Hacia un amparo indígena

Maritza Quispe Mamani

Documento de trabajo
2024

Instituto de Defensa Legal
Área de Litigio Constitucional y Pueblos Indígenas

Hacia un amparo indígena, a propósito de las reglas procesales en las demandas constitucionales interpuestas por pueblos indígenas

Maritza Quispe Mamani

Diciembre de 2024

Introducción

La sistemática vulneración de los derechos de los pueblos indígenas, el despojo de sus territorios, la criminalización, los asesinatos de defensores y la promulgación de normas inconstitucionales contra los pueblos indígenas y la amazonia están generando que miembros de estos pueblos acudan a las instancias judiciales con el objetivo de lograr la restitución o el cese de la violación de sus derechos.

En el Perú, existe normativa dirigida a tutelar los derechos de estos pueblos, que constituye un avance importante en el reconocimiento y protección de sus derechos. Estas, sin embargo, no son suficientes, y en la mayoría de los casos resultan ser ineficientes al momento de aplicarlas.

Esta situación de desprotección por parte del Estado da como resultado que muchas de las organizaciones indígenas opten por presentar demandadas constitucionales para exigir tutela jurisdiccional y acceso a la justicia.

Para ello, nuestro ordenamiento jurídico ha implementado una serie de procesos judiciales que sirven como herramientas para acceder a la tan ansiada justicia constitucional. Estos procesos tienen como finalidad la restitución de los derechos fundamentales y convencionales frente al abuso de poder del propio Estado y de empresas transnacionales.

En ese sentido, el presente documento pretende demostrar que, pese a que los procesos constitucionales tienen como característica principal la tutela de los derechos fundamentales y están regidos bajo los principios de flexibilidad, celeridad procesal e inmediación, en los hechos estas características no están siendo observadas por los operadores de justicia. Las razones son varias, pero principalmente debido al desconocimiento sobre la verdadera esencia de este tipo de procesos. En muchos casos, dicha omisión provoca una desnaturalización del proceso constitucional de amparo, generando una limitación al acceso a la justicia de poblaciones que históricamente han sido rezagadas en sus derechos.

Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha señalado que el debido proceso legal o derecho de defensa procesal es el derecho de toda persona a ser oída con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada en su contra o para la determinación de sus derechos de carácter civil, laboral u otro cualquiera[1]. Este concepto de debido proceso legal abarca las condiciones que deben cumplirse para asegurar la debida defensa de aquellos cuyos derechos u obligaciones están bajo consideración judicial[2].

Para tal caso, el acceso a la justicia de organizaciones indígenas o integrantes de un pueblo indígena es cada vez más lejano, debido a que existen muchas barreras burocráticas y poco

[1] Corte IDH, Caso Génie Lacayo vs. Nicaragua, sentencia de fondo, reparaciones y costas, sentencia del 29 de enero de 1997, Serie C, N° 30, párr. 74.

[2] Corte IDH, Garantías Judiciales en Estados de Emergencia (arts. 27.2, 25 y 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC 9/87 del 6 de octubre de 1987. Serie A, N° 9, párr. 28.

respeto a las particularidades culturales, costumbres y situación de especial vulnerabilidad de este sector de la población, que no solo encuentra obstáculos por razones lingüísticas, geográficas o de otro tipo, sino que nunca fueron tomados en cuenta al momento de diseñar los mecanismos procesales de un sistema judicial que, a la larga, se ha convertido en uno colonialista y discriminatorio.

La necesidad de respetar y promover sus derechos lleva ínsito el deber de respetar y comprender sus estructuras políticas, económicas y sociales, su cultura (incluido su idioma), sus tradiciones espirituales, su historia y su filosofía[3].

Así, el artículo 8.1 del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (Convenio 169 de la OIT) ha señalado que los jueces deben tomar en cuenta las diferencias que tienen los pueblos indígenas. En efecto, precisa: *"Al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario"*.

A continuación, desde la experiencia del litigio constitucional en materia de pueblos indígenas, realizaremos un análisis de cómo esta especie de desnaturalización del proceso constitucional de amparo está afectando seriamente los derechos al acceso a la justicia de dicha población. Seguidamente, desarrollaremos algunos derechos procesales que tienen estos pueblos, los mismos que han sido desarrollados en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, el Poder Judicial y la jurisprudencia de la Corte IDH, en casos concretos litigados por el Instituto de Defensa Legal y sus aliados.

I. La desnaturalización del proceso constitucional de amparo

1. La excesiva aplicación del Código Procesal Civil en los procesos de amparo

Jueces civiles, quienes hacen las veces de jueces constitucionales, están rechazando demandas de amparo interpuestas por los pueblos indígenas por cuestiones meramente formales, establecidas en el Código Procesal Civil, sin tener en cuenta que este tipo de procesos deben tramitarse bajo otros parámetros, que garanticen el respeto de los derechos de estos pueblos.

Se olvidan de que los procesos constitucionales tienen como finalidad garantizar la primacía de la Constitución, la vigencia efectiva de los derechos fundamentales[4] y el acceso a la justicia, especialmente de poblaciones vulnerables. En ese entender, las demandas constitucionales de amparo presentadas por los pueblos indígenas deben ser resueltas preferentemente bajo los parámetros del Código Procesal Constitucional, la jurisprudencia nacional, de la Corte IDH, y aplicando los tratados internacionales de derechos humanos.

El Código Procesal Constitucional regula las reglas de trámite de los procesos constitucionales (Art. IX de su Título Preliminar). En ese entender, la posibilidad de la aplicación supletoria de los códigos procesales afines en la materia, y que se discute en un proceso de amparo, se encuentra supeditada a la existencia de un vacío o defecto legal del referido Código, por lo que rechazar este tipo de demandas bajo argumentos meramente formales contemplados en el Código Procesal Civil

[3] Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, resolución aprobada por la Asamblea General el 13/09/2007.

[4] Articulo II del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.

vulnera el derecho al acceso a la justicia que tiene todo ciudadano y, en especial, poblaciones que históricamente fueron rezagadas en sus derechos.

