

Sistema de justicia y derechos de pueblos indígenas en el Perú

Balance del año 2012

IDL-Justicia Viva
IDL-Pueblos Indígenas



Sistema de justicia y derechos de pueblos indígenas en el Perú

Balance del año 2012

© IDL-Justicia Viva

© IDL-Pueblos Indígenas

Av. Del Parque Norte 829, Córpac San Isidro, Lima Perú

Teléfono 0051 1 6175700

www.justiciaviva.org.pe

www.idl.org.pe

Lima, diciembre de 2012

Este trabajo fue posible a través del apoyo provisto por Open Society Foundation y Ford Foundation. Las opiniones expresadas en esta publicación pertenecen a sus autores y no necesariamente reflejan los puntos de vista de las instituciones mencionadas.

Contenido

Presentación.....	5
Prólogo	
Con ocasión del décimo aniversario: un brindis por una "Justicia Viva"	7

Sección I

Retrocesos, retrocesos y avances del sistema de justicia peruano

Capítulo I. Presidencia del Poder Judicial: balance y nuevas elecciones	11
Capítulo II. La necesidad de defender la institucionalidad del CNM y los avances que deben concretarse.....	16
Capítulo III. El proceso de justicia y verdad en el Perú	21
Capítulo IV. La justicia constitucional en el año 2012: una mirada general.....	25
Capítulo V. Sistema interamericano en la mira	34
Capítulo VI. Intimidación a la libertad de información y expresión: el costo de fiscalizar al sistema de justicia.....	37

Sección II

Derechos de Pueblos Indígenas

Capítulo I. Hacia un balance del estado de la coordinación entre la jurisdicción especial y la jurisdicción ordinaria	41
Capítulo II. El litigio constitucional en favor de pueblos indígenas	47
Capítulo III. Balance de la implementación de la consulta previa durante el 2012	56
Capítulo IV. Temas prioritarios y urgentes para asegurar el derecho al territorio de comunidades y pueblos indígenas en el Perú	65

Acrónimos

AIDSESP	Asociación Interétnica de Desarrollo de la Selva Peruana
APRODEH	Asociación Pro Derechos Humanos
CADH	Convención Americana de Derechos Humanos
CCP	Confederación Campesina del Perú
CEPJ	Consejo Ejecutivo del Poder Judicial
CERIAJUS	Comisión Especial para la Reforma Integral de la Administración de Justicia
CGTP	Confederación General de Trabajadores del Perú
CIDH	Comisión Interamericana de Derechos Humanos
CNA	Confederación Nacional Agraria
CNDDHH	Coordinadora Nacional de Derechos Humanos
CNM	Consejo Nacional de la Magistratura
COFOPRI	Organismo de Formalización de la Propiedad Informal
CONACAMI	Confederación Nacional de Comunidades del Perú afectadas por la Minería
CONAP	Confederación de Nacionalidades Amazónicas del Perú
Corte IDH	Corte Interamericana de Derechos Humanos
D.S.	Decreto Suprema
DIDH	Derecho Internacional de los Derechos Humanos
EIA	Estudio de Impacto Ambiental
Exp.	Expediente
f.j.	Fundamento jurídico
IDL	Instituto de Defensa Legal
INGEMMET	Instituto Geológico Minero y Metalúrgico
LCP	Ley de Consulta Previa
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial
OCMA	Oficina de Control de la Magistratura
ODAJUP	Oficina Distrital de Justicia de Paz
ODECMA	Oficina Descentralizada de Control de la Magistratura
OEA	Organización de Estados Americanos
OIT	Organización Internacional del Trabajo
ONAJUP	Oficina Nacional de Justicia de Paz
ONAMIAP	Organización Nacional de Mujeres Indígenas Andinas y Amazónicas del Perú
ONG	Organización no gubernamental
PJ	Poder Judicial
PNP	Policía Nacional del Perú
SENACE	Servicio Nacional de Certificación Ambiental para las Inversiones Sostenibles
SIDH	Sistema Interamericano de Derechos Humanos
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
TC	Tribunal Constitucional

Presentación

Hacer un balance anual de la actuación del sistema de justicia peruano es un trabajo complicado. La multiplicidad de aristas y actores del tema, la ingente información producida (o no producida), los hechos que suceden vertiginosamente, entre otros, hacen de la tarea una labor descomunal y por lo tanto poco recurrida en nuestro país y en otras partes del globo.

Sin embargo, el Instituto de Defensa Legal, a través de su programa Justicia Viva, no desdeña la tarea y ha buscado llenar el vacío de la mejor manera posible desde sus inicios como proyecto. En ese sentido, hemos hecho balances periódicos desde el 2004 ([La reforma del sistema de justicia: ¿Qué reforma?](#)), con versión en el 2005 ([Balance de la justicia en el 2005: Reformar la reforma](#)), 2008 ([Balance de la justicia en el 2008: Hay cambios y cambios... y sin reforma](#)), 2009-2010 ([Balance de la justicia 2009-2010: ¿Cómo estuvo la justicia en el Perú?](#)). Igualmente, el 2011 el informe tomó un cariz diferente, pues se abrió a nuevos temas, referidos esta vez a Pueblos Indígenas, en trabajo conjunto con el área de Pueblos Indígenas del Instituto de Defensa Legal. Es así que el año pasado producimos el [Balance de la Justicia y de los Derechos de los Pueblos Indígenas en el Perú del 2011](#).

En esta ocasión siguiendo la línea anterior, IDL-Justicia Viva e IDL-Pueblos Indígenas hemos elaborado el siguiente balance correspondiente al año 2012. Para este afán hemos elegido los aspectos del sistema de justicia y de los derechos de pueblos indígenas en virtud de su importancia para el debate nacional sobre políticas públicas y también de las líneas de trabajo que desde el IDL priorizamos. Como es natural ambos criterios se retroalimentan mutuamente y se combinan con las capacidades de los equipos profesionales que conforman las áreas.

De ese modo, respecto del sistema de justicia, César Bazán Seminario analizará la gestión del presidente saliente del Poder Judicial, así como formuló un recuento de las elecciones que dieron como resultado al presidente que dirigirá la institución hasta fines del 2014. Cruz Silva Del Carpio se encargará de lo correspondiente al factor humano en el sistema de justicia, especialmente los jueces y el órgano encargado de dirigir las líneas centrales de la carrera judicial: el Consejo Nacional de la Magistratura. En tercer lugar, Carlos Rivera Paz abordará la complejidad del juzgamiento de casos de derechos humanos en el proceso social y político de búsqueda de justicia y paz. Por su parte, Juan Carlos Ruiz Molleda evaluará el desempeño de la justicia constitucional,

con énfasis en el desarrollo jurisprudencial del Tribunal Constitucional. En quinto término, Lilia Ramírez Varela abordará el difícil año que le ha tocado vivir al Sistema Interamericano de Derechos Humanos en medio de los diversos embates contra la CIDH y las renovaciones. Y finalmente, como cierre de esta primera sección, Cruz Silva Del Carpio reportará las amenazas sufridas por el IDL como parte de su trabajo por fiscalizar el correcto funcionamiento del CNM y el fortalecimiento de la judicatura.

La segunda sección es la correspondiente a los derechos de los pueblos indígenas. Esta sección está compuesta por cuatro capítulos. En el primero, Javier La Rosa Calle analizará lo sucedido en cuanto a la coordinación entre el sistema de justicia del Poder Judicial y los diversos sistemas de justicia comunal. En segundo lugar, Juan Carlos Ruiz Molleda planteará un balance sobre el litigio estratégico en materia constitucional a favor de los derechos de los pueblos indígenas. En tercer lugar, se abordará el derecho a la consulta y su implementación. Todo lo referido al debate central sobre la reglamentación en sede administrativa de este derecho y su eventual aplicación corre a cargo de Renato Levaggi Tapia, mientras que lo correspondiente a la consulta prelegislativa o de actos normativos es redactado por César Bazán Seminario. Finalmente, Cecilia Serpa Arana tocará un tema vital para los pueblos indígenas, como lo es el territorio.

Por último, este balance se da en medio de una ocasión especial: el décimo aniversario del proyecto Justicia Viva, por lo cual contaremos con una especial contribución: el prólogo de Ernesto de la Jara Basombrío, primer coordinador de Justicia Viva y director fundador del IDL. La coordinación general del balance estuvo a cargo de César Bazán Seminario.

Lima, diciembre de 2012

Prólogo

Con ocasión del décimo aniversario: un brindis por una "Justicia Viva"

Justicia Viva ha sido una experiencia inédita desde el comienzo. Nació como un consorcio integrado por la Facultad y el Departamento de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP), la Asociación de Jueces Para la Justicia y Democracia y el Instituto de Defensa Legal (IDL). Esta alianza fue cambiando, debido a la evolución de las circunstancias y de la cooperación internacional, hasta que Justicia Viva pasó a ser un programa del IDL, en el que se concentran todas sus líneas de trabajo relacionadas con la justicia, excepto las de litigio, que constituye un área independiente.

Decidimos continuar con Justicia Viva porque creemos que se ha convertido en un sello (marca), valorada por quienes comparten nuestra búsqueda de una justicia mejor, y –como es lógico– criticada por quienes están en la orilla opuesta.

El origen del consorcio fue la elaboración de una propuesta que ganó un concurso a nivel mundial convocado por USAID; una propuesta que perseguía un objetivo tan simple como complejo: contribuir a mejorar la administración de justicia. Las estrategias previstas en el proyecto son las que hasta hoy utilizamos: la realización de estudios, reportes y propuestas encaminados a la adopción de determinadas políticas públicas o reformas; planteamiento de medidas de modernización; búsqueda de transparencia y –algo importantísimo– la generación de mecanismos para el acceso a la justicia de los sectores que tienen que enfrentar grandes obstáculos para llegar a esta justicia huidiza: población en estado de pobreza, especialmente mujeres, indígenas y sectores geográficamente alejados.

Qué más podíamos pedir: un tema clave para la vigencia de los derechos humanos y la democracia (justicia), un consorcio plural, recursos y claridad de objetivos. Todo lo cual, nos permitió, a su vez, constituir un equipo multidisciplinario de muy alto nivel profesional (abogados, economistas, comunicadores, investigadores y promotores). Significó un gran desafío, que asumimos con mucha ilusión y pasión, por más que sabíamos que un mínimo de éxito en lo que nos proponíamos nos traería problemas y ataques, ya que –como bien se sabe– todo intento por mejorar la justicia implica chocar con poderosos intereses, que viven y se benefician de una realidad donde prima la falta de independencia, la corrupción y la ineficiencia.

Pero, a la vez sabíamos que teníamos de nuestro lado a esa gran cantidad de jueces y fiscales que heroicamente actúan a contracorriente, motivados por una verdadera vocación y ganas de hacer justicia. Nuestros aliados serían también –tal como lo fueron– aquellas personas e instituciones que sufren y se perjudican con el mal estado de nuestra Justicia.

¿El hecho de que un presidente de la Corte Suprema, muy cuestionado él, nos haya llamado públicamente Justicia Viva o Justicia Muerta, no es acaso un indicador de que nuestro trabajo no ha pasado desapercibido y que ha tocado puntos neurálgicos?

Al comienzo decíamos que corríamos el riesgo de llegar a la conclusión de que el sistema de justicia era un gran cerro inamovible, pero tal vez –también nos planteábamos – podríamos demostrar que en países como el Perú, hasta los cerros se mueven. Y luego de 10 años de seguir dándole y dándole, creemos que ha sucedido lo segundo: el cerro se ha movido, poco, muy poco, pero se ha movido y en aspectos que tienen efectos positivos en el conjunto.

Por estar de aniversario, recorramos lo que creemos son –modestia aparte– los logros por los que más cariño sentimos:

Hemos contribuido de manera decisiva a formular propuestas muy importantes que se han llegado a concretar. Algunos ejemplos. Durante la transición democrática, había quienes decían que, por la época de apertura que vivíamos, las reformas caerían por su propio peso, mientras que nosotros, de una manera bastante solitaria, nos jugamos porque ese excepcional impulso tenía que ser aprovechado para crear más bien un espacio donde confluyeran todas las autoridades del sistema de justicia, más representantes de la sociedad civil, con el encargo de que se formulara un plan de reforma. Creemos que ese fue el embrión de la Comisión Especial para la Reforma Integral de la Administración de Justicia (CERIAJUS), experiencia también inédita en la que participamos como uno de los representantes de la sociedad civil.

Pusimos en el centro del debate la importancia del nombramiento de jueces y fiscales titulares, sobre todo porque Fujimori había dejado más de un 80% de provisionalidad (la reforma silenciosa, fue la expresión que utilizamos). Y en la misma línea ayudamos a que se viera la necesidad de contar con una ley de carrera judicial y varios de nuestros planeamientos se convirtieron en parte de lo aprobado.

Últimamente, conjuntamente con otras instituciones, hemos desempeñado un papel relevante para la aprobación de una ley de consulta a favor de los pueblos indígenas y originarios, y para la elaboración de un proyecto de coordinación entre la justicia comunal y el sistema de Justicia en general.

Merece que destaquemos a este nivel, el fortalecimiento de una figura diseñada por nosotros: las defensorías comunitarias. Elegidas por su comunidad, poco a poco han ayudado a que mujeres en situación de vulnerabilidad usen la justicia para defender sus derechos. Ahora, ellas trabajan conjuntamente con el resto de autoridades judiciales, las que antes ni siquiera las reconocían.

Un segundo nivel de logros que nos da mucha satisfacción es todo lo que hemos impulsado – siempre con otras instituciones y personas– en cuanto a transparencia y fiscalización en relación al nombramiento de las principales autoridades del sistema de justicia. La primera vez que exigimos que para toda elección de una autoridad judicial debía haber un reglamento, conocerse los nombres de los postulantes, sus hojas de vida y planes de trabajo, además de la posibilidad de tachar a los aspirantes, el Presidente del Poder Judicial de ese entonces nos preguntó elocuentemente por qué nos metíamos en esos temas si nosotros no éramos jueces. Y un periódico puso como primera plana que queríamos apropiarnos de Poder Judicial.

Salta a la vista que falta muchísimo, pero el sistema de justicia es ahora un poco más transparente en la elección de sus autoridades y en su actuación.

Siempre nos hemos sentido muy orgullosos del trabajo conjunto que hemos hecho con jueces y fiscales honestos que hacen lo imposible por cumplir bien con su función. En este ámbito destacamos nuestro respaldo al Tribunal Constitucional, a algunos jueces y fiscales supremos, al subsistema anticorrupción, a la sala antiterrorista, a jueces de paz, jueces comunales y rondas campesinas, a determinadas cortes superiores, funcionarios del Ministerio de Justicia y congresistas. Basta que haya una autoridad estatal dispuesta a trabajar de manera conjunta por el bien de la justicia, para que la busquemos.

Durante todos estos años hemos generado mucha información y análisis, sea a través de boletines periódicos (nuestro semanario electrónico, Informando Justicia, va en su número 390) o de reportes anuales o investigaciones temáticas. En cuanto a difusión, capacitación y comunicación, Justicia Viva tiene una amplísima producción de material impreso, vídeos, programas y segmentos radiales, afiches y trabajo en redes sociales.

Nada de esto se habría podido lograr sin el trabajo conjunto con otras instituciones (Defensoría del Pueblo, ONG, grupos de jóvenes, etc.), que, por estar ubicadas en diferentes partes del país, nos han permitido abarcar casi todo el Perú. Asimismo, un conjunto de relaciones con organizaciones de otros países o redes internacionales nos han permitido cierto impacto regional.

Es representativo de lo que hemos sido y queremos seguir siendo por muchos años más, el hecho de que la mujer símbolo de Justicia Viva, ya no es la clásica romana, con vendas en los ojos y con una antigua balanza, sino una mujer moderna y aguerrida, que para administrar justicia usa unos binoculares que le permiten tener muy bien los pies en la tierra.

Seguiremos trabajando por lo que está implícito en el nombre Justicia Viva: una justicia verdaderamente viva, al servicio público, y que por ser muy viva, no se deja engañar por nadie.

Ernesto de la Jara Basombrío
Director Fundador del IDL

Sección I
**Retrocesos, retrocesos y avances del sistema de
justicia peruano**

Capítulo I

Presidencia del Poder Judicial: balance y nuevas elecciones

1. Balance del segundo año de la Presidencia del Poder Judicial

Si bien nuestro balance sobre el primer año de la presidencia de la Corte Suprema mostraba expectativas respecto del liderazgo de César San Martín para mover el pesado aparato judicial hacia un mejor norte (ver: [Balance del primer año del Presidente del Poder Judicial: liderazgo, resistencias y retos](#)), este segundo año y el balance de cierre no tienen ese mismo cariz. No sólo porque ya termina su mandato, sino porque lo hecho no deja un claro saldo en la columna del Haber.

Tal como corresponde e hicimos en otra ocasión, para este texto tomaremos como referente los ejes temáticos planteados en el Plan de Trabajo de César San Martín, que son los siguientes: i) Posicionamiento institucional de la Corte Suprema y del Presidente del Poder Judicial; ii) Fortalecimiento de la gestión institucional, con énfasis en los temas de descarga procesal; iii) Mejoramiento del acceso a la justicia; y, iv) Lucha contra la corrupción, eticidad y transparencia en la administración de justicia. Y lo haremos porque consideramos que los planes de trabajo son justamente un parámetro impuesto por el propio juez como hoja de ruta de su gestión y que sirven posteriormente para analizar si se ha avanzado sobre estos carriles.

Para nuestro trabajo nos centraremos en tres de los cuatro ejes descritos, en la medida que se han producido hechos públicos significativos en estos rubros.

En efecto, respecto del posicionamiento institucional, dos temas son claves para este balance. En primer lugar, la batalla por el presupuesto del Poder Judicial y, en segundo lugar, el problema de los sueldos. Sobre el presupuesto, la lectura puede ir en varias direcciones. Una de ellas es que el Poder Judicial, como todos los años, planteó un presupuesto propio —tal como lo determina la Constitución—, pero a diferencia de oportunidades anteriores lo negoció intensamente con el Ejecutivo, en base a una relación cultivada durante meses, logrando incluso un acuerdo informal sobre el particular. Posteriormente, en la Hora Nona este acuerdo habría sido desautorizado por el Ministerio de Economía y Finanzas y el Presidente del Consejo de Ministros. A esa negativa se suma que el presidente del Poder Judicial, a pesar de las reuniones con congresistas y con el presidente de la asamblea, no habría logrado el respaldo necesario del Congreso para remediar la situación.

Asimismo, el debate por el presupuesto se vincula claramente con la cuestión de los sueldos. Y se complejiza con la emisión por parte del Tribunal Constitucional de la STC N° 03919-2010-PC/TC que declara fundada una demanda de cumplimiento interpuesta por jueces de Lambayeque contra el CEPJ para que se nivel el sueldo de los magistrados de acuerdo a lo establecido claramente por la Ley Orgánica del Poder Judicial (ver: [Sentencia del TC ordena nivelar sueldo de los jueces: ¿Intromisión judicial en la economía o control constitucional de decisiones económicas?](#)). A pesar de contar con el respaldo del TC, el apoyo del Presidente del Poder Judicial a la adecuación del salario de los jueces a la LOPJ fue dubitativo, pero se corrigió finalmente con la emisión de una resolución del CEPJ, cuando el Congreso rechazó la propuesta judicial.

En lo que corresponde al mejoramiento del acceso a la justicia, la actuación de la Presidencia del Poder Judicial ha mostrado desinterés en el tema, especialmente a lo respecto a la Justicia Intercultural. Si bien la Oficina Nacional de Justicia de Paz ha funcionado y logrado importantes avances, la gestión de San Martín no ha logrado promover en el Congreso un debate sobre el proyecto de Ley N° 313/2011-PJ, Proyecto de Ley de Coordinación Intercultural de la Justicia ni ha dado su respaldo a la Hoja de Ruta de la Justicia Intercultural. Igualmente, en el recorte presupuestal para el año 2013, se optó por desfinanciar el rubro Acceso a la Justicia y restar a la ONAJUP el grueso de sus recursos. Todo esto matizado con que en las postrimerías del 2012 se realizó con éxito el IV Congreso Internacional de Justicia Intercultural.

En tercer lugar, la lucha contra la corrupción es uno de los ejes en los que se plantearon propuestas, pero que no lograron cuajar por resistencias internas. Me refiero al Proyecto de Ley N° 427/2011-PJ que crea la especialidad de jueces contralores, pero sobre todo al Proyecto de Ley N° 424/2011-PJ que plantea el otorgamiento de limitadas facultades extraordinarias para el Presidente del Poder Judicial para combatir la corrupción judicial al interior de las cortes superiores. Una de las grandes virtudes del segundo proyecto mencionado es el reconocimiento expreso de que redes de corrupción operan al interior del Poder Judicial. Ambas propuestas fueron objeto de arduos debates privados y públicos, en el Poder Judicial, la prensa y en la Comisión de Justicia y Derechos Humanos del Congreso, donde se aprobaron sendos dictámenes. Sin embargo, los dictámenes no se llevaron ante el Pleno, en gran medida por la fuerte resistencia de los propios jueces en las cortes superiores. Esto trajo como consecuencia que uno de los planteamientos que golpeaba frontalmente la corrupción judicial se paralizara y la imagen del presidente del PJ quede debilitada frente a los jueces.

