



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

PLENO JURISDICCIONAL

Expedientes 0012-2017-PI/TC

## SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

22 de enero de 2019

### **Caso de la Ordenanza Regional de Cajamarca sobre reconocimiento de pueblos originarios e indígenas**

PODER EJECUTIVO C. GOBIERNO REGIONAL DE CAJAMARCA

#### Asunto

Demanda de inconstitucionalidad contra la Ordenanza Regional 010-2016-GR.CAJ-CR

Magistrados firmantes:

SS.

MIRANDA CANALES  
RAMOS NÚÑEZ  
SARDÓN DE TABOADA  
FERRERO COSTA



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Caso de la Ordenanza Regional de Cajamarca sobre  
reconocimiento de pueblos originarios e indígenas

2

**TABLA DE CONTENIDOS**

**I. ANTECEDENTES**

**A. PETITORIO CONSTITUCIONAL**

**B. ARGUMENTOS DE LAS PARTES**

**B-1. DEMANDA**

**B-2. CONTESTACIÓN DE DEMANDA**

**C. ARGUMENTOS DE LOS TERCEROS**

**II. FUNDAMENTOS**

**§1. El bloque de constitucionalidad**

**§2. Análisis del caso**

**§3. Efectos de la presente sentencia**

**III. FALLO**



## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

### Caso de la Ordenanza Regional de Cajamarca sobre reconocimiento de pueblos originarios e indígenas

3

## SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 22 días del mes de enero de 2019, reunido el Tribunal Constitucional, en sesión de Pleno Jurisdiccional, con la asistencia de los señores magistrados Blume Fortini, presidente; Miranda Canales, vicepresidente; Ramos Núñez, Ledesma Narváez y Ferrero Costa, pronuncia la siguiente sentencia, con el abocamiento de los magistrados Sardón de Taboada y Espinosa-Saldaña Barrera, conforme al artículo 30-A del Reglamento Normativo del Tribunal Constitucional, Asimismo, se agregan los fundamentos de voto de los magistrado Sardón de Taboada y Espinosa-Saldaña Barrera y los votos singulares de los magistrados Blume Fortini y Ledesma Narváez. Se deja constancia que el magistrado Espinosa-Saldaña Barrera votará en fecha posterior.

### I. ANTECEDENTES

#### A. PETITORIO CONSTITUCIONAL

Con fecha 28 de setiembre de 2017, el Poder Ejecutivo, por medio del Procurador Público Especializado en Materia Constitucional, interpone demanda de inconstitucionalidad contra los artículos primero, segundo, tercero y cuarto de la Ordenanza Regional 010-2016-GR.CAJ-CR, emitida por el Gobierno Regional de Cajamarca, publicada el 25 de noviembre de 2016 en el Diario Oficial *El Peruano*.

Alega que la citada ordenanza afecta la competencia del Poder Ejecutivo sobre identificación y reconocimiento de pueblos indígenas en el territorio nacional, que se deriva del artículo 118, numerales 1 y 3, en concordancia con el artículo 2, numeral 17, de la Constitución. Asimismo, señala que tal competencia encuentra sustento en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), la Ley de Bases de la Descentralización, la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales, la Ley de Creación del Ministerio de Cultura y la Ley del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios, reconocido en el Convenio 169 de la OIT (Ley de Consulta Previa).

En defensa de la constitucionalidad de la ordenanza objetada, el Gobierno Regional de Cajamarca, a través de su Procurador Público Regional, contesta la demanda con fecha 3 de julio de 2018, negándola y contradiciéndola en todos sus extremos, por lo que solicita que sea declarada infundada.

#### B. ARGUMENTOS DE LAS PARTES

Las partes postulan una serie de argumentos sobre la constitucionalidad de las normas impugnadas que, a manera de resumen, se presentan a continuación:



### B-1. DEMANDA

Los argumentos expuestos en la demanda, son los siguientes:

- El demandante sostiene que la ordenanza regional cuestionada estaría excediendo sus competencias e invadiendo las que corresponden al Poder Ejecutivo en materia de identificación y reconocimiento de pueblos indígenas. Alega que la norma impugnada no supera el test de competencia.
- Señala que en virtud del artículo 118, numeral 3, de la Constitución, corresponde al Presidente de la República “dirigir la política general del Gobierno”. Asimismo, en virtud a los artículos 4 y 23 de la Ley 29158, Ley Orgánica del Poder Ejecutivo (LOPE), le corresponde a éste la dirección y ejecución de la política general del gobierno, que comprende las políticas públicas respecto a los derechos de los pueblos indígenas.
- Afirma que el artículo 33 del Convenio 169 de la OIT obliga al Estado peruano a establecer una entidad u órgano estatal responsable de las políticas públicas relacionadas con los pueblos indígenas. Como se trata de un compromiso asumido por el Estado, tal entidad debe tener una competencia de alcance nacional. Asimismo, el artículo 118, numeral 1, de la Constitución señala que corresponde al Presidente de la República cumplir y hacer cumplir los tratados. Una autoridad nacional permite además que exista una política estatal uniforme y no dispersa.
- En tal sentido, se alega en la demanda que es el Poder Ejecutivo, por medio del Ministerio de Cultura, quien debe adoptar medidas necesarias para garantizar el ejercicio del derecho a la identidad étnica y cultural reconocido en el artículo 2, numeral 19, de la Constitución.
- Por su parte, el artículo 4 de la Ley 29565, Ley de Creación del Ministerio de Cultura, establece que la “pluralidad étnica y cultural de la Nación” es una de las áreas programáticas de acción sobre la cual dicha entidad ejerce sus competencias, funciones y atribuciones, mientras que el artículo 15 designa al Viceministro de Interculturalidad como la autoridad inmediata en asuntos de interculturalidad e inclusión de las poblaciones originarias.
- El artículo 19 de la Ley 29785, Ley de Consulta Previa asigna una serie de competencias específicas al órgano técnico especializado en materia indígena del Poder Ejecutivo. La Primera Disposición Complementaria Final de dicha ley establece que el Viceministerio de Interculturalidad es el “órgano técnico especializado en materia indígena del Poder Ejecutivo”.