Al respecto, el Tribunal Constitucional ha señalado que el acceso a la justicia es la garantía que tienen los ciudadanos de acceder a los órganos jurisdiccionales para que se resuelva una situación jurídica, conflicto de derecho o presentación de reclamos en un proceso judicial

Por su parte, la Convención Americana sobre Derechos Humanos ha determinado: "Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos en la constitución, la ley o la presente convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales"[5].

Por lo tanto, la sola exigencia de requisitos legales o formales para tramitar una demanda de amparo presentada por pueblos indígenas constituye una limitación *prima facie* para el acceso a la justicia constitucional. En ese sentido, la restricción del acceso a la justicia solo estará justificada si los requisitos de admisibilidad exigidos resultan razonables y proporcionados en atención a los fines del proceso.

Además, es preciso tener en cuenta que antes de rechazar este tipo de demandas se deberá tener presente lo señalado en el tercer párrafo del artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, que establece que, "cuando en un proceso constitucional se presente una duda razonable respecto de si el proceso debe declararse concluido, el juez y el TC declararan su continuación", agregando además que existe una obligación por parte de los jueces de adecuar la exigencia de las formalidades previstas en esta norma con el fin de lograr los fines de este tipo de procesos.

Por otro lado, y a fin de garantizar el acceso a la justicia constitucional, el Tribunal Constitucional ha señalado que los procesos constitucionales tienen una particularidad. Nos referimos al principio de suplencia de queja. En palabras de este tribunal, la suplencia de queja se trata de "la facultad que tienen los jueces constitucionales para adecuar las pretensiones de los quejosos, a fin de otorgarles la protección que sus derechos fundamentales requieran en el supuesto que se adviertan un error o una omisión en el petitorio de su demanda"[6]. En ese sentido, al tratarse de pueblos indígenas y su búsqueda por tutela de derechos colectivos, el juez debe tener en cuenta esta particularidad y no rechazar demandas bajo argumentos meramente formales, pues finalmente aquello es negar el acceso a la justicia de este sector de la población.

2. El uso indiscriminado de las excepciones

Si bien el artículo 12 del Código Procesal Constitucional faculta a los emplazados deducir excepciones y defensas previas al momento de contestar la demanda, estos medios de defensa están siendo utilizados con el único objetivo de dilatar los procesos. No se trata de negar la utilización de estos recursos, pero sí de poner un límite cuando estas tienen como finalidad dilatar un proceso constitucional.

[5] Artículo 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos
[6] STC N° 00569-2003-AC/TC, f.j.5

Las excepciones más utilizadas son las de falta de legitimidad para obrar del demandante, prescripción, falta de agotamiento de las vías previas y la de vías igualmente satisfactorias.

Para entender lo que estamos señalando, realizaremos un análisis somero de cada una de estas excepciones con la finalidad de demostrar que carecen de argumentos y que su único objetivo es retardar las demandas indígenas.

a. Excepción de falta de legitimidad para obrar de demandante

La excepción de falta de legitimidad para obrar, a la que se refiere el inciso 6 del artículo 446 del Código Procesal Civil, está dirigida a denunciar la falta de identidad entre los sujetos que integran una relación jurídica procesal. En ese sentido, lo que busca es poner de manifiesto la carencia de identidad entre las personas inmersas en una u otra relación.

En el caso de las demandas presentadas por los pueblos indígenas, suele suceder que los demandados deducen este tipo de excepción señalando que la demanda debe ser presentada únicamente por el presidente de la comunidad con inscripción ante registros públicos, poniendo una barrera a la legitimidad de los otros integrantes que conforman la estructura comunal. Este argumento ya fue zanjado por el Tribunal Constitucional, al señalar que, cuando se trata de demandas presentadas por pueblos indígenas, no será necesario que el demandante o demandantes sean necesariamente miembros de la junta directiva, es decir, cualquier integrante del pueblo puede accionar, señalando además la no exigibilidad de que la junta directiva tenga un mandato vigente inscrito ante registros públicos.

Como se puede advertir, el Tribunal Constitucional ha simplificado la legitimidad de las comunidades campesinas y nativas que presentan procesos constitucionales en salvaguarda de sus derechos colectivos. Así, en la sentencia recaída en el expediente N.º 04611-2007-AA/TC, sobre el derecho al honor de una comunidad nativa, este máximo tribunal constitucional le otorgó la legitimidad a cualquiera de sus miembros en tanto se vean afectados[7]. Asimismo, añade que "si bien no ha sido planteado de esta forma, también hubiera sido válido que cualquiera de los integrantes de la accionante hubiera interpuesto la presente demanda"[8].

Los argumentos para deslegitimar a los pueblos indígenas son tres: no ser parte de la junta directiva; no contar con inscripción ante registros públicos; y desconocer a las comunidades campesinas como pueblos indígenas.

Si bien es importante que la junta directiva de una comunidad u organización indígena esté inscrita en registros públicos, no es exigible cuando estas inician un proceso constitucional. Exigir procedimientos no constitutivos de derechos basados en procedimientos administrativos podría limitar el acceso a la justicia. Al respecto, la Corte Suprema del Perú también ha señalado que para identificar a los pueblos indígenas y tribales no es requisito previo que se encuentren registrados y/o reconocidos mediante procedimientos formales aplicados por el Estado, sino que cumplan con los criterios señalados en el Convenio 169 de la OIT (sentencia A.P. Nº 2232-2012, fj. 6.3).

[7] STC N° 04611-2007-AA/TC, f.j. 29
[8] STC N° 04611-2007-AA/TC, f.j. 30

El desconocimiento de las comunidades campesinas como pueblos indígenas es aún más grotesco. Al no ser pueblos indígenas, no tienen legitimidad para exigir el cumplimiento del derecho a la consulta previa a través del amparo.

Muchos abogados del Estado, incluidos los de las empresas trasnacionales, desconocen que la calificación como pueblo indígena es algo que le corresponde determinar únicamente a cada pueblo, sin que los Estados interfieran en esa decision. Así, las denominaciones empleadas por cada uno de estos pueblos no alteran su naturaleza ni sus derechos colectivos.