Además de los tres puntos descritos, hay dos temas que corresponde considerar en este breve balance: derechos humanos y conflictos sociales. Si bien, en este texto se ha pensado una sección especial para el juzgamiento de derechos humanos es necesario que hagamos mención de un exabrupto del Presidente del Poder Judicial respecto del Sistema Interamericano de Derechos Humanos y demos un vistazo rápido a algunos hechos alrededor de la sentencia de la Sala Penal Transitoria presidida por Javier Villa Stein, que rebajó la pena a miembros del grupo Colina.

En efecto, a inicios de año, en el contexto del cargamontón al Sistema Interamericano de Derechos Humanos, César San Martín Castro, sorprendió a propios y extraños con declaraciones críticas —

pero infundadas— respecto de la CIDH y su actuación frente al Estado peruano. San Martín indicó que la labor de la comisión es sesgada y “que hay un problema en su estructura y en sus alrededores que ha cooptado [el] sistema”. En esa misma línea dijo que no se puede permitir que el Perú sea tomado como conejillos de indias y que los errores de la Comisión, la impertinencia del tratamiento dado a casos peruanos, su desconocimiento de los problemas y falta de criterio generen la pérdida de confianza en dicha institución. En un discurso posterior, el Presidente del Poder Judicial dio cuenta de su error, bajó el tono a sus críticas y reconoció su profundo respeto por el sistema interamericano.

Varios meses más tardes, ese mismo sistema, particularmente la Corte Interamericana de Derechos Humanos, emitió resolución de seguimiento del caso Barrios Altos y llamó la atención al Estado Peruano por la sentencia de la Sala Villa Stein que rebajó las penas a los perpetradores de las matanzas de Barrios Altos, El Santa y La Cantuta, entre otras. El Poder Judicial acató inmediatamente el veredicto de la Corte y anuló la sentencia fallida. Para ese momento, ya había corrido bastante agua bajo el puente. Con ocasión de la audiencia ante la Corte Interamericana, el Estado Peruano mostró contradicciones entre el alegado del Ministerio de Justicia y el del Poder Judicial, lo que le costó el puesto a ambos procuradores y un público conflicto entre instituciones.

Además de lo dicho, mención aparte merece la actuación de la Presidencia del Poder Judicial y el CEPJ en casos de juzgamientos penales en casos de conflictividad social, concretamente en los enfrentamientos producidos con ocasión de las protestas contra Conga en Cajamarca y contra Xstrata en Espinar. En ambas situaciones límite se puso en cuestión la independencia del sistema de justicia a favor del Ejecutivo, en la medida que se dictaron sendas reglas de traslado de competencia para Lambayeque en el primer caso y para Ica en el segundo, que perjudicaban seriamente el acceso a la justicia de la población, y que fueron acordadas por el Poder Judicial y el Ministerio Público en una reunión con el Ministro de Justicia y del Interior. Posteriormente, estas medidas se endurecieron aún más, trasladando los casos hasta Lima, lo que ha marcado un antes y un después en cuanto a la relación Poder Judicial – Ejecutivo durante el período de San Martín.

2. Para el período 2013-2014: la inesperada elección de Enrique Mendoza

El jueves 06 de diciembre del 2012, la Sala Plena de la Corte Suprema sorprendió en la elección del presidente del Poder Judicial (ver: [inesperado resultado de la elección del Presidente del Poder Judicial](#)). El juez supremo designado, Javier Enrique Mendoza (ver [currículo](#) y [Plan de trabajo](#)), ganó la elección en el último momento con el apoyo de uno de los candidatos favoritos, Duberlí Rodríguez y todos los magistrados que lo respaldaban. De ese modo se impuso por mayoría absoluta y en primera vuelta a su contrincante, Luis Felipe Almenara.

En este balance sobre el proceso electoral, lo primero que se debe resaltar es la cuestión de la publicidad. Sin lugar a duda, esta elección para Presidente del Poder Judicial ha sido mucho más transparente que en oportunidades anteriores. Los candidatos han sido conocidos con varios meses de antelación, han elaborado planes de trabajo, que luego se presentaron ante un auditorio abierto y con conexión a una radio de cobertura nacional. La prensa le ha prestado especial atención a la elección, a tal punto que tanto La República como la revista Poder emitieron sendos

reportajes de investigación. Igualmente no era un tema ajeno para otros medios y se ha generado un debate público en torno a este hecho. Todo esto muestra un avance en cuanto a transparencia, que esperamos se consolide en los años siguientes.

Ya respecto de la elección misma y la correlación de fuerzas, sorprendió a propios y extraños la declinación de Duberlí Rodríguez —el segundo magistrado en carrera— así como el endose de votos a favor de Mendoza. A pesar de que se suele decir que es imposible endosar votos, en esta ocasión se demostró lo contrario: sin excepción, los votantes de Duberlí respaldaron a Mendoza, con lo cual evidenciaron una fuerte resistencia a que el juez supremo Almenara Bryson presida el Poder Judicial. Ahora bien, Almenara Bryson no estaba solo, sino que era la cara de una tendencia, de un grupo de magistrados dentro de la Corte Suprema que parecía garantizar la continuidad respecto de la gestión de César San Martín. En ese grupo se encontraba también Hugo Sivina, a quién le hubiese correspondido dirigir la institución en caso de cualquier eventualidad con la salud del futuro presidente en caso hubiera resultado elegido Almenara. Por eso, un voto a favor de Mendoza significaba cerrarle el paso al otro candidato y a todo lo que representaba.

Eso parece haberlo entendido bien Javier Villa Stein, quien habría brindado su apoyo a Mendoza en las postrimerías de la elección. Respecto del polémico Villa Stein pesaba también una denuncia todavía no aclarada. Según La República (ver: [aquí](#)), el juez supremo habría condicionado su participación en la Sala Plena el día de la elección a que el Consejo Nacional de la Magistratura (CNM) cerrara el caso disciplinario abierto en su contra por el vergonzoso fallo que rebajó la pena a los miembros del grupo Colina (ver: [Por la destitución: familiares de víctimas de Barrios Altos, El Santa y Pedro Yauri presentan cargos contra la “sala Villa Stein”](#)). Lo cierto, es que este caso se tramita con la paciencia de Job y lleva más de cuatro meses sin que se abra la etapa de procedimiento disciplinario. Por todo ello, urge una aclaración por parte del Consejo respecto de la denuncia de La República, a la vez que un pronto pronunciamiento sobre este caso.

De esta manera, con el resultado final no sólo se encontrarían empoderados Duberlí y sus votantes, sino también paradójicamente Villa Stein, pero principalmente Vicente Walde —un magistrado destituido por el CNM y después repuesto gracias a un amparo declarado fundado por el Tribunal Constitucional luego de dos amparos previos fallidos—, habida cuenta que apoyó la candidatura del presidente electo desde sus inicios, cuando ésta tenía remotas posibilidades de éxito.

Como quiera que fuese, el presidente del Poder Judicial es Enrique Mendoza, quien se ha desempeñado como jefe de la Oficina de Control de la Magistratura (OCMA) (2010-2012) y anteriormente presidió el Jurado Nacional de Elecciones (2004-2008). En su primera presentación pública, el presidente electo equiparó justicia con eficiencia y señaló que no venía a cumplir sueños sino a hacer trabajos. Bajo este signo, su plan de trabajo —que servirá para medir los avances de su gestión— plantea tres ejes rectores: A) Eje ciudadano compuesto; B) Eje interno; y c) Eje externo. En el primero de ellos se plantean medidas respecto de: i) acceso e inclusión social en la impartición de justicia; ii) calidad en la impartición de justicia; iii) celeridad en los procesos; y,

iv) transparencia y comunicación con la ciudadanía. Para punto B) Eje interno se propone: i) Institucionalidad, gobierno y empoderamiento del Poder Judicial; ii) gestión administrativa e infraestructura del Poder Judicial; iii) gestión del despacho judicial; iv) componente ético; y, v) uso de tecnología y de la estadística para la toma de decisiones. Y finalmente, para el eje C) encontramos propuestas en: i) reforma legal, procesal y procedimental; ii) redes de acción y cooperación internacional.

Con la correlación de fuerzas descrita y siguiendo su plan de trabajo, le corresponde a Enrique Mendoza gobernar el Poder Judicial. Pero también considerando varios de los temas pendientes que tiene el sistema de justicia con los ciudadanos. No olvidemos que la aprobación ciudadana de la institución que presidirá Mendoza Ramírez deja mucho que desear. En ese contexto puede suceder que eficiencia sea una palabra vacía si es que: i) no se combate frontalmente la corrupción al interior (y alrededores) del aparato judicial ni se promueve un sistema apropiado para enfrentar la corrupción en otros estamentos del Estado (ver: [Diez medidas para combatir la corrupción judicial](#)); ii) si no se plantean medidas concretas para promover el acceso a la justicia de grandes sectores de la población, a la par que se fortalecen mecanismos comunitarios de solución de conflictos; iii) no se lidera una reflexión respecto de la independencia e imparcialidad del Poder Judicial y sus integrantes, de modo que se generen mejores condiciones para resguardar estos valores constitucionales. Por ejemplo, ¿cómo reaccionaría el Poder Judicial ante presiones de partidos políticos, como el APRA, considerando que diversos reportes de prensa aseguran que Enrique Mendoza es amigo personal del ex presidente Alan García? Los puntos planteados son sólo tres que se constituyen como desafíos de la nueva gestión del presidente de la Corte Suprema, pero podrían incorporarse otros relativos a la complejidad de los retos actuales del país, como el papel del sistema de justicia en medio de los conflictos sociales, especialmente los medioambientales. (CBS).

Capítulo II

La necesidad de defender la institucionalidad del CNM y los avances que deben concretarse

El 2012 ha sido para el Consejo Nacional de la Magistratura un año en el que, a la par de los avances en la cantidad de nuevas designaciones, ratificaciones, no ratificaciones y destituciones, estuvimos ante serios problemas en la institucionalidad del Consejo, así como ante la oportunidad de marcar la pauta en el perfil de magistrados a la luz de decisiones adoptadas en casos de selección, ratificación y destitución de magistrados considerados paradigmáticos: el proceso de selección de fiscal supremo (declarado finalmente desierto, por tercera vez), los procesos de ratificación de cuestionados magistrados de la Corte Superior de Justicia del Callao (dos de los cuales han sido no ratificaciones en primera instancia), y la apertura de investigación preliminar en contra de la sala suprema presidida por el juez Javier Villa Stein a raíz de la ejecutoria suprema que eliminó el carácter de lesa humanidad de los delitos cometidos por el grupo Colina.

Vale la pena, sin duda, evidenciar que éste ha sido el año en el que, por ejemplo, el CNM ha continuado con las audiencias públicas descentralizadas para escuchar las quejas de los justiciables; o que es el año en que el CNM ha nombrado al primer juez con ceguera bilateral en nuestro país, un nombramiento pionero en respeto a los derechos de las personas con habilidades diferentes y el acceso a la función pública de la judicatura (resarcido además la original discriminación que sufriera Edwin Béjaral postular anteriormente al cargo de fiscal¹). Empero, por ser también importante y urgente, aquí llamaremos la atención sobre otros hechos que restan en mucho a la institucionalidad del CNM como institución externa al Poder Judicial y al Ministerio público, integrada de manera mixta por miembros de dichas entidades y por la sociedad civil. A la par resaltaremos también algunas decisiones que resultaron particularmente importantes para el perfil independiente e idóneo de la magistratura, y que por ello el CNM debiera defender y confirmar.

1.1. Los consejeros

A inicios de año, el CNM cambió de presidencia, tomando la batuta Gastón Soto Vallenás² como sucesor de Gonzalo García Núñez. La reorganización de las comisiones y sus presidencias trajo una

¹ Ver: <http://www.justiciaviva.org.pe/notihome/notihome01.php?noti=843> (última visita 19 de diciembre de 2012).

²Ver:

reconfiguración interesante: el consejero Vladimir Paz de la Barra, otrora presidente de las comisiones permanentes de evaluación y ratificación (2010) y de procedimientos disciplinarios (2011), esta vez no dirigía ni integraba ninguna de las comisiones dedicadas a las tres principales funciones del Consejo (seleccionar, evaluar y destituir).

Comisiones Permanentes del CNM – 2012		
Selección	Pdte.: Ing. LuizMaezono	Dr. Pablo Talavera, Ing. Gonzalo García
Evaluación y Ratificación	Pdte.: Ing. Gonzalo García	Dr. Máximo Herrera, Lic. Luz Guzmán
Procesos disciplinarios	Pdte.: Máximo Herrera	Dr. Pablo Talavera, Lic. Luz Guzmán

Fuente: CNM. Elaboración propia

Cuando nos referimos a la defensa de la institucionalidad del CNM, traemos a colación, en primer lugar, a la ya antigua “descoordinación” entre el Consejo y (por ejemplo) el Poder Judicial cuando de sanciones menores a la destitución se trata, razón por la que el CNM presentó tres proyectos de ley al Congreso³. Uno de ellos consiste en una modificación a sus facultades para que pueda imponer sanciones diferentes a la de destitución. Esto, porque más de una vez el Poder Judicial no ha cumplido con sancionar a los magistrados respecto de los cuales el CNM encontró responsabilidad funcional. Pero eso no es todo. El alargado proceso de selección de fiscal supremo del año 2010 tuvo en el 2012 un perjudicial episodio para el respeto de las decisiones del CNM en materia de nombramiento: la intromisión inconstitucional del Tribunal Constitucional⁴, a través del amparo presentado por los postulantes César Hinojosa y Mateo Castañeda⁵ al cargo de fiscal supremo, en las funciones del CNM; además del debate por los peligros de la judicialización de las decisiones del Consejo.

Pero los peligros para la institucionalidad del Consejo no solo son externos. También lo son internos y parten incluso de situaciones que involucran a los propios consejeros. En efecto, sigue sin resolverse (de lo que se conoce) la investigación preliminar penal sobre presunta falsificación de firmas que pesaba sobre la postulación para el cargo de consejera Luz Marina Guzmán. IDL-Justicia Viva pidió información al respecto al Fiscal de la Nación, José Peláez Bardales, pero hasta ahora no hay respuesta. Seguidamente, Diario.16 publicó unas fotos donde el presidente del CNM Gastón Soto se encontraba en una reunión con algunas personas que estaban siendo cuestionadas

<http://www.justiciaviva.org.pe/notihome/notihome01.php?noti=758> (última visita 19 de diciembre de 2012).

³Ver: <http://www.justiciaviva.org.pe/notihome/notihome01.php?noti=838> (última visita 19 de diciembre de 2012).

⁴Ver: <http://www.justiciaviva.org.pe/notihome/notihome01.php?noti=746> (última visita 19 de diciembre de 2012).

⁵ Ver: <http://www.justiciaviva.org.pe/notihome/notihome01.php?noti=748> (última visita 19 de diciembre de 2012).

judicialmente⁶. Si bien el presidente desmintió algún tipo de relación más allá que la cordial, cierto es que el hecho lamentablemente incidió en cuestionamientos sobre la independencia del Consejo.

Más tarde, el consejero Vladimir Paz de la Barra denunciaría al consejero García Núñez, por presunta irregularidad y favorecimiento a un ex fiscal de Arequipa (“el caso Salas”), además de una presunta falta por no inhibirse en un proceso de evaluación. IDL-Justicia Viva tuvo la oportunidad de ahondar sobre la primera denuncia, y descubrió a raíz de documentos oficiales del CNM y la sesión del Congreso, que habían otros acontecimientos que el consejero Paz no había señalado y que pintaban una historia diferente, ya que mostraban indicios de presunta responsabilidad funcional que caían sobre él (el tema de las reservas sobre una decisión adoptada fue una situación que queda pendiente de investigación). Otros cuestionamientos sobre el consejero Paz de la Barra fueron difundidos por los medios de comunicación, como su actuación en un proceso de evaluación y ratificación que fuera anulado y reiniciado a causa de una tardía inhibición suya (caso Zegarra), o las denuncias de abogados que señalan una presunta indebida influencia del estudio de abogados que integra su hijo. Si bien por uno de los cuestionamientos, el Fiscal de la Nación ha abierto investigación preliminar tanto al consejero Paz como al consejero García, y han sido desmentidas las denuncias de presunta influencia indebida por parte del primer consejero, lo cierto es que lo expuesto empaña la imagen del CNM y hace pensar en los problemas de la eficacia del sistema de control sobre los consejeros (sea la vacancia, el control penal, el control profesional o el control parlamentario). Por lo que ello significa, sin duda éste será uno de los aspectos principales de la institucionalidad del CNM que IDL-Justicia Viva seguirá investigando el próximo año. Dicho sea de paso ha preocupado la actitud del consejero Paz de la Barra, antidemocrática e intimidatoria contra la libertad de información, expresión y opinión del IDL, al pretender demandar con cinco millones de soles por difundir información que no le favorecía; una actitud que por sí sola justifica el control no solo del Colegio de Abogados de Lima sino también de los propios integrantes del Consejo⁷.

1.2. Casos paradigmáticos de selección, evaluación y destitución de magistrados

A diferencia del año pasado, ante el CNM se han desarrollado una cantidad considerable de procesos de selección, ratificación y destitución paradigmáticos. Esto no quiere decir que no existan otras preocupaciones respecto de otros procesos; pero al menos en algunos particularmente relevantes por tratarse de cargos supremos o de presidentes o ex presidentes de Corte, el CNM ha tenido decisiones que tienen incidencia, más allá del caso concreto, en la imparcialidad, independencia y eficiencia en el desempeño judicial y fiscal. Resultados que, como se ha reseñado, han estado acompañados por públicos cuestionamientos de los consejeros y el seguimiento de la prensa.

⁶ Ver: <http://www.justiciaviva.org.pe/notihome/notihome01.php?noti=803> (última visita 19 de diciembre de 2012).

⁷ Ver: <http://www.justiciaviva.org.pe/notihome/notihome01.php?noti=801> (última visita 19 de diciembre de 2012).

Entre dichos resultados está la decisión de declarar desierta la convocatoria a una plaza de fiscal supremo. Los postulantes que pugnaron desde el 2010 por el cargo, el juez superior César Hinostroza y el ex fiscal Mateo Castañeda, fueron descartados hasta en tres oportunidades⁸, en medio de un concurso de méritos extendido innecesariamente debido a su judicialización por parte de los postulantes. Al final prevalecieron algunos de los polémicos cargos que pesan contra ellos. Respecto del ex fiscal Castañeda, el no cumplir con los requisitos constitucionales para poder postular (por ejemplo), y respecto del juez Hinostroza, la no declaración de una segunda casa en Miami⁹. Nada más, ni nada menos.

Sobre lo último, el caso se agravó porque en una decisión de la OCMA, el hoy presidente del Poder Judicial Enrique Mendoza, decide no abrir investigación disciplinaria basándose en una muy cuestionable sustentación que contraviene más de una disposición del Código Civil y, de paso, retrocede en el deber de los jueces de declarar sus propiedades. En todo caso, el hecho le ha valido la no elección al juez Hinostroza y creemos, que de acuerdo a derecho, debiera ser no ratificado por este grave cuestionamiento en su desempeño (entre otras preocupaciones).

Al igual que el juez Hinostroza, otros de sus pares, también ex presidentes de la Corte Superior de Justicia del Callao, han sido cuestionados y el CNM ha decidido su no ratificación. Nos referimos a los jueces Daniel Peirano y Gastón Molina¹⁰. De entre los cuestionamientos presentados, sin duda el más grave fue la actuación de ambos en el hábeas corpus del procesado por lavados de activos relacionado al narcotráfico, Roger Poemape. El caso despertó las mayores alertas ya que el sistema de justicia no puede ser hacerle el juego con su actuación al crimen organizado. Todos sabemos de los perniciosos efectos del narcotráfico para la salud y seguridad públicas, así como para la lucha contra corrupción; por ello el CNM debía aplicar los estándares de evaluación y los objetivos constitucionales en esta materia. No más, no menos. En ese sentido, y si bien la decisión en “primera instancia” en el CNM ha sido la no ratificación; preocupa que no hayan sido por unanimidad (¿cuáles habrán sido las razones de los consejeros para los que esta actuación no les pareció motivo para separarlos del cargo?). Además, también nos alerta que hasta el momento no haya sido confirmada esa primera decisión luego de los recursos extraordinarios presentados por ambos jueces¹¹. ¿Será que el CNM cambiará de opinión? ¿Bajo qué argumentos? Si fuese así, sería gravísimo¹², tratándose de magistrados con actuación cuestionable en un supuesto caso de

⁸Ver: <http://www.justiciaviva.org.pe/notihome/notihome01.php?noti=963> (última visita 19 de diciembre de 2012).

⁹Ver: <http://www.justiciaviva.org.pe/notihome/notihome01.php?noti=780> (última visita 19 de diciembre de 2012).

¹⁰Ver: <http://www.justiciaviva.org.pe/notihome/notihome01.php?noti=893> (última visita 19 de diciembre de 2012).