- De lo anotado, el demandante sostiene que existe un marco constitucional y legal que reconoce al Poder Ejecutivo como el ente rector en materia de políticas públicas para la protección de los pueblos indígenas, y señala que este debe ser el parámetro de control para revisar la constitucionalidad de la ordenanza. Conforme a tal parámetro, las competencias otorgadas comprenden la identificación y reconocimiento de pueblos indígenas como requisito previo para el ejercicio de las mismas.
- Por otro lado, de acuerdo con el artículo 20 de la Ley de Consulta Previa, el Viceministerio de Interculturalidad es la entidad responsable de implementar, actualizar y gestionar la Base de Datos de Pueblos Indígenas u Originarios. En atención a ello, mediante la Resolución Viceministerial 0202-2012-MC se aprobó la Directiva 003-2012-/MC, que regula el funcionamiento de la referida base.
- Esta base de datos tiene carácter referencial, pues el reconocimiento estatal de estos pueblos no tiene carácter constitutivo de derechos, y efectivamente así está estipulado en el artículo 29, numeral 1, del Decreto Supremo 001-2012-MC, Reglamento de la Ley de Consulta Previa. Al constituir el único registro de carácter oficial de los pueblos ya identificados y reconocidos, dicha base se encuentra en constante actualización.
- El artículo 10 de la Ley de Consulta Previa establece que la identificación de los pueblos indígenas a ser consultados “debe ser efectuada por las entidades estatales promotoras de la medida legislativa o administrativa”. Ello, sin embargo, no debe entenderse en el sentido de que cualquier entidad estatal pueda establecer criterios de identificación y reconocimiento de pueblos indígenas. Se trata de una norma de aplicación específica, en la cual una autoridad considera que una determinada medida debe ser objeto de consulta. Debe tomarse en cuenta que el Reglamento de la Ley de Consulta Previa establece la necesidad de llevar a cabo una consulta tomando como parámetro de referencia la base de datos oficial.
- Señala el demandante que, en virtud del artículo 1, literal b), del Convenio 169 de la OIT y el artículo 7 de la Ley de Consulta Previa, el Poder Ejecutivo ha recopilado la información de dicha base de datos empleando criterios uniformes previstos a nivel normativo para llevar a cabo estas acciones, evitando discrepancias sobre qué criterios tomar en cuenta o cómo deben ser aplicados. En tal sentido, cuando la ordenanza regional cuestionada reconoce la existencia de pueblos indígenas en su ámbito territorial y les reconoce personalidad jurídica se contraviene la normativa internacional y la nacional de desarrollo constitucional, que establece criterios uniformes de identificación y reconocimiento.



- Respecto a las competencias de los gobiernos regionales, el Poder Ejecutivo sostiene que estos no pueden asumir competencias que no hayan sido atribuidas mediante la Constitución o la ley, y las competencias asignadas deben ser ejercidas de acuerdo a las políticas nacionales. Y, de conformidad con el artículo 192 de la Constitución, los gobiernos regionales no tienen la competencia expresa en materia de identificación y reconocimiento de pueblos indígenas.
  - Por su parte, la Ley 27783, Ley de Bases de la Descentralización, establece en sus artículos 35 y 36 las competencias exclusivas y compartidas de los gobiernos regionales, entre las que no figuran la competencia de identificación y reconocimiento de pueblos indígenas. La Ley 27867, Ley Orgánica de Gobiernos Regionales, precisa en sus artículos 9 y 10 las competencias exclusivas y compartidas de estos gobiernos, y tampoco hace referencia a tal atribución.
  - El Poder Ejecutivo afirma que los gobiernos regionales solo tienen competencia sobre las comunidades campesinas y nativas en cuestiones relativas al saneamiento físico-legal de la propiedad agraria, y de formulación y ejecución de políticas para su inclusión, así como sobre priorización y promoción dentro de su jurisdicción, que deben realizarse además en concordancia con las normas y políticas nacionales. Pero esta competencia no guarda relación con la identificación y reconocimiento de los pueblos indígenas.
- Alega el Procurador que, si bien un gobierno regional puede, durante un proceso de consulta, determinar o individualizar cuáles son los pueblos que debieran ser consultados en un caso concreto, ello no implica que sea competente para identificar y reconocer de forma general a los pueblos indígenas, en el sentido expuesto en la ordenanza cuestionada.
- El demandante señala que la ordenanza regional impugnada no cumple con los principios que conforman el test de competencia. Así, afecta el principio de unidad porque el Gobierno Regional de Cajamarca no ha respetado el marco normativo sobre identificación y reconocimiento de pueblos indígenas, afectándose con ello el principio de lealtad y cooperación regional. También se ha afectado el principio de taxatividad, dado que no existe norma legal expresa que otorgue a los gobiernos regionales la competencia (exclusiva o compartida) en la materia en discusión. El principio de competencia ha sido afectado por cuanto la ordenanza regional impugnada contraviene normas del bloque de constitucionalidad que deben tomarse en cuenta para determinar las competencias del Poder Ejecutivo.
  - En conclusión, alega que la ordenanza impugnada debe ser declarada inconstitucional porque su artículo primero asume una competencia que corresponde al Poder Ejecutivo en materia de identificación y reconocimiento de pueblos indígenas; su artículo segundo es una consecuencia del anterior pues



reconoce personalidad jurídica a los pueblos originarios e indígenas que habitan en Cajamarca; su artículo tercero, si bien puede considerarse como declarativo, tiene relación con los anteriores por cuanto precisa los alcances del reconocimiento; y el artículo cuarto está viciado pues encarga la implementación de una competencia que corresponde al Poder Ejecutivo.

- Sobre los efectos de la sentencia, el Poder Ejecutivo solicita al Tribunal que en caso de declarar fundada la demanda evalúe declarar sin efecto todo acto administrativo realizado por el Gobierno Regional de Cajamarca al amparo de la ordenanza en cuestión, en virtud del artículo 113 del Código Procesal Constitucional, en atención a que el presente en realidad es un conflicto de competencia pero tramitado como proceso de inconstitucionalidad porque se origina en una norma con rango de ley, en aplicación del artículo 110 del citado cuerpo normativo.

