de los Estudios de Impacto Ambiental (EIA) junto al reparto de beneficios provenientes de la actividad en su territorio. Segundo, apreciamos la posición de la Corte al reconocer que, ante el vacío legal sobre el reconocimiento de los pueblos indígenas en Surinam, su sentencia es una forma de compensación independiente. Por último, se establece la obligación de reparar no solo en el sentido de la indemnización material o inmaterial sino también en el apartado de las garantías como medios necesarios para no recaer en el mismo conflicto.

En suma, el caso Saramaka es una muestra clara de que la consulta previa no puede ser un procedimiento administrativo ordinario, es más bien, un derecho fundamental y un mecanismo jurídico destinado a tutelar la protección de los derechos fundamentales de los pueblos indígenas.

2.4. Caso Sarayaku vs. Ecuador

El caso Sarayaku es también parte fundamental de los precedentes judiciales más determinantes dentro del sistema interamericano en materia de consulta previa y derechos indígenas.

Sarayaku es un pueblo kichwa ubicado en la Amazonía ecuatoriana cuya identidad cultural está arraigada en la relación entre la tierra, la selva y el hombre. En 1996, el gobierno ecuatoriano otorga a la empresa argentina CGC los permisos necesarios para realizar actividades de exploración petrolera sin que se hubiera realizado un proceso de consulta previa. Entre 2002 y 2003 la empresa concesionada enterró más de una tonelada de explosivos en zonas que podían perjudicar ríos, caminos y comunidades; toda esta acción se realizó con el apoyo de las fuerzas armadas. Ante dicha situación, el caso fue

presentado a la CIDH en 2003 y luego de los procedimientos correspondientes llegó a la Corte IDH que emitió su veredicto en 2012 (Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador, 2012).

El problema jurídico a atender era establecer si el Estado ecuatoriano había transgredido los derechos de Sarayaku al autorizar actividades extractivas omitiendo la participación del pueblo indígena. En particular, se debía evaluar la interacción entre el derecho propietario colectivo, la identidad cultural y la obligación estatal de garantizar la consulta previa.

Los puntos clave de la sentencia son los siguientes. Primero, se reconoce la violación al derecho a la consulta previa, libre e informada, en base al artículo 21 de la Convención Americana. Segundo, se reconoce la violación al derecho de libertad de circulación e integridad personal ya que limitar el tránsito por los hechos mencionados se puso en riesgo la seguridad de los habitantes de Sarayaku. Tercero, se reconoce la violación al derecho a la vida cultural donde el vínculo espiritual y cosmogónico del pueblo Sarayaku estuvo en peligro. Cuarto, se estableció reparaciones necesarias por parte del Estado ecuatoriano donde, además del pedido de resarcir la situación anterior a la concesión, se ordenó indemnizar económicamente a la comunidad, realizar un acto público para reconocer la responsabilidad estatal y la orden última de adoptar medidas legislativas y administrativas para que no se repita otro conflicto similar.

En ese entender, el caso Sarayaku representa una evolución en relación con la jurisprudencia de la Corte IDH sobre consulta previa (Yakye Axa vs. Paraguay, Sawomayaxa vs. Paraguay y antes Saramaka vs. Surinam). Este último estableció la obligación de consultar, pero Sarayaku desarrolló con mayor esfuerzo el contenido y las condiciones que legitiman al derecho a la consulta previa. Entonces, la Corte expande la exigencia de la consulta previa como requisito formal ya que orienta su razonamiento a proponerlo como un proceso destinado a garantizar la participación real de los pueblos indígenas, configurando así la consulta previa como un mecanismo vital para la tutela efectiva de los derechos fundamentales.

La vinculación del caso Sarayaku con el capítulo uno se inscribe en nuestra propia evaluación. En ese entender, este caso se da en base al contenido del constitucionalismo

liberal, para luego tomar como punto de partida el enfoque pluralista/decolonial utilizado en Saramaka para incluir con mayor fuerza el enfoque garantista el cual tiene predominancia en este caso. Esto porque, primero, el enfoque garantista surge cuando la Corte no se restringe a solo reconocer derechos, sino que exige la aplicación de mecanismos efectivos para la protección real de la consulta previa que se presenta para este caso como una garantía institucional fundamental. Por su parte, la dimensión decolonial/pluralista aparece cuando la Corte toma en cuenta para su sentencia las cosmovisiones indígenas resaltando la necesidad de respetar las formas de vida y organización propias de los pueblos indígenas. Entonces, este caso se aúna a nuestra tesis central: la consulta previa es un derecho fundamental de carácter procedimental.

Lo que vemos en este caso son tres actores en la disputa de la propiedad de un territorio y sus derechos conexos de goce y disfrute. Por una parte, el Estado, no solo concesiona, sino que se atreve a permitir el inicio de las acciones extractivas con el apoyo que el monopolio de la violencia le brinda a cualquier gobierno. Por otro lado, un pueblo indígena, que ante su desconexión con la vida urbana queda marginado del análisis jurídico y se le engloba automáticamente dentro del sistema jurídico del Estado, dejando de lado su situación *sui generis* a partir de su identidad cultural, sus formas de vida y su cosmovisión.

Su reclamo en la instancia constitucional de carácter nacional es respondido con una sentencia que pretende eludir la necesidad de la consulta previa en dos tecnicismos jurídicos que no se deberían aplicar a ninguna población independientemente si es indígena o no. Por otra parte, la instancia penal no generó ninguna sentencia condenatoria ni precedente útil para conflictos futuros, lo cual revela una limitación estructural de esta vía: la naturaleza adversarial del proceso penal, su extensión temporal y la posible permeabilidad a la influencia de otros poderes del Estado —evidenciada en este caso por el respaldo de las fuerzas armadas a las actividades de la CGC— la convierten en un mecanismo de tutela manifiestamente insuficiente para la protección de derecho territoriales, y por ende fundamentales, indígenas.

En suma, la sentencia del caso Sarayaku contiene la esencia del constitucionalismo liberal —expresada en la primacía del derecho de propiedad colectiva y la libertad cultural frente al poder estatal, en la limitación de la facultad del Estado de concesionar territorios sin

consulta previa, y en la supremacía de la Convención como parámetro de control de los actos estatales— y su evaluación a nivel de derechos fundamentales con relación a la consulta previa corresponde a un enfoque crítico-decolonial y pluralista que, en este caso, se combina con una dimensión garantista al exigir mecanismos efectivos de protección y no solo el reconocimiento formal del derecho.

2.5. Caso Comunidad Garifuna de Cayos Cochinos y sus miembros vs. Honduras

La Corte Interamericana de Derechos Humanos evaluó y dictó sentencia sobre la responsabilidad del Estado hondureño por la violación de los derechos de propiedad colectiva, identidad cultural, garantías judiciales y consulta previa con relación a la comunidad involucrada. Esta comunidad está ubicada en el archipiélago del Municipio de Roatán y mantiene una forma de vida íntimamente ligada a la pesca artesanal y el mar, la cual fue afectada por la creación de áreas protegidas sin atender a su participación.

En primer lugar, la Corte determinó que el territorio de la comunidad no se limita a los cayos donde habitan sus miembros sino que se extiende hasta el hábitat funcional marítimo. En segundo lugar, la Corte afirma que Honduras incumplió la obligación de consultar al pueblo afectado cuando declaró el archipiélago como área natural protegida en 1993 y como Monumento Natural Marino en 2003. En tercer lugar, el Estado permitió la filmación de programas tipo *reality show* que conllevaron la imposición de restricciones temporales de movilidad y acceso a los pescadores en sus zonas ancestrales vulnerando el derecho a la alimentación e integridad cultural de la comunidad. En cuarto lugar, se denunciaron actos de amenazas, agresiones y hostigamiento contra miembros y líderes de la comunidad afectada por parte de particulares y la Fuerza Naval, al respecto, la Corte indicó que el Estado no investigó los hechos con la debida diligencia lo que mantuvo el conflicto en el desamparo y la impunidad. Por último, la Corte reconoció por primera vez el menoscabo a la integridad cultural en función al artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH, 1969), porque se consideró que la suma de restricciones a la propiedad y la exclusión de las comunidades de la gestión de sus recursos alteran sustancialmente su modo de vida tradicional.

Ahora bien, respecto a la consulta previa en la sentencia Corte IDH identificamos cuatro vertientes. Primero, su naturaleza y vínculo con otros derechos. La consulta previa es una manifestación de la autodeterminación en la medida de que se constituye con esta, con lo cual se permite a los pueblos indígenas decidir sus propias prioridades de desarrollo mientras mantienen su integridad cultural. Asimismo, la Corte establece que este derecho no solo se sustenta en el Convenio 169 de la OIT, sino que se desprende de forma directa de los artículos 13 (acceso a la información), 21 (propiedad colectiva), 23 (derechos políticos) y 26 (identidad cultural) de la Convención Americana (CADH, 1969) y resalta que la obligación de consulta no emerge exclusivamente de su jurisprudencia, sino que es exigible para los Estados desde el momento en que ratifican el tratado.

Segundo, características esenciales del proceso. La Corte afirma que las consultas deben realizarse de buena fe a través de la instituciones representativas de la comunidad y atendiendo a los procedimientos adecuados ya que la finalidad primordial es alcanzar un acuerdo o lograr el consentimiento. Respecto al carácter previo, la Corte insiste en que la consulta debe llevarse a cabo desde las primeras etapas de planificación o elaboración del proyecto o medida, para que la comunidad pueda realmente influir en las decisiones. (Fundamento 122)

Tercero, el acceso a la información es un pilar del proceso. El Estado queda como la institución encargada de suministrar información completa, veraz y comprensible (Fundamento 118). De la misma forma, la Corte afirma que se debe prestar atención a los impactos integrales traducidos en posibles cambios ambientales, climáticos, sociales y culturales.

Por último, las obligaciones estatales y carga de la prueba. La Corte señala que se deben dar en base a los artículo 1.1 y 2 de la Convención (CADH, 1969), por lo cual el Estado está en la obligación de organizar su aparato gubernamental y sus leyes para que la consulta sea efectiva a través de canales de diálogos confiables. Por su parte, la carga de la prueba recae exclusivamente en el Estado y no en los pueblos indígenas; todo ello para demostrar en cada caso concreto que estas dimensiones de la consulta fueron efectivamente garantizadas.