¹¹ Ver: <http://www.justiciaviva.org.pe/notihome/notihome01.php?noti=888> (última visita 19 de diciembre de 2012).

¹²Ver: <http://www.justiciaviva.org.pe/notihome/notihome01.php?noti=968> (última visita 19 de diciembre de 2012).

narcotráfico, por el que incluso la procuradora Sonia Medina ha sido en este año amenazada de muerte¹³ (entre otros cuestionamientos¹⁴).

Finalmente, es plausible que el CNM haya iniciado de oficio la investigación preliminar contra la Sala Villa Stein que declaró (entre otras cosas) no ser de lesa humanidad los crímenes de Barrios Altos, Campesinos de El Santa y Pedro Yauri¹⁵; y que haya acumulado a la misma otras denuncias entre la que está la de los familiares de las víctimas¹⁶¹⁷. Lo lamentable, por un lado, es que el proceso de ratificación y evaluación del año pasado al juez Villa Stein pudo haber evitado estos sucesos; no obstante, y a pesar de la larga lista de cuestionamientos presentados en su proceso de evaluación, fue ratificado por unanimidad. Y por otro lado, es lamentable que la buena iniciativa del CNM de hace cinco meses atrás haya quedado de lado y que, día a día, se imponga la preocupación por que el caso más importante en materia disciplinaria relacionado al cumplimiento de los deberes judiciales en un caso de derechos humanos, vaya a quedar sin la sanción que a todas luces corresponde: la destitución. Como se sabe, la Sala Villa Stein no solo incurrió en diversas y muy graves infracciones disciplinarias, sino que además la sola anulación posterior por mandato de la Corte Interamericana de Derechos Humanos las comprueba. Si este supuesto no amerita destitución, entonces el control disciplinario ejercido por el Consejo habrá fallado¹⁸.

Como puede verse, hay diversos casos en los que el CNM va a definir la defensa de sus fueros, la lucha contra la ineficiencia en procesos de lavado de activos y narcotráfico y el cumplimiento de los deberes judiciales en casos paradigmáticos de derechos humanos. Lo correspondiente, era la definición de estas causas en este año; pero al parecer no será así. El reto no es poco e involucra la propia legitimidad de cada uno de los consejeros así como de las presidencias del Pleno y de las comisiones en el próximo año.

¹³ Ver: <http://www.justiciaviva.org.pe/notihome/notihome01.php?noti=793> (última visita 19 de diciembre de 2012).

¹⁴ Ver: <http://www.justiciaviva.org.pe/notihome/notihome01.php?noti=813> (última visita 19 de diciembre de 2012).

¹⁵ Ver: <http://www.justiciaviva.org.pe/notihome/notihome01.php?noti=859> (última visita 19 de diciembre de 2012).

¹⁶ Ver: <http://www.justiciaviva.org.pe/notihome/notihome01.php?noti=871> (última visita 19 de diciembre de 2012).

¹⁷ Otra investigación disciplinaria que captó la atención de los medios de comunicación fue el relacionado al juez supremo César San Martín, por motivo de unos poderes de representación inscritos. Consejo Nacional de la Magistratura investigará a César San Martín. En: <http://www.justiciaviva.org.pe/notihome/notihome01.php?noti=798> (última visita 19 de diciembre de 2012).

¹⁸ Ver: <http://www.justiciaviva.org.pe/notihome/notihome01.php?noti=926> (última visita 19 de diciembre de 2012).

Capítulo III

El proceso de justicia y verdad en el Perú

El proceso de justicia y verdad cumplió una década y este año ha entrado a una etapa definitiva. Este año, a propósito de la sentencia por la Corte Suprema de Justicia emitida en el caso Barrios, los crímenes contra la humanidad volvieron a la primera plana de la agenda pública de la sociedad peruana y lo que pretendió ser un punto de quiebre a nivel jurisprudencial en materia de derechos humanos al final terminó convirtiéndose en una evidente victoria del movimiento de derechos humanos respaldada por una amplia mayoría social dispuesta a no permitir la impunidad. Pero aun con esta importante victoria el asunto es mucho más complejo.

De hecho el 2012 ha sido un año en el que se han emitido muy pocas sentencias en los casos de graves violaciones a los derechos humanos y crímenes de lesa humanidad, pero ello no necesariamente expresa la particular intensidad del proceso. Un primer elemento de análisis de este proceso debe estar referido a la cantidad de casos que a la fecha se encuentran en etapa de juicio oral, que es la etapa en la que luego del debate público un tribunal emite sentencia. Durante este año aproximadamente son veinte los casos que se encuentran en esa etapa procesal.

¿Qué significa esto? Ello quiere decir que en el último período el sistema de justicia ha desarrollado un importante esfuerzo por avanzar en las investigaciones judiciales, pero sobre todo significa que probablemente el siguiente año –el 2013– se emita la mayor cantidad de sentencias en casos de derechos humanos de toda nuestra historia reciente. De hecho nos acercamos a un momento definitivo en muchos casos que son particularmente emblemáticos en materia de derechos humanos, como los crímenes en el Cuartel Los Cabitos de 1983 y 1984, la matanza de Accomarca de 1985 o la desaparición sistemática de estudiantes en la Universidad Nacional del Centro a partir de 1990.

La casi totalidad de juicios –y consecuentemente de sentencias– están bajo la competencia de la Sala Penal Nacional. Aquí, podríamos decir, que comienzan los problemas porque este tribunal de derechos humanos, creado por recomendación de la Comisión de la Verdad y Reconciliación, en la mayoría de sus sentencias ha emitido absoluciones a favor de los acusados de graves violaciones a los derechos humanos y lo más preocupante es que los argumentos de aquellas absoluciones han sido seriamente cuestionados no solo por los abogados de las organizaciones de derechos, sino

también por el Ministerio Público y por la misma Corte Suprema de Justicia, instancia que desde el año 2008 ha declarado la nulidad de todas las sentencias dictadas por la Sala Penal Nacional. El mensaje de la Suprema ha sido muy claro: hay un grave problema en la valoración de las pruebas de cargo en los magistrados de ese tribunal.

Es necesario destacar en este punto un hecho relevante producido en el juicio oral del caso de la matanza de Accomarca. Las reveladoras declaraciones del Telmo Hurtado Hurtado en el sentido de que el crimen definitivamente no fue un acto perpetrado como consecuencia de sus desvaríos mentales –como afirman los otros oficiales acusados– sino el resultado de un plan de operaciones planificado y ordenado por el Comandante General de la II División de Infantería del Ejército (Ayacucho) y los integrantes del Estado Mayor de esa División. Estas declaraciones se han convertido en un hecho verdaderamente sin precedentes en este tipo de casos, lo cual condujo al desarrollo de un proceso de confrontaciones entre casi todos los procesados con el acusado Hurtado Hurtado, también un acontecimiento sin precedente y en el que éste último pudo confirmar que ese tipo de eventos criminales eran –en esa época– parte de una política institucional del Ejército Peruano.

Un segundo elemento es que si bien durante el año 2012 se han emitido pocas sentencias, estos pocos fallos han generado profunda inquietud por el significado de los mismos. De hecho, como ya hemos mencionado líneas arriba, la sentencia dictada en el caso de la matanza de Barrios Altos por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia el 20 de julio ha sido la más relevante no solo en términos jurídicos, sino sobre todo políticos. Como hemos referido, esa decisión conocida como la “sentencia Villa Stein” pretendió significar un punto de inflexión en la jurisprudencia peruana en materia de derechos humanos, porque no solamente cuestionó el hecho descalificando la naturaleza de crimen de lesa humanidad y señalando expresamente que la matanza de Barrios Altos era un delito común, sino que tal resolución expresó en su contenido un programa de interpretación y valoración de los crímenes contra los derechos humanos y crímenes de lesa humanidad absolutamente contrario a los criterios de la justicia interamericana y del derecho internacional y por terminar afirmando una voluntad política pro impunidad. Además, era evidente que dicha sentencia fue escrita para rebatir el contenido de la sentencia dictada en el caso Fujimori.

Pero adicionalmente esta misma sentencia de la Corte Suprema significó una ruptura respecto de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia que en materia de derechos humanos había estado desarrollando desde hacía varios años atrás, señalando de manera bastante clara una vocación con hacer imperar los criterios de justicia y legalidad en la interpretación jurídica de los hechos y en la valoración de las pruebas, teniendo en la sentencia del caso Fujimori su mejor y más desarrollada expresión. De hecho la única sentencia que sobre este tipo de casos la Corte Suprema había confirmado –en diciembre de 2009– era la condena por casos de violaciones a los derechos humanos dictada contra el ex presidente.

Además, el caso Barrios Altos permitió –una vez más– poner en relieve el rol fundamental de la Corte Interamericana de Derechos Humanos como instancia de justicia internacional. Ello se expresó con la resolución de cumplimiento de sentencia que la Corte de San José emitió disponiendo que el Estado peruano remueva los obstáculos internos para hacer justicia en este caso, hecho que determinó –como un acontecimiento sin precedentes– la anulación de la sentencia dictada en julio de este año a favor del destacamento Colina por la propia Corte Suprema de Justicia. Si bien tal decisión significa una importante victoria para la causa de los derechos humanos habrá que verificar en el futuro inmediato si la Suprema mantendrá o no los criterios de valoración o interpretación que hasta el año 2011 desarrolló en este tipo de casos.

Otra decisión importante fue la sentencia que la Sala Penal Especial anticorrupción emitió en el caso denominado Chavín de Huantar, en el mes octubre, en la cual el tribunal absolvió a los acusados Vladimiro Montesinos, Nicolás Hermosa, Roberto Huamán Azcurra. La decisión judicial dio la impresión que había sido el resultado de la consistente presión política del Ministerio de Defensa sobre los integrantes de ese tribunal, cuya presidenta fue no ratificada por el Consejo Nacional de la Magistratura pocos días antes de dictarse la sentencia.

Pero tal vez el hecho sobre el cual mostramos y expresamos nuestra mayor preocupación sea la sentencia emitida por la Sala Penal Nacional, el 29 de noviembre, en el caso de la desaparición de Lucho Manrique Escobar absolviendo al Coronel EP(r) Marco Álvarez Vargas (alcalde San Borja) perpetrada el 6 de noviembre de 1989 cuando el oficial se desempeñó como Jefe Político Militar de Huancavelica y en tal condición ejerció el comando de todos los elementos militares que actuaban en esa zona bajo estado de emergencia y control militar.

El caso resulta ser particularmente emblemático, no solo porque es el único caso de persona desaparecida en Huancavelica durante el conflicto armado, sino porque, tanto la Fiscalía como nuestros abogados en calidad de representantes de la parte civil, desarrollamos una actividad probatoria intensa y prolija en pruebas testimoniales y documentales que demuestran de manera fehaciente la responsabilidad del acusado Álvarez Vargas en la desaparición forzada de Lucho Manrique. ¿Qué sucedió para que el tribunal declare la absolución? Al amparo de una valoración probatoria absolutamente irregular y que en muchas páginas de la sentencia asume sin cuestionamiento los argumentos más increíbles, incoherentes e ilógicos de la defensa la Sala le regala una absolución a quien debió ser condenado.

El hecho es de suma gravedad no solo porque una absolución en esos términos significa un portazo en la cara a los familiares de la víctima que desde hace 23 años esperan justicia, sino porque la valoración expuesta en dicha resolución expresa la aparente consolidación de aquellos de interpretación de los crímenes contra los derechos humanos y crímenes de lesa humanidad que no solamente contradicen los más elementales criterios de justicia, sino que además manifiesta una viva proclividad a descalificar las principales evidencias de cargo que se presentan en este tipo de casos a partir de hacer imperar argumentos de extrema formalidad y a conceder valor a la defensa de los acusados aun cuando aquellas tengan como regla la incoherencia.

Así está el proceso de justicia en el Perú. Un proceso sumamente complejo y que frente a lo sucedido durante en este año es muy probable que en el siguiente enfrente un proceso definitorio. En ese escenario el rol de la sociedad es de primer orden, pero el rol del sistema de justicia será decisivo. (CRP).

Capítulo IV

La justicia constitucional en el año 2012: una mirada general

El objetivo de este capítulo es brindar una mirada panorámica y rápida de la justicia constitucional en el 2012, lo cual incluye no solo las sentencias del TC sino de los jueces constitucionales del Poder Judicial, en temas que nos parecen relevantes. Lo que haremos en realidad, es recoger el seguimiento que desde el IDL y desde el proyecto Justicia Viva hacemos a las sentencias de los jueces constitucionales a lo largo del año.

1. En materia de industrias extractivas

Aquí destacan tres sentencias, en primer lugar la del caso Conga que fue materia de amplio debate y cuestionamientos, en segundo lugar la sentencia en el caso minería informal y dragas, y en tercer lugar, la resolución aclaratoria expedida en el Caso Majes Siguan II.

Caso Conga. STC N° 0001-2012-PI¹⁹. Se trata de la demanda de inconstitucionalidad planteada por el Fiscal de la Nación contra la Ordenanza Regional N° 036-2011-GR.CAJ-CR, emitida por el Gobierno Regional de Cajamarca, en virtud de la cual se declaraba inviable la ejecución del proyecto minero “Conga” aduciendo el interés público regional en la conservación, protección e intangibilidad de las cabeceras de cuenca de toda la región. A criterio del demandante, dicha ordenanza contravenía el marco de competencias establecido en la Constitución toda vez que el Gobierno Regional de Cajamarca había invadido funciones propias del Poder Ejecutivo, a quien corresponde la política gubernamental del sector minero y determinar la viabilidad de proyectos mineros de gran envergadura. Nuestra opinión es que el TC pudo haber ido más allá, es decir, pudo haber examinado si el proyecto violaba el derecho a vivir en un medio ambiente adecuado, pero no lo hizo. Los jueces constitucionales se encuentran habilitados para pronunciarse sobre una afectación a un bien jurídico constitucional que no haya sido invocado por las partes, tal como lo ha hecho en otros casos.

Caso minería informal y dragas. STC N° 00316-2011-PA²⁰. Fue expedida en el marco de proceso de amparo presentado por un conjunto de empresas mineras, contra el Decreto de Urgencia N° 012-2010-DU, que prohibía el uso de dragas para la extracción de recursos minerales e imponía una nueva regulación sobre la certificación ambiental de las empresas dedicadas a la pequeña minería y minería artesanal. La demanda fue declarada infundada. Lo cuestionable de la sentencia es que

¹⁹ Ver: <http://www.justiciaviva.org.pe/notihome/notihome01.php?noti=792> (última visita 18 de diciembre de 2012).

²⁰ Ver: <http://www.justiciaviva.org.pe/notihome/notihome01.php?noti=873> (última visita 18 de diciembre de 2012).

no dice nada sobre el incumplimiento parte del Estado de los requisitos formales para expedir los decretos de urgencia. En relación con los aspectos positivos de esta sentencia, podemos precisar que giran alrededor de tres temas: 1) las obligaciones que el derecho a vivir en un medio ambiente adecuado y equilibrado le plantea al Estado, 2) el denominado amparo ambiental, como una herramienta procesal idónea para la protección del mencionado derecho constitucional, y; 3) la aplicación de normas en el tiempo. En realidad, recuerda en muchos casos su jurisprudencia anterior y en otros reitera, y al hacerlo reafirma la fuerza vinculante de la misma.

2. En materia de carrera judicial y fiscal y CNM

Dos sentencias destacan en materia de control constitucional de las decisiones del CNM, la expedida en los casos de Mateo Castañeda y de César HinostrozaPariachi. El denominador común en ambos es la interferencia en las competencias del CNM por parte del TC.

Caso Mateo Castañeda. STC N° 04944-2011-PA/TC²¹. Se trata del proceso de amparo iniciado por el ex fiscal Mateo Castañeda contra el Consejo Nacional de la Magistratura (CNM) a través del cual cuestionaba la decisión de este órgano constitucional autónomo de no designarlo como Fiscal Supremo, a pesar de encontrarse ubicado en el tercer lugar del cuadro de méritos, con la consecuente vulneración de sus derechos constitucionales al debido proceso y a la debida motivación de las resoluciones. El TC consideró que no había habido una motivación adecuada por parte del CNM, y declaró fundada la demanda y dispuso que este órgano constitucional autónomo vuelva a votar respecto a la candidatura del demandante al cargo del Fiscal Supremo. El cuestionamiento es que el límite de la protección constitucional y de la actuación del TC es la función “restitutiva” del derecho conculcado (art. 1 de la ley 28237). En otras palabras, el TC solo puede ir hasta donde logra restituir la vigencia del derecho, no puede ir más allá. Hay que preguntarse si la protección de la falta de motivación se alcanzaba con el mandato del TC de volver a motivar, o era necesario ordenar al CNM volver a votar. Lo “restitutivo” se realiza con lo primero. En tal sentido, el TC ha excedido sus funciones en ese sentido. Ese es el punto central.

Caso Hinostroza Pariachi. STC N° 03891-2011-PA/TC²². Se trata del proceso de amparo iniciado por César José HinostrozaPariachi contra el CNM a través de la cual cuestionaba la decisión de este órgano constitucional autónomo de no designarlo como Fiscal Supremo a pesar de encontrarse ubicado en el primer lugar del cuadro de méritos, con la consecuente vulneración de sus derechos constitucionales al debido proceso y a la debida motivación de las resoluciones. El TC declaró fundada la demanda al haberse acreditado la vulneración de los derechos al debido proceso y a la debida motivación de las resoluciones, y dispuso que los miembros del CNM vuelvan a votar sobre la candidatura del demandante al cargo de Fiscal Supremo. El cuestionamiento que se le puede hacer al TC en esta sentencia es el mismo que en el caso Mateo Castañeda, pues se evidencia un

²¹ SILVA DEL CARPIO, Cruz, La peligrosa intromisión del TC en la no designación del candidato Mateo Castañeda por parte del CNM. Ver en: <http://www.justiciaviva.org.pe/notihome/notihome01.php?noti=748>(última visita 18 de diciembre de 2012).

²² Ver: http://www.justiciaviva.org.pe/webpanel/doc_trabajo/doc31072012-144116.pdf(última visita 18 de diciembre de 2012).

exceso por parte del TC al disponer que el CNM vuelva a votar sobre la elección de un postulante. En efecto, se extralimita el efecto reparador del proceso constitucional de amparo pues el derecho conculcado, el derecho a la debida motivación de las resoluciones, en este caso podía ser reparado con la emisión de una nueva resolución por parte del CNM, como lo había dispuesto el TC en casos similares. Esta extralimitación supone a su vez la invasión del TC en las competencias constitucionales del CNM en lo que respecta a la elección de los jueces y fiscales.

3. En materia de criminalización de activistas de derechos humanos

Destacan dos casos emblemáticos en este tema: los habeas corpus presentados a favor de los detenidos de la Vicaría de Solidaridad de Sicuani y el habeas corpus a favor de Marco Arana y el periodista Jorge Chávez.

Caso Marco Arana. Sentencia Exp. N° 00798-2012-0-0601-JR-PE-02 de la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Cajamarca²³. Esta sala expidió una importante sentencia en el proceso de habeas corpus presentado por Mirtha Vásquez (GRUFIDES) y Rocío Silva (Coordinadora Nacional de Derechos Humanos) contra la detención arbitraria y desproporcionada de Marco Arana por efectivos policiales en Cajamarca. El mencionado tribunal no solo confirmó la sentencia de primera instancia que declaró fundada la demanda, sino que declaró que la detención de Marco Arana fue ilegal y arbitraria. Asimismo instruye a la Policía y al Ministerio Público para que no vuelva a incurrir en los mismos hechos y, de igual manera, corre traslado al fiscal para que investigue la posible comisión de ilícitos penales, bajo apercibimiento de aplicar el artículo 22 del Código Procesal Constitucional, que establece multas y destitución del funcionario público que incumple una sentencia constitucional.

Quizá lo más destacable de esta sentencia es el análisis de la ilegalidad y de la arbitrariedad de la detención. La sala concluye que la detención de Marco Arana fue ilegal aun cuando hubiera habido Estado de Emergencia, pues no concurrieron los supuestos de orden judicial y flagrancia (f.j. 38). Asimismo, determinó que la detención se realizó sin observarse los procedimientos previamente establecidos (f.j. 38). Asimismo concluye que la detención se efectuó “mediante el uso desproporcionado e inadecuado de la fuerza física por parte de los miembros de la Policía Nacional del Perú (al ser detenido, conducido al patrullero e introducido al mismo)”. Añade también que “los actos de violencia física y tratos humillantes habrían continuado al interior de la dependencia policial y a los que se sumarían insultos por parte de efectivos policiales, agregando el hecho de que no se le habría informado y notificado oportunamente sobre las razones de su detención”(f.j. 41).

Caso Trabajadores de la Vicaría de Sicuani. Sentencia Exp. N° 00803-2012-0-1001-JR-PE-O4, 4° Juez de Investigación Preparatoria²⁴. Este caso reviste de un especial importancia, pues el día

²³ Ver: <http://www.justiciaviva.org.pe/notihome/notihome01.php?noti=879> (última visita 18 de diciembre de 2012).

