

¿Quién controla al controlador constitucional en el Perú?

César Landa*

I. PRESENTACIÓN

Como el Tribunal Constitucional habla a través de sus sentencias, se puede decir que en este nuevo período la mayoría de jueces progubernamentales que copó el Tribunal en 2008 se ha consolidado, afirmando la línea jurisprudencial iniciada con sus sentencias, que permitieron convalidar la prescripción de la investigación de los delitos de lesa humanidad (caso *El Frontón*), obstaculizar la lucha contra el lavado de activos proveniente del narcotráfico (caso *Abanto Verástegui*), minar la lucha contra la corrupción militar y judicial respectivamente (caso *General Chacón*, caso *Bringas*). Asimismo, se ha permitido el no pago de impuestos a empresas como Transporte Flores, o las tasas por el uso del agua al Jockey Club o a la empresa Leche Gloria, y en el caso *Ríos Castillo* se le ha favorecido para cobrar una considerable suma de dinero, violando escandalosamente todos los requisitos mínimos del debido proceso.

De otro lado, se han limitado derechos fundamentales, tales como el uso de la píldora del día siguiente (caso *Anticoncepción oral de emergencia*), pero se ha sido tolerante con el consumo de drogas en una sede universitaria (caso *Oroya Gallo*), el retorno de un trabajador a un centro laboral separado por asistir en estado etílico (caso *Cayo Mendoza*), o se ha establecido un arancel para favorecer a una empresa monopólica (caso *Cementos Lima*), entre otros. Asimismo, se ha desnaturalizado el control constitucional subsidiario de los laudos arbitrales (caso *Codisa*), la garantía de la neutralidad e independencia judicial (caso *Tudela*, caso *Justicia militar*), y la propia competencia del Tribunal Constitucional al minimizar su naturaleza de ser el guardián de la Constitución (caso *Pro vías nacionales*).

* Ex presidente del Tribunal Constitucional del Perú. Profesor de Derecho Constitucional en la Pontificia Universidad Católica del Perú y en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

Todo ello pone en evidencia que la nueva mayoría ha sido la expresión concreta del propósito gubernamental del APRA, del ex presidente Alan García y su aliado el *fujimorismo*, de controlar al Tribunal Constitucional, primero mediante la elección de sus magistrados para luego someterlos al poder público y privado, a través de los procesos y sentencias emitidas *ad hoc*. Esto ha llevado a la pérdida de independencia de la mayoría de los magistrados en el ejercicio del control de los excesos del poder público y privado.

Pero también han vencido sus mandatos dos magistrados (Carlos Mesía y Juan Vergara), así como también vencen su mandato entre julio y setiembre del 2012 cuatro magistrados (Álvarez Miranda, Eto Cruz, Calle Hayén y Beaumont Callirgos). La renovación de los magistrados está en la agenda del nuevo gobierno del Partido Nacionalista del presidente Ollanta Humala (2011-2016) y constituye un reto que permitirá verificar su apuesta por la institucionalidad democrática y su compromiso ético en la elección de los nuevos jueces constitucionales.

II. ANÁLISIS DE CASOS

El balance de la protección de los derechos fundamentales no es siempre uniforme, pero en este período se ha caracterizado por casos que han perturbado el fortalecimiento de la justicia constitucional y la confianza en el Tribunal Constitucional, pilar de la democracia y de la tutela de los derechos humanos. Tal situación es identificable a partir de tres casos paradigmáticos.

1. Derecho a la libertad de información contra derecho a la privacidad de las comunicaciones

En la STC n.º 00655-2010-PHC/TC (caso *Químper*) el Tribunal Constitucional (TC) se pronunció sobre una causa trascendental en la lucha contra la corrupción del gobierno de Alan García (2006-2011), pero para denunciar al periodismo que había difundido las grabaciones de unas interceptaciones telefónicas ilegales, realizadas por la empresa Business Track; en las cuales se aprecian diálogos sobre negociados de altas autoridades del gobierno del APRA, entre ellos el del ex presidente del Consejo de Ministros, Jorge del Castillo, quien tuvo que renunciar a su cargo e hizo caer a todo el gabinete ministerial, a finales de 2008.