## B-2. CONTESTACIÓN DE DEMANDA

Los argumentos expuestos en la contestación de la demanda, son los siguientes:

El Gobierno Regional de Cajamarca sostiene que en la demanda no se ha demostrado que el Poder Ejecutivo tenga competencia exclusiva y excluyente para identificar y reconocer pueblos originarios o indígenas, ni que el gobierno regional no tenga competencia para regular cuestiones relativas a pueblos indígenas.

Alega que, por el contrario, el gobierno regional sí tiene tal competencia y además que la ordenanza cuestionada puede ser objeto de una interpretación conforme con la Constitución, por lo que no habría necesidad de declarar su inconstitucionalidad.

- Asimismo, agrega que no se habría demostrado que la ordenanza cuestionada infrinja los principios de unidad y lealtad regional, es decir, no se habrían dictado normas en contradicción con los intereses nacionales, ni se dificulta el cumplimiento de la misión constitucionalmente asignada al gobierno nacional.
- El Gobierno Regional sostiene que los argumentos de la demanda desconocen el proceso de descentralización, presentándolo como un mero régimen desconcentrado, por el énfasis que pone en el carácter unitario del Estado. Y es que la descentralización implica un delicado equilibrio con el principio de unidad del Estado reconocido en el artículo 43 de la Constitución, sin vaciar de contenido a ninguno de estos conceptos.
- Agrega que, de acuerdo con la Sentencia 0020-2005-PI/TC, los límites a imponerse al carácter descentralizado del Estado tienen como única finalidad evitar que el ejercicio de las competencias de los gobiernos descentralizados degeneren y provoquen una desintegración del Estado.



- Se sostiene en la contestación que de las normas citadas por el Poder Ejecutivo no se deduce que este tenga la competencia exclusiva en materia de identificación y reconocimiento de pueblos indígenas. Así, señala que ni de lo expuesto en el artículo 2, numeral 19, el artículo 118, numeral 3, y el artículo 119 de la Constitución, ni del artículo 4 de la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo, ni de los artículos 4, 5 y 15 de la Ley de Creación del Ministerio de Cultura, ni el artículo 20 de la Ley de Consulta Previa se desprende lo que se afirma en la demanda. Ninguna de estas normas reconoce expresamente tal competencia exclusiva.
  - Y es que del artículo 33 del Convenio 169 de la OIT no se desprende una obligación de establecer una única instancia encargada de la protección de los pueblos indígenas. Por el contrario, tal mandato establecería que no hay una única institución que tenga la competencia para ejecutar las obligaciones derivadas de tal convenio.
  - Alega que de la Ley de Creación del Ministerio de Cultura no se desprende que este tenga competencia exclusiva sobre protección de pueblos indígenas, y antes bien, se trata de una competencia compartida con los gobiernos locales y regionales. Así, solo la función planificadora de la política general es ejercida por el Ministerio de Cultura, pero su ejecución requerirá de la cooperación de los gobiernos subnacionales.
- El Gobierno Regional de Cajamarca sostiene que mediante el artículo 20 y la Primera Disposición Complementaria de la Ley de la Consulta Previa se autoriza al Viceministerio de Interculturalidad —en tanto órgano técnico especializado— a identificar, reconocer y registrar a los pueblos indígenas y sus instituciones representativas, pero solo para el proceso de consulta previa de una medida legislativa. Por lo que deduce que otras entidades estatales serían competentes para identificar a pueblos indígenas para otros propósitos.
- Añade el demandado que no puede sostenerse vía interpretación que el Poder Ejecutivo tenga la competencia en discusión de forma exclusiva y excluyente, pues si fuera el caso ello debiera constar en una norma clara, directa y precisa, cosa que no sucede. Sostiene más bien que la presunta falta de competencia se presenta como producto de un recuento incompleto, unilateral y parcial de las normas del bloque de constitucionalidad.
  - Señala en el escrito de contestación que el demandante cae en una contradicción abierta con lo establecido en la Ley de Consulta Previa cuando afirma en su demanda que las competencias relacionadas a las comunidades campesinas y nativas no guarda relación con la identificación y reconocimiento de los pueblos indígenas, pues el artículo 7 de dicha indica que las comunidades campesinas o



andinas y las comunidades nativas o pueblos amazónicos pueden ser identificados también como pueblos indígenas.

- A partir de lo expuesto, el demandado alega que cuando se reconoce la competencia a los gobiernos regionales para promover y proteger a las comunidades campesinas o nativas, se autoriza a proteger sus derechos como pueblos indígenas, lo que incluye necesariamente el poder identificarlos y reconocerlos.

- Así, en virtud al principio de efecto útil y poderes implícitos, cuando se confiere competencia de priorizar, promover e incluir a las comunidades campesinas y nativas, se confiere la sub competencia de identificarlas y reconocerlas como pueblos indígenas, si así lo solicitaran. De lo contrario no habría posibilidad de priorizarlas.

- Indica que en la demanda se omiten varias normas sustantivas del bloque de constitucionalidad sobre la competencia de los gobiernos regionales sobre comunidades campesinas y nativas. Por ejemplo, el artículo 6 de la Ley de Bases de la Descentralización, que propicia la incorporación de la participación de las comunidades campesinas y nativas, reconociendo la interculturalidad y superando toda clase de exclusión y discriminación. Así como los artículos 4, 6 y 8, numeral 4, de la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales, referidos a la aplicación de políticas de desarrollo e inclusión. Tales principios serían necesarios para interpretar e integrar sistemáticamente las competencias regionales.

Agrega en este sentido que el artículo 8 de la Ley de Creación del Ministerio de Cultura reconocería un conjunto de competencias compartidas que habilitarían la intervención del Gobierno Regional de Cajamarca en el reconocimiento de los pueblos indígenas.