²⁴ Ver: <http://www.justiciaviva.org.pe/notihome/notihome01.php?noti=834> (última visita 18 de diciembre de 2012).

jueves 31 de mayo del año 2012, el presidente de la República declaró ante la prensa que las personas detenidas en Yauri, Espinar en Cusco, habían sido detenidas en forma legal. Esto fue desmentido totalmente por el Cuarto Juzgado de Investigación Preparatoria de Cusco mediante la sentencia que reconoció que Jaime Borda Pari, Romualdo Ttito Pinto y Sergio Huamani Hilario, beneficiarios del habeas corpus presentado por los abogados de la Asociación por la Vida y la Dignidad Humana y del Instituto de Defensa Legal, fueron detenidos en forma arbitraria.

Entre las cosas que reconoce la sentencia es que las notificaciones de las detenciones se realizaron nueve horas después de ocurridas estas, que el Fiscal requirió la detención de los trabajadores de la Vicaría cuando ya estaban detenidos, que fueron detenidos inconstitucionalmente e ilegalmente 44 horas. Además, señaló que incluso en el supuesto negado que hayan sido detenidos en flagrancia también se configura la detención arbitraria, que el Juez del Poder Judicial reconoce que trabajadores de la Vicaría de Sicuani fueron detenidos arbitrariamente, y que el Estado de Emergencia no estaba vigente al momento de la detención de los trabajadores de la Vicaría. Finalmente, el Juez insta a los poderes públicos a respetar la legalidad bajo apercibimiento de multarlos y destituirlos.

4. En materia de pueblos indígenas

Tres sentencias destacan en este rubro, la más importante es la expedida en el caso Tres Islas, la segunda, en el caso de Justicia Comunal, la cual ha pasada desapercibida; y finalmente, una expedida por una jueza de Loreto sobre la protección del pueblo Kandoshi contra la hepatitis B.

Caso Tres Islas. STC N° 01126-2011-PHC. Esta sentencia es importante pues desarrolla el derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas. Sin duda alguna se trata de una de las principales sentencias que el TC ha expedido en materia de pueblos indígenas. Un pueblo indígena de Madre de Dios, cansado de la intromisión de los pueblos indígenas en su territorio, decide poner una tranquera para cerrar el paso a unos mineros y madereros, que explotaban de manera irregular y sin permiso los recursos naturales de los territorios de estos pueblos. Los dueños de una empresa de transportes afectados por esta tranquera, interponen el habeas corpus. Si bien la demanda es de hábeas corpus, el TC lo reconduce a un proceso de amparo. Asimismo, si bien los demandantes plantean el caso como el ejercicio de la justicia comunal, contenido en el artículo 149 de la Constitución, el TC entiende y resuelve el caso, como una concreción del derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas, y más en concreto, como ejercicio del derecho a la autonomía contenida en el artículo 89 de la Constitución.

La importancia y la utilidad de esta sentencia esta, en que aborda e intenta desarrollar un derecho que ha permanecido invisibilizado, incluso en la agenda de los propios pueblos indígenas. No se trata de un derecho más, todo lo contrario, se trata de uno de los derechos más potentes de los pueblos indígenas, y que a juicio de muchos, es el derecho fundamental del conjunto de derechos de los pueblos indígenas, e incluso de la propia Declaración de las Naciones Unidas de los Derechos de los Pueblos Indígenas (ver artículos 3 y 4). Este derecho adquiere relevancia, en un contexto de crecimiento de los conflictos entre pueblos indígenas, el Estado y las empresas

mineras y petroleras, a propósito de la implementación de proyectos extractivos, y a propósito del pronto inicio de la consulta previa del lote petrolero 1AB pronto.

Caso Kandoshi - hepatitis B. 001-2010. Juez Mixto de la Provincia de Datem del Marañón²⁵. Si bien esta sentencia fue expedida en setiembre del año 2011, en la medida en que ha sido apelada y se sigue batallando por su implementación, la consideramos en este informe. En efecto, el Juzgado Mixto de la provincia de Datem del Marañón, Región de Loreto, declaró fundada la demanda de amparo presentada contra el Ministerio de Salud y el Gobierno Regional de Loreto, por violación del derecho a la salud en perjuicio de los pueblos indígenas Candoshi y Shapras, demanda que fue elaborada por los abogados Antonio Peña Jumpa e Iván Ortiz Sánchez, con el apoyo de un grupo de estudiantes de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica. El tema de fondo es la falta atención por parte del Estado a la población de estos pueblos indígenas, que vienen siendo atacados por una grave epidemia de hepatitis B y que ya ha causado víctimas que lamentar. La jueza “ordena que se considere a las comunidades nativas Candoshi y Shapra y anexos, recibir tratamiento integral inmediata contra la Hepatitis B, por parte del Gobierno Regional de Loreto a través del Ministerio de Salud y las instancias correspondientes, otorgando la prestación del servicio de salud que incluirá la provisión de medicamentos y el permanente tratamiento de los portadores de esta enfermedad y la prevención para las comunidades nativas Candoshi y Shapras y anexos que se encuentran infectados con la hepatitis B”. (Numeral 2). Pero incluso, la jueza va más allá, pues aceptando uno de los pedidos de la demanda, “ordena la inclusión y participación de los demandantes, dentro de los programas de salud, desarrollado por el Ministerio de Salud y el Gobierno Regional a través de su Dirección Regional de Salud, u otra institución que asuma la responsabilidad que tiene implementado (sic), con una intervención directa sobre los problemas de salud y desarrollo de sus comunidades, bajo responsabilidad”.

Caso Majes Sigvas II. STC N° 01939-2011-PA/TC (resolución aclaratoria)²⁶. Se trata de una demanda presentada por el Gobierno Regional de Cusco y el Municipio Provincial de Espinar contra el proyecto Majes Sigvas, pues este intentaba hacer llevar agua de Cusco a Arequipa, sin antes garantizar el acceso al agua de la población de Espinar, Cusco. Se le pregunta al TC lo siguiente en relación con su sentencia: “b) si en la elaboración del nuevo Estudio de Balance Hídrico Integral serán consultadas las Comunidades Campesinas de las provincia de Espinar, que, según refiere, serían afectadas por el “déficit de agua”,” (f.j. 2). El TC responde en la resolución aclaratoria lo siguiente: “ En cuanto a los puntos b), c) y d), conforme con la sentencia emitida por el Tribunal Constitucional, es el órgano tripartito integrado por el gobierno de competencia nacional y los Gobiernos Regionales del Cusco y Arequipa, el que se encuentra en la obligación de posibilitar, si así lo estima pertinente, la participación de un representante de las aludidas “comunidades campesinas” (sic) en el “Estudio Técnico de Balance Hídrico Integral” ordenado por este Colegiado, conforme a los criterios que se exponen en la presente resolución”. (f.j.4)

²⁵ Ver: <http://www.justiciaviva.org.pe/notihome/notihome01.php?noti=767> (última visita 18 de diciembre de 2012).

²⁶ Ver: <http://www.justiciaviva.org.pe/notihome/notihome01.php?noti=737> (última visita 18 de diciembre de 2012).

Varias son las críticas a esta sentencia, la primera es la violación del principio de congruencia: La violación al derecho a la consulta si fue planteado por la demanda de amparo del Municipio Provincial de Espinar tal como lo reconoce al inicio de su sentencia el propio TC, sin embargo, el TC guardó un injustificado silencio sobre ese extremo. Ello constituye una violación del principio de congruencia, el cual exige precisamente la congruencia entre demanda y sentencia (exp. N° 0008-2003-AI/TC, f.j. 2). En segundo lugar, el derecho a la consulta si bien tiene relación con el derecho a la participación es un derecho autónomo: El TC confunde consulta con participación. La participación de un representante de las comunidades campesinas en el comité tripartito no exonera al Estado de su obligación de realizar la consulta previa con las comunidades campesinas de Espinar. Y finalmente, el cumplimiento del derecho a la consulta no está sujeto a la discrecionalidad del Gobierno: El TC dice “el que se encuentra en la obligación de posibilitar, si así lo estima pertinente,”. La redacción es ambigua y parecería que la consulta no depende de los criterios fijados en el Convenio 169 de la OIT sino de la discrecionalidad del Estado. Sobre el particular habría que recordarle al Gobierno que el verbo que utiliza el Convenio 169 de la OIT en el artículo 6 no es que los gobiernos podrán sino que “deberán” realizarse la consulta. El TC es ambiguo y contradice su propia jurisprudencia.

Caso sobre Justicia Comunal. STC N° 00220-2012-AA. No terminamos de entender esta reciente sentencia del TC recaída en el exp. N° 00220-2012-AA. En vez de utilizar el artículo 149 de la Constitución que reconoce la facultad de administración de justicia de las comunidades campesinas, los artículos 8 y 9 del Convenio 169 de la OIT que reconocen la justicia indígena, o los criterios desarrollados por el Acuerdo Plenario de la Corte Suprema que reconoce facultades jurisdiccionales a las rondas campesinas, y que desarrolla importantes reflexiones sobre el derecho de los pueblos indígenas a impartir justicia de acuerdo a sus propias costumbres, el TC analiza los hechos desde la perspectiva del poder disciplinario sancionador de las organizaciones de interés público, y para nada hace mención de las anteriores normas. No es un simple olvido, la facultad de administración de justicia por parte de los pueblos indígenas, es una concreción de por lo menos tres derechos fundamentales, el derecho a la tutela judicial efectiva, el derecho a la identidad cultural y el derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas, este último después se concretara en la autonomía de las comunidades campesinas.

Pierde el TC una oportunidad para desarrollar cuales de las garantías que componen el debido proceso y la tutela judicial efectiva, se aplican a la justicia indígena, toda vez que si aplicamos todas las garantías que ella contiene, terminamos vaciando de contenido el derecho a la identidad cultural. Finalmente se viola el derecho a la igualdad no solo cuando se trata diferente a los iguales, sino cuando se trata igual a los que son diferentes. En el presente caso queda en evidencia, que el TC no ha tomado para nada en consideración que se trata de una comunidad campesina, es decir un pueblo indígena, que tiene una cultura distinta. Antes bien los ha tratado como si fueran una persona jurídica más.

5. En materia de control constitucional de la economía

Caso de incremento de sueldos de jueces. STC N° 03919-2010-PC/TC²⁷. El TC declaró fundada la demanda de cumplimiento interpuesta por jueces de Lambayeque contra el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, a efectos de que se nivele los ingresos de los jueces superiores, jueces especializados o mixtos y jueces de paz letrados, conforme lo dispone el artículo 186, inciso 5, literal b de la Ley Orgánica del Poder Judicial (D.S. N° 017-93-JUS). El tema de fondo es acerca del criterio que debe tenerse en cuenta al realizar el control constitucional de decisiones económicas. En otras palabras, debe examinarse, si solo se atiende el marco normativo constitucional al momento de resolver, o se resuelve en función de las consecuencias de la decisión, es decir, el impacto de esta decisión en el presupuesto. En el presente caso, no se trata solo del cumplimiento de normas legales, dado que estamos ante el pago de los salarios de los jueces, lo que está detrás no es otra cosa que la vigencia de los derechos sociales. El punto central es analizar la constitucionalidad del argumento consecuencialista, es decir, del argumento que exige mirar y decidir en función de las consecuencias de las decisiones. El control constitucional de las decisiones económicas, tiene una especial conexión con el concepto de Estado Social, el cual cobra sentido, en un país como el nuestro, con profundas desigualdades sociales, económicas y políticas, y donde la actuación del Estado a través de la inversión de recursos del presupuesto, se hacen necesarios, para enfrentar la situación de pobreza y pobreza extrema de peruanos. En conclusión, preservar el control constitucional sobre decisiones económicas es defender la eficacia jurídica de los derechos sociales, los cuales tienen su fundamento en la dignidad humana, y su realización es esencial para la paz social, para asegurar la gobernabilidad y la democracia, en un país como el nuestro con profundas e intolerables desigualdades.

6. Cuestionamientos al magistrado Carlos Mesía

El 13 de Setiembre del 2012, el programa periodístico “Tribuna Abierta” difundió un video que da cuenta de un almuerzo sostenido en el ya conocido restaurante “Brujas de Cachiche”, entre el magistrado del Tribunal Constitucional (TC), Carlos Mesía, con un grupo de comensales. En el mismo, también participaron los magistrados Gerardo Eto y Óscar Urviola. Este evento social no tendría nada de malo –el matrimonio Mesía tiene el derecho de invitar a almorzar a quien le plazca–, si no fuera porque asistieron conocidos abogados que patrocinan importantes causas ante el TC. Causas que el señor Mesía va a decidir. Es el caso de Natale Amprimo y Augusto Ferrero, conocidos abogados y asesores del Cardenal Juan Luis Cipriani en procesos contra la Pontificia Universidad Católica del Perú, entre ellos el juicio de amparo que la PUCP perdió el año 2010 y que, en la actualidad, sigue en trámite ante el TC gracias a un recurso denominado “apelación por salto”, interpuesto precisamente por estos señores abogados del Cardenal, con la finalidad de acabar con los otros juicios en curso. Por ende, lo que decidan los magistrados del TC –entre ellos el señor Mesía- en relación a esta “apelación por salto” es clave para el Cardenal y la universidad católica.

²⁷ Ver: <http://www.justiciaviva.org.pe/notihome/notihome01.php?noti=908> (última visita 18 de diciembre de 2012).

En consecuencia, el señor Mesía se reunió y almorzó con los abogados de una de las partes de uno de los litigios más sonados ante el TC. Este hecho es absolutamente inaceptable y debe merecer una exhaustiva investigación por parte del Parlamento, el mismo que –por lo menos– debería citar a Mesía a que explique por qué se reúne con los abogados de una de las partes de un proceso en giro y los invita a almorzar. Si bien los litigantes tienen derecho a solicitar audiencia con los magistrados para indagar sobre la marcha del proceso, ello debe hacerse dentro del horario de atención del TC, en las oficinas de los magistrados y debe quedar debidamente registrado en recepción del TC.

7. Cuestionamientos al Congreso por la demora en la elección de los magistrados del TC

Resulta ya escandalosa la falta de voluntad política del Congreso para elegir a los magistrados del TC. Es más resulta inaudito que haya magistrados como Juan Vergara Gotelli que sigan administrando justicia constitucional a pesar que su mandato cesó hace tres años. No es el único caso, el mandato de Carlos Mesía acabó hace un año y 6 meses, el de Ricardo Beaumont hace 6 meses, y el de Fernando Calle, Eto Cruz y Ernesto Álvarez hace 3 meses. Todo parece indicar que para el Congreso hay temas más importantes que la elección de los magistrados del máximo órgano de control de la constitucionalidad y de protección de los derechos fundamentales.

Magistrados del TC	Fue elegido	Acaba
Juan Vergara Gotelli	16 de diciembre de 2004	16 de diciembre de 2009
Carlos Mesía Ramírez	13 de julio de 2006	13 de julio de 2011
Ricardo Beaumont Callirgos	29 de junio de 2007	29 de junio de 2012
Fernando Calle Hayen	7 de septiembre de 2007	7 de septiembre de 2012
Gerardo Eto Cruz	7 de septiembre de 2007	7 de septiembre de 2012
Ernesto Álvarez Miranda	7 de septiembre de 2007	7 de septiembre de 2012
Óscar Urviola Hani	11 de junio de 2010	11 de junio de 2015

Elaboración: IDL-Justicia Viva

El hecho de tener magistrados con mandato fenecido hace tres años socaba la credibilidad del TC, pues estamos ante jueces con una legitimidad política disminuida, ya que fueron elegidos para ocupar sus cargos por un periodo específico. Si bien la ley 28943 establece que continuarán en el ejercicio de sus funciones los magistrados con mandato concluido hasta que hayan tomado posesión las personas que los sucederán en el cargo, ello no justifica que un magistrado se quede tres años. El artículo 201 de la Constitución es muy claro: solo dura 5 años el mandato y no hay reelección. En los hechos ha operado una suerte de reelección.

Conclusiones

- Como se puede advertir, hemos destacado las que consideramos las principales sentencias. Aunque se nos quedan en el tintero el Caso Ernesto Schütz, STC N° 03681-2012-PHC; el caso de ejecución de sentencias constitucionales, STC N° 01601-2012-PA; el caso improcedencia del pedido de Javier Ríos Castillo, STC N° 00265-2012-PA/TC; el caso

de las sentencias contradictorias, STC N° 02779-2011-PA/TC; Caso Tineo, STC N° 00156-2012-HC, etc.

- Como siempre hablar de las sentencias del TC es hablar de sentencias positivas bien argumentadas, pero también de sentencias con serios problema de motivación. Uno no puede generalizar. En otras palabras ni todas son buenas ni todas son malas. El problema no es que las sentencias sean del gusto de todos, lo cual es imposible, sino que estén bien fundamentadas, independientemente que estemos de acuerdo con ellas. Asimismo, encontramos sentencias ambiguas que al querer quedar bien con todos, terminan evidenciando problemas de consistencia y de motivación, como es el caso de la sentencia en el Caso Conga.
- Comienza a evidenciarse una tendencia que viene de atrás, y es que muchos conflictos que involucran a pueblos indígenas, comienzan a ser reconducidas a la justicia constitucional, lo cual resulta positivo, sobre todo por el lado que no terminan siendo resueltos a través de mecanismos extra sistema, que resultan peligrosos pues socavan la institucionalidad democrática.
- Podemos sacar de esta rápida mirada constitucional, es el destacado papel que comienzan a jugar los jueces ordinarios que resuelven procesos constitucionales en la defensa de los derechos fundamentales, sobre todo, las sentencias que han sido expedidas en proceso de hábeas corpus, sobre todo en casos de criminalización de los activistas de derechos humanos. Esto es importante pues siempre se decía que los jueces ordinarios no habían interiorizado los derechos y valores constitucionales.
- El proceso de habeas corpus se está convirtiendo en una poderosa arma para realizar el control constitucional de detenciones arbitrarias de parte de la Policía y del Ministerio Público, en perjuicio de activistas de derechos humanos. No se trata de casos aislados, se trata de una línea que comienza a consolidarse.
- Tanto la falta de elección de los magistrados del TC por parte del Congreso como actos como los protagonizados por los magistrados del TC sin lugar a dudas, comprometen y socavan la institucionalidad y la confianza de la opinión pública en el TC.

Capítulo V

Sistema interamericano en la mira

El Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH) atraviesa una de sus crisis más álgidas. Algunos de los Estados integrantes de la OEA se han empeñado en iniciar un proceso de “fortalecimiento” de la CIDH, que tiene algo de parecido a la reforma judicial durante la época fujimorista aquí en el Perú. Es decir, un proceso que buscaría petardear y debilitar una instancia que, pese a las críticas, ha servido como carta final para salvar vidas y último bastión de justicia para personas a las que les hubiera sido imposible conseguirla en sus propios países, por diversas razones.

Y es que la CIDH le cae pésima a los Estados y a otros actores. Ahora último las empresas privadas, especialmente las transnacionales, están entrando al apanado. Pero esta situación no debería ser una novedad. La CIDH está hecha para caerle mal a todas y todos en algún momento, pues la naturaleza de esta instancia es actuar como fiscal en la defensa de los derechos de las personas marginales, débiles, que van a contracorriente en sus países y que por tanto tienen menos posibilidades de ganar un caso en un Estado con un sistema de justicia endeble y con tendencia a someterse a poderes fácticos y ocultos.

Por ejemplo, durante los años noventa del siglo pasado las víctimas de Barrios Altos y La Cantuta tenían imposibilitado ganar un juicio en el Perú. Por la grave campaña de desinformación los llamaban terroristas, cuando estaban lejos de serlo. Lo mismo ocurría en su momento con los defenestrados magistrados del Tribunal Constitucional que votaron contra la re-reelección de Alberto Fujimori; o si no vamos a casos límites: con el integrante del MRTA, Castillo Petruzzi (quien ganó ante la Corte por haber sido procesado por un tribunal sin rostro); o Lori Berenson (la Corte Interamericana ordenó que se le realice un nuevo juicio por haber sido juzgada sin las mínimas condiciones que merece todo ser humano); o con la Comunidad Mayagna Sumo Awas Tingui (los indemnizó porque Nicaragua concesionó sus tierras violando sus derechos colectivos a la propiedad y calidad de vida); y en el reciente caso de los comandos Chavín de Huántar (según la CIDH tienen que volver a pasar por un juicio porque la justicia militar no es competente para juzgar ejecuciones extrajudiciales).

Aquí se ve que la Comisión y la Corte realmente son justicia ciega, en el mejor sentido de la palabra. Y en el caso de la CIDH, fiscalía ciega. No les importa si a las víctimas se las llama terroristas, rateros, héroes, ignorantes, panteístas o más. Lo único que les interesa es que se

cumplan los requisitos legales y que se hayan violado derechos humanos. Por eso, en algún momento todas y todos hemos estado molestos con esta instancia, pero, pese a ello, jamás se nos ha ocurrido pedir una transformación radical de una institución que ha hecho bastante bien su trabajo, pese a que la integran seres humanos que pueden cometer equivocaciones.