En ese entonces, el abogado Alberto Químper era director de la empresa de petróleos del Estado, Petroperú, encargada de otorgar las concesiones petroleras. Pero siendo funcionario público habría favorecido, bajo prebendas pecuniarias, la

SEGUNDA PARTE. INFORMES POR PAÍSES DE JURISPRUDENCIA RELEVANTE
EN MATERIAS DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL Y DERECHOS FUNDAMENTALES

concesión de cinco lotes petroleros a la empresa noruega Discover Petroleum —en perjuicio de la empresa Petrotech— en contubernio con el abogado aprista, Rómulo León Alegría, amigo personal del entonces presidente Alan García.

Ante el encubrimiento del caso por los medios de comunicación social áulicos del presidente —*El Comercio*, *RPP*, Canal 8, entre otros—, un grupo de periodistas independientes puso a disposición de un medio de comunicación televisivo, Canal 4, y el diario *La República* los audios para su difusión periodística. Ello permitió abrir una investigación fiscal sobre la corrupción gubernamental, a partir de las evidencias del tráfico de influencias.

Químper demandó que el uso de los audios violaba su derecho a la privacidad de las comunicaciones (artículo 2, inciso 11, de la Constitución); motivo por el cual los audios de la corrupción no podían ser usados como pruebas lícitas en la investigación y posterior proceso penal en su contra. Esto planteó un proceso constitucional de hábeas corpus, en la medida que el juez penal dictó una medida de detención personal durante el inicio de la investigación penal.

En el fondo se planteó el conflicto entre la potestad de la investigación procesal sobre la base de las llamadas pruebas prohibidas, actuadas por la Fiscalía, que es la encargada de dirigir la investigación de los delitos (artículo 159, inciso 5, de la Constitución), y el derecho a la privacidad de las comunicaciones y la prohibición de las pruebas ilícitas (artículo 2, incisos 10 y 24, literal *h*, respectivamente).

La sentencia del TC no realiza un análisis ponderado del caso, entre la defensa del orden público constitucional, es decir la investigación fiscal y judicial ante las evidencias de la comisión del delito de corrupción de funcionario público, y el derecho a la privacidad de las comunicaciones. Por el contrario, el TC centra el análisis de la sentencia en la licitud o ilicitud de las pruebas prohibidas, tal como lo planteó Químper en su demanda.

En ese sentido, declara la inconstitucionalidad del uso de los audios en los procesos de investigación judicial, en la medida que Alberto Químper no autorizó su uso. Pero, como evidencia de la bipolaridad argumental, el TC ordena en mayoría —*extra petita*— que los medios de comunicación social estén prohibidos de difundir conversaciones telefónicas, salvo con una orden judicial o la autorización de los presuntos implicados en actos ilícitos. Más aún, en caso de que no lo hicieran así, el TC dispuso que los periodistas tengan responsabilidad penal. Pero con una resolución «aclaratoria» igualmente en mayoría, se modificó ese extremo del fallo judicial, ante la arremetida de los medios de comunicación en defensa de la libertad de información.

Ello pone en evidencia dos hechos: uno jurídico y otro político. El *jurídico* tiene que ver con la errónea e incoherente argumentación de la sentencia. Por cuanto, de

sus fundamentos no se colige que sea un delito la difusión periodística de audios o vídeos, más aún si contuvieran material delictivo; cosa distinta es que se investigue el origen lícito o ilícito de su obtención. Pero, si de estos se revela la existencia de hechos delictivos, los periodistas no pueden menos que difundirlos al ser un hecho noticioso de interés público; eso sí, bajo responsabilidad.