3. Jurisprudencia nacional

3.1. Caso: Lote 116 – Pueblo Achuar (Amazonas). Expediente N°. 32365-2014-0-1801-JR-CI-04

El caso Lote 116 se vincula a la explotación de recursos naturales en propiedad indígena. El caso tiene como origen la concesión de hidrocarburos por parte del Estado a una empresa privada en territorios pertenecientes a comunidades del pueblo Achuar, en Amazonas. Los afectados denunciaron que dichas concesiones se brindaron sin tomar en cuenta su participación. Ante esta situación, se presentó un recurso de amparo ante el Poder Judicial, el cual fue desestimado ya que el órgano judicial que atendió el caso consideró que la concesión se otorgó antes de la promulgación de la Ley de Consulta Previa en 2011 y debido a ello no aplicaba la retroactividad de la ley.

La teoría constitucional desarrollada en el Capítulo I, nos brinda las herramientas idóneas para afirmar que el análisis jurídico para el caso se desarrolló bajo una aproximación predominantemente formalista basada en el constitucionalismo conservador. Se prioriza la atención a elementos procedimentales de derecho administrativo en vez de evaluar el impacto empírico de las medidas tomadas. Es decir, no hubo intención de ampliar la perspectiva constitucional porque las consideraciones de carácter procesal fueron más relevantes que la discusión sobre la necesidad o no de la consulta previa y menos aún sobre su calidad de derecho fundamental, un desarrollo que simplemente no estuvo presente. Asimismo, el razonamiento jurídico del caso nos permite inscribirlo dentro del enfoque positivista-normativo ya que la evaluación jurídica se centra en un reconocimiento formalista del texto constitucional. Conforme a este razonamiento, el Convenio 169 de la OIT no forma parte del bloque de constitucionalidad con eficacia directa, en lugar de ello actúa como una norma cuya aplicación está condicionada.

Conforme a lo señalado, el caso del Lote 116 pone en evidencia la limitación que surge cuando en un caso en el que están presentes derechos colectivos de los pueblos indígenas se evalúa desde el constitucionalismo conservador y más aún cuando la interpretación judicial se circunscribe a un enfoque formalista/normativo. En definitiva, la ausencia de una interpretación contemporánea que esté a la par de la complejidad social existente en

una nación pluricultural impide reconocer que la consulta previa cumple una función nuclear para la protección efectiva de los derechos fundamentales.

3.2. Caso Lote 192 – Federación Indígena FECONACO (Loreto).

El conflicto se genera en el marco de la explotación petrolera en un territorio en la región de Loreto concretamente una zona con una alta actividad hidrocarburífera denominada Lote 192. Hace mucho tiempo que las actividades de explotación de recursos naturales en el lugar venían generando impactos en el territorio y la vida de las comunidades indígenas colindantes por la contaminación ambiental. En dicho contexto las comunidades indígenas presentaron una demanda de amparo al juez mixto de Nauta. Se realizaron procesos de consulta, pero fueron considerados incompletos y tardíos. Luego el Estado argumentó que la consulta era innecesaria por tratarse de una renovación de contrato más no de una concesión.

A diferencia de otros casos como el Lote 116, en el caso del Lote 192 encontramos evidencia en dirección a un análisis constitucional más amplio con relación a la protección sustantiva de los derechos de los pueblos indígenas. De hecho, la perspectiva jurídica de la consulta previa en base a un procedimiento administrativo empieza a ser superada por una amplitud interpretativa que da paso a un análisis de la consulta como derecho fundamental con relación a la protección de la identidad cultural y la propiedad colectiva. A pesar de ello, en el caso se consideró al derecho a la consulta previa no necesario ante la formalidad técnica del contrato y la minimización de los posibles efectos adversos para las comunidades indígenas, en adición a ello, el Estado consideró innecesaria la consulta previa ante su perspectiva de que los efectos no tendrían implicancia directa en la vida de los pueblos

Ahora bien, de acuerdo con la teoría desarrollada en el Capítulo I, el caso del Lote 192 parte del constitucionalismo conservador ya que a pesar de una intencionalidad expansiva de la interpretación de la consulta previa que la consideró derecho fundamental, sus efectos no se coligieron con la exigencia real. Se prefirió conservar el estado de las cosas antes que seguir expandiendo el desarrollo jurídico a la par de las acciones. Asimismo, si

bien hay un reconocimiento de la consulta previa como mecanismo de protección de los derechos indígenas, se terminó optando por argumentos que se prevén desde el enfoque positivista/normativo al centrarse principalmente en formalidades burocráticas en vez del análisis fáctico.

3.3. Caso Ley Forestal de Fauna Silvestre (Ley N.º 29763). Expediente N.º 00022-2009-PI/TC

El caso relativo a la Ley Forestal de Fauna Silvestre se trata de una demanda de inconstitucionalidad presentada al Tribunal Constitucional en reclamo a la tutela del derecho a la consulta previa. El Tribunal reconoció la necesidad de consulta en parte de la ley mas no declaró su constitucionalidad. Este caso es importante para la consulta previa porque es diferente a otros casos más restrictivos ya que la discusión no se dirige a una concesión o medida administrativa con impacto, sino a una ley que tiene que ver directamente con los pueblos indígenas.

Para este escenario, el Tribunal reconoce la vigencia constitucional de la consulta previa alejándose de la concepción formalista, para ello se toma en cuenta el Convenio 169 de la OIT al que se lo propone adecuadamente como parámetro interpretativo con validez para el ordenamiento interno. Esta apertura a la fuente supranacional es una muestra de superación del enfoque positivista/normativo. Asimismo, hay un razonamiento desde el enfoque garantista ya que se dan medidas específicas como la reconsideración de disposiciones complementarias de la ley que afectaba la propiedad de los pueblos indígenas; sin embargo, en parte de la sentencia reconoce una excepción en casos de predios privados que tengan ya un título de propiedad o constancia de posesión.

Otro punto importante es la relevancia que se le da a la identidad cultural ya que aparece como un punto nuclear del análisis del Tribunal para reconocer la necesidad de consulta previa como un derecho de propiedad sui generis de los pueblos indígenas. La legitimidad constitucional de la consulta previa se vincula, más allá de la propiedad comunal, con la identidad cultural y el Convenio 169 de la OIT, pero aún se mantienen ciertos límites para su aplicación. Este caso evidencia que a pesar de que el Tribunal Constitucional puede tener intenciones de ampliar su interpretación constitucional sobre la consulta previa

tomando en cuenta otros elementos como la identidad cultural o las fuentes internacionales, aún existe una resistencia a un reconocimiento total. Entonces este caso representa un avance para el reconocimiento de la consulta previa, pero no llega a establecer una línea jurisprudencial sólida.

Con relación al Capítulo I, este caso por su intención de amplitud analítica se vincula, por un lado, con el enfoque decolonial/pluralista, ya que se toma en cuenta la fuente internacional del Convenio 169 de la OIT; por otro lado, el enfoque garantista se presenta con la vinculación de la consulta previa con instituciones como la identidad cultural y la propiedad indígena. Sin perjuicio de lo anterior, también identificamos la intención de aplicar restricciones parciales a pesar de una apertura inicial con lo cual se evidencia una inclinación hacia el constitucionalismo conservador a lo largo de la sentencia.

3.4. Caso Chila Chambilla y Chila Pucara. Exp. N° 03066-2019-PA/TC

En el presente caso las Comunidades Campesinas Chila Chambilla y Chila Pucará interpusieron demanda de amparo contra el Instituto Metalúrgico (Ingemmet) y el Ministerio de Energía y Minas (Minem). La demanda buscaba la nulidad de concesiones mineras otorgadas a la empresa Cemento Sur S.A. que se sobreponen en sus territorios reclamando así la tutela del derecho a la consulta previa, la propiedad comunal y la identidad cultural. La decisión del Tribunal Constitucional del Perú que resolvió el caso se dio a partir del voto mayoritario de los magistrados por lo que no hubo una decisión unánime. En suma, el Tribunal declaró improcedente la demanda al considerar que el derecho a la consulta previa no es un derecho fundamental que contenga rango constitucional; además, argumentaron que la consulta previa debe exigirse desde la explotación o exploración ya que la concesión en sí misma no representa un elemento que afecte directamente a los derechos de los pueblos indígenas. En contraste, los magistrados Lesdesma y Espinosa-Saldaña se distanciaron de dicha postura estableciendo que, primero, las comunidades campesinas debían ser considerados pueblos indígenas y que efectivamente la concesión minera es un acto administrativo que afecta de manera directa a sus derechos; con lo cual queda legitimada la consulta previa.

Ahora bien, para la resolución de este caso identificamos una metodología dividida en dos. Por una parte, la metodología mayoritaria con la cual se hizo un análisis de la exclusión. Primero, se apeló al análisis positivo de la Constitución a partir del cual se declaró improcedente la demanda por no estar reconocido textualmente en la Constitución. Segundo, se declaró la ausencia del rango constitucional ya que se consideró que a pesar del contenido del Convenio 169 de la OIT no se puede inferir que este le dé a la consulta previa un carácter fundamental ni que tenga rango constitucional. Tercero, se aplicó un test de procedencia del cual salió el resultado final de la sentencia que no consideró a la consulta previa como derecho fundamental declarando improcedente la demanda con base en artículo 7 del Nuevo Código Procesal Constitucional (Ley 31307, 2021). En suma, la metodología mayoritaria que se utilizó para resolver el caso se direccionó a negar la condición de derecho fundamental a la consulta previa.

Por otra parte, el test parte de la afectación directa; esto significó una análisis funcional expresado en los votos singulares de los magistrados que se debe dividir en dos. El magistrado Miranda Canales votó por declarar infundada la sentencia, pero reconoció a la consulta previa como derecho fundamental apelando a la materialización de la afectación y la carga de la prueba; con ello, establece que la concesión en sí misma no es suficiente para considerarla una afectación directa a los pueblos indígenas, además indica que la carga de la prueba queda a cargo de los pueblos indígenas. Los magistrados Ledesma y Espinosa-Saldaña usaron el test de afectación directa pero le añadieron criterios establecidos por la jurisprudencia interamericana y el bloque de constitucionalidad que conllevó un análisis más amplio. Determinaron el derecho a la consulta previa como derecho constitucional a través del Convenio 169 de la OIT. Ampliaron el concepto de afectación al incidir que la afectación directa no es la única relevante para evaluar el caso y argumentando que la concesión minera es un “acto constitutivo de derechos” y por ende “un derecho real” del cual se desprende situaciones de poder o ventaja al concesionario. Asimismo, consideraron que la concesión es una restricción jurídica del derecho de propiedad, entonces su otorgamiento sí es una medida que afecta los derechos colectivos de los pueblos indígenas y la consulta previa queda legitimada.