Por eso sostenemos que este ensañamiento, esta intención de arrebatar independencia y protagonismo a la CIDH y, de paso, al Sistema Interamericano, no son nuevos. En diversos momentos los Estados se han opuesto a los dictámenes de la Comisión y la Corte Interamericanas; lo novedoso ahora resulta la coincidencia de intereses de varios países en cambiar el rumbo de la CIDH, de quitar a su fiscalizador internacional de derechos humanos de en medio y de convertirlo en un mero “promotor” de derechos humanos, como si una campaña de valores fuera suficiente para salvaguardar los derechos humanos en el Perú o Latinoamérica toda.

Sin embargo, como todo proceso en el que se involucra a Estados, éste está lleno de diplomacia, así que países que quisieran modificar abruptamente la labor que realiza el Sistema Interamericano (Venezuela y Ecuador), y aquellos que confían y lo apoyan, como Chile, Estados Unidos (pese a que no es parte de él), han iniciado un pulseo de fuerzas llamado “fortalecimiento”.

Con este espíritu, el 29 de junio de 2011 la OEA encargó a un Grupo de Trabajo (en adelante también GT) para que analizara la situación actual de la CIDH. Como resultado, el mencionado Grupo de Trabajo produjo un Informe, el cual fue aprobado el 25 de enero de 2012 por el Consejo Permanente de la OEA.

El proceso de reforma de la CIDH no se ha dado en el vacío. Cabe hacer ciertas precisiones para comprender el contexto político que propició que éste se emprendiese a solo tres años de la última reforma de reglamento de la Comisión.

En marzo del 2011 se produjeron diferencias entre la CIDH y el Secretario General de la OEA por la reforma del artículo 11 del reglamento de la Comisión, referente a la elección de su Secretario Ejecutivo. Posteriormente, el otorgamiento de una medida cautelar en el caso de comunidades indígenas en contra de la construcción de la represa Belo Monte, en la Amazonía de Brasil, desató protestas de dicho Estado sobre la labor de la CIDH ante la adopción de dichos remedios procesales. Al mismo tiempo, el Estado ecuatoriano cuestionó la labor de la Relatoría Especial de Libertad de Expresión, considerada por ellos parcializada contra el gobierno del presidente Rafael Correa.

A partir de dichas polémicas, la discusión sobre la elección del Secretario Ejecutivo derivó a materias como el otorgamiento de medidas cautelares, los plazos en la admisión de peticiones, la presencia del Capítulo IV (relación de Estados donde se presentan mayores vulneraciones de derechos humanos) en los informes de la CIDH y el rol de las relatorías.

Cabe mencionar que varias organizaciones de derechos humanos han mostrado su preocupación ante ciertas recomendaciones del Informe del Grupo de Trabajo, indicando que con ellas algunos

Estados estarían buscando debilitar el SIDH antes que fortalecerlo. Este es el sentido del comunicado emitido por algunas organizaciones de sociedad civil emitido en diciembre del 2011:

“... resulta de suma preocupación que varias de las recomendaciones incluidas en el informe puedan ser el punto de partida para un proceso de debilitamiento del SIDH. Al hacer pública su preocupación respecto del funcionamiento de la CIDH, algunos estados expresaron críticas relacionadas con el envío de casos a la Corte y otro tipo de resoluciones que la CIDH adoptó en el cumplimiento de su rol de protección. En ese sentido, creemos que una discusión en esos términos puede transformarse en un proceso que disminuya o limite la capacidad de protección de la CIDH, afectando así al Sistema Interamericano de Derechos Humanos en su conjunto...”.

Tras la entrega del Informe del Grupo de Trabajo, la CIDH ha presentado dos escritos en relación a este proceso: uno el 9 de abril de 2012 y otro el 23 de octubre de 2012. En ambos documentos la Comisión reafirma la independencia y autonomía que le corresponde en la elaboración de sus reglamentos, tal como dispone el artículo 39 de la CADH, y acoge las recomendaciones del Grupo de Trabajo en la medida en que consideren que se adecúen a continuar con el desempeño idóneo de su misión. (LRV).

Capítulo VI

Intimidación a la libertad de información y expresión: el costo de fiscalizar al sistema de justicia

Este año también se ha caracterizado por dos claras muestras de intolerancia y amedrentamiento a las libertades de información, expresión y opinión. Las pretensiones del consejero Vladimir Paz de la Barra y del ex fiscal Mateo Castañeda Segovia, de demandar al IDL por un total de diez millones de soles (cinco millones cada uno) por haber difundido, opinado y exigido investigación respecto de polémicos hechos en sus desempeños como consejero y como postulante a la Fiscalía Suprema, correspondientemente, evidencian el desconocimiento de las reglas de convivencia de toda sociedad democrática: que las autoridades y postulantes a autoridades están especialmente sujetas al escrutinio y fiscalización de la sociedad civil, y que una pretensión como las demandas millonarias que pretenden no se ajustan a los cánones del respeto a los derechos fundamentales.

Estas pretensiones, peligrosas en sí por los efectos que pueden tener en otros medios de comunicación que no cuenten con la capacidad de defensa del IDL, descalifican además el principio de *accountability* de toda función pública. Y, sin duda, son materia para un posterior control institucional. Recordemos: tanto el CNM como el Colegio de Abogados se rigen por normatividad ética y disciplinaria que se inspira en el respeto a los derechos fundamentales, entre los que están los derechos de información, opinión y expresión. Sistema de control que, incluso, debiera proceder de oficio o, para ser coherentes, tener incidencia en la elección de las próximas autoridades internas del CNM, en el caso del consejero Paz de la Barra. ¿Podría un funcionario público, que intimida con una millonaria demanda a quienes difunden información objetiva que no le favorece, ejercer cargo como el de presidente de alguna comisión del CNM, o incluso ser elegido como Presidente del Pleno? Creemos que desde una perspectiva de derechos humanos y estado de derecho democrático, ese supuesto vulneraría la legitimidad de una institución, la misma que tanto esfuerzo le está costando construir.

1.1. La millonaria amenaza de demanda del consejero Paz de la Barra

Elconsejero Paz de la Barra, representante de todos los abogados del país en el CNM, amenazó IDL con una demanda millonaria por la publicación de un informe jurídico y un artículo que, a la partir de documentos oficiales, no hizo más que informar y opinar sobre su responsabilidad en un proceso de ratificación. Ello, para el consejero, vulnera su honor.

Aquí explicamos por qué no es así. Ante la denuncia del consejero Paz de la Barra contra otro consejero, García Núñez, sobre presunta responsabilidad por la demora en la notificación de una decisión del CNM que separaba del cargo a un fiscal de Arequipa (es decir, no lo ratificaba); el IDL inició una investigación teniendo en cuenta que la denuncia que se hizo pública involucraba a un alto funcionario del sistema de justicia.

Acto seguido, solicitamos formalmente al CNM las actas del Pleno donde se ventiló el mencionado proceso de ratificación en mención, y además acudimos el 13 de abril a la sesión de la Comisión de Justicia y Derechos Humanos del Congreso para escuchar ambas versiones sobre lo sucedido; es decir, acudimos a fuentes oficiales para conocer el caso. La sorpresa, a la luz de las actas y de la sesión, fue que quien resultó teniendo responsabilidad en la demora de la mencionada notificación era el consejero denunciante: reservó el acuerdo, no impulsó su levantamiento a pesar de ser el ponente del caso y el presidente de la Comisión de Ratificación de entonces, no firmó sino mucho después el acta oficial donde figura el acuerdo, promovió que no se viera el levantamiento de la reserva (lo que el Pleno rechazó) y finalmente no asistió a la sesión en que se decidió, por fin, ejecutar el acuerdo. Es más: preguntado por el Congreso sobre su denuncia contra un congresista que, según el denunciante, habría intentado interferir a favor de la ratificación del fiscal de Arequipa, el consejero no quiso responder a pesar de la insistencia y sorpresa de los parlamentarios.

No se ha indicado en su pretensión millonaria, por ejemplo, qué dato falso hay en el informe elaborado o qué palabra injuriente o agravante le dirigimos. Sin duda, ante un informe de esta naturaleza el consejero puede disentir y explicar sus razones, señalar otros documentos, etc. Pero en su lugar, su respuesta ha sido amenazar al IDL con interponer una demanda millonaria.

Lamentablemente, el control profesional que debiera realizar el Colegio de Abogados de Lima por este tipo de intimidaciones de un miembro de la Orden, no funcionó. Puesto en conocimiento al entonces decano Raúl Chanamé, la respuesta fue un “[dimos a conocer](#)”, y la Junta de Decanos prosiguió a “respaldar la acción fiscalizadora” del consejero Paz de la Barra en el CNM ([Declaración de Ica](#)). ¿Habrá tenido algo que ver en esta respuesta, el hecho que el consejero Paz de la Barra apoyó a Chanamé en su candidatura al CAL y que la esposa de aquél era la entonces Vice Decana del CAL? Lo cierto es que ese control institucional no funcionó, lo que es preocupante.

1.2. La millonaria amenaza de demanda del ex fiscal Mateo Castañeda

El doctor Mateo Castañeda es uno de los ex postulantes al cargo de fiscal supremo en la convocatoria del CNM del año 2010, que pretende demandar al IDL por la exorbitante suma de cinco millones de soles. En resumen, nos acusa de accionar los mecanismos legales y establecidos en la normatividad del proceso de selección de magistrados a cargo del Consejo Nacional de la Magistratura (CNM) cuestionando una candidatura, solicitar que se investigue a fondo los casos de controvertidos dictámenes, hacer el seguimiento de un proceso de selección alargado judicialmente por el propio postulante, y pedir que la decisión final del CNM motive por qué cada una de las interrogantes sobre su candidatura han quedado desvirtuadas.

Esta pretensión del ex postulante, por cierto, desmerecen el perfil del cargo que buscaba alcanzar. Por eso creemos que la decisión del CNM de no nombrarlo como fiscal supremo estuvo acorde al derecho, en respeto a los derechos fundamentales y a la vida democrática en el país.

De otro lado, llama la atención la coincidencia de ciertos aspectos entre las pretendidas demandas por ejercer nuestro derecho a la libertad de información y expresión. Primero, que ambas solicitan el mismo monto pecuniario: cinco millones de soles. Y segundo, que el primer demandante, el consejero Paz de la Barra, votó a favor de la elección como fiscal supremo del segundo demandante, Mateo Castañeda; respecto del mismo concurso sobre el que el IDL participó activamente como sociedad civil.

En todocaso, nos queda claro que ambas pretensiones encajan perfectamente en los supuestos de demandas civiles que buscan como principal efecto acallar la crítica en la región, tal como ha venido indicando desde hace buen tiempo la Relatoría para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Un amedrentamiento que no se puede permitir, mucho menos tratándose de la fiscalización y seguimiento a la actividad del sistema de justicia y del CNM, institución que se encuentra en un momento crucial. (CSDC).

Sección II

Derechos de Pueblos Indígenas

Capítulo I

Hacia un balance del estado de la coordinación entre la jurisdicción especial y la jurisdicción ordinaria

Con la aprobación de la Constitución Política en 1993 se configuró un nuevo diseño normativo que permitía reconocer la diversidad étnica y cultural en varios de los articulados establecidos. Particularmente este reconocimiento tenía especial concreción en el ámbito de la impartición de justicia con el artículo 149, que facultaba a las autoridades de las comunidades campesinas y nativas con el apoyo de las rondas a ejercer funciones jurisdiccionales aplicando su propio derecho (derecho consuetudinario). Asimismo, se estableció un mandato al legislador para que desarrollase una ley de coordinación entre esta jurisdicción y la jurisdicción ordinaria, involucrando a la justicia de paz.

Casi simultáneamente, en 1994 nuestro país ratificó el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, tratado pertinente en relación a estos temas porque se reconocía en su artículo 8 el derecho de los pueblos indígenas a mantener sus costumbres e instituciones propias para resolver sus conflictos.

Han transcurrido casi 20 años desde la entrada en vigencia de estas normas y aún existe una serie de problemas que tienen que ver con el reconocimiento de dicha potestad jurisdiccional por parte de las comunidades campesinas y nativas, negando los postulados constitucionales y el propio avance del derecho internacional de los pueblos indígenas. Sin embargo, también es cierto que se han producido en los últimos años una serie de aproximaciones entre ambos sistemas de justicia que merecerían ser analizados críticamente, de allí la necesidad de plantear aquí un balance, identificando esas señales positivas producidas en el último año, que indicarían que se puede presumir algunos cambios en las visiones tradicionales que existían en la magistratura.

1. Cambios a nivel judicial en los últimos años

El año 2009 es una fecha singular para entender diversos hechos que configuraron al interior del Poder Judicial una nueva dinámica y capacidad de comprensión de cómo debía asumirse la coordinación con la justicia comunal. Por un lado, lo que venía sucediendo en el país, en el sentido que en este periodo de tiempo había proliferado una serie de conflictos sociales que involucraban a comunidades ya sean campesinas o nativas.

No se trataba de hechos menores, ya que en el primer semestre del 2009 se desarrolló en el país uno de los hechos de violencia más importantes entre autoridades estatales y comunidades nativas que protestaban por unos decretos legislativos no consultados. Nos referimos a los sucesos lamentables de Bagua que dejaron una serie víctimas pero que además impactó en el funcionamiento de las diversas entidades estatales, y sobretodo, contribuyó a visibilizar una serie de problemas de los pueblos amazónicos, que obligaron al Estado a incorporar en la agenda pública los problemas de las comunidades campesinas y nativas, incluso renombrados oficialmente, especialmente para los amazónicos, como pueblos indígenas.

Bajo este contexto, la corporación judicial no podía estar al margen de lo que ocurría en el país y es así que en noviembre del 2009 aprueban el Acuerdo Plenario N° 1/2009 que establece como Doctrina Jurisprudencial, vinculante para todos los jueces de la República, que cuando las rondas campesinas actuasen resolviendo conflictos, están ejerciendo la facultad establecida en el artículo constitucional 149.

La aprobación de este acuerdo jurisprudencial por parte de la Corte Suprema estableció un corte simbólico entre lo que hasta ese momento había sido un punto controvertido, es decir, si las rondas campesinas tenían o no la facultad jurisprudencial a la que se refería la Constitución. Por lo que a partir de la interpretación que se hizo en dicha disposición zanjó una discusión que se daba en los espacios jurisdiccionales y en los académicos y que tendría consecuencias prácticas no sólo para las rondas campesinas sino para todas las autoridades de la justicia comunal o indígenas que ahora tenían un pronunciamiento jurisdiccional que los ponía en la palestra.

Es por ello que consideramos que una lectura completa del significado de este Acuerdo Plenario tiene que ser contextualizado con lo que había ocurrido en el país meses anteriores con las poblaciones indígenas y tendría más adelante un efecto en los enfoques que empezaban a plantearse para atender desde el Poder Judicial las demandas de las autoridades de comunidades y rondas para ser reconocidos como pares que requieren coordinar con las autoridades jurisdiccionales de conformidad con el artículo 149²⁸.

Entonces, ya no se trataba solamente de un problema de acceso a la justicia, sino que había paralelamente, y en algunas regiones incluso con más significado, un sólido sustento en el derecho a la identidad étnica y cultural que significaba que detrás de la posibilidad de ejercer la facultad jurisdiccional había una reivindicación por promover mecanismos de diálogo intercultural en el ámbito de la Justicia, que conllevaran a modificar la forma cómo habían venido desempeñándose los jueces.

²⁸Un análisis de este acuerdo plenario puede verse en: En LA ROSA CALLE, Javier y RUIZ MOLLEDA, Juan Carlos (editores), 2010, La Facultad Jurisdiccional de las Rondas Campesinas. Comentarios al Acuerdo Plenario de la Corte Suprema que reconoce facultades jurisdiccionales a las rondas campesinas, Lima: Instituto de Defensa Legal. También en el artículo de Víctor PRADO SALDARRIAGA “El acuerdo plenario N° 1-2009/CJ-116 de la Corte Suprema. Rondas Campesinas y el Derecho Penal”. En: PODER JUDICIAL. Congresos Internacionales sobre Justicia Intercultural en Pueblos Indígenas, Comunidades Andinas y Rondas Campesinas. Fondo Editorial del Poder Judicial, Lima, 2011. pp. 171-175.

Lo señalado ayudaría a entender cómo se ha ido re-perfilando desde esa fecha desde el Poder Judicial la existencia de un fuero indígena-comunal-rondero que tiene basamento constitucional y convencional (nos referimos al Convenio 169 de la OIT) para ejercer la función jurisdiccional y que requiere coordinar casos concretos con jueces, fiscales y policía nacional para brindar una legítima solución a las controversias presentadas.

En este sentido, reseñamos en primer orden la creación en diecinueve distritos judiciales de escuelas o institutos de justicia intercultural, los cuales aspiran ser espacios de confluencia entre magistrados y autoridades indígenas, comunales y ronderas, de manera que puedan promover al interior de sus zonas de influencia geográfica el diseño y ejecución de políticas jurisdiccionales interculturales.

La experiencia de desarrollo de estas escuelas o institutos ha sido diferente dependiendo de quienes conformaban dicho colegiado, pudiendo verificarse que en algunos lugares incorporaba a representantes de las comunidades y rondas campesinas. De ese modo, en cortes como Cajamarca, Cusco o San Martín fue evidente el activismo de sus integrantes, quienes en alianza con entidades de sociedad civil llevaron a cabo diversas actividades, ya sea de formación o de incidencia.

También en durante estos últimos años se dieron algunos sucesos que establecieron hitos importantes en el proceso de cambios sobre el estado de la coordinación. Mencionamos los principales:

- La incorporación del Programa de Acceso a la Justicia de Comunidades Rurales (Projur) al Poder Judicial para desarrollar acciones a favor de la coordinación entre los sistemas de justicia. Al respecto debe señalarse que este programa creado en el 2005 y desarrollado en los distritos judiciales de Cajamarca, San Martín y Apurímac constituyó uno de los pocos y legitimados aportes que desde organizaciones de sociedad civil se hacía al Poder Judicial hasta su incorporación al Poder Judicial en el 2010, siendo pertinente mencionar que buena parte del dinamismo de las cortes locales en los lugares mencionados respondió al apoyo recibido²⁹.
- El desarrollo de los Congresos de Justicia Intercultural en La Merced (setiembre del 2010), en Cajamarca (diciembre del 2010), en Huaraz (noviembre del 2011) y Lima (diciembre del 2012), los cuales de forma inédita en el Poder Judicial convocaron a magistrados de los distintos distritos judiciales y a representantes de comunidades campesinas, comunidades nativas y rondas campesinas quienes debatieron de forma horizontal una serie de temas sobre acceso a la justicia y coordinación entre sistemas de justicia. Mención aparte tenemos que hacer sobre las recomendaciones que se formularon en ambos eventos, todos ellos

²⁹ REGALADO GUTIERREZ, José. “Los aportes del proyecto Projur al sistema de justicia. Acceso a la justicia en las comunidades rurales”. En Revista La Otra Justicia N° 1. Oficina Nacional de Justicia de Paz del Poder Judicial y Proyecto de Acceso a la Justicia en Comunidades Rurales, Lima 2011, p. 36.

resumidos en la invocación a una necesaria coordinación entre el Poder Judicial y la jurisdicción emanada de las comunidades y rondas campesinas.

- Otro hecho significativo ha sido la elaboración y discusión parcial del proyecto de ley de desarrollo legislativo del artículo constitucional 149 sobre coordinación entre jurisdicción ordinaria y la jurisdicción comunal realizado en las Cortes Superiores de Cajamarca, Cusco y San Martín. Este documento fue asumido por la Corte Superior de Cajamarca y presentado al Presidente del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial quien lo remitió para su discusión en el I Congreso de Justicia Intercultural de La Merced en setiembre del 2010 siendo materia de debate en el II Congreso llevado a cabo en la ciudad de Cajamarca así como en el IV Congreso desarrollado en Lima.
- Creación del registro nacional de operadores de la jurisdicción especial a cargo de la Oficina Nacional de Justicia de Paz (ONAJUP) a través de la Resolución Administrativa N° 370-2010 del 5 de noviembre del 2010. Siendo este hecho importante porque era la primera vez que desde una oficina del Poder Judicial se asumía el esfuerzo de registrar a quienes ejercían la justicia comunal o indígena, reconociendo con ello esta práctica.
- Reasignación de funciones sobre justicia comunal o indígena a la Oficina Nacional de Justicia de Paz (ONAJUP) a través de la Resolución Administrativa N° 417-2010-CE-PJ del 13 de diciembre del 2010. Es decir, se encargaba a la ONAJUP, que abordaba principalmente el tema de la Justicia de Paz, que asumiera una función adicional de promover la coordinación con los otros sectores de la justicia.
- Creación de la Comisión de Trabajo sobre Justicia Indígena y Justicia de Paz, ocurrida en mayo del 2011³⁰, con el propósito de elaborar una Hoja de Ruta en la relación del Poder Judicial con la Justicia Indígena y proponer dos proyectos de ley, uno referido a la Justicia de Paz y otro referido al desarrollo legislativo del artículo 149. Este hecho resultaba bastante significativo porque correspondía a la gestión del presidente de la Corte Suprema y resultaba revelador del derrotero que se quería imprimir a su gestión en estos ámbitos: establecer un derrotero que oriente el accionar de la corporación judicial y que permita un mejor acceso a la justicia de los ciudadanos.