Pretender invalidar como pruebas válidas las escuchas telefónicas pone al descubierto que a juicio del TC de hoy no serían válidos los hechos ilícitos que contenían los «vladivideos» de la corrupción, que permitieron conocer, denunciar, investigar y sancionar a los principales responsables de la corrupción durante el gobierno de Fujimori. Con la sentencia de Químper, en su momento otros procesados y condenados podrían haber intentado demandar la anulación de las pruebas y fallos condenatorios, dado el carácter vinculante de las sentencias constitucionales.

Desde el punto de vista *político*, se puede señalar que durante el período final del gobierno de García, la libertad de expresión de los medios independientes se constituyó casi en el único instrumento de control de los excesos del poder y en particular de la corrupción gubernamental, por cuanto los organismos estatales encargados de esta no garantizaban independencia e imparcialidad, sino muchas veces encubrimiento e impunidad frente a la corrupción. Tan es así que el propio presidente del TC, Carlos Mesía, está denunciado ante el Congreso de la República por corrupción y nepotismo, por haber favorecido a su esposa con un puesto y sueldo desproporcionados en el propio TC.

Pero, lo más bochornoso de este caso ha sido, también, el mal uso que hizo el TC de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos —Corte IDH— (caso *Escher y otros c. Brasil*, de 6 de julio de 2009), para invalidar el uso de los audios de Químper en el proceso penal, sobre la base del argumento que no hubo orden judicial ni fue consentido. Sin embargo, en dicho caso la Corte IDH señaló que se produce la violación de la privacidad de las comunicaciones: «a. Cuando las conversaciones telefónicas son de carácter privado y no constituyen información pública, su divulgación requiere de la autorización de los interlocutores, caso contrario, su divulgación se torna ilegítima» (párrafos 129 y 147).

En consecuencia, las conversaciones grabadas de Químper constituían actos de preparación y de comisión de actos ilícitos, que son materia de responsabilidad penal. Motivo por el cual no caían en el supuesto de la prohibición de la difusión de las conversaciones telefónicas de carácter privado. Salvo que frente a la comisión de hechos delictivos por ese medio, como al parecer sostiene el TC, no puedan ser utilizadas las grabaciones por la justicia, ni los medios de comunicación puedan difundir hechos de interés público, en aras de proteger el derecho a la intimidad

SEGUNDA PARTE. INFORMES POR PAÍSES DE JURISPRUDENCIA RELEVANTE
EN MATERIAS DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL Y DERECHOS FUNDAMENTALES

y privacidad de las comunicaciones de los criminales y ladrones, como señaló el Premio Nobel de Literatura Vargas Llosa.

2. Derecho a la propiedad y el debido proceso al interior del TC

En el expediente n.º 00228-2009-PA/TC, el TC declaró que la *operación acordeón* —consistente en la reducción a cero del capital social y su inmediato incremento y que no se encuentra regulada por la legislación comercial nacional— era conforme al ordenamiento jurídico constitucional, siempre que se respetaran los derechos, principios y valores que recoge la Constitución. En ese sentido, debe asegurarse el respeto de los derechos fundamentales de los accionistas minoritarios, a través del establecimiento de mecanismos idóneos para que estos participen y ejerzan sus derechos oportunamente.

La sentencia se origina en el caso de una accionista del 1% de las acciones de la empresa concursada Chiquitoy, que se vio impedida de ejercer su derecho de suscripción preferente debido a que la junta de acreedores de la empresa no estableció los mecanismos necesarios para que los accionistas minoritarios participaran de la *operación acordeón*; ello habría provocado un estado de indefensión que resultó en la vulneración de derechos de configuración legal íntimamente vinculados con el derecho fundamental a la propiedad y a la libre iniciativa privada. Pero lo discutible de este proceso es que fue resuelto reformando previamente el artículo 10-A del reglamento normativo del Tribunal Constitucional, para que el presidente emitiera un voto de calidad (resolución administrativa del presidente n.º 028-2011-P/TC).