- Por otro lado, siguiendo lo establecido en el fundamento 19 de la Sentencia 0024-2007-PI/TC, sostiene que la competencia de promover y defender a las comunidades campesinas y nativas (que pueden ser reconocidas como pueblos indígenas) es compartida, ya que se entiende que el Ministerio de Cultura establece la política general y el gobierno regional concreta tal política con planes y programas específicos que hagan efectivos tales derechos.

- El demandado sostiene además que para aprobar la ordenanza regional se ha seguido escrupulosamente lo establecido en el Convenio 169 de la OIT, en lo que respecta a los criterios para reconocer pueblos indígenas. Se han tomado en cuenta particularmente los criterios subjetivos y objetivos, tal como se aprecia en la parte considerativa de la ordenanza cuestionada. En tal sección se cita también la Ley 27908, Ley de Rondas Campesinas, en donde se dispone que los derechos



reconocidos a los pueblos indígenas y comunidades campesinas y nativas se aplican a las rondas campesinas.

- Lo mismo ocurre con la Ley 27811, Ley que Establece el Régimen de Protección de los Conocimientos Colectivos de los Pueblos Indígenas Vinculados a los Recursos Biológicos, que establece el régimen de protección de los conocimientos de los pueblos indígenas y plantea una definición en la que se incluye a las comunidades campesinas y nativas, así como a los pueblos en aislamiento voluntario.
- El gobierno regional alega que la aprobación de la ordenanza regional cuestionada se realizó tras la previa consulta con el Viceministerio de Interculturalidad. Así, luego de solicitar la opinión de dicha entidad, esta emitió el Oficio 207-2016-DGPI-VM/MC, en el que formuló observaciones al proyecto de ordenanza recomendando la incorporación íntegra de los criterios de identificación establecidos en el Convenio 169, lo que finalmente se habría tomado en cuenta para elaborar la ordenanza.
- La ordenanza regional cuestionada se ha basado en la realidad histórica y social de Cajamarca, que es el departamento con mayor porcentaje de población rural del país, y reconociendo que la existencia de los pueblos indígenas y originarios se ha realizado parcial y fragmentariamente bajo la forma de comunidades campesinas, nativas y rondas campesinas, por lo que es una obligación de dicho gobierno regional implementar un mecanismo de identificación y reconocimiento. De lo contrario se estaría ante una omisión a los compromisos internacionales del Estado, que se ha obligado a proteger la integridad de los pueblos indígenas.
- Finalmente, el Gobierno Regional de Cajamarca entiende que todos los artículos cuestionados pueden ser interpretados conforme a la Constitución y por lo tanto es factible salvar su constitucionalidad. Así, explica que el primer artículo es un reconocimiento general a una realidad social innegable, tal como ha sido corroborado por otras entidades del Estado. Además, resalta que no hay en este caso un reconocimiento concreto a ninguna comunidad en concreto, pues ello requeriría seguir procedimientos específicos. Tal ordenanza fue dictada en virtud a la competencia general de priorizar, promover e incluir a las comunidades campesinas y nativas, las que de acuerdo a la Ley de Consulta Previa pueden ser reconocidas como pueblos indígenas.
- Con el artículo segundo, se habilita un marco normativo para que los órganos ejecutivos del gobierno regional puedan reconocer la personalidad jurídica como pueblos originarios o indígenas de aquellas comunidades campesinas, nativas o rondas campesinas. El tercer artículo precisa que tal reconocimiento como pueblo indígena tendrá solamente un efecto declarativo y no constitutivo. Finalmente, el



- artículo cuarto establece un plazo para la aplicación de la ordenanza regional por parte de la Gerencia Regional de Desarrollo Social. Tal reconocimiento servirá para todo propósito público, excepto la consulta previa por cuanto hay una ley específica para ello.

### C. ARGUMENTOS DE LOS TERCEROS

Con fecha 17 de julio de 2018 este Tribunal Constitucional admitió como terceros a la Central Única Nacional de Rondas Campesinas del Perú (CUNARC-Perú), a la Organización Nacional de Mujeres Indígenas, Andinas y Amazónicas del Perú (ONAMIAP), y a la Federación de la Nacionalidad Achuar del Perú (FENAP), con el objeto de recibir el aporte de elementos jurídicos que coadyuven a resolver la presente controversia.

Los informes presentados usan argumentos similares, cuyos principales puntos serán descritos a continuación:

- Señalan que la personalidad jurídica de los pueblos originarios está reconocida en el Perú a través de la Ley 27908, Ley de Rondas Campesinas, así como de una lectura en conjunto de la Constitución con los diversos instrumentos internacionales de Derechos Humanos.
- En tal sentido, sostienen que desde el año 2014 se han venido realizando diversas acciones con el Gobierno Regional de Cajamarca para reconocer la personalidad jurídica de los pueblos originarios, las cuales no fueron objeto de cuestionamiento por parte del Ministerio de Cultura.
- Por otro lado, sostienen que en la Sentencia 394-2015 del Segundo Juzgado Civil de la Corte Superior de Loreto, se resolvió que el Gobierno Regional de Loreto debe reconocer la personalidad jurídica del Pueblo Achuar del Pastaza. No obstante, a criterio de los representantes, en lugar que el Ministerio de Cultura coordine con los gobiernos regionales, este ha preferido interponer dos demandas de inconstitucionalidad.
- Afirman que la falta de personalidad jurídica para un pueblo originario implica que este no pueda realizar ningún tipo de acción legal, tales como participar en la política, acceder a la justicia o, incluso, no poder inscribirse en los Registros Públicos para contar con una partida registral.



- Concluyen que el solo hecho de negar la personalidad jurídica a un pueblo originario contraviene los artículos 89 y 191 de la Constitución. Asimismo, implica desconocer las obligaciones internacionales voluntariamente aceptadas por el

Estado peruano, tales como el Convenio 169 de la OIT, la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

- Por otro lado, en el escrito presentado de forma conjunta el 13 de setiembre de 2018, sostienen que el reconocimiento administrativo de la "personalidad jurídica" de comunidades, taxativamente ha sido encargado por las leyes de comunidades campesinas y nativas, los reglamentos de tales leyes, y las leyes de descentralización, a los gobiernos regionales.
- Advierten que si este Tribunal dispone que los gobiernos regionales no pueden reconocer la personalidad jurídica de los pueblos indígenas, entonces generarían un vacío normativo debido a que ningún ente del Estado podría realizarlo, lo cual constituiría una política regresiva de derechos humanos.