Cabe señalar que esta Comisión concluyó sus acciones en setiembre del 2011 formulando los proyectos de ley en mención que se presentaron al Congreso de la República en el mes de octubre siguiente, aprobándose la Ley de Justicia de Paz a través de la ley 29824 publicada el 3 de enero del 2012³¹.

- Desarrollo de los encuentros preparatorios del IV Congreso de Justicia Intercultural llevados a cabo en el segundo semestre del 2012, lo que ha permitido plantear el debate sobre la

³⁰ Mediante la [Resolución Administrativa N° 202-2011-P-PJ](#).

³¹ En el caso del proyecto de ley de coordinación intercultural de la justicia (proyecto de ley N° 313/2011-PJ) se encuentra actualmente para su estudio en la Comisión de Justicia y Derechos Humanos, así como en la Comisión de Pueblos Andinos, Amazónicos y Afroperuanos del Congreso de la República.

coordinación entre la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción especial a partir de una metodología de resolución de casos. Al respecto, estos eventos se llevaron a cabo en 28 de los 31 distritos judiciales y sus conclusiones fueron plasmadas en este evento nacional llevado a cabo en Lima.

Estos acontecimientos habrían contribuido a establecer un derrotero diferente desde las más altas instancias del Poder Judicial que vislumbrarían una adecuada continuidad de políticas a través de la ONAJUP, que tendría el encargo de seguir la hoja de ruta en relación a lo que debe hacerse sobre estas importantes esferas de la impartición de justicia, muy extendidas en ámbitos rurales pero también en zonas urbano-populares.

Es por ello que consideramos valioso y oportuno que desde el Poder Judicial se establezca este mecanismo de trabajo que permitirá establecer políticas públicas respecto de cómo deben relacionarse ambas jurisdicciones, de manera plural, respetuosa de sus fueros y de los derechos fundamentales, estableciéndose de este modo las herramientas para destrabar aquellos obstáculos que han impedido durante años tener una mirada pluricultural de la Justicia.

2. Desafíos pendientes para el 2013

Para el nuevo periodo judicial que se inician existen una serie de retos que deberían ser considerados, dando una línea de continuidad a lo hecho en los últimos años. En tal sentido proponemos:

1. Afianzar esta tendencia surgida al interior del Poder Judicial para promover una política jurisdiccional que asuma el diálogo como metodología de acción frente a las diversas autoridades de justicia de las comunidades y rondas campesinas. Incorporando en este proceso un enfoque de interculturalidad.
2. Promover un proceso de participación y consulta previa sobre el proyecto de ley de desarrollo del artículo 149 de la Constitución con las comunidades y rondas campesinas³². Luego de lo cual debería ser aprobado por el Congreso de la República.
3. Apoyar los esfuerzos de las Cortes Superiores de Justicia para institucionalizar espacios permanentes de diálogo respecto a una mejor coordinación entre los sistemas de justicia. La creación y fortalecimiento de los institutos y escuelas de justicia intercultural son una oportunidad para ello³³.

³² Puede verse al respecto el artículo de LEVAGGI TAPIA, Renato, 2011, Impulso del Poder Judicial para la Coordinación con la Jurisdicción Especial Indígena, en INSTITUTO DE DEFENSA LEGAL, Balance de la Justicia y de los Derechos de los Pueblos Indígenas en el Perú del 2011, Lima: Instituto de Defensa Legal, p. 105 y ss. (<http://www.justiciaviva.org.pe/webpanel/publicaciones/archivo09022012-105501.pdf>, última visita 18 de diciembre de 2012).

³³ Al respecto creemos que tendría que involucrarse a otras autoridades jurisdiccionales como son los fiscales y las autoridades de la Policía Nacional. En este sentido coincidimos con lo sustentado en el artículo de VERGARA RODRIGUEZ, Roxana: "Discursos y posibilidades en la Corte de Cusco en torno a una justicia

4. Proponer a la Academia de la Magistratura una reformulación de sus planes de formación para jueces y fiscales, incorporando en la currícula cursos sobre interculturalidad y justicia.
5. Fortalecer y ampliar la cobertura de la ONAJUP de manera que sea en Lima la institución rectora de Justicia Intercultural. En tal sentido, es oportuna la recomendación formulada en la [Declaración de Lima](#), suscrita al finalizar el IV Congreso de Justicia Intercultural que señala que debería constituirse la Escuela Nacional de Justicia Intercultural, así como elaborarse un protocolo de relacionamiento entre la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción especial basándose en el proyecto de ley N° 313/2011-PJ y en las recomendaciones de los cuatro congresos de justicia intercultural. (JLRC)

intercultural”, publicado en el boletín electrónico “Informando Justicia” del 28 de abril de 2012 (<http://www.justiciaviva.org.pe/notihome/notihome01.php?noti=439> (última visita 18 de diciembre de 2012)).

Capítulo II

El litigio constitucional en favor de pueblos indígenas

1. ¿A qué realidad se intenta responder?

El crecimiento acelerado de la explotación de recursos naturales en los territorios de pueblos indígenas y el amplio desarrollo de la gestión estatal en materia de actividades extractivas (normativo e institucional), no ha ido acompañado del adecuado desarrollo de la institucionalidad estatal de gestión ambiental y en materia de pueblos indígenas. Ello está generando un escenario de crecientes conflictos sociales, como consecuencia de la ausencia de mecanismos eficaces de protección del derecho a vivir en un medio ambiente adecuado y equilibrado para la vida, y de protección de diferentes derechos de pueblos indígenas, tales como el derecho a la propiedad y a su territorio, a los recursos naturales, a la consulta, a la autodeterminación, a que se priorice sus propios modelos de desarrollo, etc.

Ante este escenario, los mecanismos del Estado y del Gobierno para canalizar y procesar las demandas de la población rural e indígenas, afectada por las industrias extractivas, se muestran débiles, lentos, muchas veces burocratizados y en definitiva incapaces de resolver y dar una solución pronta y efectiva. Esto ocasiona no solo conflictos sino que sectores radicales opten por promover salidas violentas y maximalistas, en algunos casos a través de la exacerbación de los conflictos y la confrontación con el Estado, con alto costo en vidas humanas y propiedad privada y pública.

No obstante, si uno escucha con atención las demandas de la población afectada por las industrias extractivas, uno puede fácilmente encontrar que muchos de sus reclamos no son otra cosa que reclamos que exigen el respeto de derechos fundamentales de rango constitucional. Es decir, muchos de estos requerimientos pueden ser “reconducidos” a derechos reconocidos en normas constitucionales de la mayor jerarquía, y que a pesar de ello viene siendo sistemáticamente incumplidos por el Estado por una diversidad de factores. El problema es que la población afectada, solo exige sus derechos ante sus autoridades políticas, y no ante el sistema de justicia que es el órgano del Estado encargado de velar por el cumplimiento de las normas legales, cuando el poder político no lo quiere hacer.

Teniendo en cuenta que la justicia constitucional, constituye una rama del sistema de justicia especialmente diseñada para proteger de forma idónea los derechos fundamentales, en atención

a la jerarquía constitucional y a la importancia que ellos tiene en el ordenamiento jurídico, y que los derechos fundamentales son obligaciones del Estado cuyo cumplimiento puede y debe ser exigido política y luego judicialmente, proponemos el impulso del litigio constitucional de casos emblemáticos que sean representativos de patrones de violaciones a los derechos humanos ante la justicia constitucional, con la finalidad de lograr la protección de los derechos de los pueblos indígenas y una jurisprudencia alternativa, obligatoria, no solo para los casos controvertidos, sino para los casos similares. El fundamento de ello es la mayor jerarquía y preeminencia que tienen las normas que reconocen derechos constitucionales, en relación con las normas que regulan y promueven las actividades extractivas.

Es clave que se comprenda la lógica del litigio en procesos constitucionales en defensa de los derechos de los pueblos indígenas y su diferencia de los procesos judiciales ordinarios. Los primeros tiene en realidad como objetivo, visibilizar y amplificar situaciones de graves violaciones a los derechos humanos. Asimismo, persiguen desencadenar procesos políticos de incidencia en el Estado para dar soluciones ante graves violaciones a los derechos humanos. También se tiene como objetivo, generar una jurisprudencia alternativa y finalmente, si se tiene éxito y se logra una sentencia fundada, impulsar políticas públicas a partir de fallos expedidos por el TC cuando estos sean garantistas y estén ajustados a derecho. En cambio los procesos ordinarios, se agotan en el caso, y tiene como objetivo que se declare fundada la pretensión, pero no atacan patrones de violación a los derechos fundamentales.

2. ¿Que entendemos por litigio constitucional en favor de pueblos indígenas?

Entendemos por litigio constitucional, no el patrocinio tradicional de procesos judiciales en la justicia ordinaria, donde el abogado desplaza a las víctimas en el proceso (si es que no secuestra el conflicto a la víctima), y dónde el objetivo final es obtener una sentencia fundada. El litigio constitucional, lo que busca es desencadenar un proceso político con la finalidad de incidir en el Estado para resolver no un caso, sino un patrón de violaciones a los derechos. Asimismo, este permite poner en agenda política regional y nacional, una problemática específica, que en condiciones normales sería *invisibilizada*, dada la envergadura y trascendencia local (y en el mejor de los casos regional).

En tal sentido, el litigio no se agota en la elaboración y presentación de la demanda. En realidad la presentación formal de la demanda es el puerto de llegada, es decir la última etapa de un trabajo previo de capacitación de los diferentes actores del conflicto (líderes indígenas, periodistas, abogados de ONG's y operadores del sistema de justicia), de movilización social y de articulación política de diversos sectores, de difusión mediática, de discusión y toma de conciencia de sus derechos y del reto de ser protagonistas e interlocutores del Estado, y en definitiva de un proceso donde las víctimas no solo se apropien de la demanda, sino de la construcción colectiva de sus contenidos, donde el abogado se convierte en un simple facilitador y asesor, y donde el protagonismo central, son las organizaciones de las víctimas, las cuales conducen, impulsan y sobre todo, tienen control del proceso político que el proceso constitucional pretende desencadenar.

El litigio no reemplaza otras formas de lucha y de exigibilidad de derechos ante el poder, sino que viene a sumar y potenciar a estas y al mismo tiempo, se vale de estas para obtener mejores resultados. No desplaza la necesaria movilización ciudadana, la incidencia política, el trabajo mediático, sino que se suma a estos. La premisa de esta propuesta es que los procesos constitucionales pueden convertirse bajo determinadas circunstancias en herramientas políticamente muy potentes para proteger derechos. Para nadie es un secreto que el derecho y en especial los procesos constitucionales son un escenario de disputa por el reconocimiento de demandas y de derechos.

3. ¿Hay condiciones para desarrollar litigio constitucional en favor de pueblos indígenas?³⁴

A pesar de las dificultades, consideramos que sí hay condiciones favorables para el litigio constitucional:

a.- Los derechos de los pueblos indígenas reconocidos en el derecho internacional de los derechos humanos tiene rango constitucional. Esta es la principal oportunidad que tienen los pueblos indígenas: el derecho internacional de los derechos humanos reconoce derechos a los pueblos indígenas, lo que implica que estos son de cumplimiento obligatorio dentro del país y que el cuerpo de normas que reconocen estos derechos ostenta rango constitucional. Nos referimos a la Constitución Política, a la jurisprudencia del TC en forma reiterada, a los tratados internacionales y de manera específica al Convenio 169 de la OIT, y a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Es decir se les reconoce a este DIDH la mayor jerarquía en el sistema de fuentes del derecho, lo cual significa que ninguna norma de rango legal o reglamentario (*infra legal*) puede contradecirlo, bajo sanción de invalidez. La consecuencia es práctica, el Congreso y el Gobierno tiene la facultad de configurar sus normas legales y tomar decisiones de índole administrativa, sin embargo, no pueden afectar, amenazar y menos violar los derechos fundamentales, entre los que se encuentra el Convenio 169 de la OIT. En definitiva, los derechos fundamentales son criterios de validez material sustantiva. El problema es que todas estas normas que tiene su origen fundamentalmente en el DIDH son desconocidas o, en el mejor de los casos, subutilizadas.

b.- La existencia de un cuerpo de derechos de pueblos indígenas en el derecho internacional de los derechos humanos. A diferencia de las recientes constituciones políticas de Ecuador, Bolivia y la no tan reciente Constitución de Colombia (vigente desde 1991), nuestra Constitución le reconoce pocos derechos a los pueblos indígenas. Es por ello que debemos recurrir al derecho internacional de los derechos humanos de los pueblos indígenas. Aquí tenemos concretamente varias fuentes de derecho internacional. Nos referimos al Convenio 169 de la OIT, a la jurisprudencia vinculante de la Corte IDH. Tenemos otras fuentes pero que no son vinculantes

³⁴ Se retoman algunas ideas trabajadas en nuestra publicación: RUIZ MOLLEDA, Juan Carlos, 2011, La implementación del derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas. Una mirada constitucional, Lima: Instituto de Defensa Legal, pp. 371 y ss. Ver: <http://www.justiciaviva.org.pe/webpanel/publicaciones/archivo20122011-150924.pdf> (última visita 18 de diciembre de 2012).

como la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Pueblos Indígenas, los pronunciamientos del Comité de Expertos de aplicación de los Convenios y Recomendaciones (CEACR) de la OIT, los pronunciamientos del Relator de Naciones Unidas sobre Pueblos Indígenas, etc. A esto hay que sumar la jurisprudencia de países latinoamericanos con población indígena.

c.- Reconocer que el actual sistema de justicia es diferente al de la época de Fujimori. A pesar de los serios problemas por los que atraviesa el Poder Judicial y el Tribunal Constitucional, y de los recientes retrocesos que este ha experimentado, aún existen condiciones para llevar procesos constitucionales. Como bien sabemos, luego de 10 años de sometimiento del Poder Judicial por parte del gobierno fujimorista, se impulsó una reforma del sistema de justicia que tuvo su momentos más auspicioso con la creación de CERIAJUS durante el gobierno de Alejandro Toledo. Si bien no se llegó a concretar la reforma, existen mayores niveles de independencia comparativamente hablando con el pasado, y la razón de eso está en que los jueces ahora no son nombrados a dedo sino en base a concursos de méritos.

d.- La obligación de los jueces de motivar sus sentencias disminuye posibilidades de sentencias arbitrarias. Impartir justicia no es un acto arbitrario, los jueces deben de explicar no solo el sentido de su fallo sino las razones en que sustentan su fallo. Los jueces en los Estados Constitucionales de Derecho deben de motivar sus sentencias. No basta con citar las normas legales utilizadas, deben de justificar y persuadir de la consistencia lógica y jurídica de sus fallos.

e.- Existe la posibilidad de controlar las sentencias de los jueces a través del amparo contra sentencias. Una sentencia con serios problemas de motivación puede ser cuestionada y revisada a través de lo que se llama amparo contra sentencias judiciales. En tal sentido, una sentencia de la Corte Suprema, por ejemplo, puede ser atacada a través de un amparo si no motivó adecuadamente el sentido de su fallo. Esto abre enormes e importantes posibilidades de control constitucional sobre los jueces.

f.- La idoneidad de los procesos constitucionales para exigir la defensa de los derechos de los pueblos indígenas. A menudo se confunden los procesos ordinarios con los procesos constitucionales. Varias son las diferencias, la finalidad, los plazos, la labor del juez, los costos. Los procesos constitucionales tienen por finalidad exclusiva defender los derechos constitucionales y el respeto de la Constitución, mientras que los procesos ordinarios garantizan el respeto de las leyes en general. En segundo lugar, los plazos en los procesos constitucionales demoran mucho menos tiempo, pues su única finalidad es restablecer la vigencia del derecho violado o amenazado. La tercera finalidad es que en los procesos constitucionales el juez no es convidado de piedra, no es un espectador neutral, su función es hacer todos los esfuerzos por garantizar los derechos constitucionales. La cuarta diferencia tiene que ver con los costos, los procesos constitucionales son gratuitos. En definitiva, no se trata de una protección formal sino de una protección material, concreta y efectiva. Es por eso que tienen cierta autonomía respecto de las reglas procesales de los procesos ordinarios.

g.- El mayor acceso a los procesos constitucionales por parte de la población. A diferencia de los procesos ordinarios, que exigen el pago de costosas tasas judiciales y el cumplimiento de un

conjunto de requisitos formales, los procesos constitucionales no exigen el pago de tasas judiciales y como son más rápidos, no tienen las víctimas que estar movilizándose e incurriendo en gastos onerosos de alojamiento, pasaje, alimentación, etc., para viajar a la capital donde se desarrolla el proceso. Todo ello favorece el acceso a la justicia de las víctimas de graves violaciones a los derechos fundamentales.

h.- Las sentencias del TC tienen fuerza normativa general. Esta es quizá una de las diferencias sustanciales entre los procesos constitucionales y los procesos ordinarios. En los primeros, las sentencias cuando son expedidas por el Tribunal Constitucional generan precedente de cumplimiento obligatorio, dependiendo de su naturaleza. En cambio en los procesos ordinarios, ellas solo obligan a las partes del proceso. En otras palabras, todas las reglas utilizadas por el TC en un caso concreto, constituyen reglas de cumplimiento obligatorio, siempre que nos encontremos en casos similares, a diferencia de los procesos ordinarios donde la sentencia no trasciende a las partes. Esto significa que el TC es en los hechos un legislador positivo. No solo el Congreso crea normas, también los jueces. Es decir, a través de la jurisprudencia podemos desarrollar reglas y principios que permitan implementar los derechos de los pueblos indígenas ante la desidia y demora del Congreso para legislar. El mejor ejemplo es la sentencia expedida por el TC y recaída en el expediente No 00022-2009-PI/TC, la cual ha desarrollado importantes reglas que facilitan y permiten la implementación del derecho a la consulta de los pueblos indígenas. El desafío será poder encontrar casos que representen patrones de violaciones sistemáticas a efectos de poder desarrollar una jurisprudencia que oriente y corrija no solo los vacíos y las lagunas del ordenamiento jurídico, sino que sancione las violaciones a los derechos de los pueblos indígenas.

i.- Sanción disciplinaria a los jueces por no aplicar el derecho internacional de los derechos humanos. A pesar que se ha reconocido rango constitucional a instrumentos de protección de internacional de los derechos humanos, todavía existen sectores que se resisten a acatar esta fuerza vinculante (de cumplimiento obligatorio). Sin embargo, cada vez hay mayor conciencia del carácter vinculante del derecho internacional de los derechos humanos. El mejor ejemplo es la sentencia de Villa Stein en el caso Barrios Altos, lo cual ha ocasionado serios cuestionamientos a este alto magistrado y la apertura de procesos disciplinarios.

j.- Existencia de algunos pronunciamientos iniciales, favorables a los pueblos indígenas. Al momento de escribir estas líneas contamos con varias sentencias del TC sobre los pueblos indígenas, las cuales podríamos clasificar en dos tipos. Un primer grupo amplio y nutrido de sentencias que sin estar referidas a los pueblos indígenas, son útiles pues están referidas a la necesidad del poder de respetar los derechos. Tenemos por ejemplo, la que desarrolla el principio de interdicción de la arbitrariedad, la inexistencia de zonas exentas de la fuerza normativa de la Constitución, el derecho de acceso a la justicia, la obligación de motivación, el desarrollo del Estado Social de Derecho, etc. Las otras, que son pocas, están referidas a los pueblos indígenas. En estos momentos tenemos no más de media docena de sentencias del TC que han desarrollado los conceptos de “Constitución cultural”, el derecho a la identidad étnica y cultural, el derecho a la Consulta, etc. En todas ellas, el TC ha fijado importantes reglas que permiten por ejemplo la implementación del derecho a la consulta.

k.- El mayor interés y preocupación de la prensa, de la opinión pública y de la comunidad jurídica por el trabajo de los jueces. Para nadie es un secreto que hoy hay un mayor interés de la opinión pública y de la comunidad jurídica nacional en las sentencias de los jueces en general, y de forma más intensa, en las sentencias del TC. Este interés responde a varios factores, entre los que destaca la nueva fuerza normativa de las mismas. Asimismo, este interés se alimenta con la publicación de sus sentencias por parte del TC. Además, el hecho de saber que sus sentencias serán leídas y analizadas, motiva y genera que los jueces hagan esfuerzos por elaborar y sustentar mejor sus resoluciones, a efectos de no ser criticados. Todo ello hace presión sobre los jueces, disuadiéndolos en algunos casos de actos de corrupción y de arbitrariedad, cuando el foco de la opinión pública está sobre ellos.

l.- El mayor interés de la opinión pública nacional e internacional en los pueblos indígenas. Otra oportunidad importante es el mayor interés del poder político, de la opinión pública, de la comunidad internacional y de los organismos internacionales de derechos humanos en los derechos de los pueblos indígenas. Este interés se ha visto incrementado por los sucesos de Bagua ocurridos el 5 de junio del año 2009, los cuales dieron la vuelta al mundo para bien o para mal.

Sin embargo el litigio constitucional no es una tarea fácil, no basta con presentar las demandas para que estas sean admitidas y declaradas fundadas. Existen un conjunto de factores que juegan en contra, que es necesario visualizar y enfrentar, si queremos tener éxito en la exigencia judicial de los derechos de los pueblos indígenas. Hay un activismo de los abogados del movimiento nacional de derechos humanos, como consecuencia del recargado y hasta sacrificado trabajo que estos realizan a pesar de lo escaso de los recursos.