La legitimidad de los pueblos indígenas incluso es más amplia si de protección de derechos colectivos estamos hablando. Por ejemplo, en el caso de los pueblos en aislamiento, y dado que ellos han decidido permanecer en situación de aislamiento, las organizaciones indígenas pueden accionar en nombre de ellos, pues, conforme lo establece el fundamento 17 de la STC Nº 06316-2008/PA/TC, se encuentran legitimadas para interponer una demanda con la finalidad de requerir al órgano jurisdiccional la intervención del Estado para que asuma su obligación de protección material y efectiva de los derechos fundamentales de estos pueblos, de conformidad con el ordenamiento jurídico constitucional.

El Tribunal Constitucional sostiene que cualquier persona natural o jurídica puede presentar un pedido o demanda ante las autoridades con relación a los derechos de las comunidades en aislamiento o poblaciones en situación de vulnerabilidad, como es el caso de las comunidades nativas a que se refiere la Ley 28736.[9]

Este argumento es reforzado por el artículo II del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, Ley 28237, que reconoce como finalidad esencial de los procesos constitucionales la protección de los derechos fundamentales, teniendo en cuenta, además, la dimensión objetiva de estos derechos, es decir, independientemente de que los pueblos indígenas afectados accionen judicialmente, el Estado tiene la obligación de proteger sus derechos fundamentales, toda vez que la protección de los derechos fundamentales no solo es de interés para el titular de ese derecho [tutela subjetiva], sino también para el propio Estado y para la colectividad en general, pues su transgresión supone una afectación también al propio ordenamiento constitucional[10].

La interpretación de esta norma debe hacerse en consonancia con el principio de elasticidad o informalidad, contenido en el artículo III del título preliminar del Código Procesal Constitucional- Según este principio: *"Juez y el Tribunal Constitucional deben adecuar la exigencia de las formalidades previstas en este Código al logro de los fines de los procesos constitucionales"*[11].

En ese sentido, y pese a que a nivel jurisprudencial hay un desarrollo en este tema, se sigue incurriendo en el mismo argumento. Es importante que los jueces conozcan la jurisprudencia que se ha desarrollado al respecto, a fin de rechazar esta excepción.

[9] STC No 06316-2008, f.j. 4.
[10] STC No 00023-2005-AI/TC, f.j. 11.
[11] Articulo III del título preliminar del Código Procesal Constitucional.

b. Excepción de prescripción

El artículo 45 del Código Procesal Constitucional es el dispositivo que establece el plazo para la interposición de una demanda de amparo. Señala que el plazo para interponer este tipo de demandas es de sesenta días hábiles de producida la afectación, siempre que el afectado hubiera tenido conocimiento del acto lesivo y se hubiera hallado en posibilidad de interponer la demanda.

Señala también que, si esta no hubiese sido posible, el plazo se computará desde el momento de la remoción del impedimento, precisando además reglas que se debe tomar en cuenta al momento de revisar este extremo.

En el caso de las demandas presentadas por pueblos indígenas, estas tienen una peculiar característica, y es que no solo existe una sistemática y deliberada omisión del Estado de proteger y garantizar los derechos de estos pueblos, sino que las violaciones a sus derechos constituyen violaciones sistemáticas.

El artículo 45.5 del Código procesal Constitucional establece con claridad que, si el agravio de estos pueblos consiste en una omisión, el plazo no trascurrirá mientras subsista la amenaza. Lo mismo sucede con el artículo 45.3, pues si la afectación es continuada, el plazo se computará desde el momento en que haya cesado totalmente su ejecución.

Este argumento es ratificado por el Tribunal Constitucional al señalar, en reiterada jurisprudencia, que "no es aplicable el plazo establecido en el artículo 44, primer párrafo del Código Procesal Constitucional, sino las excepciones a la regla previstas en los incisos 3 y 5 del mismo dispositivo legal. Declarando que la demanda interpuesta es el rigor una conducta violatoria consistente en una omisión, lo que en principio supone que la inconstitucionalidad, de ser cierta, tendría carácter permanente o continuada". (STC N.º 03326-2017-AA, f.j. 2). Lo que significa que el plazo prescriptorio no trascurrirá mientras la afectación sea de naturaleza omisiva, continuada y exista una amenaza de vulneración de un derecho, debiendo ser declarada improcedente esta excepción.

c. Excepción de falta de agotamiento de las vías previas

La obligatoriedad del amparo como vía subsidiaria atiende a que existen determinadas circunstancias que pueden convertir el agotamiento de la vía administrativa (o agotamiento de la vía previa) en un requisito o en un ritualismo inútil, particularmente cuando se trata de la afectación de derechos fundamentales. En tales casos, se exime al administrado de cumplir esta obligación. Las variables en sentido enunciativo de esas excepciones se encuentran recogidas en el artículo 43º del Código Procesal Constitucional.

En el caso de los amparos indígenas, existe un riesgo de irreparabilidad de sus derechos, por lo que se trata de un asunto que merece tutela urgente, que permita la vigencia y goce pleno de los derechos de esta población. Por ejemplo, en el caso de los pueblos en situación de aislamiento y contacto inicial (PIACI), esta urgencia es más evidente, pues si no se restituye sus derechos en el plazo más breve posible, estos pueden correr el riesgo de desaparecer. Así, se requiere de una respuesta urgente, más aún si se está ante la posible afectación definitiva o irreparable de bienes

a los que se les considera especialmente valiosos o sensibles[12]. Lo mismo sucede con otros casos referentes a pueblos indígenas.

Lamentablemente, el proceso constitucional de amparo se ha convertido en un proceso lato que no garantiza una tutela urgente. Un proceso de amparo entre la primera y la segunda instancia en Lima tiene en promedio una duración de tres años[13]. Este tiempo puede extenderse dependiendo de la complejidad del caso concreto. Ahora, en el transcurso de tres años de proceso, los hechos pueden cambiar, dando posibilidad a que la afectación se convierta en irreparable.

