

Diálogo, consulta, consentimiento: Las comunidades y el Tribunal Constitucional

Dos recientes sentencias del Tribunal Constitucional (TC) ponen de nuevo en la agenda pública, la urgencia de contar con herramientas legales que precisen los alcances del derecho constitucional de consulta de las comunidades indígenas frente a las inversiones privadas promovidas por el Estado. Como es sabido, una Ley aprobada en el Congreso que tenía este propósito ha sido observada por el Poder Ejecutivo, mientras tanto, sin embargo, resulta especialmente relevante lo que el TC ha establecido en estas últimas decisiones.

Como es sabido, el punto de partida hay que ubicarlo en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) adoptado en el año 1989 y en vigor desde el 06 de septiembre de 1991. El Perú lo ratificó el 02 de febrero de 1994 y en consecuencia forma parte del derecho constitucional interno, conforme lo ha precisado el propio TC (STC 025-2005-PI/TC Fundamento 33, más recientemente en el mismo sentido en la STC 022-2009-PI/TC).

A partir del reconocimiento del rango constitucional del Convenio 169, el Tribunal ha establecido algunas consecuencias prácticas que resaltaré a continuación, centrándome especialmente en el Derecho a la Consulta. Sobre el derecho de consulta, el artículo **“Artículo 6 del Convenio 169 establece que:**

1. Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán:
 - a) Consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente.
(...)
2. Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas” (subrayado nuestro).

Reconociendo la relevancia constitucional de este mandato, el Tribunal ha establecido recientemente, que este derecho se expande no sólo a las comunidades directamente afectadas sino también: “involucra a las comunidades colindantes, a sus organizaciones, y desde luego, a sus autoridades más representativas” (Caso AIDSESEP-STC 6316-2008-AA/TC Fundamento 17). El TC ha considerado que la consulta es un “derecho habilitante”, es decir, un derecho instrumental o de garantía para la protección de otros derechos de las comunidades. En palabras del Tribunal, la consulta permite por un lado la “participación ciudadana en el ejercicio del poder político” y, por otro, se trata de algo elemental como el derecho de asumir su destino como comunidad, permitiendo que sus “opiniones (...) se traduzcan, real y efectivamente, en las decisiones que se pudieran tomar con relación a ellas mismas” (fundamento 21).

Especial relevancia tiene, de cara al desarrollo legislativo del derecho de consulta, la consideración que realiza el Tribunal en el fundamento 25 del caso AIDSESEP (STC 6316-2008-AA/TC), al precisar que: “la exigencia que impone el Convenio 169 de la OIT es la de una consulta previa, pública, neutral y transparente, cuya convocatoria debe hacerse en el propio idioma de las comunidades correspondientes y con la supervisión de las entidades estatales que garanticen la calidad de la información brindada, y con niveles razonables de participación de los integrantes de la comunidad y sus representantes, consulta que no puede reducirse a que se relegue a los integrantes de la comunidad a simples receptores de información, sino que debe fomentar su participación apelando a sus puntos de vista sobre las cuestiones materia de la consulta” (Subrayado agregado).

Se trata sin duda de los principios que deben orientar, en este caso al legislador, a la hora de implementar su concreción legislativa. Puede afirmarse en este sentido que el TC ha fijado el contenido mínimo del derecho constitucional a la consulta de las comunidades.

El otro caso relevante en esta materia es sin duda la sentencia en el caso GONZALO TUANAMA TUANAMA y más de cinco mil Ciudadanos (STC 022-2009-AI). En esta ocasión se trataba del cuestionamiento al Decreto Legislativo 1089 referido a la titulación de predios rurales. Dos aspectos resultan relevantes a efectos de esta brevísima referencia. En primer término, se alude directamente al efecto de la consulta, que a decir del TC, no autoriza el veto por parte de la comunidad de modo que deja pocas posibilidades a la comunidad cuando ésta se resista a la política estatal objeto de implementación. Nos parece que la lectura correcta de esta consideración del TC no debiera ser aquella de la imposición de la política estatal, sino en todo caso, la necesidad de que el Estado agote todos los esfuerzos para lograr una adhesión apelando al diálogo racional intercultural. Así, lo que no está permitido es el veto de la comunidad sin fundamento, pero si a la oposición de la comunidad acompañan buenas razones y probadas posibilidades de riesgos a sus derechos e intereses como comunidad, ya no cabría hablar de veto sino del derecho a resistir o a controlar la arbitrariedad estatal, pues conforme el propio TC lo ha reafirmado en sus sentencias, la arbitrariedad es ausencia de razones en el actuar público y ello está proscrito en el marco del Estado Constitucionalizado. El derecho de consulta no da un derecho al veto, pero tampoco una facultad para la arbitrariedad. La negativa o la imposición serán jurídicamente legítimas si vienen respaldadas en un mínimo de racionalidad discursiva que sólo será posible de evaluar a la luz del diálogo intercultural que es el que auspicia el derecho de consulta.

La segunda cuestión relevante en esta decisión que me gustaría resaltar está recogido en el fundamento 37 de la sentencia. Se trata aquí del “contenido constitucionalmente protegido”, del derecho a la consulta. Aun cuando puede resultar riesgoso esta delimitación en abstracto, queda claro que se afecta el derecho a la consulta cuando no se permite a la comunidad participar de ella o cuando esta no es previa, realizada de buena fe, cuando no se desarrolla orientada a lograr acuerdos, cuando no es transparente o cuando la misma no es realizada por el Estado y en condiciones de imparcialidad absoluta. Según el TC, “No forma parte del contenido de este derecho el veto a la medida legislativa o administrativa o la negativa de los pueblos indígenas a realizar la consulta”. Esta afirmación tan tajante, sin embargo, debe quedar matizada con las consideraciones realizadas *supra*.

Las consideraciones que realiza el TC en estas dos decisiones, muestran un importante desarrollo de la jurisprudencia sobre el derecho a la consulta de los rublos indígenas. Si bien en ambos casos el fallo no es favorable a las pretensiones puntuales planteadas en ambos casos, dado que las argumentaciones del Tribunal constituyen su jurisprudencia vinculante (art. VI del Código Procesal), sus efectos obligan jurídicamente a los jueces y a los demás órganos de la administración al convertirse en parámetro jurídico para la actuación de los demás poderes del Estado y, desde luego también de las corporaciones o empresas. En especial, estos argumentos del Tribunal se convierten también en parámetro para el Poder Legislativo, que a la hora de expedir la ley sobre el derecho a la consulta hoy observada por el Ejecutivo, no puede sino reivindicar estas premisas desarrolladas por la jurisprudencia constitucional.