En suma, la decisión del Tribunal no fue uniforme. La mayoría de magistrados apeló a una interpretación restrictiva para negar la condición fundamental de la consulta previa. En función de ese planteamiento, la consulta fue propuesta como un mecanismo procedimental ordinario en la medida de que su exigibilidad no estaba condicionada por un reconocimiento expreso en la Constitución. A pesar de ello, existió la discordia en el razonamiento general de los magistrados lo que evidencia la continuidad de la inestabilidad interpretativa.

Con relación a la teoría propuesta en el capítulo I y ya que la decisión tuvo dos vertientes interpretativas contrapuestas establecemos lo siguiente. Por un lado, la posición mayoritaria del Tribunal se sustenta en el constitucionalismo conservador para el cual el enfoque positivista/normativo tuvo la principal implicancia para condicionar la existencia de un derecho fundamental en base a su redacción positiva en la Constitución. Por otro lado, la posición minoritaria del Tribunal se sustenta en el constitucionalismo liberal con aproximación al enfoque garantista y pluralista ya que se reconoce a la consulta previa como derecho fundamental y a la par se establece su conexión con otros derechos que forman parte del bloque de constitucionalidad.

3.5. Caso Asacasi. Exp. N°. 03326-2017-PA/TC

El caso trata del recurso de amparo interpuesto por la Comunidades Campesina de Asacasi contra entidades del Estado peruano. La comunidad pide la nulidad de 27 concesiones mineras otorgadas en su territorio ya que consideran que no se ha cumplido con la consulta previa apelando al Convenio 169 de la OIT. El Tribunal Constitucional del Perú en su sentencia reconoce a la consulta previa como derecho fundamental, pero declara infundado el recurso de amparo al no considerar la existencia de una afectación directa e identificar una omisión inconstitucional regulatoria respecto a la notificación y su falta de publicidad culturalmente adecuada.

A diferencia de otros casos nacionales en los cuales se apresuraba a cerrar la posibilidad de concebir a la consulta previa como derecho fundamental, el Tribunal para Asacasi parte de una premisa particular: reconoce a la consulta previa como derecho fundamental

y reconoce la vigencia del Convenio 169 de la OIT. Además, la sentencia resalta la conexión de la consulta previa con el inciso 17 del artículo 2° de la Constitución (Constitución Política del Perú, 1993) ejerciendo la conexión de la consulta previa con el derecho de toda persona a participar en la vida económica y social del país. En concreto, más allá de discutir sobre la importancia constitucional de dicho derecho, el Tribunal opta por una interpretación expansiva atendiendo a la forma de activación de la consulta previa para el caso en concreto.

Un aspecto elemental del caso es el desarrollo del Tribunal sobre la visión de las comunidades campesinas como pueblos indígenas u originarios. El Tribunal supera el enfoque formalista al rechazar la concepción sobre la cual la condición de un pueblo indígena se supedita exclusivamente por un registro administrativo para luego, remarcar la importancia del principio de primacía de la realidad social, cultural e histórica. Esto es importante ya que se ejerce una garantía contra el Estado para que este no reduzca el reconocimiento de la comunidad indígena a un trámite burocrático.

No obstante, el punto más controvertido en la interpretación del Tribunal está en función del criterio de exigibilidad y no necesariamente en la calidad fundamental del derecho. Esto porque a pesar de que expresamente se reconoce a la consulta previa como derecho fundamental, la discusión nuclear se centraliza en el análisis de impacto directo como consecuencia de una concesión minera. Es decir, la sentencia argumenta que si bien la consulta previa es un derecho fundamental, una medida administrativa como una concesión minera al no conllevar de manera automática el ejercicio de exploración o explotación, entonces no se constituye la figura del impacto directo ya que para que ocurra ello se necesitan antes certificaciones ambientales, estudios de impacto, entre otras autorizaciones. Por lo cual, el Tribunal interpreta que la consulta previa no puede activarse de manera automática ante una medida administrativa que no genera una afectación directa de forma empírica ya sea en la vida, organización, propiedad o identidad indígena. De ello se desprende la razón principal por la cual la demanda fue declarada infundada y por eso consideramos que el caso Asacasi establece una posición intermedia: se reconoce el derecho fundamental, pero se adopta una interpretación restrictiva en función a la necesidad operativa frente a una concesión minera.

En adición a ello, a pesar de rechazar la demanda, el tribunal exhorta al Congreso, al Ministerio de Cultura y al Ministerio de Energía y Minas lo siguiente: regular mejor los alcances del derecho a la participación ciudadana de los pueblos indígenas con relación a la publicidad de las peticiones mineras y el otorgamiento de concesiones y coordinar un reglamento que garantice la debida publicidad de las concesiones para que sea culturalmente adecuada a la realidad indígena. De hecho, llegan a recomendar la difusión de un extracto de la sentencia en aimara, asháninka y quechua. Esta posición nos demuestra que a pesar de que el Tribunal rechaza la posibilidad de anular las concesiones, está presto a identificar omisiones regulatorias de acuerdo con la manera en que el Estado procesa y se comunica políticas mineras que afectan a los pueblos indígenas.

Ahora bien, en función a la teoría del Capítulo I, el caso Asacasi presenta una interpretación dual. Por un lado, en lo relativo a la consulta previa se le reconoce como derecho fundamental además de la vigencia del Convenio 169 de la OIT por lo cual el enfoque pluralista está presente como también el enfoque garantista ya que el Tribunal se preocupa por exhortar a las instituciones estatales pertinentes a mejorar su comprensión sobre los derechos indígenas a través de acciones concretas. No obstante, por otra parte, con relación a la exigibilidad de la consulta previa, el Tribunal se aproxima al enfoque positivista/normativo al exigir una acreditación particular para evaluar la afectación directa rechazando la idea de que la concesión en sí misma configure un riesgo directo del cual se desprenda el deber de consultar.

En ese sentido, si bien el caso Asacasi no niega la condición de derecho fundamental a la consulta previa, sí restringe su operatividad en un momento que en definitiva es importante: el otorgamiento concesionario. El aporte de Asacasi está en que demuestra la posibilidad de optar por una interpretación intermedia entre lo restrictivo y lo expansivo: la consulta previa es un derecho fundamental, pero el otorgamiento de concesión minera no es suficiente para exigir su ejercicio. Con este caso se demuestra una vez más la inestabilidad de la interpretación constitucional sobre la consulta previa añadiendo al debate sobre su reconocimiento como derecho fundamental condiciones de exigibilidad.

4. Conclusiones preliminares

El análisis que hemos realizado en el presente capítulo refuerza la evidencia de que la evaluación jurídica de la consulta previa en la jurisprudencia nacional carece de uniformidad ya sea en la cuestión aplicativa o de reconocimiento. En contraste, en el derecho comparado existe una evolución interpretativa en dirección al fortalecimiento del derecho de los pueblos indígenas, concretamente en referencia al derecho a la consulta previa; en el Perú se convive en una inestabilidad ante la coexistencia de interpretaciones constitucionales diferenciadas en: negación de la consulta previa, aceptación condicionada o reconocimiento parcial.

En casos como el Lote 116 – Pueblo Achuar, se configura un paradigma de visión restrictiva ya que la consulta previa no es considerada por cuestiones formales/procedimentales que impide su reconocimiento como derecho fundamental. Para estos escenarios, la obligatoriedad del cumplimiento de requisitos formales es más relevante que el análisis empírico de la afectación de derecho de los pueblos indígenas.

Otros casos, como el Lote 192 – FECONACO y el de la Ley Forestal y de Fauna Silvestre, se observa una apertura interpretativa en el análisis de los derechos de los pueblos indígenas. En estas sentencias, la consulta previa empieza a ser comprendida como el mecanismo idóneo para la garantía de los derechos fundamentales que tienen relación con la propiedad colectiva, los estándares internacionales y la identidad cultural. Aún así, los avances que emergen de estas decisiones no pueden tomarse como una consolidación que llevó a obtener una línea jurisprudencial estable y coherente; en su defecto confluyen con perspectivas conservadoras.

Por su parte, el caso Chila Chambilla y Chila Pucara representa un punto de inflexión en el conflicto sobre la consulta previa. Ello a través de una decisión mayoritaria proveniente de la máxima institución de interpretación constitucional del Perú que desconoce a la consulta previa como derecho fundamental frente a un voto minoritario que se contrapone a dicha visión. Se pone así de manifiesto que la discusión sobre la consulta previa es predominantemente teórica.

Por último, el caso Asacasi introduce un avance particular, pero insuficiente. En contraste a los casos anteriores, el tribunal reconoce en Asacasi la consulta previa como derecho fundamental de manera expresa. Sin embargo, su decisión no puede escapar de la

influencia del constitucionalismo conservador, el cual bajo el sustento del enfoque positivista/normativo gestiona la ampliación del debate sobre la afectación directa de una concesión, condicionando así la operatividad de la consulta previa. Entonces se reconoce al derecho, pero se limita su operatividad para así constituir una posición intermedia que sigue reforzando la fragmentación jurisprudencial.

En base a la teoría desarrollada en el Capítulo I, identificamos que la inestabilidad de la jurisprudencia sobre consulta previa en el Perú no se sustenta de manera exclusiva en los hechos que contienen los casos, sino que atiende a la convivencia de distintas perspectivas sobre la verdadera naturaleza de los derechos fundamentales. Por una parte, cuando el análisis se basa en el constitucionalismo conservador, el análisis jurídico se sustenta en el enfoque normativo/formalista con el cual se restringe la interpretación y se desconoce el carácter fundamental de la consulta previa. Por otra parte, cuando el análisis se ampara en el constitucionalismo liberal, los enfoques pluralista y garantista suelen confluir para una interpretación legítima de los hechos que no atienden a cuestiones extrajurídicas con lo cual la consulta previa es establecida como derecho fundamental de carácter procedimental.

De este modo, para los casos de consulta previa se evidencia el conflicto profundo a nivel teórico dentro de la jurisprudencia. Por ello, la consulta previa además de pertenecer como derecho a los pueblos indígenas ha servido y sirve todavía para exponer las limitaciones, arbitrariedades y desconocimientos que el sistema de justicia aún tiene; en ese extremo, la consulta también ayuda entonces a que el ordenamiento mejore externalizando así, a través de la discusión teórica, sus efectos más allá del ámbito indígenas.

Por ende, el análisis presentado en este capítulo pone en evidencia la inestabilidad jurídica del sistema de justicia peruano. Lo más importante es entender que esta inestabilidad no surge de la ausencia de legislación, sino que se genera a partir de la deficiencia argumentativa que en muchas ocasiones se niega a extender su visión formalista para atender los hechos fácticos.