Otro factor es el difícil acceso a espacios de capacitación de los abogados del movimiento nacional de derechos humanos, sea por lo oneroso, sea porque estos se concentran en las capitales de departamento. También existe una pobreza e impaciencia de los sectores afectados, el cual no siempre es fácil conciliar con los ritmos de los procesos constitucionales, a pesar que estos son más rápidos que los procesos ordinarios. Asimismo, es evidente que los jueces, fiscales y abogados están poco preparados para resolver conflictos vinculados con pueblos indígenas. En esa misma línea, existe poco conocimiento de experiencias comparadas exitosas de defensa de derechos de pueblos indígenas, como por ejemplo la jurisprudencia vinculante de la Corte IDH o las interesantes sentencias de la Corte Constitucional de Colombia.

También hay que hacer frente a una creciente radicalización de las protestas de los pueblos indígenas, los cuales muchas veces resultan tentadores para gruesos sectores de la población a pesar de las nefastas consecuencias que ella genera. De otro lado, y no podemos negarlo, existen poca credibilidad y confianza ciudadana en el sistema de justicia por parte de los pueblos indígenas, el cual es visto con distancia e incomprensión por su falta de permeabilidad a las diferencias culturales, y por último, una falta de asesoría técnica especializada de los pueblos indígenas. Todo ello plantea un conjunto de desafíos que es necesario afrontar con creatividad y demanda la articulación de esfuerzos e iniciativas.

4. ¿Qué casos estamos llevando en IDL?

Varios son los procesos que estamos llevando desde IDL y en alianza con otras organizaciones nacionales.

a.- Acción Popular contra los decretos supremos que regulan la participación ciudadana en las actividades económicas de minería e hidrocarburos por desnaturalización del derecho a la consulta. El demandante es el IDL y el demandado es el Ministerio de Energía y Minas, siendo el hecho lesivo el Decreto Supremo N° 028-2008-EM y el Decreto Supremo N° 012-2008-MEM que regulan la participación ciudadana en actividades mineras e hidrocarburíferas. El problema constitucional de fondo es que estas normas desnaturalizan el derecho a la consulta, en la finalidad de la consulta, en la oportunidad de su realización y en la naturaleza de estas. En estos momentos el proceso se encuentra en la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia.

b.- Proceso de Amparo contra las concesiones mineras inconsultas en la Comunidad Campesina de Arboleda Puno. El demandante es La comunidad campesina de Arboleda del distrito de Tiquillaca de la Provincia y departamento de Puno, la Oficina de Derechos Humanos y Medio Ambiente de Puno y el IDL y el demandado es el INGEMMET y Ministerio de Energía y Minas. El hecho lesivo es la omisión del Instituto Geológico Minero metalúrgico, órgano del Ministerio de Energía y Mina, de realizar la consulta previa exigida por el artículo 6 del Convenio 169 de la OIT, antes de expedir y/o titular las concesiones mineras en la comunidad campesina de Arboleda. Casi el 100% del territorio de la comunidad de Arboleda ha sido concesionado a la empresa minera BHP BillitonWorldExploration Inc. Sucursal Perú. El caso se encuentra para sentencia en el TC luego de realizarse el informe oral.

c.- Proceso de Amparo contra las concesiones mineras inconsultas en la Comunidad Campesina de San José de Lluncho. El demandante es la comunidad campesina de San José de Lluncho del distrito de Atuncolla, la Oficina de Derechos Humanos y Medio Ambiente de Puno y el IDL. El demandado es INGEMMET y Ministerio de Energía y Minas, siendo el hecho lesivo la omisión del Instituto Geológico Minero metalúrgico de realizar la consulta previa exigida por el artículo 6 del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, antes de expedir y/o titular las concesiones mineras en la comunidad campesina de Atuncolla a la empresa minera BHP BillitonWorldExploration Inc. Sucursal Perú. En estos momentos el proceso se encuentra ante el Tercer Juzgado Mixto de Puno.

d.- Proceso de Amparo contra la realización del proyecto Majes Siguan II en la localidad de Espinar, Cuzco. El demandante es la Federación Unificada de Campesinos de Espinar (FUCAE), el Gobierno Provincial de Espinar Cuzco y el IDL y el demandado es el Gobierno Regional de Arequipa, la Presidencia del Consejo de Ministros y PROINVERSIÓN. El hecho lesivo es el Proyecto Majes Siguan II, que pretende realizar el trasvase de las aguas de la cuenca del atlántico a la cuenca del pacífico, mediante la aducción de las aguas del río Apurímac. El problema constitucional de fondo es la violación del derecho a la consulta de los pueblos indígenas y de los derechos conexos a este como son el derecho a la vida (salud), a la participación de los pueblos indígenas y a la cultura. El proceso se encuentra ante el Juez Mixto de Espinar.

e.- Demanda de inconstitucionalidad contra los Decretos Legislativos 1094 y 1095. Los demandantes son la CGTP, ONAMIAP, CONACAMI, AIDSESEP, CNDDHH, IDL y APRODEH, y los demandados son los ministerios de Justicia, Defensa, Interior y Presidencia del Consejo de Ministros. Los hechos lesivos son los decretos legislativos 1094 y 1095 que regulan el nuevo Código Penal Militar – Policial que violan garantías del debido proceso y que establece nuevas reglas de empleo de uso de la fuerza por parte de las Fuerzas Armadas en el territorio nacional, incompatibles con la Constitución y diferentes derechos fundamentales.

f.- Proceso de Hábeas Corpus contra la detención de los trabajadores de la Vicaría de Sicuani. El demandante es el IDL, la Vicaría de Sicuani, Aporvidha y los demandados la PNP y el Ministerio Público. El hecho lesivo es la detención arbitraria de los trabajadores de la Vicaría de Sicuani y de los trabajadores del Serenazgo de la Municipalidad Provincial de Espinar. El problema constitucional de fondo es que nunca hubo orden judicial ni situación de flagrancia en la detención de estas personas y no era aplicable el Estado de Emergencia. En primera instancia el Juez declaró fundada la demanda, señalando que “la detención arbitraria en el caso bajo examen se presenta como un dato objetivo, acreditado e incuestionable, vinculado de una u otra forma, a una actuación u omisión, sobre todo, de un poder público” (sentencia N° 00803-2012-01001-JR-PE-04, fj 8). La sentencia fue revocada en segunda instancia, encontrándose el proceso en estos momentos ante el TC para sentencia.

g.- Proceso de Amparo contra la Resolución Ejecutiva del Poder Judicial que cambió la competencia de los jueces de Cusco a Ica. Los demandantes son el IDL, la Vicaría de Sicuani, Aporvidha, y el demandado es el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial y el Fiscal de la Nación. El hecho lesivo es la Resolución Administrativa N° 096-2012-CE-PJ emitida por el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial el día 31 de mayo del año 2012, que dispuso el cambio de competencia de los jueces de Cusco a Ica de los imputados de las protestas de Espinar, y de manera conexa, contra la Resolución de la Fiscalía de la Nación N° 1343-2012-MP-FN de fecha 31 de mayo de 2012, que dispuso ampliar la Competencia Territorial y Funcional de la Primera Fiscalía Provincial Penal Corporativa de Ica y Primera Fiscalía Superior Penal de Ica, para que se avoquen a los casos ocurridos en la Provincia de Espinar – Cusco. El problema constitucional de fondo en ambos casos es por la violación del derecho a la defensa, de la garantía de la independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional, del derecho al juez natural, del principio de proporcionalidad, del derecho al acceso a la justicia y del derecho a la motivación. El juez Mixto de Espinar emitió sentencia declarando improcedente la demanda de amparo, se encuentra en apelación. Esta en la Sala Mixta de Sicuani para sentencia.

h.- Proceso de Amparo contra el Proyecto Especial Aeropuerto Internacional de Chinchero por omisión de consulta. Los demandantes son los dirigentes de la comunidad campesina de Yanacona en Urubamba con el apoyo de APORVIDHA e IDL y el demandado es el Ministerio de Transportes y Comunicaciones y PROINVERSIÓN. El hecho lesivo es la Ley N° 27528, que creó el Proyecto Especial Aeropuerto Internacional de Chinchero, declarándose de necesidad y utilidad pública y de la más alta prioridad para el Estado. El problema constitucional de fondo es la violación de los derechos de las referidas comunidades campesinas a la consulta previa, al

territorio y a la propiedad, y a no ser desplazados de su territorio sin su consentimiento. La sentencia fue declarada improcedente y no se apeló a pedido de los dirigentes. (JCRM).

Capítulo III

Balance de la implementación de la consulta previa durante el 2012

1. Balance de la implementación del derecho a la consulta previa

A fines del 2011, diversas voces de las organizaciones indígenas y la sociedad civil en general, realizaron una serie de análisis y críticas respecto a aquellos hechos que durante dicho año, representaban lo más resaltante en lo concerniente a la aplicación del derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas en el Perú. Nos referimos a la promulgación de la Ley de consulta previa, en el mes de setiembre y a la publicación de un borrador de su reglamento dos meses más tarde. Estas críticas (en muchos casos ciertamente antecedidas por el saludo generalizado a la aprobación de la ley, pero a la vez lapidarias para ambos documentos) se enfocaron principalmente en ciertos artículos de la norma, considerados inconstitucionales³⁵ y en la calificación del borrador de reglamento como insuficiente para representar un punto de partida válido para el debate. Asimismo, se mostró profunda preocupación por la precariedad institucional en materia de pueblos indígenas en que estas normas encontraban al país³⁶.

Es en ese sentido que el año de 2012 se vislumbraba como un año preocupante por la situación descrita, pero también como una oportunidad para la rectificación de errores y la implementación de cambios estructurales en el Estado, que permitan cimentar el punto de partida hacia el camino de la democracia intercultural, que es en buena cuenta el objetivo planteado por el Convenio 169 de la OIT cuando señala que debe buscarse eliminar la orientación hacia la asimilación. Y es que es en el derecho a la consulta previa, como herramienta que *transversaliza* los demás derechos

³⁵ Para un análisis profundo ver: RUIZ MOLLEDA, Juan Carlos, 2011, Guía de interpretación de la Ley de consulta previa de los pueblos indígenas (Ley N° 29785): Análisis, comentarios y concordancias de cada uno de los artículos, Lima: Instituto de Defensa Legal, en: <http://www.justiciaviva.org.pe/webpanel/publicaciones/archivo16022012-135533.pdf> (última visita 18 de diciembre de 2012).

³⁶ INSTITUTO DE DEFENSA LEGAL, 2011, Balance de la justicia y de los derechos de los pueblos indígenas en el Perú del 2011, Lima: Instituto de Defensa Legal, p. 98, en: <http://www.justiciaviva.org.pe/webpanel/publicaciones/archivo09022012-105501.pdf> (última visita 18 de diciembre de 2012).

colectivos de los pueblos indígenas, en el que sus organizaciones representativas han dedicado sus mayores esfuerzos y también donde se concentran sus mayores temores, en la medida que esta esperada implementación ha adolecido de no pocos errores y ambigüedades que hacen cerrar este año con un balance cuan o más preocupante que el anterior. Hasta diciembre de 2012 no se han realizado modificaciones a LCP y la información que se maneja en este momento, indica que el Pacto de Unidad, conformado por Aidesep, Conacami, CNA, CCP (reincorporada recientemente) y Onamiap, presentaría una demanda de inconstitucionalidad contra esta ley.

1.1. ¿Diálogo intercultural sobre el reglamento de la Ley de consulta?

El cuestionado reglamento de la ley de consulta fue aprobado en abril del 2012 en un clima de división entre las organizaciones que no supo ser manejado por el gobierno. La consecuencia más evidente es que sólo hayan participado de las reuniones finales CONAP y CCP, quedando fuera, por decisión propia, el Pacto de Unidad debido a que sus organizaciones exigían la modificatoria de la ley de consulta antes de la discusión de un reglamento que la desarrolle, una pretensión que resulta razonable toda vez que ese fue el tenor de la gran mayoría de encuentros macro regionales para la “discusión” del reglamento.

Más allá de eso, antes del rompimiento y a inicios del proceso, para la discusión del reglamento se acordó inicialmente con las organizaciones indígenas nacionales una etapa de evaluación interna donde se analizara la propuesta. En ese sentido, desde enero se llevaron a cabo seis encuentros macro regionales en distintas regiones del país, que a partir de los propios testimonios recogidos de los asistentes a los eventos y de la lectura de las actas de dichas reuniones permitieron extraer diversas apreciaciones críticas.

En primer lugar, llamó la atención cómo desde el Poder Ejecutivo se asumió este proceso de consulta, destacando una valoración cuantitativa, fundamentando su razonamiento en que habrían participado más de 2500 personas, que se habría escuchado la voz de las organizaciones indígenas o que se habría valorado la importancia de la LCP, de modo que el reglamento que se tratarían de un “gran logro y avance para el país”³⁷.

Sin embargo, lo que se sabe de estos encuentros macro regionales, es que otros habrían sido los resultados. Por un lado, no se llegó a discutir el borrador de reglamento que el Poder Ejecutivo presentó, habiéndose desarrollado una mayoritaria corriente de opinión en el sentido que más bien tenía que modificarse la LCP, e incluso en algunos lugares se planteó la necesidad de una nueva Constitución. Del mismo modo, en varios de estos lugares los problemas logísticos y de desorganización de los encuentros significaron malentendidos y maltratos innecesarios que crearon un contexto inadecuado y de poca confianza, aspecto fundamental para el diálogo que el Poder Ejecutivo pretendía promover. Tampoco puede pasar desapercibido el reclamo de varias

³⁷Ver: <http://www.andina.com.pe/Espanol/noticia-indepa-pueblos-indigenas-respaldan-consulta-previa-y-esperan-desarrollo-equitativo-398144.aspx> (última visita 18 de diciembre de 2012).

organizaciones amazónicas y aymaras que protestaron por su exclusión de estas discusiones, generando un *impasse* que restó legitimidad a todo el proceso³⁸.

Sobre el reglamento, existe un Informe técnico elaborado por el Grupo de Trabajo sobre Pueblos Indígenas de la CNDDHH³⁹ y un Informe jurídico del IDL sobre su constitucionalidad⁴⁰. El escenario es preocupante, no sólo por los aspectos cuestionables del contenido del reglamento y las dudas sobre la legitimidad de su aprobación, sino sobre todo por las consecuencias de esto último en el camino de la puesta en práctica de las consultas en el país.

1.2. Una base de datos para determinar quién es indígena

La situación se ha complejizado con la aprobación de la directiva que regula la base de datos oficial sobre pueblos indígenas, en mayo pasado, mediante resolución del Ministerio de Cultura⁴¹. En ella se estarían estableciendo criterios adicionales para la determinación de quién es indígena en el país. De manera específica, se menciona a la lengua y al territorio como criterios objetivos clave, mientras que el resto de su contenido evidencia la ausencia de una entrada interdisciplinaria especializada para el análisis de la diferencia cultural.

Señaló previamente Javier La Rosa que: “lo primero que habría que considerar es la validez jurídica de lo que se establece en la Base de Datos, para lo cual tendría que examinarse la consistencia de lo establecido en el numeral VII referido a “acciones de identificación de pueblos indígenas” con lo que se señala en el Convenio 169 de la OIT. Al respecto, en la Base de Datos se menciona que se están considerando los criterios objetivos y subjetivos que establece dicho tratado internacional. Además, se desarrolla que los criterios objetivos aluden a continuidad histórica; a conexión territorial, entendida como la ocupación de una zona del país por los ancestros de las poblaciones referidas; a instituciones políticas, culturales, económicas y sociales distintivas conservadas total o parcialmente. Más adelante se dice que el criterio subjetivo está referido a la autoidentificación de las personas que forman parte de un colectivo humano como pertenecientes a un pueblo indígena u originario del territorio nacional. Hasta aquí se aprecia una repetición de lo señalado en el Convenio 169 de la OIT o en la Guía sobre dicho texto. El aspecto crítico está más adelante cuando en el numeral 7.1.5 se señala que la Base de Datos tendrá dos elementos objetivos para el reconocimiento de un pueblo indígena: 1º la lengua indígena y 2º tierras comunales de los pueblos indígenas, debiendo concurrir ambos para evidenciar que existe continuidad histórica desde los momentos anteriores al establecimiento del Estado. Por ende, si no concurren ambos

³⁸Ver: <http://www.justiciaviva.org.pe/notihome/notihome01.php?noti=866>(última visita 18 de diciembre de 2012).

³⁹<http://es.scribd.com/doc/96188132/Informe-Tecnico-del-Reglamento-de-la-Ley-de-Consulta-Previa>(última visita 18 de diciembre de 2012).

⁴⁰http://www.justiciaviva.org.pe/webpanel/doc_trabajo/doc19042012-143556.pdf(última visita 18 de diciembre de 2012). Además, puede encontrarse un resumen de los aspectos considerados inconstitucionales tanto de la ley como del reglamento en el siguiente enlace: <http://www.justiciaviva.org.pe/notihome/notihome01.php?noti=866>(última visita 18 de diciembre de 2012).

⁴¹Ver: http://www.justiciaviva.org.pe/webpanel/doc_int/doc31052012-112058.pdf(última visita 18 de diciembre de 2012).

elementos objetivos, un pueblo indígena no sería incorporado en la Base de Datos que le permita ser considerado en la aplicación del derecho a la consulta previa”.⁴²

Lo que es evidente es que con el ánimo de objetivar la diferencia cultural podría concretarse la deslegitimación de organizaciones socioculturales distintas a la occidental del proceso de reconocimiento que implica la implementación de la consulta previa, perdiendo de vista que es un proceso complejo que no puede ser determinado por una resolución ministerial.

1.3. Las apariencias engañan: El 2012 ha traído más preguntas que respuestas

Creo que para cierto sector de la opinión pública, los pasos que ha dado el Ejecutivo son los correctos: promulgó una ley, la desarrolló con un reglamento y está comenzando a establecer directivas especializadas que delimiten el camino de la implementación de la consulta. Sin embargo, es necesario leer entrelíneas. Las normas tienen deficiencias que llegan a desnaturalizar sus propósitos, dejan de lado instrumentos internacionales como la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, carecen de legitimidad en las bases indígenas y las miradas distintas a la jurídica, a un tema sumamente complejo, brillan por su ausencia.

Así, desde el Área de Pueblos Indígenas del IDL, se han identificado seis elementos entre los aspectos más controversiales de la implementación de la consulta previa:⁴³

- La poca transparencia en el desarrollo de los instrumentos conexos a la LCP.
- La desatinada Directiva que regula el funcionamiento de la Base de Datos Oficial de los pueblos indígenas u originarios.
- La inexistencia de un diálogo de buena fe con las organizaciones nacionales representativas de los pueblos indígenas.
- La grave omisión estatal de promover institucionalidad sobre pueblos indígenas.
- La irresponsable actuación frente a los actos no consultados antes del 2011.
- La ausencia de disposiciones específicas sobre mujeres indígenas.

Y de estos aspectos, han surgido diez preguntas formuladas de manera abierta al Viceministerio de Interculturalidad, sin contar aún con su esperada respuesta⁴⁴:

- ¿Cuándo se difundirá la base datos de pueblos indígenas y la guía metodológica para la realización de los procesos de consulta?
- ¿Se consultará a las comunidades nativas “colindantes”?
- ¿Puede el Viceministro de Interculturalidad actuar como segunda instancia administrativa cuando ya emitió opinión técnica en primera instancia?

⁴²Ver: <http://www.justiciaviva.org.pe/notihome/notihome01.php?noti=833>(última visita 18 de diciembre de 2012).

⁴³ Ver:<http://www.justiciaviva.org.pe/notihome/notihome01.php?noti=899>(última visita 18 de diciembre de 2012).

⁴⁴Ver: <http://www.justiciaviva.org.pe/notihome/notihome01.php?noti=887>(última visita 18 de diciembre de 2012).

- ¿Se consultarán las adjudicaciones de lotes petroleros anteriores a la promulgación de la Ley de Consulta?
- ¿Algún órgano del Estado vigila “efectiva” y “sistemáticamente” que las empresas petroleras no viertan aguas residuales en los ríos?
- ¿Cómo se respetará el derecho de los pueblos indígenas al consentimiento en los casos establecidos en el derecho internacional de los derechos humanos (DIDH)?
- ¿Cómo se cumplirá con el derecho de los pueblos indígenas a beneficiarse de la explotación de los recursos naturales en sus territorios?
- ¿Se puede hacer consulta sin previo conocimiento del EIA?
- ¿Evaluarán los EIA en materia hidrocarburífera el impacto social, cultural y espiritual en los pueblos indígenas exigido por el artículo 7.3 del Convenio 169 de la OIT?
- ¿La forma de aprobar los EIA garantiza independencia e imparcialidad de estos?