Aducen, además, que no puede existir un supuesto conflicto de competencia entre el Poder Ejecutivo y los gobiernos regionales debido que en el ordenamiento jurídico no existe una regulación expresa o taxativa que indique que este ente es competente para reconocer la personalidad jurídica de los pueblos indígenas.

- Sin embargo, arguyen que en concordancia con el literal n) del artículo 51 de la Ley 27867, Ley Orgánica de Gobiernos Regionales, se establece que es una función de estos entes la de gestionar el proceso de saneamiento físico-legal de las comunidades campesinas y nativas. Además, sostienen que el artículo 9 de dicha ley establece que para formalizar su personería jurídica, la comunidad campesina debe ser inscrita por resolución administrativa del órgano competente en asuntos de comunidades del gobierno regional.

- En el mismo sentido, sostienen que el artículo 5.3 de la Directiva que regula la inscripción de los actos y derechos de las comunidades campesinas, aprobada mediante la Resolución 343-2013-SUNARP-SN, establece que para la inscripción del primer acto de la comunidad se podrá presentar la resolución de reconocimiento expedida por la Dirección Regional de Agricultura del gobierno regional correspondiente.

- Arguyen que la existencia de un ente rector en materia de promoción de derechos de los pueblos indígenas no significa que tenga competencia exclusiva y excluyente de reconocer la personalidad jurídica de los referidos pueblos.



- Asimismo, fundamentan que incluso cuando la Ley de Consulta Previa encarga al Poder Ejecutivo llevar una base de datos de los pueblos indígenas reconocidos, esto no significa que tenga competencias exclusivas y excluyentes en materia de reconocimiento de la personalidad jurídica de los pueblos antes mencionados.
- Finalmente, en el escrito presentado de forma conjunta el 5 de octubre de 2018, señalan que en el Caso Bernabé Calderón García contra la República del Perú, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos exigió al Estado que los pueblos indígenas organizados en Comunidades y Rondas Campesinas cuenten con un documento que acredite y reconozca su personalidad jurídica.

## II. FUNDAMENTOS

1. A la luz de los argumentos expuestos por las partes, este Tribunal se ocupará primero de determinar las disposiciones jurídicas que forman parte del bloque de constitucionalidad, a efectos de establecer el parámetro dentro del cual debe analizarse la constitucionalidad de la Ordenanza Regional 010-2016-GR.CAJ-CR.

2. En segundo lugar, se analizarán los presuntos vicios de inconstitucionalidad en que habría incurrido el Gobierno Regional de Cajamarca, sobre la base de los principios constitucionales que, según el demandante, han sido vulnerados.

### 3. El Bloque de Constitucionalidad

3. El proceso de inconstitucionalidad supone un control abstracto de las normas con rango de ley tomando a la Constitución, en su carácter de norma suprema del ordenamiento, como parámetro.

4. Sin embargo, en determinadas ocasiones, el parámetro de constitucionalidad puede comprender a otras fuentes distintas de la Constitución y, en concreto, a determinadas fuentes con rango de ley, siempre que esa condición sea reclamada directamente por una disposición constitucional (Sentencia 0007-2002-AI/TC, fundamento 5).

5. En tales casos, estas fuentes asumen la condición de “normas sobre la producción jurídica”, en un doble sentido; por un lado, como “normas sobre la forma de la producción jurídica”, esto es, cuando se les encarga la capacidad de condicionar el procedimiento de elaboración de otras fuentes que tienen su mismo rango; y, por otro, como “normas sobre el contenido de la normación”, es decir, cuando por encargo de la Constitución pueden limitar su contenido.

6. A este parámetro de control, formado por la Constitución (en sus partes pertinentes) y aquellas normas con rango de ley que derivan directamente de la



- misma y tienen una relación causal con la materia jurídica subyacente al control de constitucionalidad a realizarse, se le denomina bloque de constitucionalidad.
7. En ese orden de ideas, este Tribunal señaló que “en una hipótesis de infracción indirecta, el parámetro de control, esto es, la norma de referencia a partir de la cual el Tribunal evaluará la validez de la ley cuestionada, está integrado por la Constitución, pero también por todas las leyes a las que esta confirió la capacidad de limitar a otras normas de su mismo rango” (Sentencia 0047-2004-AI/TC, fundamento 128).
8. Este órgano de control de la constitución precisó, además, que se produce una afectación indirecta de la Constitución, cuando exista una incompatibilidad entre la norma sometida a juicio y otra norma legal a la que el propio Constituyente delegó:
- (i) La regulación de un requisito esencial del procedimiento de producción normativa.
  - (ii) La regulación de un contenido materialmente constitucional.
  - (iii) La determinación de competencias o límites de las competencias de los distintos órganos constitucionales.
9. Lógicamente, estas normas deben a su vez ser compatibles con la Constitución para formar el bloque de constitucionalidad. En tales casos, las normas integradas al parámetro actúan como normas interpuestas, y toda norma con rango de ley que sea incompatible con ellas será declarada inconstitucional en un proceso de control concentrado por infracción indirecta a la Constitución.
10. Este Tribunal considera que las normas que componen el bloque de constitucionalidad aplicable al presente caso son aquellas que asignan competencias al Poder Ejecutivo y a los gobiernos regionales contenidas, respectivamente, en los artículos 118 y 192 de la Constitución, así como las leyes que desarrollan dichas atribuciones en las materias relevantes para resolver la presente controversia, y que son:
- (i) la Ley 27783, Ley de Bases de la Descentralización;
  - (ii) la Ley 27867, Ley Orgánica de Gobiernos Regionales;
  - (iii) la Ley 29158, Ley Orgánica del Poder Ejecutivo; y,
  - (iv) la Ley 29565, Ley de Creación del Ministerio de Cultura.