CAPÍTULO III: LA CONSULTA PREVIA COMO DERECHO FUNDAMENTAL.

En este capítulo se sostendrá que la consulta previa es un derecho fundamental. Ubicándonos en el constitucionalismo liberal con aportes de otras tendencias constitucionalistas sostendremos que el derecho a la consulta previa se vincula con otros derechos fundamentales y que tiene una relación directa con la dignidad. En consecuencia, descartamos la interpretación y práctica jurídica que desvincula a la consulta previa de los derechos fundamentales. La naturaleza jurídica de este derecho indígena solo se puede entender a través de una interpretación expansiva que profundice en los derechos que la consulta busca tutelar. Por ello, no se puede comprender a la consulta previa como un simple procedimiento administrativo de participación porque la consulta previa es un derecho y a la vez un mecanismo de garantía de los derechos fundamentales como: la identidad cultural, la propiedad, la igualdad, la autodeterminación y el derecho al desarrollo.

Es pertinente precisar el vínculo entre la consulta previa y los derechos de identidad establecidos en la Constitución. El artículo 2, inciso 19, reconoce el derecho de toda persona a su identidad étnica y cultural, y ordena al Estado proteger la pluralidad étnica y cultural de la nación (Constitución Política del Perú, 1993). Por su parte, el artículo 89 dispone que el Estado respeta la identidad cultural de las comunidades nativas y campesinas. Por lo tanto, restringir el derecho a la consulta previa a un entendimiento desde una sola dimensión identitaria sería un error. No obstante, en la jurisprudencia del Perú su relación aparece, de manera más frecuente, con la tutela de la identidad cultural de los pueblos indígenas, en vista de que de la consulta surge el objetivo de preservar las condiciones que les permiten mantener sus instituciones y formas de vida. Por ello, a pesar de que la identidad étnica e identidad cultural no sean conceptos que comparten la misma idea, para los casos de consulta previa ambas se articulan dentro de una misma

finalidad de protección que es garantizar la continuidad de los pueblos indígenas como sujetos de derechos diferenciados dentro de un orden constitucional unitario.

Por ello, en la jurisprudencia nacional peruana la consulta previa guarda una conexión especial con la tutela de la identidad cultural, pero sin dejar de inscribirse en el marco más amplio de la identidad étnica y cultural reconocida por la Constitución.

1. Relación del derecho fundamental a la consulta previa con otros derechos fundamentales

Nuestra posición tiene sus fundamentos en tres premisas nucleares. Primero, el desarrollo del constitucionalismo ha reconocido que los derechos fundamentales no son tales por el único hecho de estar positivizados en un texto constitucional, sino también por la función que cumplen dentro del sistema de protección de la dignidad humana: su capacidad de garantizar efectivamente las condiciones mínimas de existencia digna y de tutelar bienes jurídicos sustantivos que ningún ordenamiento puede desconocer sin deslegitimarse. Segundo, los compromisos internacionales del Estado peruano materializados en tratados firmados y ratificados obligan a este a incluir estándares internacionales de derechos humanos que se integren al bloque de constitucionalidad, en el cual la consulta previa ocupa un lugar propio: el Convenio 169 de la OIT, ratificado por el Perú en 1994, y la jurisprudencia vinculante de la Corte IDH le confieren rango constitucional de conformidad con el artículo 55 y la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución (Constitución Política del Perú, 1993). Por último, el derecho a la consulta previa contiene una funcionalidad garantista al momento de tutelar los derechos fundamentales de los pueblos indígenas, protegiendo derechos conexos tales como la identidad cultural y étnica, la autodeterminación colectiva la propiedad comunal sobre el territorio, cuyo desarrollo se aborda en las secciones siguientes.

1.1. Identidad cultural y autodeterminación

La relación entre la consulta previa y los derechos fundamentales se establece a partir del vínculo con los siguientes derechos; primero, el derecho a la identidad cultural. La vinculación es directa porque lo que se protege son las condiciones que permiten la continuidad de la existencia colectiva de los pueblos indígenas como pueblos diferentes.

En la Constitución, esta relación está presente en el artículo 2, inciso 19, que reconoce el derecho a la identidad étnica y cultural ordenando al Estado proteger la diversidad étnica y cultural de la Nación; del mismo modo, en el artículo 89 se dispone que el Estado debe respetar la identidad cultural de las comunidades campesinas y nativas (Constitución Política del Perú, 1993). En la jurisprudencia, concretamente en la STC Exp. N.º 03326-2017-PA/TC en la cual el Tribunal añade en su análisis sobre la consulta previa, el reconocimiento constitucional de la identidad étnica y cultural señalando que la consulta se activa ante medidas que puedan afectar directamente bienes como la identidad de los pueblos indígenas.

Segundo, derecho a la autodeterminación. En este extremo, se puede confundir la autodeterminación con un proyecto separatista y no como lo que en verdad es: una facultad que en el caso de los pueblos indígenas les permite intervenir en las decisiones que influyen en las prioridades de su vida y desarrollo. El Convenio 169 de la OIT en su artículo 7.1 (OIT, 1989), es el sustento normativo que establece que los pueblos interesados tienen derecho a decidir en temas que involucren su desarrollo o forma de vida. Debido a ello, la consulta previa tiene una relación directa con la autodeterminación traducida también en una autodefinición de prioridades colectivas, esto en base al derecho internacional vigente.

1.2. Propiedad colectiva

Tercero, derecho a la propiedad. En primer lugar, partiendo de un análisis desde la mirada del constitucionalismo populista, se puede afirmar que respecto al derecho a la propiedad, el populismo no pudo prosperar efectivamente con sus propuestas debido a la debilidad argumentativa de sus propuestas que se vieron influenciadas predominantemente por una visión restrictiva. Así, por ejemplo, respecto al derecho a la propiedad se aboga porque esta se dé en función de la igualdad entre todos llegando a justificar la expropiación y con ello alertando a las élites que están en el gobierno (Gargarella, 2005). Entonces el problema venía cuando la voluntad mayoritaria chocaba con los derechos de los sectores minoritarios: la lógica populista, al otorgar legitimidad absoluta a la voluntad de la mayoría —como si esta fuera infalible e incuestionable—, carecía de mecanismos para proteger a quienes quedaban fuera de esa mayoría, incluidos los pueblos indígenas.

En segundo lugar, los conservadores eran conscientes de lo importante que era la propiedad para la sociedad, principalmente para los grandes propietarios, por lo cual tutelar dicho derecho era indispensable para recibir el apoyo de estos ya que en caso se vulnerara la propiedad son los que más perderían a nivel patrimonial respecto al resto de la población. Los derechos políticos eran los muros que podrían contener, una vez limitados a la élite política, la influencia de las mayorías en las decisiones importantes para la sociedad. Por lo que los derechos políticos a elegir y ser elegido quedan restringidos a una parte de la sociedad; dichas restricciones eran las mismas que en el Perú estaban vigentes todavía en gran parte del siglo XX y se referían a no ser analfabeto, ser propietario, tener una edad determinada y otros. En definitiva, solo los propietarios pertenecientes a las élites políticas educadas y por ende “superiores” a la mayoría podían llegar a tener la responsabilidad de dirigir a las naciones, “de allí que la defensa privilegiada del derecho de propiedad prometiera acompañarse de un aumento en la racionalidad del proceso de toma de decisiones” (Gargarella, 2005, p. 130). Por lo tanto, para capitalizar un poder político dentro del conservadurismo la riqueza debía confluir con la capacidad intelectual.

En tercer lugar, el constitucionalismo liberal se nutre de la Ilustración y del liberalismo clásico. Sus ejes son las libertades individuales, los derechos fundamentales y la limitación del poder estatal. El rol del Estado, a diferencia del constitucionalismo conservador y populista, se prevé como un poder con limitaciones. Así, la finalidad del gobierno se circunscribe a la protección de dichos derechos y la preservación de la propiedad (Locke, 1690). Desde esa lógica, el Estado deja de ser omnipotente porque el derecho actúa como un límite que distribuye institucionalmente el poder para evitar abusos (Montesquieu, 1748). Asimismo, en la misma línea, Madison aclara la razón de ser de la estructura constitucional al afirmar: “Hay que crear ambición para contrarrestar la ambición” (Madison, 1788, Federalist No. 51). Por lo tanto, la propiedad y la libertad que son la matriz sobre la cual la doctrina desarrolla su enfoque.

Desde el lado histórico, se debe entender que la relación de los pueblos indígenas con su territorio no es equiparable a la relación de propiedad individual proveniente del modelo occidental. En defecto, estamos ante una relación histórica, espiritual y material que es

anterior a la existencia del Estado; los individuos no indígenas adquieren derechos en base a los títulos validados por el sistema estatal, pero los pueblos indígenas superan esa lógica formal a partir de su propia historia. Por ello, en una equivalencia derivada de un caso revisado anteriormente, el Estado ejerce soberanía mediante el denominado título radical, el cual no debe desconocer la ocupación anterior

En general, la relación de la consulta previa con este derecho supera la noción clásica del derecho a la propiedad en su dimensión individual. Para el caso de los pueblos indígenas, la Constitución reconoce la protección de la propiedad comunal en los artículos 88 y 89 (Constitución Política del Perú, 1993), por su parte, el Convenio 169 de la OIT establece en los artículos 13, 14 y 15 (OIT, 1989) que los Estados deben respetar la relación particular que tienen los pueblos indígenas con sus territorios. En el caso Asacasi, el Tribunal trabaja sobre los derechos colectivos de los pueblos indígenas con relación al otorgamiento de la concesión. En base a esta conexión se puede sostener que la consulta se proyecta sobre la protección de la propiedad comunal y el vínculo territorial.

Entonces la consulta previa puede ser comprendida como la superación contemporánea de la doctrina de la *terra nullius*. Si bien esta es una doctrina conceptualizada en el derecho comparado y formalmente derrotada, sus efectos se demuestran cada vez que un Estado trata a los pueblos indígenas como receptores pasivos de decisiones ya tomadas. Desde el enfoque pluralista, la consulta previa rompe esa inercia colonial porque establece a los pueblos indígenas como sujetos de derechos con intereses propios cuyos sistemas sociales, heredados a través de la cultura y el tiempo, constituyen un ordenamiento normativo propio que llena el vacío que la ley estatal dejó al ignorarlos: la costumbre indígena no es ausencia de derecho, sino derecho consuetudinario preexistente al Estado, reconocido como fuente jurídica por la propia Constitución. La titularidad colectiva complementa esta lógica: la consulta previa no puede pertenecer a un individuo aislado ya que actúa como defensa del pueblo indígena como sujeto colectivo. Es por ello que tanto los bienes colectivos, el procedimiento y su titularidad son tomados bajo una aglutinación interconectada: cuando la consulta previa reconoce esa subjetividad colectiva, reconoce también a la propia comunidad comprendida como un cuerpo político/cultural que puede participar en decisiones que le afecten.