En suma, las acciones del Gobierno respecto a la problemática indígena no parecen responder de manera alguna a un intento de ruptura de la dominación cultural o a un amago de inclusión de estos pueblos en la toma de decisiones en el Estado. Por el contrario, relativiza la diferencia y la hace invisible bajo el velo del “desarrollo” y la inclusión social. El debate sobre el conflicto cultural ha salido del espacio público –si estuvo en algún momento– y se limita a excesivamente reducidos espacios académicos privados en los que priman, precisamente, las posiciones que lo niegan. La interculturalidad se ha vuelto una palabrita famosa con cero contenido en estos días o es que ¿en verdad hay una política de reconocimiento de las diferencias culturales en el más alto nivel? ¿Ha habido algún tipo de negociación –entre organizaciones socioculturales distintas– de este nuevo relacionamiento que exige la diversidad de nuestro país? Ambas respuestas son negativas. Creo que, tres años después de los conflictos en Bagua, pocas cosas han cambiado y las normas siguen legitimando a un modelo incuestionable en todo sentido. (RLT)

2. La otra consulta: la consulta previa de actos normativos o consulta prelegislativa

La denodada lucha de los pueblos indígenas amazónicos y andinos por el respeto de sus derechos ha llevado a una mayor atención a sus reclamos históricos por parte de la ciudadanía, el gobierno y los otros poderes del Estado. Como ya se ha reseñado, esto ha ocasionado que el Congreso discutiera y aprobara la ley 29785 que, a pesar de sus inconstitucionalidades, recoge y desarrolla un derecho que forma parte del ordenamiento nacional desde 1995, pero cuya efectividad ha sido limitada por razones vinculadas a la arrolladora discriminación que caracteriza a nuestro país, opciones ideológicas y el lugar de productor de materias primas que le corresponde al Perú en la economía del sistema mundo postcolonial, entre otras.

Nos referimos al derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas, el cual corresponde ejercerse respecto de cualquier medida administrativa o legislativa que amenace afectar directamente derechos de los pueblos amazónicos y andinos. Este derecho cuenta con desarrollo en el derecho internacional y nacional. Como se sabe, entre sus fuentes internacionales encontramos el Convenio 169 de la OIT, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos

Humanos (CorteIDH)⁴⁵ y, como *softlaw*, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Por otra parte, en sede nacional tenemos la jurisprudencia del Tribunal Constitucional⁴⁶, la ley 29785 y el Decreto Supremo 001-2012-MC⁴⁷.

Como fuere, el Convenio 169 de la OIT y el aparato normativo mencionado anteriormente señalan que los gobiernos deberán: “a) *consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean **medidas legislativas** o administrativas susceptibles de afectarles directamente (...)*” (artículo 6.a. del Convenio 169 de la OIT. El resaltado es nuestro).

Si bien es obligatorio que la consulta se realice tanto para actos administrativos como legislativos, durante este año gran parte de los esfuerzos se han centrado en el debate sobre la consulta previa de los actos de la Administración y se ha dejado en un segundo plano la consulta previa de actos legislativos.

Ante esta situación es necesario volver la mirada hacia otros espacios de regulación del derecho a la consulta previa, en los que también se deben proteger derechos de los pueblos indígenas, puesto que mediante leyes también pueden afectarse estos derechos.

La situación descrita cobra especial relevancia si tenemos en cuenta se está produciendo un embalsamiento de proyectos de ley referidos a temas indígenas que no pueden (ni deben) aprobarse sin consulta previa. A mediados de año solo en la Comisión de Pueblos se encontraban estancados más de catorce proyectos de ley que se relacionan directamente con derechos de

⁴⁵ Es especialmente importante el caso Pueblo Saramaka versus Surinam. Tanto la sentencia de fondo del 28 de noviembre de 2007 como la sentencia interpretativa del 12 de agosto de 2008. Para una aproximación al desarrollo del derecho a la tierra y el derecho a la consulta de los pueblos indígenas y tribales en la jurisprudencia de la CorteIDH puede consultarse: Comisión Interamericana de Derechos Humanos. 2009. Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. En: <http://www.oas.org/es/cidh/indigenas/docs/pdf/Tierras-Ancestrales.ESP.pdf> (última consulta 18 de mayo de 2012). También: Bazán Seminario, César. 2010. Herramientas para defender derechos indígenas: ¿Qué ha dicho la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre el derecho a la tierra de los pueblos indígenas? ¿Cómo eso obliga a los países andinos? En: <http://www.ibcperu.org/doc/isis/12603.pdf> (última consulta 18 de mayo de 2012).

⁴⁶ El Tribunal Constitucional ha dictado nueve sentencias sobre el derecho a la consulta: 06316-2009-AA, 00022-2009-PI, 00023-2009-PI, 00024-2009-PI, 00025-2009-PI, 00026-2009-PI, 00027-2009-PI, 00028-2009-PI y 05247-2009-PC. Sin embargo, la protección a este derecho no ha sido efectiva. Sobre esto puede consultarse: Ruiz Molleda, Juan Carlos. 2012. Balance de las sentencias del Tribunal Constitucional en materia de derecho a la consulta en el 2011. En: Balance de la Justicia y de los derechos de los Pueblos Indígenas en el Perú del 2011. pp. 100-104. En: <http://www.justiciaviva.org.pe/webpanel/publicaciones/archivo09022012-105501.pdf> (última consulta 18 de mayo de 2012).

⁴⁷ Tanto la ley 29785 como el reglamento están fuertemente cuestionados y se está promoviendo la modificación parcial de la primera y la derogación del segundo.

pueblos indígenas⁴⁸. Asimismo, en otras comisiones del Congreso de la República también se encuentran proyectos de ley que afectan directamente derechos de pueblos indígenas.

2.1. El primer semestre del 2012: partida de caballo, meses de movimiento y propuestas

Este año, al menos en su primera mitad, se ha movido gratificadamente el debate sobre la consulta prelegislativa a partir de ciertos actores claves en la Comisión de Pueblos Andinos, Amazónicos y Afroperuanos, Ambiente y Ecología y de instituciones de la sociedad civil organizada. Y en este punto hay que mencionar especialmente a las congresistas María Soledad Perez Tello y Verónica Mendoza Frisch.

En el primer caso, la congresista Marisol Perez Tello organizó durante el primer semestre del año, entre febrero y mayo, sendas mesas de trabajo con parlamentarios, expertos y miembros de organizaciones indígenas para analizar las diversas aristas que debería contener una propuesta de regulación de la consulta prelegislativa. Eso lo hizo como miembro y motor del Grupo de Trabajo “Reglamento e implementación de la Ley de Consulta Previa en el Congreso de la República”. El resultado de esos debates, que el IDL alimentó, fue el Informe “Implementación del Derecho a la Consulta Previa, Libre, Informada y de Buena Fe de los Pueblos Indígenas u Originarios en el Congreso de la República⁴⁹”.

Por otra parte, a fines de mayo la congresista Verónica Mendoza presentó oficialmente al Congreso, el proyecto de ley 1183/2011-CR, que se trata más bien de una propuesta de resolución legislativa que modifica el Reglamento del Congreso para agregar como anexo el procedimiento legislativo de consulta previa a los pueblos indígenas sobre medidas legislativas que les afecten. Se trata, sin duda, de un proyecto importante, que no se debatió en las mesas de trabajo de la congresista Perez Tello y que aporta para la discusión sobre el particular. Además, se trata del único proyecto presentado oficialmente, por lo que cualquier debate se hará a partir de sus planteamientos.

Paralelamente, producto de la participación en las mesas de trabajo y de un convencimiento acerca de la relevancia de la consulta prelegislativa, desde IDL-Pueblos Indígenas nos avocamos a preparar una propuesta propia, con miras a alimentar el debate y plantear ideas que apunten a estrechar las brechas entre el Congreso y los pueblos indígenas⁵⁰. Se trata de un esfuerzo por generar institucionalidad indígena al nivel del Parlamento que implica incorporar el derecho a la

⁴⁸Entre los que destacan: Proyecto de Ley 785/2011-CR, Ley que establece Disposiciones para Perfeccionar y Cautelar los Derechos Territoriales de las Comunidades Nativas del Amazonas; Proyecto de Ley 550/2011-CR, Ley que establece la Participación de los Pueblos Indígenas y las Comunidades Campesinas y Nativas en los Beneficios Económicos que reportan las Actividades Extractivas de Recursos Naturales; Proyecto de Ley 511/2011-CR, Ley que adscribe el Indepa a la Presidencia del Consejo de Ministros; Proyecto de Ley 313/2011-PJ, Ley de Coordinación Intercultural de la Justicia; entre otros.

⁴⁹ El informe puede ser consultado en: <http://www.marisolperetzello.pe/wp-content/uploads/2012/01/INFORME-CONSULTA-PREVIA-Final.pdf> (última visita 17 de diciembre de 2012).

⁵⁰ Nuestra propuesta puede consultarse en: http://www.justiciaviva.org.pe/webpanel/doc_trabajo/doc25102012-152444.pdf (última visita 17 de diciembre de 2012).

consulta previa al procedimiento parlamentario, pero va más allá. El objetivo mayor es contribuir a que se aminoren las distancias entre la representación nacional y los pueblos indígenas. De ahí que la propuesta del IDL apunte a la aprobación de una Resolución Legislativa que desarrolle el derecho a la consulta prelegislativa, pero también la iniciativa legislativa indígena y diferentes vías de comunicación entre las comunidades y el Parlamento en procedimiento de producción de normas.

Nuestra propuesta contiene tres institutos fundamentales, que dan una idea de los alcances del proyecto:

- 1) La iniciativa legislativa indígena
- 2) La instauración de una Comisión Especial Indígena en el Congreso, con funciones de asesoría técnica intercultural, con voz y voto en algunos aspectos de la consulta prelegislativa y función consultiva en otros temas
- 3) El desarrollo del derecho a la consulta prelegislativa

2.2. Segundo semestre del 2012: parada de burro

Lamentablemente, a pesar del movimiento descrito, el segundo semestre del 2012 ha resultado poco favorable para el debate de reglas sobre consulta de actos normativos. Ante la avalancha de debates y propuestas reseñadas, la segunda mitad del año podría equipararse a una parada de burro.

La Comisión de Pueblos Andinos, Amazónicos, Afrodescendientes, Ambiente y Ecología, con ocasión de la renovación de su presidente, perdió interés en empujar el debate sobre consulta prelegislativa. Esto, unido a la renuncia de Verónica Mendoza a la bancada de Gana Perú, restó fuerza al impulso a favor de establecer reglas a la consulta prelegislativa y cerró las puertas de esta comisión.

Lo dicho ha significado que en el Congreso no se debata el proyecto de ley 1183/2011 ni se continúen con otros grupos de trabajo, ni se abran otros espacios para la consulta prelegislativa.

Asimismo, no deben descartarse cuestiones de fondo, menos coyunturales, como que una regulación de la consulta de actos normativos implica un cambio de mentalidad y un replanteamiento de conceptos básicos de derecho parlamentario, lo cual es también fuente de resistencias y de rechazo. Igualmente, que la consulta puede ser vista como una traba para la aprobación de normas, antes que un derecho.

Sea como fuere, lo cierto es que la consulta prelegislativa ha perdido fuerza durante la segunda mitad del año, a tal punto que se ha paralizado el debate iniciado. Esto a pesar de que la consulta previa de actos normativos es un derecho y que hay un problema real de embalsamiento de proyectos que requieren de la consulta a los pueblos indígenas. (CBS)

Capítulo IV

Temas prioritarios y urgentes para asegurar el derecho al territorio de comunidades y pueblos indígenas en el Perú

En el Perú, y en todos los países del mundo con población indígena, una de las demandas centrales es el derecho al territorio, así como de los recursos naturales que hay en ellos (aguas, bosques, fauna, etc.) y el acceso a nuevas tierras que permitan su desarrollo. Los pueblos indígenas durante varias décadas vienen luchando para que los Estados les reconozcan su derecho a poseer, administrar y desarrollar sus tierras, territorios y recursos tradicionales que ancestralmente les han pertenecido. La relación de los pueblos indígenas con sus tierras y territorios tradicionales, constituye una parte fundamental de su identidad y espiritualidad y está profundamente arraigada a su cultura e historia. El territorio es la vida para las comunidades indígenas, la desprotección de sus territorios puede significar sin duda la extinción de pueblos enteros y su cultura, sobre todo en la Amazonía.

Es importante señalar que la demanda indígena por el territorio y los recursos naturales, se vincula estrechamente a otra reivindicación emergente de los pueblos indígenas de la región y otros contextos, como es aquella relacionada con su derecho a la libre determinación y a la autonomía, esta última, como expresión o manifestación concreta del primer derecho.

En el Perú, durante el año 2012 —y a un año y medio del gobierno del presidente Ollanta Humala—, ya está claro que la política estatal prioriza y facilita la inversión privada nacional y extranjera en materia de extracción de recursos naturales, sin la correspondiente equivalencia en ejercer su rol garante respecto a los derechos de los pueblos indígenas y comunidades del Perú. A pesar que en el Perú se cuenta con la vigencia del convenio 169 de la OIT, la ley de consulta previa y su reglamento, y otros instrumentos jurídicos nacionales que posibilitan el respeto de derechos territoriales de la población indígena, un tema que queda sin resolver es cómo conciliar las demandas de titulación y reconocimiento territorial de las comunidades en el Perú, con la intensa política de concesiones para la exploración y explotación de recursos forestales, minerales y gasíferos, en territorios de pueblos indígenas supuestamente protegidos.

Lamentablemente en varios sectores estatales clave como el Ministerio de Energía y Minas, el Ministerio del Ambiente, el Ministerio de Agricultura y el Vice Ministerio de Interculturalidad se desdibuja el rol estatal garante de los derechos de los pueblos indígenas, debido a iniciativas y

actuaciones que tienen como norte central la protección de la inversión privada, dejando de lado una obligación estatal prioritaria que debería ayudar a cerrar las grandes brechas y desigualdades de poder entre comunidades, pueblos indígenas e industrias extractivas. Respecto a la protección de territorios de comunidades y pueblos indígenas, hay políticas estatales urgentes y prioritarias que están pendientes.

De acuerdo a lo establecido en el Informe Alternativo 2012 del Grupo de Trabajo de Pueblos Indígenas de la Coordinadora Nacional de Derechos Humanos⁵¹, los sectores que vienen afectando territorios indígenas y de comunidades son la minería, hidrocarburos y los proyectos para centrales hidroeléctricas. El Instituto Geológico Minero y Metalúrgico-INGEMMET, continúa con su política de otorgar concesiones mineras de territorios de comunidades y pueblos indígenas, sin respetar sus derechos; esto se da como consecuencia de la ausencia de un plan de ordenamiento territorial a nivel nacional. Las concesiones mineras son derechos que se otorgan a empresas privadas de manera irrevocable. Mientras no tengamos una ley de ordenamiento territorial, serán las concesiones las que definan, desde los intereses privados, el uso de suelos en territorios de comunidades y pueblos indígenas. En ese contexto, consideramos que el mecanismo de consulta previa se vuelve indispensable, ya que en la actualidad las comunidades y pueblos indígenas no cuentan con herramientas que les permita proteger su derecho a la propiedad territorial.

Respecto de la actividad en hidrocarburos, los problemas centrales han sido el otorgamiento de concesiones en nuevos lotes petroleros, sin el respeto a la consulta previa. Desde PeruPetro se ha anunciado el primer proceso de consulta previa en el lote 1AB, sin embargo las organizaciones indígenas de la zona han aclarado que antes se requiere que se resuelvan los pasivos ambientales anteriores, de las empresas petroleras que operan en la cuenca del Río Tigre, Corrientes y Pastaza. En el sector de hidrocarburos otro tema central que genera preocupaciones son los mecanismos de aprobación de los Estudios de Impacto Ambiental. Se requiere que los EIA dejen de ser instrumentos de mero trámite tal como sucede ahora, puesto que no cuentan con medidas reales para la mitigación de impactos socioambientales y ni contienen la medición real de posibles daños ambientales.

El 24 de agosto de 2012, el Consejo de Ministros presentó al Congreso, el proyecto de ley que crea el Servicio Nacional de Certificación Ambiental para las Inversiones Sostenibles (SENACE), se propone la creación de un organismo público descentralizado, con autonomía técnica y personería jurídica, adscrito al Ministerio del Ambiente, cuya principal función sería revisar y aprobar los Estudios de Impacto Ambiental presentados por los diversos sectores. Se trata de una propuesta muy importante, donde la Autoridad Ambiental Nacional tendrá todas las facultades para la aprobación y fiscalización de los EIA. De esta manera SENACE centralizará la certificación ambiental y administrará el Registro Nacional de Consultoras Ambientales.

⁵¹AIDSESEP y otros, 2012, Informe Alternativo 2012. Sobre cumplimiento del Convenio 169 de la OIT, Lima Perú, en: <http://www.justiciaviva.org.pe/webpanel/publicaciones/archivo13092012-110352.pdf> (última consulta 18 de diciembre de 2012).

Asimismo, el proyecto de Ley indica que el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA) asumirá las funciones de fiscalización ambiental de los sectores que hayan transferido las funciones de evaluación del impacto ambiental al SENACE.

Compartimos las preocupaciones señaladas por Cooperación⁵², el proyecto de ley SENACE deja varios vacíos que no deben quedar sin respuesta:

1° El artículo 1.2 del proyecto de ley establece que algunos Estudios de Impacto Ambiental podrán ser excluidos de estos procedimientos por la vía de un Decreto Supremo y a propuesta del sector correspondiente, ¿bajo qué criterios se podrá excluir un EIA de la competencia de Senace?. Si cada sector puede solicitar la exclusión de algún EIA, cabe la posibilidad de que primen otros intereses y no la sostenibilidad ambiental. 2° ¿Cuál va a ser el rol de los gobiernos regionales y locales en estos procesos? 3° La posible creación del SENACE pone sobre la mesa la oportunidad para incluir a las Evaluaciones Ambientales Estratégicas (EAE), como instrumentos a ser implementados y evaluados por este organismo. Se ha demostrado que los EIA terminan siendo insuficientes al medir los impactos individuales de los proyectos y no permiten medir impactos acumulativos a diferencia de las EAE. Es la oportunidad de establecer en el Perú un sistema de evaluación ambiental estatal responsable y sostenible.

Respecto de las centrales hidroeléctricas, se siguen impulsando proyectos de mediana y gran envergadura, sin planificación energética nacional y sin el consentimiento previo, libre e informado de las comunidades y pueblos indígenas de la zona. Inclusive varios de estos proyectos incluyen la inundación directa de territorios ocupados por población indígena.

Otro tema central que también genera inseguridad sobre la propiedad territorial de comunidades y pueblos indígenas, es el proceso de titulación de tierras. De acuerdo al Informe 2012 “Las Comunidades que mueven al País”⁵³, el proceso de titulación de tierras de las comunidades es un proceso caótico y además está detenido en el Perú. Está pendiente la titulación de aproximadamente 1041 comunidades campesinas, según cifras de COFOPRI y de acuerdo a lo establecido por el Instituto del Bien Común habrían aproximadamente 800 comunidades nativas por titular.

En el gobierno de Alan García se trasladaron las facultades de titulación de tierras de comunidades del Ministerio de Agricultura (Proyecto Especial de Titulación de Tierras y Catastro Rural -PETT) a COFOPRI, institución encargada de titulación de predios urbanos, con esto quedó claro que COFOPRI asumió las funciones de levantar, mantener y actualizar el catastro rural; sin embargo las funciones de deslinde y titulación de las comunidades campesinas⁵⁴, quedaron bajo la

⁵² Ver: <http://www.cooperacion.org.pe/comentario-institucional/senace-algunas-dudas-que-persisten.html> (última visita 18 de diciembre de 2012).

⁵³ Instituto del Bien Común, 2012, Las comunidades que mueven al país. El estado de las comunidades rurales en el Perú. Informe 2012. Lima: Instituto del Bien Común, en: <http://comunidadesdelperu.ibcperu.org/wp-content/uploads/2012/09/informe-las-comunidades-que-mueven-al-pais.pdf> (última visita 18 de diciembre de 2012).

⁵⁴ Reguladas en la Ley 24657 y en la Ley 26845.

responsabilidad de las Direcciones Regionales de Agricultura⁵⁵. Con esto las comunidades y pueblos indígenas se encuentran ante una situación complicada que impide y dificulta el proceso de titulación de tierras, hay una distribución de funciones entre COFOPRI y los Gobiernos Regionales y además no existe un ente rector nacional que dirija la política de titulación de tierras y oriente la labor de los Gobiernos Regionales.

De acuerdo a lo anteriormente señalado, los desafíos pendientes para proteger el derecho al territorio de las comunidades y pueblos indígenas en el Perú son múltiples y hasta hoy sólo contamos con propuestas y promesas, se requiere un Plan Nacional de Ordenamiento Territorial, se necesita un sistema autónomo para la aprobación de Estudios de Impacto Ambiental, se requieren de procesos de Consulta Previa bien conducidos, que generen un diálogo intercultural real, y se necesita con urgencia un ente rector nacional que dirija la política de titulación de tierras y el desarrollo de un sistema de catastro rural que respalde los procesos de titulación. (CSA)

⁵⁵Resolución Ministerial N° 811-2009-AG, que aprueba los procedimientos administrativos a cargo de las Direcciones Regionales de Agricultura