El Tribunal Constitucional ha señalado que la irreparabilidad de la agresión supondría que los efectos del acto reclamado como infractorio de un derecho fundamental no pudieran ser retrotraídos en el tiempo, ya sea por imposibilidad jurídica o material, de forma que la judicatura no pudiese tomar una medida para poder restablecer el derecho constitucional demandado como supuestamente vulnerado.[14] En esta misma línea, debe entenderse que la reparación económica al agraviado por el acto lesivo sería un mecanismo satisfactorio; sin embargo, cabe señalar que la irreparabilidad no se refiere a este hecho, sino que este no podrá ejercer su derecho fundamental en una determinada situación.[15]

Por otro lado, la Corte IDH, en su Opinión Consultiva OC-23/17, ha precisado:

> ¨La degradación del medio ambiente puede causar daños irreparables en los seres humanos, por lo cual un medio ambiente sano es un derecho fundamental para la existencia de la humanidad¨[16]

En relación a ello, debe entenderse que la sola aprobación de una actividad extractiva o la contaminación ambiental en territorio de pueblos indígenas trae consigo impactos irreversibles a la vida e integridad de estos pueblos.

En ese sentido, la irreparabilidad de los derechos constitucionales que se busca tutelar justifica cierta flexibilización en las normas que regulan la procedencia de los procesos constitucionales de amparo, a fin de lograr la protección eficaz de los derechos convencionales y del orden constitucional.

El Tribunal Constitucional también se ha pronunciado al respecto, señalando que la "exigencia del agotamiento de las vías previas debe ser interpretada de manera restrictiva en la medida que constituye un obstáculo al ejercicio de los derechos fundamentales, en concreto al derecho a la jurisdicción, y que el criterio de flexibilización y pro homine para no caer en un formalismo inútil". Agrega que "la regla del agotamiento de la vía administrativa debe mantenerse dentro de los cánones constitucionales, vinculándose con las exigencias propias de la administración, como la

---

[12] Sosa, Juan Manuel. (2018) acceso a la justicia constitucional: procedencia del amparo y del recurso de agravio constitucional. Lima: Gaceta Jurídica, p.94.
[13] Defensoría del Pueblo (2015) *Estudio del proceso de amparo en el distrito judicial de Lima: fortaleciendo la justicia constitucional*. Lima, p.45.
[14] STC. Exp. Nº 00091-2005-PA
[15] STC Exp. Nº 02939-2004-AA
[16] Corte IDH. Medio ambiente y derechos humanos (obligaciones estatales en relación con el medio ambiente en el marco de la protección y garantía de los derechos a la vida y a la integridad personal - interpretación y alcance de los artículos 4.1 y 5.1, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-23/17 de 15 de noviembre de 2017. Serie A No. 23.OC 23, fundamento. 59.

de asegurar un debido proceso a los administrados. Ello otorga razonabilidad a la exigencia de agotamiento de la vía administrativa, pues no puede haber demora o detención de la tutela jurisdiccional de derechos fundamentales. En ese sentido, si el recurrente considera que la dilación excesiva del proceso administrativo (…) vulneraba su derecho constitucional al debido proceso, restringir la vía constitucional frente a su necesidad de tutela jurisdiccional efectiva implica una limitación injustificada de la misma, más aún cuando el proceso de amparo es la vía idónea para decidir si un derecho fundamental ha sido o no violado"[17].

Por último, este supuesto de excepción de agotamiento de las vías previas para la interposición de la demanda de amparo busca la subsistencia de la obligación jurisdiccional del juez constitucional de determinar la existencia o no de lesión de un derecho constitucional, declarando procedente la demanda y entrando a conocer el fondo del asunto, pese a no haberse cumplido con unos de los requisitos fundamentales de procedibilidad[18].

En ese entender, es oportuno señalar que, incluso si no se tuviese certeza sobre la posibilidad o no del afectado de entrar en conocimiento del acto lesivo, debe privilegiarse la continuación del proceso de amparo, por ser más favorable a la protección de los derechos de la persona, en virtud del principio pro actione. Con respecto a este principio, el Tribunal Constitucional ha señalado que "se impone a los juzgados la exigencia de interpretar los requisitos y presupuestos procesales en el sentido más favorable o a la plena efectividad del derecho a obtener una resolución valida sobre el fondo".[19]

Cabe señalar, además, que el ordenamiento jurídico reconoce un deber de protección específico en el caso de los derechos de los pueblos indígenas. Para tal efecto, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, CIDH) ha sido clara al reconocer que cada Estado debe asegurar que los miembros de los pueblos indígenas gocen efectivamente de todos los derechos humanos, en pie de igualdad con el resto de la población[20]. Esta obligación general del Estado adquiere un "contenido adicional" en el caso de los pueblos indígenas y tribales y sus miembros[21].

Por su parte, la CIDH ha reconocido que los Estados deben adoptar medidas especiales y específicas destinadas a proteger, favorecer y mejorar el ejercicio de los derechos humanos por los pueblos indígenas y tribales y sus miembros. Asimismo, agrega: "La necesidad de tal protección especial surge de la mayor vulnerabilidad de estas poblaciones, dadas las condiciones de marginación y discriminación históricas que han sufrido, y del nivel especial de afectación que soportan por las violaciones de sus derechos humanos"[22].

Esta obligación específica de proteger los derechos de los pueblos indígenas se concreta en la necesidad del Estado al adoptar medidas especiales tendientes a proteger sus derechos humanos

[17] STC Exp. Nº 3778-2004-AA
[18] STC Nº 939-2004-AA.
[19] STC Exp. Nº 1049-2003-AA
[20] Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, CIDH, Washington, 2010, pág. 18.
[21] ibídem.
[22] CIDH, Observaciones preliminares de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre su visita a Honduras realizada del 15 al 18 de mayo de 2010. Doc. OEA/Ser.L/V/II., Doc. 68, 3 de junio de 2010, párrafo 26, Recomendación No. 11.

y tomar en cuenta la forma de vida indígena, que es única[23]. Para la Corte IDH, "en lo que respecta a pueblos indígenas, ha señalado que es indispensable que los Estados otorguen una protección efectiva que tome en cuenta sus particularidades propias, sus características económicas y sociales, así como su situación de especial vulnerabilidad, su derecho consuetudinario, valores, usos y costumbres"[24]. Añade que esta obligación es aplicable tanto en relación con la implementación del derecho interno, como con la implementación de los instrumentos interamericanos de derechos humanos[25].