1.3. Igualdad y no discriminación

Cuarto, la igualdad y no discriminación. Una de las bases que sustenta la existencia del derecho a la consulta previa es el principio de igualdad sustancial u objetiva, que exige tratar diferente a quien es materialmente diferente (Prieto, 2001; Landa, 2010) y que, aplicado a los pueblos indígenas, implica reconocer y proteger su identidad étnica y cultural de conformidad con el artículo 2, inciso 19, y el artículo 2.2 de la Constitución (Constitución Política del Perú, 1993). No se trata, pues, de un derecho autónomo a la diferencia cultural, sino de la expresión concreta del mandato constitucional de igualdad sustancial aplicado a sujetos colectivos diferenciados. Este reconocimiento ha sido desarrollado tanto a nivel internacional como en el derecho interno como expresión del pluralismo jurídico: la coexistencia de más de un sistema normativo válido dentro de un mismo territorio estatal. Así, el artículo 9.2 del Convenio 169 de la OIT establece que “las autoridades y los tribunales llamados a pronunciarse sobre cuestiones penales deberán tener en cuenta las costumbres de dichos pueblos en la materia” (OIT, 1989), reconociendo con ello que el derecho consuetudinario indígena tiene validez jurídica que el sistema estatal está obligado a considerar. Del mismo modo, el artículo 40 de la DNUPI establece que para resolver conflictos los Estados deben considerar “las costumbres, las tradiciones, las normas y los sistemas jurídicos de los pueblos indígenas interesados y las normas internacionales de derechos humanos” (Naciones Unidas, 2007). En ambos casos, no se trata de una concesión identitaria sino del reconocimiento de la autonomía normativa de los pueblos indígenas como sujetos con derecho propio.

La relación en este contexto surge para hacer frente a la exclusión histórica de los pueblos indígenas. En la sentencia 02608-2023-AA/TC, el tribunal afirma que la razón de ser de la consulta previa es la inclusión de los pueblos indígenas a partir de su historia marcada por la exclusión, de esa forma el reconocimiento e integración de estos se debe hacer bajo la singularidad en la que expresan su ciudadanía. La igualdad se divide en dos vertientes. Por una parte, es un derecho subjetivo a razón de la posibilidad de ser tratado de igual modo ante la ley en concordancia con la dignidad idéntica entre todos los individuos. Por otra parte, es un derecho objetivo que comprende la obligación de los particulares y el estado a no discriminar o brindar tratamiento diferenciados a las personas en la medida

de que estas no estén debidamente justificados (Landa, 2010). En Perú la tipología de las igualdades están sustentadas en el artículo 2.2 de la Constitución aunque ambas han sido más desarrolladas por la doctrina. La igualdad subjetiva es la igualdad ante la ley que se expresa materialmente en lo propuesto por la doctrina del constitucionalismo liberal donde en una sociedad se homogeniza a los individuos para que en igualdad de condiciones puedan ser sujetos a la ley. La igualdad objetiva o sustancial, en cambio, reconoce que tratar de igual forma a quienes son materialmente diferentes constituye también una vulneración del principio de igualdad (Prieto, 2001; Landa, 2010); en ese sentido, su expresión concreta es la obligación de dispensar un trato diferenciado justificado a quienes se encuentran en una situación de diferencia material, lo que en el contexto de los pueblos indígenas implica reconocer su identidad cultural y colectiva como fundamento de ese trato diferenciado. Al respecto al Tribunal Constitucional en un caso del 2005 señaló el conflicto que emerge cuando la mayoría se impone sobre la minoría:

Por el contrario, cuando el acto apoyado en el principio mayoritario acompaña el avasallamiento, este pierde su valor de neutralidad, y prevalecen los valores contra mayoritarios de la Constitución, como la igualdad (inciso 2 del artículo 2) y el pluralismo (inciso 19 del artículo 2, artículo 43, y artículo 60, Constitución Política del Perú, 1993) para recomponer el equilibrio constitucional del que el poder tiende a desvincularse. (Fundamento 100).

Ahora bien, esta igualdad objetiva o sustancial se ciñe bajo el marco establecido por el principio de favorecimiento de los sectores excluidos presente en el artículo 59° de la Constitución (Constitución Política del Perú, 1993). Este principio es desarrollado por Perez Luño (1993) bajo el concepto de la procura existencial señalando que es en el Estado Social de Derecho donde “los poderes públicos asumen la responsabilidad de proporcionar a la generalidad de los ciudadanos las prestaciones y servicios públicos adecuados para subvenir sus necesidades vitales, es decir, vela por lo que la doctrina germana ha calificado de procura existencial”. Asimismo el Tribunal Constitucional del Perú en la sentencia con expediente N° 00042-2004-AI/TC ha establecido que el Estado “está en la obligación de respetar, reafirmar y promover aquellas costumbres y

manifestaciones culturales que forman parte de esa diversidad y pluralismo cultural”. Todo ello dentro del marco constitucional que la ley tutela.

En ese sentido, de lo anterior se desprende que la igualdad sustantiva y la autodeterminación no deben ser considerados elementos alternativos, sino complementarios. La igualdad sustantiva sustenta la exigibilidad frente al Estado; la autodeterminación, su legitimidad al interior del pueblo indígena. Cuando ambas dimensiones confluyen, la consulta previa llega a poseer una dimensión constitucional particular al proteger la identidad cultural mientras asegura la participación política históricamente limitada y se enfrenta al ejercicio unilateral del poder del Estado. En ese punto, el derecho a la consulta previa emerge como un mecanismo constitucional destinado a equilibrar la relación entre la presencia originaria y la soberanía estatal, limitando la unilateralidad del poder.

1.4. Derecho al desarrollo

El Estado peruano suele entender el desarrollo como el crecimiento económico, en gran medida, a través de la extracción de materias primas; para los pueblos indígenas la consulta previa emerge como una herramienta de resistencia y autonomía que permite a los pueblos indígenas entrar en la discusión sobre el modelo de desarrollo que menos impactos negativos le generen porque sin consulta previa el desarrollo se transforma en una violencia legalizada que ignora la realidad local para favorecer intereses arbitrarios. En esa misma línea, el derecho al desarrollo no puede reducirse a una lógica exclusivamente productivista, pues “no solo se refiere al crecimiento económico, sino a la satisfacción sostenible de necesidades materiales y espirituales” (Bazán, 2025, p. 81).

Ello en el marco de la sostenibilidad e independencia ya que se centra en un desarrollo en función del respeto del proyecto de vida de los pueblos. En esta vertiente, la consulta previa compatibiliza el desarrollo económico con los derechos colectivos. Por una parte, el artículo 43 de la constitución establece que el Perú es un país democrático, social, independiente y soberano (Constitución Política del Perú, 1993). Por otra parte, el artículo 58 prescribe que la economía nacional se maneja bajo el modelo de economía social de mercado (Constitución Política del Perú, 1993). Ambas vertientes, político-

estructural y político-económico, colisionan continuamente con el derecho a la consulta previa ya sea por querer homogeneizar a la población bajo el amparo de la democracia y la apelación a la soberanía del Estado frente a doctrinas y jurisprudencia internacional o por el permanente encuentro de intereses privados con el territorio de los pueblos indígenas debido al modelo del mercado. Esto último es importante porque tanto la positivización legislativa como el desarrollo técnico-jurídico primigenio del derecho a la consulta previa se hizo desde el espectro internacional con el Convenio 169 de OIT y la labor de la Corte IDH respectivamente. Sin perjuicio de lo anterior, la cuestión medular no es la autoridad de un órgano institucional específico, sino el estándar jurídico ya que la consulta previa emerge a partir de la legitimidad democrática, debido a ello más que la aceptación/sujeción a una entidad extranjera, su justificación recae en valores democráticos vigentes como la no discriminación, autodeterminación e identidad cultural.

1.5. Dignidad humana y consulta previa

La consulta previa se vincula de forma directa con la dignidad humana, porque asegura que los pueblos indígenas sean reconocidos como sujetos de derecho y no como destinatarios pasivos de decisiones estatales. Si la dignidad constituye el fundamento axiológico del sistema de derechos, la consulta previa aparece como una garantía concreta para proteger a los pueblos indígenas frente a decisiones que puedan afectar sus condiciones de vida, sus instituciones y su continuidad colectiva.

A partir de esta perspectiva, la consulta previa no puede reducirse a una simple formalidad procedimental. Su relevancia constitucional radica en que exige un trato respetuoso a los pueblos indígenas, compatible con su condición de grupo social colectivo titular de derechos. Por ende, cuando el Estado adopta medidas que los afectan sin consultarles previamente, no solo desconoce una exigencia jurídica, sino que a la vez les niega un reconocimiento compatible con su dignidad.

En adición a ello, esta idea exige apartarse de una comprensión exclusivamente individualista de dignidad. En el caso de los pueblos indígenas, la dignidad también se proyecta sobre la dimensión colectiva de la existencia humana en la cual están comprendidas sus formas propias de organización, su identidad cultural/espiritual, sus

instituciones y la relación particular que mantiene con su territorio. En esa línea, Wiessner sostiene que el derecho internacional ha avanzado hacia el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas a preservar su identidad y dignidad diferenciadas, así como a gobernar sus propios asuntos (Wiessner, 2011). Desde esa premisa, la omisión de la consulta previa no solo afecta un mecanismo participativo, sino que puede degradar la integridad colectiva de los pueblos indígenas al desconocer su capacidad de intervención en decisiones que comprometen su propio modo de vida.

De esta forma, la consulta previa supera la función estrictamente informativa. Su sentido y naturaleza constitucional radica en abrir un espacio de deliberación y reconocimiento político-jurídico antes de la adopción de medidas estatales potencialmente lesivas. El objetivo no está en informar a los pueblos indígenas sobre una decisión ya encaminada, sino de reconocerlos como interlocutores legítimos en asuntos que impactan su existencia colectiva. Por ello, la consulta previa funciona como una garantía de dignidad, en la medida que impide que el Estado los trate como objetos de administración y exige que los reconozca como comunidades con voz propia dentro del orden constitucional.