11. Por otro lado, también resulta relevante para el presente caso el Convenio 169 de la OIT, así como la Ley 29785, Ley de Consulta Previa, emitida en concordancia con dicho convenio.
12. Finalmente, se hará referencia al Decreto Legislativo 1360, Decreto Legislativo que precisa funciones exclusivas del Ministerio de Cultura, que fue publicado en el Diario Oficial *El Peruano* con posterioridad a las fechas de interposición de la demanda y la contestación en el presente proceso, el 22 de julio de 2018.

## §2. Análisis del caso

13. El demandante señala que los artículos primero, segundo, tercero y cuarto de la ordenanza impugnada han sido emitidos vulnerando la competencia del Poder Ejecutivo prevista en el bloque de constitucionalidad en materia de identificación y reconocimiento de pueblos indígenas u originarios, mientras que el demandado sostiene que tal competencia no es exclusiva de tal entidad sino que es compartida con los gobiernos regionales.

14. Las normas impugnadas señalan lo siguiente:

**Primero:** RECONOCER que en la Región Cajamarca habitan pueblos originarios e indígenas, que preexisten a la formación del Estado, que utilizan denominaciones como: "pueblos indígenas", "pueblos originarios", "comunidades campesinas", "comunidades nativas", "rondas campesinas", "pueblos ancestrales", etc. Ello, por cumplir los criterios establecidos en el artículo 1° del Convenio 169 de la OIT.

**Segundo:** RECONOCER la personalidad jurídica de aquellos "pueblos originarios" o "pueblos indígenas" que en ejercicio de su libre determinación, quieren ser reconocidos como tales y que por diversas razones, han sido reconocidos de manera fragmentada en "comunidades" o bajo otras categorías jurídicas, que no responden a su carácter originario.

**Tercero:** AFIRMAR que el reconocimiento de la personalidad jurídica de los pueblos indígenas o pueblos originarios, tiene una naturaleza similar a la de "Ser Humano". De esta forma, como indica el Tribunal Constitucional, se es persona por el hecho de existir, siendo este reconocimiento un acto declarativo y no constitutivo.

**Cuarto:** ENCARGAR a la Gerencia Regional de Desarrollo Social implemente la presente ordenanza regional, en el plazo de sesenta y cinco (65) días hábiles contabilizados desde la publicación de la presente norma en el Diario Oficial *El Peruano*, dando cuenta al Pleno del Consejo Regional.

15. Antes de analizar la constitucionalidad de la ordenanza impugnada, este Tribunal desea destacar la necesidad que se adopten medidas que fomenten el adecuado reconocimiento e identificación de los pueblos originarios, ello en el contexto de un Estado en el que conviven comunidades con distintas tradiciones, prácticas y



costumbres. Esta clase de declaraciones son relevantes no solo porque reivindican el carácter ancestral de estos pueblos, sino porque les permiten titularizar distintos derechos como puede ocurrir con el caso de la consulta previa, libre e informada, la propiedad comunal o la aplicación de la justicia comunal. De ahí que la adopción de medidas que permitan alcanzar dicha finalidad debe ser considerada como una cuestión prioritaria para el Estado peruano, ya que permiten que un importante número de personas puedan desarrollar sus proyectos de vida sin injerencias arbitrarias, sea por parte de privados como del mismo Estado. De hecho, en la actualidad el Viceministerio de Interculturalidad cuenta con una base de datos de centros poblados ubicados dentro del ámbito de localidades pertenecientes a pueblos indígenas de la Amazonía y de Los Antes (fuente: <http://bdpi.cultura.gob.pe/busqueda-localidades>), y que permite reafirmar la notoria presencia de estas comunidades.

16. En este caso, bien podría sostenerse que la ordenanza impugnada no estaría efectuando ninguna declaración específica a efectos de reconocer o identificar a un pueblo indígena u originario, por lo que no tendría incidencia alguna en las competencias del Poder Ejecutivo. Podría afirmarse, en consecuencia, que se trataría simplemente de un documento que resalta el valor ancestral de estos pueblos. Sin embargo, de una interpretación sistemática de la ordenanza se puede advertir que, en el artículo cuarto, se ordena a la Gerencia Regional de Desarrollo Social que implemente lo dispuesto en su contenido, de lo que se desprende que el Gobierno Regional pretende asumir competencias vinculadas con la identificación de estos pueblos.
17. Ahora bien, y una vez precisado lo anterior, este Tribunal advierte que, si bien la presente causa fue interpuesta y admitida a trámite como un proceso de inconstitucionalidad, desde una perspectiva material plantea la existencia de un conflicto competencial, pues la controversia a solucionar consiste en determinar qué entidad estatal tiene la atribución para reconocer pueblos originarios e indígenas. En efecto, conforme a lo establecido en el artículo 110 del Código Procesal Constitucional, y a lo señalado por este Tribunal en reiterada jurisprudencia, el proceso de inconstitucionalidad es la vía procesal idónea para analizar un conflicto de competencias que se haya manifestado en una norma con rango de ley, como ocurre en este caso con la ordenanza regional cuestionada.
18. Por tanto, este Tribunal debe pronunciarse sobre a quién corresponde la competencia para identificar y reconocer pueblos indígenas u originarios en nuestro ordenamiento jurídico, conforme se deriva de la Constitución y las normas pertinentes del bloque de constitucionalidad. En consecuencia, deberá determinarse si la ordenanza impugnada se encuentra conforme con dichas normas.



19. Para ello resulta relevante aplicar el test de la competencia, desarrollado por este Tribunal en la Sentencia 0020-2005-PI/TC. De conformidad con dicho test, primero debe analizarse el principio de unidad y luego el principio de competencia. Pero antes cabe recordar los tipos de competencias que pueden tener los órganos constitucionales:

- (i) exclusivas, cuando son asignadas en exclusividad, aunque pueden ser a su vez positivas si son susceptibles de ser delegadas, o negativas si ello no es posible, en cuyo caso serán también excluyentes;
- (ii) compartidas, cuando se reparten responsabilidades sobre una materia entre dos o más niveles de gobierno; o,
- (iii) delegadas, si un nivel de gobierno realiza una delegación de competencias a otro nivel distinto, conforme a ley, y se abstiene de tomar decisiones sobre la materia o función delegada.