En efecto, lo más agravante es que el caso contaba con tres votos por su improcedencia por no ser el amparo la vía adecuada, un voto por *fundada* para que el caso fuera examinado en la vía judicial ordinaria —como planteaban los tres votos por improcedente— y tres votos por fundada —esta última era la postura del presidente—. Así que, dado que se requieren cuatro votos para hacer sentencia no solo sobre el fallo sino también sobre los fundamentos, el presidente decidió ejercer su voto dirimente, sobre la base del artificio de sostener que con su voto se hacían tres votos por fundada y al empatar con los infundados él decidía el fallo; sin considerar que el séptimo voto —*fundada*— no le favorecía. De modo que el voto de la minoría ganó al voto de la mayoría que estaba en contra de la demandante por distintas razones.

En el caso *sub examine*, se presentan dos tipos de arbitrariedades e irregularidades: uno, en el procedimiento de suscripción preferente de acciones alegadas por la parte demandante; y otro, en el procedimiento de resolución de la causa.

Estas arbitrariedades deben ser examinadas a la luz del principio de interdicción de la arbitrariedad y del debido proceso. Dado el agravio producido es importante precisar los derechos o bienes constitucionales en conflicto.

En relación con la *operación acordeón* se aprecia cómo una mayoría de accionistas puede acordar reducir a cero el capital, para inmediatamente volver a adquirir acciones; más aún si esta operación no se encuentra regulada en la Ley General de Sociedades y puede afectar gravemente los derechos de los accionistas a la propiedad, a la asociación y a la libre iniciativa privada. Pero, a pesar de tener un derecho de preferencia como minoría del 1 % para adquirir las nuevas acciones, la demandante no ejerció su derecho oportunamente, pese a lo previsto en la Ley General de Sociedades. No obstante, demandó la violación de su derecho a la libertad empresarial (artículo 59 de la Constitución) y al derecho de propiedad (artículo 70, *ibidem*).

Es cierto que existe una especial situación de intervención gravosa en los derechos fundamentales alegados y que la justicia constitucional requiere efectuar un análisis que vaya mucho más allá de una evaluación del cumplimiento de requisitos *legales* para la reducción y el aumento del capital social y el ejercicio del derecho de suscripción preferente. Más aún, si una operación societaria puede implicar la *desaparición* de los accionistas de una empresa, es necesario efectuar un análisis desde la Constitución sobre la validez y la legitimidad de una operación societaria de este tipo.

Por ello es importante precisar que pese a que la recurrente tomó conocimiento de la resolución administrativa desestimatoria, no recurrió en contra de la resolución n.º 1569-2007/TDC-INDECOPI emitida por el Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual que desestimó su pretensión; sino que, por el contrario, recurrió al amparo en contra de los acuerdos de la junta de acreedores de fecha 6 de diciembre del 2006, alegando vulneración constitucional. No obstante los acuerdos tomados en junta, a la fecha de la interposición de la demanda habían prescrito, conforme a lo dispuesto en el artículo 44 del Código Procesal Constitucional, el cual establece que: «[e]l plazo para interponer la demanda de amparo prescribe a los sesenta días hábiles de producida la afectación, siempre que el afectado hubiese tenido conocimiento del acto lesivo y se hubiese hallado en posibilidad de interponer la demanda». Más aún cuando la vía igualmente satisfactoria era la contenciosa administrativa, máxime si a la fecha de la interposición de la demanda de amparo los plazos para recurrir a la vía contenciosa administrativa no habían vencido todavía.

En efecto, la nulidad de un acuerdo societario tiene una vía administrativa ante el Tribunal de Defensa de la Competencia, pero que le rechazó el pedido a la demandante en doble instancia. Además, la demandante no cuestionó dicha resolución administrativa en la vía judicial ordinaria; sino que interpuso el proceso de

**SEGUNDA PARTE. INFORMES POR PAÍSES DE JURISPRUDENCIA RELEVANTE
EN MATERIAS DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL Y DERECHOS FUNDAMENTALES**

amparo mencionado, pese a que este no es un proceso alternativo, sino subsidiario al ordinario, según dispone el artículo 5, inciso 2, del Código Procesal Constitucional. Pero la racionalidad objetiva del caso se vio alterada por la decisión arbitraria de incorporar el voto dirimente a favor del presidente para resolver el caso.