Esta relación también se refuerza en el plano internacional. La Declaración Universal de Derechos Humanos sitúa a la dignidad como base del sistema de derechos, mientras que la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos indígenas establece estándares mínimos para su supervivencia, bienestar y dignidad. Asimismo, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas refuerza esta vigencia de la relación entre la dignidad y la consulta previa ya que establece una serie de parámetros mínimos para la supervivencia, la dignidad y el bienestar de los pueblos indígenas del mundo. En consecuencia, la consulta previa debe entenderse como una expresión jurídica del deber de reconocer a los pueblos indígenas como comunidades con igual valor y con derecho a participar en las decisiones que impactan sobre su existencia colectiva

2. Fundamento constitucional de la consulta previa

En base al constitucionalismo liberal, la consulta previa es, en la práctica, un derecho fundamental expresado en un mecanismo para poner límites al poder estatal ante un derecho que existe antes de su configuración; es decir, la consulta previa como derecho

fundamental aporta a la vigencia del Estado de Derecho. Asimismo, tomamos dos enfoques que complementan nuestra línea argumentativa: el decolonial/pluralista y el garantista. El primero, atendiendo a la realidad cultural sobre la cual emerge la consulta previa y el segundo en función a su esencia tutelar ya que la consulta previa actúa como una garantía constitucional en un marco de diversidad cultural donde su naturaleza le exige actuar como una limitación de la sociedad al Estado.

2.1. El constitucionalismo liberal y la participación de los pueblos indígenas

En el capítulo primero se sostuvo que el liberalismo constitucional se sustenta en la defensa de la propiedad, la vida y la libertad en dirección al establecimiento de un Estado de Derecho. Además, concibe el poder estatal bajo dos parámetros: el consentimiento de los gobernados y la protección de sus derechos fundamentales. No obstante, a pesar de que las concepciones iniciales del liberalismo se desarrollaron en torno al sujeto individual como eje del Derecho, el desarrollo social principalmente en un contexto tan diverso como el latinoamericano exige la necesidad de tutelar de la misma forma a grupos sociales que a partir de su identidad cultural -que comprende una cosmovisión particular en un contexto que a nivel formal pretende ser homogéneo- ejercen su libertad. Debido a ello, la diversidad cultural existente en el Perú es contraria a la igualdad formal que emerge del positivismo.

Para el caso de los pueblos indígenas, el ejercicio de su libertad real se ve diezmada por la posición del Estado que en repetidas ocasiones decide acciones que impactan de forma directa sobre territorios, recursos naturales o formas de vida de estos colectivos sociales al no tomar en cuenta su participación. Así, bajo la perspectiva del constitucionalismo liberal, la consulta previa se presenta como una garantía institucional direccionada a dar sentido al principio liberal del autogobierno porque permite a los pueblos indígenas participar en decisiones públicas que tienen incidencia en su entorno social y cultural mientras evita que el Estado adopte medidas que no tomen en cuenta sus intereses o su identidad cultural.

Por ello, la consulta previa no puede ser concebida como un proceso administrativo simple, más bien es una garantía para asegurar que el ejercicio del poder estatal se dé bajo

los principios de libertad e igualdad que forman parte de la estructura del constitucionalismo liberal.

Nuestra posición para fundamentar el derecho a la consulta previa parte del constitucionalismo liberal al ofrecer un horizonte particularmente sólido debido a que su núcleo no se limita a una defensa abstracta de las libertades individuales, sino que su estructura se enmarca en tres exigencias: la igualdad política, la limitación del poder y la necesidad de que cada decisión estatal se dé bajo una justificación adecuada. Entonces, desde esta matriz constitucional, la consulta previa no es un privilegio de gracia por parte del Estado o una excepción al principio de igualdad, en cambio, es un derecho fundamental que actúa como una garantía institucional cuya finalidad es impedir que el poder público tome decisiones unilaterales que afecten directamente a los pueblos indígenas.

En primer lugar, el constitucionalismo liberal acoge al poder estatal como un poder con límites jurídicos. Estos límites actúan ante posibles arbitrariedades del poder estatal como acciones con gran impacto, pero indebidamente justificadas. Desde esta perspectiva, la consulta previa encaja en la teoría liberal al obligar al Estado a no decidir, unilateralmente y sin control, acciones o medidas susceptibles de afectar a los pueblos indígenas. En dicho escenario, donde se podría imponer una lógica hegemónica de la verticalidad del poder, la consulta previa introduce una exigencia de justificación y diálogo.

En segundo lugar, el constitucionalismo liberal se circunscribe a la idea de igualdad política. Esta igualdad no puede comprenderse bajo la óptica clásica del occidentalismo, en contraste, debe atender a la pluralidad y las relaciones estructurales fruto de la exclusión histórica. Para el caso de los pueblos indígenas, la consulta previa cumple con su obligación de no romper la igualdad liberal, sino que se le exige más para evitar que la ciudadanía abstracta pase por alto a las desigualdades empíricas.

En tercer lugar, el constitucionalismo liberal defiende la idea de que un grupo minoritario y singular como los pueblos indígenas no sea aplacado por la administración pública o la mayoría política. En la medida de que el liberalismo defiende férreamente la autonomía, entonces debe rechazar el trato arbitrario de sujetos colectivos al interior del Estado. Debido a ello, la consulta previa emerge aquí como una garantía liberal al poder del

Estado porque la consulta no supone un veto a la soberanía, sino que impide que los pueblos indígenas sean tratados como objetos de regulación.

Al respecto en la STC Exp. N°. 02783-2021-AA/TC, el tribunal indica que la consulta previa debe desarrollar: “un diálogo intercultural y una relación armoniosa entre la Administración Pública y los pueblos indígenas”, añadiendo que: “un proyecto no puede ser producto de la imposición y menos de las presiones del poder que pueden ejercer las corporaciones económicas en las distintas esferas de la organización estatal” (fundamento 14). Este razonamiento refuerza la tesis que defendemos: la consulta previa es un instrumento contra una imposición arbitraria que transgrede la libertad e igualdad.

Por ende, el constitucionalismo liberal es idóneo para la defensa de la consulta previa en la medida de que se expanda su perspectiva sobre el individualismo formalista y se ejerza una visión más exigente de acuerdo con las circunstancias sociales. En ese entender, la consulta previa no es ajena al liberalismo es, más bien, coherente con sus expresiones.

2.2. Enfoque decolonial/pluralista

Es innegable que durante la mayor parte de la historia republicana de Latinoamérica y concretamente en el Perú, el Estado adoptó una esencia homogeneizadora dentro del marco constitucional en gran parte influenciado por la ola del liberalismo clásico occidental y más aún con hechos históricos como la Revolución Francesa de la cual nació el Código Civil que a su vez repercutió también nuestro orden civilista. Al respecto, Bazán (2023) afirma que la influencia de la epistemología del Norte Global sobre el Sur partió de la idea de que la primera es superior a la segunda en tanto la doctrina occidental se consideraba idónea para el desarrollo óptimo de las sociedades indígenas del sur, llegando incluso a ser admiradas por las élites políticas nacionales que veían en las doctrinas occidentales la solución al “atraso” del Perú. De esta forma, la doctrina jurídica proveniente de Europa y Norteamérica se consideran legítimas y válidas mientras que los países del sur debían actuar como receptores periféricos pasivos. A partir de esta posición, el inicio y el posterior desarrollo del constitucionalismo occidental hasta finales del siglo XX ignoró las identidades culturales de los pueblos indígenas. Como se adelantó en el Capítulo II, esto se comprueba recurriendo a los inicios de la legislación peruana, concretamente a dos ramas jurídicas: la penal, en la cual los pueblos indígenas y sus

habitantes estaban presentes bajo la concepción de “salvajes semicivilizados” con problemas de alcoholismo y degradados por la servidumbre; y la civil, en la cual códigos como el de 1852 omitían por completo su existencia (Bazán, 2023). Este fenómeno puede entenderse como una esquizofrenia jurídica, en tanto se legisla para un país con una población mayoritariamente quechua y otras etnias, pero a partir de los modelos teóricos ajenos a la verdadera realidad nacional (Bazán, 2023)

Este arquetipo constitucional al generar profundas desigualdades y conflictos sociales en torno a la complejidad de las sociedades latinoamericanas, se contrapuso con la realidad cultural de los territorios donde las sociedades conviven en una coexistencia de diferentes culturas. En vista de esta realidad, el constitucionalismo peruano ha incorporado, muchas veces sin aceptarlo formalmente, un enfoque pluralista al incluir en la discusión judicial la institución de la consulta previa. Frente a esta realidad, los pueblos indígenas ya no pueden ser considerados como grupos sociales homogéneos en el Estado, sino sujetos colectivos de cuya identidad cultural propia emerge el derecho a la consulta previa como elemento de tutela del orden constitucional.

La función que cumplió el enfoque decolonial/pluralista dentro de la teoría constitucional es legitimar la coexistencia de múltiples sistemas jurídicos dentro de un Estado. Desde nuestra posición, este reconocimiento no fragmenta el sistema constitucional, al contrario, fortalece su vigencia a través de la adhesión de diversas identidades que siempre conformaron la estructura política de una sociedad; en otras palabras, este enfoque ayuda a la teoría constitucional a seguir evolucionando de acuerdo con los conflictos que se generan en los Estados a partir del reclamo de la participación política.

Por ello, la consulta previa en el enfoque decolonial/pluralista se constituye también como una herramienta que corrige la exclusión histórica de los pueblos indígenas. En definitiva, cualquier acción de parte del Estado que pretenda eludir la participación de los pueblos indígenas en cuestiones que los involucran se traduce directamente en la reivindicación de prácticas coloniales de imposición normativa por lo que el ejercicio de la consulta no solo hace horizontal una relación que por siglos fue desigual y abusiva, sino que promueve una reconciliación necesaria entre los pueblos históricamente oprimidos y sus autoridades.

Entonces, el enfoque decolonial vincula el ejercicio de la consulta previa con el reconocimiento político y cultural que permite desarrollar un modelo de democracia intercultural a partir de la cual se construya los puentes de la reconciliación histórica.

2.3. Enfoque garantista.

El garantismo constitucional tiene como objetivo para los derechos fundamentales el desarrollo de mecanismos idóneos que posibiliten exigir su cumplimiento ante el poder del Estado. En base a esta perspectiva, un derecho al carecer de garantías propuestas desde la institucionalidad del gobierno cae en riesgo de transformarse en una simbólica declaración. Bajo esta lógica, la consulta previa cumple con la función garantista en la medida de que su finalidad se sustenta en la prevención de decisiones políticas que puedan afectar desproporcionadamente a los pueblos indígenas.