20. Ahora bien, el principio de unidad se desprende del artículo 43 de la Constitución, que establece, entre otras cosas, que el Estado es uno e indivisible, pero que su gobierno es descentralizado. Por otro lado, el artículo 189 de la Constitución señala que en el territorio de la República “se constituye y organiza el gobierno a nivel nacional, regional y local, en los términos que establece la Constitución y la ley, preservando la unidad e integridad del Estado”.

21. De allí se deriva, a su vez, el principio de cooperación y lealtad regional, según el cual los gobiernos regionales y locales no pueden dictar normas que se encuentren en contradicción con las políticas nacionales; deben colaborar entre sí y con el gobierno nacional; y no deben realizar actos o adoptar medidas que comprometan las competencias o el cumplimiento de los fines constitucionales asignados a otros entes estatales. De esta manera, el proceso de descentralización no degenerará en uno de desintegración, ni la autonomía que les ha sido reconocida se convertirá en autarquía o soberanía interna.

22. El principio de unidad resulta determinante al momento de evaluar la atribución de competencias que no se encuentren claramente definidas a nivel normativo. Conforme a este principio, los gobiernos regionales no tienen más competencias que aquellas que la Constitución y las leyes orgánicas les hayan concedido, correspondiendo el resto de competencias al gobierno nacional bajo una cláusula de residualidad. A esto se conoce como el principio de taxatividad, el cual se desprende del artículo 192 de la Constitución, que establece cuáles son las competencias de los gobiernos regionales.

mm



23. Ahora bien, conforme al principio de competencia los gobiernos regionales son entes que gozan de atribuciones en el ámbito de su circunscripción territorial para regular válidamente las materias que les han sido asignadas por las normas pertinentes. Pero estas normas se articulan en nuestro ordenamiento jurídico no solo mediante el criterio de jerarquía, sino también mediante el criterio de competencia, pues las ordenanzas son normas con rango de ley.

24. No obstante, para que las ordenanzas resulten válidas deben emitirse de conformidad con la Constitución y las leyes orgánicas, pero no por el rango superior de estas últimas, sino porque la Constitución misma delega la determinación o delimitación de las competencias de los órganos constitucionales a estas leyes, de manera que no pueden emitirse ordenanzas contrarias a ellas, pues de lo contrario incurrían en un vicio de inconstitucionalidad indirecta.

25. En tal sentido, la validez de una ordenanza se encuentra supeditada a su compatibilidad con la Constitución y las leyes que atribuyen competencias, es decir, aquellas que integren el bloque de constitucionalidad aplicable según la materia.

26. Adicionalmente, no deben dejarse de lado:

(i) el principio de efecto útil y poderes implícitos, que establece que cada vez que una norma confiere una competencia a los gobiernos regionales, debe presumirse que esta contiene normas implícitas de sub competencia (que permiten reglamentar la legislación a emitir), sin las cuales el ejercicio de la atribución conferida carecería de eficacia o utilidad; y,

(ii) el principio de progresividad en la asignación de competencias y transferencia de recursos, según el cual el proceso de descentralización del poder estatal no es un acto acabado sino que se realiza paulatinamente. Esto último debe entenderse respecto de las competencias compartidas o de las delegables, y no respecto de las competencias exclusivas del gobierno nacional.

27. En el presente caso, corresponde analizar primero las competencias regionales contempladas en el artículo 192 de la Constitución, y que son:

1. Aprobar su organización interna y su presupuesto.
2. Formular y aprobar el plan de desarrollo regional concertado con las municipalidades y la sociedad civil.
3. Administrar sus bienes y rentas.
4. Regular y otorgar las autorizaciones, licencias y derechos sobre los servicios de su responsabilidad.



**Caso de la Ordenanza Regional de Cajamarca sobre reconocimiento de pueblos originarios e indígenas**

- 5. Promover el desarrollo socioeconómico regional y ejecutar los planes y programas correspondientes.
- 6. Dictar las normas inherentes a la gestión regional.
- 7. Promover y regular actividades y/o servicios en materia de agricultura, pesquería, industria, agroindustria, comercio, turismo, energía, minería, vialidad, comunicaciones, educación, salud y medio ambiente, conforme a ley.
- 8. Fomentar la competitividad, las inversiones y el financiamiento para la ejecución de proyectos y obras de infraestructura de alcance e impacto regional.
- 9. Presentar iniciativas legislativas en materias y asuntos de su competencia.
- 10. Ejercer las demás atribuciones inherentes a su función, conforme a ley.

28. De lo expuesto no se advierte que los gobiernos regionales tengan competencia expresa para realizar la identificación y reconocimiento de pueblos indígenas. Resulta pertinente, por tanto, verificar la atribución de competencias en las normas del bloque de constitucionalidad que desarrollan y complementan lo dispuesto en el artículo 192 de la Constitución.

29. La Ley de Bases de la Descentralización y la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales regulan las competencias exclusivas y compartidas de los gobiernos regionales en términos bastante similares. A continuación serán citadas las partes pertinentes de ambas leyes:

<p style="text-align: center;"><b>Ley 27783</b> <b>Ley de Bases de la Descentralización</b></p>	<p style="text-align: center;"><b>Ley 27867</b> <b>Ley Orgánica de Gobiernos Regionales</b></p>
<p>Artículo 35.- Competencias exclusivas</p> <p>a) Planificar el desarrollo integral de su región y ejecutar los programas socioeconómicos correspondientes.</p> <p>(...)</p>	<p>Artículo 10.- Competencias exclusivas y compartidas establecidas en la Constitución Política del Perú y la Ley de Bases de la Descentralización</p> <p>Los gobiernos regionales ejercen las competencias exclusivas y compartidas que les asignan la Constitución Política del Perú, la Ley de Bases de la Descentralización y la presente Ley, así como las competencias delegadas que acuerden entre ambos niveles de gobierno.</p> <p>1. Competencias Exclusivas</p> <p>Son Competencias Exclusivas, de acuerdo al artículo 35 de la Ley Orgánica de Bases de la Descentralización N° 27783, las siguientes:</p> <p>a) Planificar el desarrollo integral de su región y ejecutar los programas socioeconómicos</p>