Al respecto, el artículo 4 de la anterior ley orgánica del Tribunal Constitucional (ley n.º 26435, de 23 de diciembre de 1994) estableció que:

De producirse empate para la formación de una resolución, el presidente tiene voto dirimente, salvo para resolver los procesos de inconstitucionalidad, en cuyo caso, de no alcanzarse la mayoría calificada prevista en el párrafo precedente para declarar la inconstitucionalidad de una norma, el Tribunal resolverá declarando infundada la demanda de inconstitucionalidad de la norma impugnada.

La actual Ley Orgánica del Tribunal Constitucional no prevé dicho caso; sin embargo, mediante resolución administrativa n.º 028-2011-P/TC, de 24 de marzo de 2011, el presidente del TC dispuso, por mayoría del pleno, reformar el reglamento del TC para que, en caso de empate en las causas jurisdiccionales, él tenga voto de calidad; a pesar de que es un mandato propio de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y no de un reglamento. Ello ha sido duramente criticado interna y externamente.¹

La sentencia es relevante porque afirma el autoritarismo judicial con que se maneja el TC en lo jurisdiccional y en lo administrativo; al margen de la previsión legal y el respeto a la lógica de las argumentaciones, así como del voto de la mayoría.

3. Derecho a la consulta previa e informada de los pueblos indígenas

En los expedientes n.º 0022-2009-PI/TC (Inconstitucionalidad del régimen de formalización y titulación de tierras rurales, decreto legislativo n.º 1089), n.º 06316-2008-PA/TC (Pueblos indígenas no contactados) y n.º 05427-2009-PC/TC (Cumplimiento del convenio n.º 169 de la Organización Internacional del Trabajo, OIT), entre otros, originados por las demandas presentadas por la Asociación Interétnica de Desarrollo de la Selva (AIDSESP), gremio nacional de los pueblos amazónicos, se

1 Cfr. Ricardo BEAUMONT CALLIRGOS: «La incorporación del art. 10-A al reglamento normativo del Tribunal Constitucional. El caso *Empresa Agraria Chiquitoy S. A.*», en *Gaceta Constitucional*, t. 41, mayo de 2011, Lima, pp. 21-34; asimismo, Aldo BLUME ROCHA: «El nuevo voto decisorio del presidente del TC: una modificación extraña, inoportuna e inconstitucional», en <http://www.justiciaviva.org.pe/notihome/notihome01.php?noti=545>.

requirió al TC que se pronunciara sobre los alcances del derecho a la consulta de los pueblos indígenas, establecido en el Convenio n.º 169 de la OIT.

Estos casos fueron resueltos por el TC en el marco de la «doctrina» que el presidente Alan García expuso en «El perro del hortelano» I y II, difundidos por el diario *El Comercio*. Dicha doctrina consideraba a los pueblos indígenas como poblaciones atrasadas, que debían ser integradas bajo los patrones políticos y morales de la nación, a los beneficios del progreso económico.² Esta concepción, marcadamente jerárquica y conservadora, excluye a los pueblos indígenas de su participación en calidad de ciudadanos, sobre la base de su identidad étnica y social. Sus consecuencias se vieron con patética crudeza en muchos conflictos sociales, como el que aconteció en Bagua en el año 2009, entre policías y nativos, que dejó cruelmente un saldo de 35 muertos. Prueba irrefutable, por tanto, del fracaso de esta «doctrina».

No obstante, a partir de los casos demandados por AIDSESEP se aprecia el cambio progresivo de criterio del TC sobre la temática de la integración intercultural; por cuanto, en la demanda de titulación de tierras se rechazó la petición siempre y cuando se interpretara que estas nuevas reglas no fueran de aplicación para los pueblos indígenas (FJ 56 de la STC n.º 0022-2009-PI/TC). Además, en el caso de los pueblos indígenas no contactados, se rechazó en mayoría la demanda con el argumento de que la buena fe de la declaración de las empresas acerca de la no existencia de poblaciones no contactadas en la zona de exploración petrolera resultaba suficiente en última instancia para rechazar el pedido de suspensión de dicha actividad petrolífera (FF.JJ. 27 a 30 de la STC n.º 06316-2008-PA/TC).