Los derechos fundamentales no pueden agotarse en su reconocimiento formal a nivel positivo ya que la esencia de la sociedad moderna que impulsa la globalización, exige una interpretación concorde a las complejidades que emergen de ella y principalmente la creación de garantías que permitan exigir su cumplimiento.

De esta forma, el mecanismo idóneo que opera como una garantía institucional de los pueblos indígenas dirigida a proteger un conjunto de derechos fundamentales correlacionados como la identidad cultural, la propiedad y la igualdad es la consulta previa. Su naturaleza de derecho fundamental se desprende de la posibilidad, y por ende reivindicación histórica, de demandar un cumplimiento judicial cuando el Estado incumple la obligación de consultar a un sector de la sociedad que forma parte del Estado de Derecho.

Por lo tanto, establecer a la consulta previa como un simple procedimiento administrativo constituye una desnaturalización de su verdadera función en el sistema constitucional. Sobre la base en la que hemos trabajado en la presente investigación, defendemos que la consulta previa cumple una función equivalente a otras garantías fundamentales existentes en la teoría y la práctica constitucional, como el debido proceso y el derecho a la defensa. De la misma manera que estas instituciones, la naturaleza de la consulta previa

tiene como finalidad evitar decisiones arbitrarias del poder estatal incluyendo en la discusión a actores relevantes para dichas decisiones.

En todo caso, la consulta previa, en vez de considerarse un proceso administrativo ordinario debe ser entendida como un derecho fundamental de carácter procedimental, cuyo objetivo es garantizar el acceso a la protección efectiva de la propiedad de los colectivos indígenas. Su reconocimiento como derecho fundamental no es excepcional por parte del Estado porque atiende al desarrollo del constitucionalismo contemporáneo y sus principios basados en: la dignidad humana, la igualdad, la participación democrática y el respeto a la diversidad cultural. En consecuencia, el vínculo entre el liberalismo constitucional con los enfoques del pluralismo jurídico y el garantismo nos da a entender que la consulta previa no es un privilegio, sino una necesidad para la justicia constitucional en un contexto donde existen sociedades culturalmente diversas.

3. Enfoques constitucionales y la jurisprudencia sobre consulta previa

Hasta este punto podemos advertir que la jurisprudencia nacional no ha contribuido a establecer una línea uniforme con relación a la consulta previa, su naturaleza jurídica y sus condiciones de exigibilidad. En contraste, resalta una recepción fragmentada de las teorías constitucionales desarrolladas en el capítulo I.

La primera línea es la restrictiva. En esta, la consulta previa, más allá de ser negada de manera expresa, queda subordinada a las exigencias formales, procedimentales o técnicas que limitan su eficacia. En este contexto, la protección material de los pueblos indígenas queda fuera del análisis para atender a verificaciones de requisitos normativos. Esta lógica sustenta la recepción de un enfoque positivista-normativo influenciado por el constitucionalismo conservador pues se da más importancia a las decisiones estatales que a una interpretación expansiva de los derechos indígenas. El resultado de todo ello es una protección débil e insuficiente, en vista que la consulta previa deja de funcionar como un mecanismo de protección anticipada y pasa a depender de una lectura burocrática de la intervención estatal.

La segunda línea jurisprudencial presenta una apertura mayor pues la consulta previa empieza a ser comprendida como un instrumento garante vinculado con la protección de derechos fundamentales de los pueblos indígenas, concretamente el derecho a la identidad cultural, la propiedad colectiva y el respeto a los acuerdos internacionales que forman parte del bloque de constitucionalidad. La consulta deja de implicar un simple trámite administrativo para ser un derecho fundamental y garantía constitucional destinado a evitar decisiones arbitrarias del Estado. No obstante, a pesar de la apertura de esta línea, no podemos afirmar que la jurisprudencia peruana alcanzó una consolidación plena del derecho a la consulta previa. En definitiva, los tribunales han avanzado en admitir la consulta previa como derecho fundamental en su condición de garante de estos, pero retroceden cuando deben traducir ese reconocimiento en consecuencias jurídicas concretas.

Esta línea intermedia es identificable en casos como *Asacasi*, ya que la consulta previa es reconocida como derecho fundamental, pero su realización fáctica es restringida por una determinada comprensión del momento en que se produce la afectación directa; es decir, de nuevo volvemos a evaluaciones burocráticas/formales. Entonces, desde esta perspectiva, no se niega la relevancia constitucional del derecho, pero tampoco se acepta su aplicación con lo cual se limita su eficacia práctica a partir de criterios formales más específicos.

Después de haber revisado casos precedentes en el Perú referidos a la consulta previa tenemos una conclusión sobre la metodología utilizada tanto en primeras instancias como en el Tribunal Constitucional del Perú. Concluimos que la evaluación de los tribunales en el Perú se circunscribe a dos metodologías combinadas. Por un lado, se abordan los casos de consulta previa y los resuelven mediante el paradigma positivista-normativo cuya influencia está determinada en gran parte por el constitucionalismo conservador, pero hay algunos magistrados (como en el caso *Chila Chambilla* y *Chila Pucara*) que incluyen el constitucionalismo liberal en su razonamiento. Por otro lado, se resuelven los casos a través del paradigma garantista y neoconstitucionalista con una tenue influencia del paradigma decolonial/pluralista con base en el constitucionalismo liberal.

En consecuencia, la aplicación de las teorías y enfoques constitucionales en la jurisprudencia nacional sobre consulta previa están presentes de forma fragmentada,

inestable y tensionada. No existe una metodología judicial hegemónica, sino la convivencia de criterios restrictivos y aperturas parciales con soluciones intermedias. Por lo tanto, lo anterior confirma que la controversia en torno a la consulta previa no es exclusivamente procesal o técnico-jurídico, sino profundamente constitucional-filosófico porque depende del modelo del Estado y el lugar que ocupan los pueblos indígenas en él. Debido a ello, se hace necesario superar las aproximaciones formalistas ante la necesidad de responder a la pluralidad social y jurídica intrínseca del Perú.

4. Síntesis final: la consulta previa como derecho fundamental de carácter procedimental

En base a lo desarrollado en este capítulo, sostenemos que la consulta previa no debe ser atendida como un procedimiento administrativo ordinario, sino como un derecho fundamental de carácter procedimental. Su función constitucional es garantizar que los pueblos indígenas puedan intervenir antes de la adopción de medidas susceptibles de impactar en los espacios y condiciones antes mencionadas. En ese sentido, la consulta previa opera como una garantía limitada frente a la posible arbitrariedad estatal al impedir que decisiones relevantes para la vida colectiva de los pueblos indígenas se adopten de forma unilateral sin prestar atención a todos los involucrados.

El derecho a la consulta previa no protege un solo interés o derecho, sino que es en sí misma una vía para la protección efectiva de derechos como la propiedad, la identidad cultural, la igualdad y la participación política. En definitiva, su dimensión procedimental no disminuye su jerarquía constitucional; en contrario, refleja su importancia en el Estado porque ya existen derechos fundamentales cuya protección material dependen de la existencia de garantías constitucionales; la consulta previa pertenece precisamente a dicha categoría: su sentido constitucional no se agota en el acto consultivo, sino en la protección sustantiva que hace posible dicha tutela.

CONCLUSIONES

La presente investigación demostró que el derecho a la consulta previa en el Perú no debe ser tratado como un derecho accesorio o subordinado a la voluntad interpretativa de cada órgano judicial. Su naturaleza jurídica no es dependiente de una concesión estatal ni de la positivización literal en la Constitución, en cambio cumple una función garantista en el sistema de derechos fundamentales: proteger la participación efectiva de los pueblos indígenas con relación a decisiones estatales que afecten de manera directa su forma de vida, territorio, identidad, organización colectiva y continuidad histórica.

El primer capítulo permitió advertir que la discusión sobre la consulta previa no puede resolverse sin antes tener en cuenta desde qué perspectiva constitucional y desde qué teoría de los derechos fundamentales se formula la pregunta, esta constatación es decisiva. En definitiva, la consulta previa no obtiene una respuesta uniforme debido a que no todos los jueces o intérpretes parten del mismo paradigma constitucional: una lectura positivista-normativa exigirá un reconocimiento expreso en el texto constitucional, una lectura pluralista permite expandir la perspectiva analítica para identificar la fundamentalidad de derechos cuya justificación deriva de su conexión con la dignidad, una lectura garantista permite que la expansión analítica se materialice en decisiones empíricas que tutelen efectivamente el derecho cuestionado. La controversia en torno a la consulta previa, por tanto, no es exclusivamente de técnica jurídica; es también filosofía del constitucionalismo y de los derechos fundamentales.

El segundo capítulo ha confirmado que la controversia teórica genera consecuencias prácticas. La evaluación del derecho comparado mostró una línea evolutiva que empieza en el reconocimiento de los derechos territoriales indígenas hasta llegar a la consolidación de la consulta previa como mecanismo de protección reforzada en el sistema interamericano. En contraste, la jurisprudencia nacional demuestra una profunda inestabilidad al coexistir decisiones que la niegan, la admiten parcialmente o la reconocen

de manera condicionada. Esa oscilación no puede explicarse por una ausencia normativa, puesto que el ordenamiento peruano cuenta con una base constitucional e internacional suficiente; se explica, más bien, por la persistencia de interpretaciones formalistas que reducen la consulta previa a un trámite procedimental desconociendo su densidad constitucional.

A partir de ello, sostenemos que la consulta previa debe ser entendida como un derecho fundamental. Lo es, en primer lugar, porque protege bienes jurídicos de máxima relevancia constitucional como la identidad cultural, la igualdad sustantiva, la autodeterminación de los pueblos, la dignidad y la propiedad colectiva. Lo es, en segundo lugar, porque está incluido en un sistema constitucional abierto, en el cual los tratados de derecho humanos -como el Convenio 169 de la OIT- forman parte del bloque constitucional. Finalmente lo es, porque sin consulta previa la protección de los derechos de los pueblos indígenas queda reducido a respuestas tardías que muchas veces son incapaces de reparar afectaciones irreversibles. De esta forma, la consulta previa no es un privilegio ni una formalidad injustificada: es una garantía constitucional indispensable frente al ejercicio unilateral del poder estatal, vinculada a la dignidad colectiva de los pueblos indígenas.