Exigir el agotamiento de la vía administrativa en casos de tutela urgente implicaría una limitación injustificada al derecho constitucional que tienen los pueblos indígenas, la cual podría implicar un alto riesgo de irreparabilidad en sus derechos vulnerados, más aún cuando el proceso de amparo es la vía idónea para decidir si un derecho fundamental ha sido o no violado"[26].

Este tipo de remedios o recursos incrementan la demora excesiva de este tipo de procesos. En la parte introductoria señalamos que los procesos constitucionales no están cumpliendo con una de sus características indispensables y es que hoy en día los amparos ya no son urgentes ni de tramite rápido para los jueces, lo cual está generando una insatisfacción en los litigantes, que no ven una respuesta rápida de parte del sistema de justicia.

3. El plazo excesivo en el trámite de los procesos de amparo

El proceso de amparo es una garantía constitucional que tiene por objeto proteger los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución, Tratados Internacionales, y su ejercicio contra toda limitación, restricción o amenaza arbitraria a la ley, generada por particulares o el propio Estado.

La procedencia de la demanda de amparo, a pesar de que existe otra vía ordinaria, debe obedecer a la necesidad de una tutela jurisdiccional urgente y perentoria[27]. Lo mismo establece el Código Procesal Constitucional. Sin embargo, la realidad choca con la norma, pues por lo general los plazos no se cumplen y, consecuentemente, las etapas se desvirtúan.

La Defensoría del Pueblo se ha pronunciado al respecto en su informe N.° 172. En esa oportunidad señaló que un proceso de amparo debe tener una duración legal de entre quince y veinte días, dependiendo de variables como el tiempo para calificar la demanda o si se solicitó informe oral[28].

Precisamente, el Código Procesal Constitucional, en su artículo II del Título Preliminar, ha establecido que los procesos constitucionales tienen como finalidad garantizar la primacía de la constitución y la vigencia de los derechos constitucionales que deben ser cumplidos en un plazo razonable; de lo contrario, supondrá un riesgo de irreparabilidad de los derechos constitucionales cuya vulneración han sido demandadas.

---

[23] Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párr. 163.
[24] Ibídem, párr. 63.
[25] Ibídem, párr. 51.
[26] STC. 3778-2004-AA/TC; f.j.11
[27] Expediente N° 2409-2009-PA/TC
[28] Defensoría del Pueblo (2015). Estudio del proceso de amparo en el Distrito Judicial de Lima: fortaleciendo la justicia constitucional. Lima.

El artículo 25.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos precisa de forma muy clara que toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención. En esa misma línea, el artículo 8.1 de la misma Convención reconoce el derecho que tienen todas las personas a ser oídas, y que estas deben ser presididas con las debidas garantías, y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial[29].

La Corte IDH también se ha pronunciado al respecto, señalando que los procesos de amparo y habeas corpus deben ser recurso sencillos, rápidos y efectivos. La Corte, al comentar el artículo 25.1 de la CADG, precisa que "es una disposición de carácter general que recoge la institución procesal del amparo, entendido como el procedimiento judicial sencillo y breve que tiene por objeto la tutela de todos los derechos reconocidos por las instituciones y leyes de los estados partes y por la convención"[30]

II. Algunas reglas procesales que ya fueron zanjadas por el órgano jurisdiccional en las demandas constitucionales presentadas por pueblos indígenas

4. Sobre la aplicación de las vías igualmente satisfactorias

Como señalamos líneas arriba, los emplazados como el MINEM u otras entidades del Estado suelen deducir la excepción de vías igualmente satisfactorias, invocándose el artículo 7.2 del Nuevo Código Procesal Constitucional. Esta excepción concreta la regla de la residualidad, desarrollada por la sentencia recaída en el caso Elgo Ríos (Exp. N.º 02383-2013-AA).

Sin embargo, el Tribunal Constitucional ha establecido una excepción a la regla de la residualidad en el caso del amparo indígena al señalar en un caso concreto de omisión de consulta previa que, dada la peculiaridad del caso reclamado y el tipo de pretensión, se debe entender que la vía es el amparo y no el contencioso administrativo[31].

5. La existencia jurídica de pueblos indígenas no deriva de su reconocimiento estatal

Algunos jueces exigen que el mandato del presidente de una comunidad o de una organización indígena esté inscrita en Registros Públicos, de no ser así, las demandas son declaradas inadmisibles, otorgándole un plazo a los demandantes para que subsanen la omisión advertida por el juez, bajo el apercibimiento de rechazar la demanda si es que no se cumple con el mandato. El tema de fondo es que nuestro sistema de justicia desconoce las realidades de cada comunidad, la precariedad en la que viven, y lo difícil que es para ellos acceder a un sistema que ha sido construido a sus espaldas.

No solo no se respeta el derecho consuetudinario, y la facultad que tienen estos pueblos para administrar justicia, conforme lo establece el artículo 149 de la Constitución, sino que cuando

[29] Corte IDH.Opinión Consultiva OC/8/87, párrafo 32
[30] Corte IDH.Opinión Consultiva OC/8/87, párrafo 32)
[31] *STC No 03326-2017-AA, f.j. 2*

quieren ser parte de la justicia ordinaria se les exige una serie de requisitos que no corresponde a la justicia constitucional, o por lo menos no debería corresponder.