Respecto al cumplimiento del Convenio n.º 169 de la OIT por el Ministerio de Energía y Minas, se declaró inicialmente fundado en parte el incumplimiento de dicho convenio y se exhortó al Congreso de la República a culminar el proceso de aprobación de la Ley del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios reconocido en el Convenio n.º 169 de la OIT (FF.JJ. 66 a 69 de la STC n.º 05427-2009-AC/TC); no obstante que los tratados celebrados y en vigor por el Estado peruano forman parte del derecho nacional (artículo 55 de la Constitución). En

2 En dos artículos expone tal visión sobre los procesos de reestructuración económica, que de ser admitida, el país —según su opinión— debería realizar para un supuesto desarrollo. Su visión de los pueblos indígenas en general se expresa en que «existen comunidades artificiales [...] de “mano muerta”, en las que sus habitantes viven en extrema pobreza y esperando que el Estado les lleve toda la ayuda en vez de poner en valor sus cerros y tierras, alquilándolas, transándolas porque si son improductivas para ellos, sí serían productivas con un alto nivel de inversión o de conocimientos que traiga un nuevo comprador». En «El síndrome del perro del hortelano», diario *El Comercio*, 28 de octubre de 2007; asimismo, «Receta para acabar con el perro del hortelano», diario *El Comercio*, 25 de noviembre de 2007.

SEGUNDA PARTE. INFORMES POR PAÍSES DE JURISPRUDENCIA RELEVANTE
EN MATERIAS DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL Y DERECHOS FUNDAMENTALES

consecuencia, dicho convenio suscrito por el Perú está vigente desde 1995.³ Pero el TC publicó una resolución aclaratoria, de fecha 24 de agosto de 2010, recaída en el expediente n.º 06316-2008-AA —sobre pueblos indígenas no contactados— en la que estableció de forma grave y escandalosa que el derecho a la consulta solo sería exigible a partir de 11 de junio de 2010, vale decir, a partir de la publicación de la otra sentencia, la n.º 00022-2009-PI/TC —titulación de tierras—, a pesar de que en esta sentencia se había señalado expresamente lo siguiente:

En el caso del Convenio n.º 169 de la OIT, la situación es distinta. Como ya ha sido desarrollado por el Tribunal Constitucional en la STC 03.343-2007-PA/TC [FJ 31], *tal convenio forma parte de nuestro ordenamiento jurídico, por lo tanto, como cualquier otra norma debe ser acatada.* [FJ 9]

[...] Si bien *el Convenio n.º 169 está vigente en nuestro país desde 1995*, su aplicación no ha sido asumida por el Estado de manera regular. De otro lado, no se han presentado ante esta instancia litigios en los que se discuta este derecho. En tal sentido, y en virtud de la finalidad propedéutica que tiene la jurisprudencia de este Tribunal, resulta relevante que se den algunas pautas a fin de que se configure claramente el proceso de consulta [...]. [FJ 41] [énfasis agregados]

El fraude procesal se pone de manifiesto en que: primero, se utiliza un recurso de aclaración en un proceso de amparo en defensa de los pueblos no contactados (expediente n.º 06316-2008-AA/TC), para modificar una sentencia sobre la inconstitucionalidad de la ley sobre titulación de tierras (expediente n.º 00022-2009-PI/TC); segundo, se altera de manera inconstitucional la fecha de entrada en vigencia del