Por ello, restringir la consulta previa para considerarla un procedimiento administrativo ordinario es un error conceptual. Esta posición conlleva desconocer la existencia de derechos fundamentales de naturaleza procedimental cuya función no es menor que la de los derechos sustantivos, sino complementaria y, muchas veces, decisiva. Al igual que el debido proceso o el derecho a la defensa, el derecho a la consulta previa existe para limitar la arbitrariedad en el ámbito de las decisiones estatales que afectan a pueblos indígenas. Ahora bien, el carácter procedimental de la consulta previa no debilita su carácter fundamental; por el contrario, la explica. La consulta previa es fundamental precisamente porque permite que otros derechos fundamentales no sean vaciados de su contenido esencial a través de decisiones adoptadas sin participación real de los pueblos involucrados.

En consecuencia, el problema principal en el Perú no radica en la inexistencia del derecho, sino en la negativa a asumir todas sus consecuencias constitucionales. La inestabilidad evidenciada en la jurisprudencia nacional es suficiente para demostrar que en el Perú no

se ha resuelto aún la tensión entre una lectura monocultural centralizada en el Estado respecto a una lectura pluralista e intercultural de la Constitución. En la medida de que esa tensión no sea resuelta, la consulta previa seguirá existiendo como un derecho en discusión permanente, pese a que su fundamento jurídico y constitucional ya es suficientemente claro. Entonces la tarea pendiente no es descubrir si la consulta previa es o no un derecho fundamental, sino reconocer que ya se encuentra incorporada al sistema constitucional y actuar en consecuencia.

Por todo lo expuesto, esta investigación concluye que la consulta previa es un derecho fundamental y debe ser reconocida como tal en el ordenamiento peruano. Negarlo implica desconocer no solo el desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos y del constitucionalismo contemporáneo, sino también la realidad histórica de los pueblos indígenas junto a la necesidad de corregir la exclusión estructural que ha marcado su relación con el Estado. En cambio, reconocerla no extiende artificialmente el catálogo de derechos, en contraste, devuelve a la Constitución su sentido más coherente, esto es, el de limitar el poder allí donde es más fácil que se vuelva arbitrario y el de incluir en la comunidad política a quienes durante demasiado tiempo fueron tratados como si estuvieran fuera de ella.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Acosta, A. (2012, 22 de junio). *La Naturaleza con Derechos: Una propuesta para un cambio civilizatorio*. GARN. https://www.garn.org/wp-content/uploads/2021/09/Acosta_DDN_2012.pdf
- Alexy, R. (1993). *Teoría de los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Constitucionales de Madrid.
- Asamblea Constituyente de Ecuador. (2008). *Constitución de la República del Ecuador* (Registro Oficial Suplemento No. 449, 20 de octubre de 2008)
- Basadre, J. (1998). *Historia de la República del Perú, 1822-1933* (t. 1). Diario *La República*; Universidad Ricardo Palma.
- Bazán, C. (2023). *La justicia moderna/colonial en el Sur Global. Derecho y sistema de justicia ante una minería china en los andes quechuas. Vol. 2*. Bielefeld: Kipu-Verlag.
- Blancas Bustamante, C. (1981). *El estado y la Constitución de 1979*. Derecho PUCP, (35), 3-13. <https://doi.org/10.18800/derechopucp.198101.001>
- Bonilla, D. (2015). *Constitucionalismo del sur Global*. Bogotá: Siglo del hombre. Traductor: Carlos Morales de Setién Ravina.

Blokker, P. (2019). Populism as a constitutional project. *International Journal of Constitutional Law*, 17(2), 535-553

Burke, E. (1790/1860). *Reflections on the Revolution in France*. En: *The works of Edmund Burke* (Vol. 1, pp. 481-483, 488-491). Harper & Brothers.
<https://revolution.chnm.org/items/show/321?utm>

Ramos, C. (2001). *Historia del Derecho Civil Peruano: siglo XIX y XX*. Lima: Fondo Editorial de la PUCP.

Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. (2000). Niza, Italia. chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcgclefindmkaj/<https://www.boe.es/doue/2010/083/Z00389-00403.pdf>

Convenio para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales. (1950). Roma, Italia. <https://www.derechoshumanos.net/Convenio-Europeo-de-Derechos-Humanos-CEDH/>

Corte IDH. Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172.
<https://biblioteca.corteidh.or.cr/documento/65175>

Corte IDH. Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C No. 245.
<https://biblioteca.corteidh.or.cr/documento/65130>

Defensoría del Pueblo. (2015). *Reporte de conflictos sociales N°. 137 (julio 2015)*.
<https://www.defensoria.gob.pe>

Devlin, P. (1959). *The Enforcement of Morals* (Maccabaeon Lecture; texto digital consultado).
<https://psi329.cankaya.edu.tr/uploads/files/Devlin%2C%20The%20Enforcement%20of%20Morals%20%281959%29%281%29.pdf>

Dicey, A. V. (1885). *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*. London: Macmillan. <https://constitution.org/>

Ferrajoli. L. (2001). *Principia Iuris. Teoría del derecho y de la democracia*. Madrid: Editorial Trotta.

Ferrajoli. L. (2005). *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid: Editorial Trotta.

Gargarella, R (2005). *Los fundamentos legales de la desigualdad. El constitucionalismo en América (1776 – 1860)*. Editorial Siglo XXI.

George, R. P. (1993). *Making Men Moral: Civil Liberties and Public Morality*. Oxford University Press. <https://academic.oup.com/book/4019/chapter-abstract/145659166?redirectedFrom=fulltext&login=false>

Green, L. (2003). Legal positivism. En E. N. Zalta (Ed.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*. <https://plato.stanford.edu/entries/legal-positivism>

Grimm, D. (2020). *Constitucionalismo: pasado, presente y futuro*. Universidad Externado de Colombia. Traducido por Jorge Alexander Portocarrero Quispe.

Grocio. H. (1925). *Del derecho de la guerra y de la paz*. Editorial REUS (S.A.).

Herrera. B. (1846). *Sermón pronunciado por el D. D. Bartolomé Herrera rector del Colegio de San Carlos el día 28 de julio aniversario de la Independencia de Perú*. Repositorio Insitucional de la PUCP (pp. 111-112). Recuperado de: <https://repositorio.pucp.edu.pe/index/handle/123456789/169006>

Kelsen, H. (1982). *Teoría pura del derecho*. Ciudad de México: Editorial de la Universidad Nacional Autónoma de México.

Landa, C. (2010). *Los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Lima: Palestra Editores.

Landau, D. (2018). *Populist constitutions*. *The University of Chicago Law Review*, 84(2), p. 521-542.

Ley Fundamental para la República Federal de Alemania. (1949). Bonn, Alemania. chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80206000.pdf

Locke, J. (2006). *Segundo tratado sobre el gobierno civil*. Editorial Tecnos. (Trabajo original publicado en 1690)

Mabo v Queensland (No 2) [1992] HCA 23; (1992) 175 CLR 1. High Court of Australia. <https://www.austlii.edu.au/cgi-bin/viewdoc/au/cases/cth/HCA/1992/23.html>

Madison, J. (2008). *The Federalist No. 51*. Avalon Project, Yale Law School. https://avalon.law.yale.edu/18th_century/fed51.asp

Meese, E. (1988). *Toward a More Perfect Constitutions*. Heritage Foundation Press.

Montesquieu. (2010). *El espíritu de las leyes*. (G.A. Pérez, Trad). Fondo de cultura económica. (Trabajo original publicado en 1748)

Naciones Unidas (1948). *Declaración Universal de Derechos Humanos*. Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos.

Naciones Unidas (2007). *Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas*. Departamento de Asuntos Económicos y Sociales de las Naciones Unidas.

Prieto, L. (2001) *Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial*. Derecho Sociales y derechos de las minorías (2° edición). Ciudad de México: Editorial Porrúa, pp. 17-68

Pérez, A. (1993). *Los derechos fundamentales* (5° edición). Madrid: Editorial Tecnos, p. 193.

Rousseau, J, - J. (2004) *El contrato social* (M. Valls, Trad.) Alianza Editorial. (Obra original publicada en 1762).

Sagüés. N. P. (2003). El “bloque de constitucionalidad” como instrumento del Derecho Constitucional comparado. *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, 42-43, 27-38.

Santos, B. (2014) *Epistemologías del Sur (Perspectivas)* Ediciones Akal, S.A.

Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú. Exp. N° 00042-2004-AI/TC, fundamento 2.

Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú. Exp. N° 00020-2005-AI/TC, fundamento 100.

Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú. Exp. N° 03343-2007-PA/TC.

Sentencia de la Suprema corte de Canadá. R. vs. Gladue (1999).

Sentencia del Tribunal Constitución del Perú. Exp. N°. 03343-2007-PA/TC (Caso Cordillera Escalera).

Scalia, A. & Garner, B. (2012). *Reading Law: The interpretation of the legal texts* . Library of Congress Cataloguing-in-Publication Data-

Sunstein, C. R. (2006). Burkean minimalism. *Michigan Law Review*, 105(2), 353-385.
<https://repository.law.umich.edu/mlr/vol105/iss2/3>

Tsilhqot'in Nation v. British Columbia, 2014 SCC 44, (2014) 2 S.C.R 256. Supreme Court of Canada. <https://decisions.scc-csc.ca/scc-csc/scc-csc/en/item/14246/index.do>

Tuck, R. (1979). *Natural Rights Theories: Their Origin and Development*. Cambridge University Press.

Onora O'Neill, *Towards justice and Virtue* (Cambridge University Press 1996), p. 133.

Organización Internacional del Trabajo. (1989). *Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169)*.

Viciano Pastor, R., & Martinez Dalmau, R. (2011). *El nuevo constitucionalismo latinoamericano: fundamentos para una construcción doctrinal*.
https://www.researchgate.net/publication/349029222_El_nuevo_constitucionalismo_latinoamericano_fundamentos_para_una_construccion_doctrinal

Warat, L. (1983). *A pureza do poder*. Florianópolis: Editorial UFSC.

Walsh, C. (2012). The Plurinational and intercultural state: Decolonization and state re-founding in Ecuador. <https://www.semanticscholar.org/paper/The-plurinational-and-intercultural-state%3A-and-in-Walsh-%D0%9A%D1%8D%D1%82%D1%80%D0%B8%D0%BD/6f0826c8453426f4956e75f194ff68be2febca2e>

Wiessner, S. (2011). *The cultural rights of indigenous peoples: Achievements and continuing challenges*. *European Journal of International Law*. 22(1), 121-140.
<https://doi.org/10.1093/ejil/chr007>

Whittington, K. E. (2013). Originalism: A critical introduction. *Fordham Law Review*, 82(2), 375-409.