La inscripción de una comunidad o un pueblo ante instancias del Estado no constituye derechos. En ese entender, no debería ser un requisito indispensable para el acceso a la justicia constitucional, o no debería representar la convalidación de la legitimidad de un pueblo o comunidad nativa en un proceso judicial.

En esa misma dirección, el Tribunal Constitucional ha sostenido que la existencia de pueblos indígenas "no depende del reconocimiento estatal, o no deriva de un acto administrativo que formalice su constitución sino de la primacía de la realidad; esto es, de la evidencia de su existencia"[32].

Luego, sostiene que la existencia de un pueblo no depende de su inscripción en registros públicos, y que la base de este enunciado es el artículo 89 de la Constitución, que reconoce tal excepcionalidad debido a que la inscripción es un acto administrativo declarativo, y no constitutivo, de dichas comunidades[33]. Este argumento fue reforzado con la sentencia en el caso Sawawo Hito 40, que señaló que "la norma de manera excepcional ha privilegiado a las comunidades personería jurídica erga omnes en forma directa, sin la necesidad de realizar la inscripción previa en algún registro para afirmar su existencia, al representar una forma de universitates personarum". Con énfasis en que "el acto administrativo de inscripción es entonces, a diferencia de lo que ocurre con las personas jurídicas de derecho privado, declarativo y no constitutivo"[34].

6. Audiencias de ejecución de sentencia

Los procesos constitucionales cuentan con una audiencia única en primera instancia, y una vista de la causa en segunda instancia y Tribunal Constitucional. Es decir, para exigir la restitución de un derecho, el afectado tiene la oportunidad de alegar lo que considere pertinente frente a los jueces en tres oportunidades. La justificación es porque estamos ante un proceso de tutela urgente que no requiere de etapas o diferentes audiencias como sucede con los procesos civiles. ¿Pero qué pasa cuándo ya se cuenta con una sentencia firme?, ¿cómo exigir el cumplimiento de la misma?, ¿la ratificación de la sentencia convalida el archivamiento de la misma, o el caso pasa a una etapa de ejecución?, ¿cuáles son las reglas para el cumplimiento efectivo de una sentencia?

Si bien el Código Procesal Constitucional establece en su artículo 27 algunas medidas coercitivas frente al incumplimiento de una sentencia que adquirió la calidad de cosa juzgada, la realidad nos ha demostrado que esta no resulta efectiva debido a muchos factores e incumplimientos de la parte vencida. Para ello, una práctica que se ha utilizado en algunos juzgados, como en la región de Loreto y Cusco, son los pedidos de "audiencias de ejecución de sentencia". Estas audiencias

[32] *STC No 03326-2017-AA, f.j. 26*
[33] *STC No 03326-2017-AA, f.j. 21*
[34] *STC No 04611-2007-AA, f.j. 25*

son la oportunidad para que el juez convoque a los vencedores y perdedores para escucharlos y evaluar el nivel de cumplimiento de las sentencias.

Este ejercicio, aplicado en la mayoría de los casos en los amparos indígenas, tiene sustento constitucional en el derecho al plazo razonable, debido proceso y tutela judicial efectiva, reconocidos en el artículo 139.3 de la Constitución.

La peculiaridad de esta audiencia radica en que la atención recae estrictamente en los vencidos, pues son los que tienen que dar cuenta ante el magistrado el nivel de cumplimiento de los mandatos contemplados en una sentencia.

La presencia de los sabios indígenas, así como de los especialistas técnicos no abogados, adquiere una importancia sustancial para concretar el cumplimiento efectivo e integral de una sentencia, y es que a veces la formalidad de algunos jueces no permite la participación de peritos o especialistas durante el trámite del proceso, por lo que las audiencias de ejecución de sentencia se convierte en una oportunidad y herramienta para que jueces, vencedores y vencidos dialoguen sobre la efectividad de una determinada medida dispuesta en la sentencia, especialmente en casos muy complejos. Lo que significa que no solo existe una obligación de brindarles herramientas jurídicas idóneas para exigir el cumplimiento de una sentencia, sino que el órgano ante el cual se interpone el recurso debe ser competente.

La Corte IDH, señaló que no basta que el recurso esté en la Constitución, la Ley, o que sea admisible, sino que debe ser idóneo para determinar si se ha incurrido en una violación a los derechos humanos y remediarla[35], hablando en términos de buscar alternativas diferentes para el cabal cumplimiento de una sentencia.

Para ello se debe flexibilizar las reglas contempladas en el Nuevo Código Procesal Constitucional, como muy bien lo ha señalado la magistrada María Elena Ledesma, en su voto singular al contemplar algunas excepciones a la regla procesal:

> "(…) De esto se desprende que el Tribunal, con la finalidad de satisfacer los principios que inspiran el desarrollo de los procesos, puede flexibilizar el contenido de las reglas reconocidas tanto en el Código Procesal Constitucional como en el Nuevo Código Procesal Constitucional (…).[36]"

Lo que dijo en su momento la expresidenta del Tribunal Constitucional no es descabellado. No con el ánimo de ordinarizar los procesos constitucionales, sino con el objetivo de darles mayores herramientas a poblaciones vulnerables para un efectivo acceso a la justicia constitucional.

III. Hacia un amparo indígena

Los procesos constitucionales, en concreto el proceso constitucional de amparo, surgió con la Constitución de 1979, pero fue después de la promulgación de la Constitución de 1993 cuando se vio la necesidad de contar con herramientas o instrumentos constitucionales que restituyan otros

[35] Corte IDH, caso Ivcher Bristeim, vs. Perú, párrafo 136.
[36] STC. Exp. N.° 01045-2021-AA/TC, fundamento de voto singular de la magistrada Marianella Ledesma.

derechos contemplados en la Constitución y tratados internacionales diferentes a los asignados al hábeas corpus.

Así, la Constitución reguló los procesos constitucionales, y dentro de ellos el proceso constitucional de amparo, otorgándole además la tarea de tutelar los derechos fundamentales. Sin embargo, a casi 30 años de haberle otorgado tan importante tarea, este proceso no está cumpliendo con la tarea que se le asignó.