3 En este importante convenio suscrito por casi todos los países con población indígena en Latinoamérica se dice, entre otras cosas, que: «Art. 13: Al aplicar las disposiciones de esta parte del Convenio, los gobiernos deberán respetar la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios, o con ambos, según los casos, que ocupan o utilizan de alguna otra manera, y en particular los aspectos colectivos de esa relación [...]. Art. 14: Deberá reconocerse a los pueblos interesados el derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan. Además, en los casos apropiados, deberán tomarse medidas para salvaguardar el derecho de los pueblos interesados a utilizar tierras que no estén exclusivamente ocupadas por ellos, pero a las que hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia [...]» (Convenio n.º 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, OIT, 1989). Todo ello no hace sino demostrar la enorme importancia que en el nivel de los derechos fundamentales y del derecho internacional de los derechos humanos se les ha dispensado a los pueblos indígenas, en el respeto de su cosmovisión, de sus costumbres y de sus valores.

Convenio n.º 169 de la OIT en el Perú, que rige desde el año 1995, para establecer que regirá a partir de la fecha de la publicación de esta última sentencia en la página web del TC, vale decir desde el 11 de junio de 2010.

La consecuencia objetiva de ello es que todos los conflictos sociales, que según la Defensoría del Pueblo entonces alcanzaban la cifra de doscientos cincuenta en todo el país, de los cuales más de ciento veinte se refieren a conflictos socioambientales en los que se encuentran involucradas comunidades nativas y campesinas, ya no iban a poder exigir el cumplimiento del Convenio n.º 169 de la OIT.

En consecuencia, con esta aclaración, la actual mayoría del TC puso un dique a la exigibilidad del derecho a la consulta a los pueblos indígenas del Perú, en los casos de conflictos activos o latentes; lo que adquirió visos de mayor gravedad si se toma en cuenta que en ese entonces existían ochenta y siete conflictos en proceso de diálogo directo o a través de mediaciones, para resolver las controversias entre los pueblos indígenas y los inversionistas interesados en la explotación de los recursos naturales.

Pero en julio del 2011, una vez producida la salida del gobierno del APRA de Alan García y su doctrina de «El perro del hortelano», en el marco del nuevo gobierno nacionalista del presidente Ollanta Humala, el TC cambió nuevamente su jurisprudencia sobre la materia (STC n.º 00024-2009-PI/TC), señalando que:

[...] Respecto a la exigibilidad del derecho a la consulta se encuentra vinculada a la entrada en vigencia en nuestro ordenamiento jurídico del Convenio 169 de la OIT. Esto es, el 2 de febrero de 1995. [...] En ese sentido, la RTC 6316-2008-PA/C solo se limitó a establecer que desde que se expidió la STC 0022-2009-PI/TC existen criterios jurisprudenciales para resolver casos que involucran al derecho a la consulta (STC 0025-2009-PI/TC, FJ n.º 24. [FJ 7]

La fuerza normativa de la Constitución ha permitido, en una primera etapa, que el TC fuera estableciendo las bases de la tutela del derecho al medio ambiente y el reconocimiento de nuevos titulares, como los pueblos indígenas, desde una perspectiva intercultural. Sin embargo, en los últimos años, con jueces faltos de independencia del Gobierno y de las grandes empresas, se ha producido un repliegue en la construcción jurisprudencial de la tutela de los derechos fundamentales de los pueblos indígenas. Pero la interculturalidad es un proceso social contemporáneo, con profundas raíces históricas, que se va insertando en las estructuras del Estado constitucional, a pesar de los recodos de alguna jurisprudencia constitucional.

Finalmente, en las democracias estables siempre es un tema irresuelto la tensión que se produce cuando el derecho controla a la política; pero, cuando en una

**SEGUNDA PARTE. INFORMES POR PAÍSES DE JURISPRUDENCIA RELEVANTE
EN MATERIAS DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL Y DERECHOS FUNDAMENTALES**

democracia de baja intensidad, como la peruana, la política controla al derecho, entonces es tiempo de renovar a los jueces constitucionales para elegir a aquellos que tengan la ciencia, la ética y el coraje para cumplir con su función de controlar los excesos del poder y tutelar los derechos fundamentales.