El proceso constitucional de amparo procede contra "el hecho u omisión por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona que vulnera o amenaza los demás derechos reconocidos por la Constitución (…)"[37].

En ese entender, ¿es posible tutelar los derechos colectivos de los pueblos indígenas a través del proceso constitucional de amparo?, ¿podemos hablar de un amparo indígena diferente al amparo convencional?

Al respecto, el Tribunal Constitucional ya ha zanjado está discusión en las sentencias N.º 00906-2009-AA7TC y N.º 04611-2007-AA, en las que reconocen que el amparo es la vía idónea para proteger derechos de grupos vulnerables, al establecer que "las comunidades nativas viven en condiciones de extrema pobreza e inferior calidad de vida. La pobreza estructural afecta a los pueblos indígenas [comunidades nativas, campesinas, etc.] con mayor intensidad, restringiéndoles el pleno goce de sus derechos humanos, económicos, sociales y culturales. (*Segundo Informe sobre la situación de los Derechos Humanos del Perú, del 2 de junio de 2000)*.

De igual forma, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas reconoce la urgencia de respetar y promover los derechos intrínsecos de los pueblos indígenas, afirmados en tratados, acuerdos y otros arreglos constructivos con los Estados, y muestra su preocupación por las injusticias históricas que han sufrido como resultado, entre otras cosas, de la colonización. En el caso particular del Perú, la Defensoría del Pueblo, mediante el Informe Defensorial N.º 134, manifestó que los pueblos indígenas que habitan en la Amazonia peruana conforman uno de los grupos humanos más olvidados y postergados por el Estado.

Los pueblos indígenas son un grupo social de especial vulnerabilidad que requiere de una tutela urgente ante la amenaza o lesión de sus derechos constitucionales, fundamentales y colectivos. Por ello, el proceso de amparo, de acuerdo a lo regulado por el artículo 200, inciso 2, de la Constitución y el artículo 1 del Código Procesal Constitucional, resulta idóneo para tal fin.[38]

Pero no sólo se exige que sea idóneo, sino efectivo, conforme lo ha señalado la Corte IDH. "La inexistencia de un recurso efectivo contra las violaciones a los derechos reconocidos en la Constitución constituye una trasgresión de la misma (…) [pues] para que el recurso exista no basta que esté previsto por la Constitución, o la ley, sino que se requiere que sea realmente idóneo. Un

[37] Art. 200.2 de la Constitución Política del Perú.
[38] Sosa Sacio, Juan Manuel. La improcedencia del Amparo por existir "vías especificas e igualmente satisfactorias". OP.Cit., pp.139-143

recurso adecuado es sin duda aquél que resulta ser idónea dentro de un sistema de justicia interno, y que, si bien "existe múltiples recursos, pero no todos son aplicables a todas las circunstancias".[39]

Lo señalado por la Corte se torna indispensable cuando se trata de demandas de pueblos indígenas, pues no solo se exige un recurso idóneo y adecuado, sino que los operadores de justicia tengan en cuenta las características especiales que tienen estos pueblos al momento de resolver dichas causas.

En el Perú, por ejemplo, continúa la controversia judicial de si los derechos de los pueblos indígenas deben ser o no tutelados por los procesos constitucionales o por lo ordinarios. Al respecto, hemos señalado líneas arriba que los procesos ordinarios no están diseñados para la tutela de los derechos constitucionales y convencionales. Los procesos constitucionales, en cambio, si están estructurados para proteger derechos colectivos. En este caso, los derechos de los pueblos indígenas, debido a que la justicia constitucional es una justicia especializada en la protección de derechos fundamentales conforme lo establece el artículo II del Título Preliminar del Nuevo Código Procesal Constitucional, pese a los problemas estructurales que existen.

Agrega el Tribunal Constitucional que puede recurrirse a la vía procesal ordinaria "si el tránsito por la vía ordinaria no acarrea el riesgo razonablemente probable que el daño producido o por producirse en la esfera subjetiva del demandante se torne irreparable" (STC 00906-2009-AA, f.j. 9). La evaluación de una vía como "igualmente satisfactoria" para la protección del derecho constitucional amenazado debe hacerse en atención a la finalidad del proceso de amparo (y de todo proceso constitucional de la libertad), que es la de proteger los derechos constitucionales "reponiendo las cosas al momento anterior a la violación o amenaza de violación de un derecho constitucional" (artículo 1º del C. P. Const.).

En tal sentido, precisa el Tribunal Constitucional:

> "La vía procesal ordinaria sólo podría considerarse 'igualmente satisfactoria' al amparo en la medida en que se encuentre en capacidad de alcanzar de modo efectivo esta misma finalidad. Es la consecución efectiva de esta finalidad el único sentido de 'reparación' que resulta relevante en el ámbito de los procesos constitucionales. Y por ello, aludir al riesgo de la imposibilidad de alcanzar esa finalidad es sinónimo de aludir al riesgo de que el daño se torne irreparable en términos constitucionales" (STC 00906-2009-AA, f.j. 9).

En función de esta argumentación, el Tribunal Constitucional establece como "regla general":

> "Es el riesgo de irreparabilidad del daño iusfundamental causado o por causarse a la persona el que determinará que la demanda de amparo resulte procedente. Contrario sensu, la alta improbabilidad de que el referido riesgo se encuentre presente determinará su improcedencia, habilitándose el tránsito por las vías procesales ordinarias. Y si bien ello merecerá un análisis caso por caso, en principio, dicho riesgo se manifiesta en la prognosis razonable de que en el futuro inmediato no existirá posibilidad de reponer las

[39] Ibid, par. 113.

cosas al estado anterior a aquel en se produjo la alegada violación o amenaza de violación del derecho fundamental" (STC 00906-2009-AA, f.j. 9; enfatizado nuestro).

Sobre la idoneidad del proceso de amparo para la protección de los derechos de los pueblos indígenas, la jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana ha señalado que la acción de Tutela para la protección del derecho a la consulta previa, cuyo equivalente en el Perú es el proceso constitucional de amparo, constituye el "único mecanismo judicial eficaz para garantizar que los pueblos indígenas sean consultados:

> "La Corte Constitucional, de manera constante, pacífica y uniforme ha señalado que la acción de tutela es el mecanismo adecuado, en sí mismo, para solicitar la protección de los derechos étnicos[40]. Por su condición de vulnerabilidad, respecto de esos sujetos, los mecanismos ordinarios de defensa se presumen ineficaces e inidóneos, convirtiendo la acción de tutela en el recurso judicial más apropiado para ventilar sus controversias; muchos más, tratándose del derecho fundamental a la consulta previa. Obligar a las comunidades tradicionalmente excluidas por la sociedad mayoritaria a acudir a instancias ordinarias para defender sus derechos, es desnaturalizar la esencia misma del Estado pluralista y cultura o cosmovisión de estos sujetos"[41]

Al respecto, Luis Castillo Córdova señala que, si está debidamente acreditado que está en juego el contenido constitucional de derechos fundamentales, que no existe duda acerca de la titularidad del derecho fundamental del suscrito y acreditado el acto agresor del derecho constitucional, con las resoluciones que sancionan reiteradas veces los mismos hechos y la falta de motivación de aquellas, entonces:

> "[el] quejoso no tiene por qué acudir al proceso judicial ordinario, ni tan siquiera debería preguntarse si en la vía judicial existe un proceso especifico igualmente satisfactorio, sino que tendría que permitírsele acudir al amparo, porque así lo dispone la norma constitucional".[42]

Además, la violación de derechos constitucionales de grupos sociales con extremada vulnerabilidad en sus derechos exige la protección a través de la tutela urgente, característica principal de los procesos constitucionales y no de los procesos ordinarios.

Si bien el proceso constitucional de amparo resulta ser la vía idónea para tutelar los derechos fundamentales y colectivos de los pueblos indígenas, existe la necesidad de adecuar esta herramienta constitucional a la realidad y la necesidad de estos pueblos. En ese entender, la necesidad de contar con una herramienta constitucional que proteja de manera efectiva los derechos de los pueblos indígenas tiene sustento convencional en los artículos 8, 9, 10, 11 y 12 del Convenio 169 de la OIT, que establece que no solo existe la obligación que tienen los jueces

[40] En las sentencias T-657/13, T-475/16, T-002/17, SU.097/17, T-201/17, SU.217/17, T-568/17, T-582/17, T-667/17, T-713/17, T-011/18, T-103/18,
[41] Sentencia T-201-17
[42] Luis Castillo Córdova, op. cit., pág. 89

de respetar las costumbres de estos pueblos, sino de que aquellos puedan iniciar procedimientos legales para asegurar la tutela efectiva de sus derechos, bajo una serie de medidas.

Todo ello significa que no solo existe una obligación de brindarles herramientas jurídicas idóneas, sino que el órgano ante el cual se interpone el recurso debe ser competente. La Corte IDH señaló que no basta que el recurso esté en la Constitución, la ley, o que sea admisible, sino que debe ser idóneo para determinar si se ha incurrido en una violación a los derechos humanos y remediarla[43].

Las demandas de los pueblos indígenas tienen una peculiaridad, pues se trata de violaciones de derechos constitucionales y convencionales, en las que, si no hay una respuesta urgente, se corre el riesgo de convertirse en irreparables.

La restitución de los derechos de los pueblos indígenas merece una verdadera tutela, que permita no solo el cese de las amenazas, sino una auténtica protección constitucional. Ello solo será posible si se tramita estos casos con las particularidades descritas líneas arriba, con la única finalidad de reponer los derechos de poblaciones que históricamente fueron diezmados en sus derechos.

En ese entender, es necesario contar no solo con jueces constitucionales, sino que estén capacitados en temas relacionados a pueblos indígenas, pensar en creación de juzgados especializados en estos temas que por su peculiaridad merecen ser analizados con profundidad y por separado, y por qué no hablar de un amparo indígena, que sea construido a partir de los problemas actuales que enfrentan los pueblos indígenas. No se pueden resolver demandas de pueblos indígenas bajo un ritualismo formal, con una mirada occidental, y sin especialidad en la materia.

El respeto de los derechos indígenas en los procedimientos del sistema de justicia occidental debe garantizar la protección efectiva, respetando las características inherentes de los pueblos indígenas[44], por lo tanto, los recursos occidentales, en la medida que sean incompatibles con los derechos de los pueblos indígenas, deben adecuarse a las exigencias para garantizar el acceso a la justicia de estos pueblos.

IV. Conclusiones

En la actualidad, el ritualismo procesal en el trámite de un amparo presentado por miembros de pueblos indígenas u organizaciones indígenas está generando la irreparabilidad de sus derechos, contraviniendo la finalidad de este tipo de procesos.

Urge la creación de juzgados especializados en materia de pueblos indígenas, especialmente en zonas con predominancia de pueblos indígenas, que permitan llevar a la práctica los derechos convencionales reconocidos a estos pueblos. Para ello, se requiere un mayor compromiso del Estado a través del diseño, con participación indígena, de políticas públicas con el objetivo de optimizar el acceso a la justicia constitucional.

[43] Corte IDH, caso Ivcher Bristeim, vs. Perú, párrafo 136.
[44] Pueblo Kaliña y Lokono vs. Sirinam, Corte IDH, párr 251.

Se debe garantizar el acceso a la justicia de los pueblos indígenas y el respeto de las características inherentes, incluyendo "su derecho consuetudinario, valores, usos y costumbres"[45]. Para ello, es importante la adaptación de la legislación para garantizar que los derechos de estos pueblos puedan ejercerse y disfrutarse plenamente.

Hablar de vulneración de derechos indígenas supone la necesidad de crear mecanismos idóneos de protección que permitan a los pueblos indígenas acceder a una justicia verdadera y en el menor tiempo posible.

[45] Pueblos Kaliña y Lokomo vs. Surinam, Corte IDH, Ser C N °.309 (2015), Párr.251.