MM



	correspondientes, en armonía con el Plan Nacional de Desarrollo. (...)
<p>Artículo 36.- Competencias compartidas</p> <p>c) Promoción, gestión y regulación de actividades económicas y productivas en su ámbito y nivel, correspondientes a los sectores agricultura, pesquería, industria, comercio, turismo, energía, hidrocarburos, minas, transportes, comunicaciones y medio ambiente. (...)</p> <p>f) Difusión de la cultura y potenciación de todas las instituciones artísticas y culturales regionales. (...)</p>	<p>[Continuación del artículo 10]</p> <p>2. Competencias Compartidas</p> <p>Son Competencias Compartidas, de acuerdo al artículo 36 de la Ley Orgánica de Bases de la Descentralización N° 27783, las siguientes:</p> <p>c) Promoción, gestión y regulación de actividades económicas y productivas en su ámbito y nivel, correspondientes a los sectores agricultura, pesquería, industria, comercio, turismo, energía, hidrocarburos, minas, transportes, comunicaciones y medio ambiente. (...)</p> <p>f) Difusión de la cultura y potenciación de todas las instituciones artísticas y culturales regionales. (...)</p>

30. De lo anotado se advierte que los gobiernos regionales no tienen competencia expresa para realizar la identificación y reconocimiento de pueblos indígenas. Ello no se puede derivar de competencias genéricas sobre desarrollo socioeconómico -ya que se trata de una facultad muy genérica que, de este modo, podría habilitar cuestiones no delegadas expresamente por el legislador- o de normas que no hacen referencia siquiera a los pueblos indígenas. Las competencias regionales deben ser taxativas y las referencias expresas.

31. Sin perjuicio de ello, el demandado señala que en la demanda se han omitido normas sustantivas del bloque de constitucionalidad sobre la competencia de los gobiernos regionales en materia de comunidades campesinas y nativas, como son las siguientes:

**Ley de Bases de la Descentralización**

Artículo 6.- Objetivos

La descentralización cumplirá, a lo largo de su desarrollo, con los siguientes objetivos:

(...)

**OBJETIVOS A NIVEL SOCIAL:**

(...) c) Incorporar la participación de las comunidades campesinas y nativas, reconociendo la interculturalidad, y superando toda clase de exclusión y discriminación.



**Ley Orgánica de Gobiernos Regionales**

**Artículo 4.- Finalidad**

Los gobiernos regionales tienen por finalidad esencial fomentar el desarrollo regional integral sostenible, promoviendo la inversión pública y privada y el empleo y garantizar el ejercicio pleno de los derechos y la igualdad de oportunidades de sus habitantes, de acuerdo con los planes y programas nacionales, regionales y locales de desarrollo.

**Artículo 6.- Desarrollo regional**

El desarrollo regional comprende la aplicación coherente y eficaz de las políticas e instrumentos de desarrollo económico social, poblacional, cultural y ambiental, a través de planes, programas y proyectos orientados a generar condiciones que permitan el crecimiento económico armonizado con la dinámica demográfica, el desarrollo social equitativo y la conservación de los recursos naturales y el ambiente en el territorio regional, orientado hacia el ejercicio pleno de los derechos de hombres y mujeres e igualdad de oportunidades.

**Artículo 8.- Principios rectores de las políticas y la gestión regional**

La gestión de los gobiernos regionales se rige por los siguientes principios:

(...) 4. Inclusión.- El Gobierno Regional desarrolla políticas y acciones integrales de gobierno dirigidas a promover la inclusión económica, social, política y cultural, de jóvenes, personas con discapacidad o grupos sociales tradicionalmente excluidos y marginados del Estado, principalmente ubicados en el ámbito rural y organizados en comunidades campesinas y nativas, nutriéndose de sus perspectivas y aportes. Estas acciones también buscan promover los derechos de grupos vulnerables, impidiendo la discriminación por razones de etnia, religión o género y toda otra forma de discriminación.

32. Sin embargo, este Tribunal debe señalar que las normas citadas son más bien principios que rigen la actuación de los gobiernos regionales al momento en que estos ejerzan sus atribuciones, pero no son normas que asignen competencias en sí mismas. Incluso en el supuesto negado que lo hicieran, de ellas no se advierte que exista una competencia regional expresa para realizar la identificación y reconocimiento de pueblos indígenas.

33. Por otro lado, el numeral 1 del artículo 33 del Convenio 169 de la OIT hace referencia a:

La autoridad gubernamental responsable de las cuestiones que abarca el presente Convenio deberá asegurarse de que existen instituciones u otros mecanismos apropiados para administrar los programas que afecten a los pueblos interesados, y de que tales instituciones o mecanismos disponen de los medios necesarios para el cabal desempeño de sus funciones.

34. De acuerdo con la parte demandada, de la disposición citada no se desprende una obligación de establecer una única instancia encargada de la protección de los pueblos indígenas. El Tribunal nota que, tal y como se ha afirmado, ciertamente de esa cláusula no se deriva el deber de reconocer a una sola autoridad, pero también lo es que el mismo convenio dispone que las medidas que se adopten

mm



deben tomar en cuenta las condiciones de cada país, y una de ellas es precisamente la forma en que cada Estado decide articular la relación entre sus distintas unidades territoriales y la forma en que aborda los niveles de descentralización, por lo que dicho argumento no es de recibo.

35. Será entonces el Estado mismo quien decida la configuración interna de dicha obligación, pudiendo recurrir alternativamente a la implementación de otras instituciones o de mecanismos apropiados para administrar los programas que afecten a los pueblos indígenas, siempre que esto asegure los medios necesarios para el cumplimiento de dichas funciones. Pero la citada disposición claramente no hace referencia a niveles de gobierno o a la obligatoriedad de la participación regional en la configuración de esta obligación.

36. Corresponde, por tanto, analizar las competencias del Poder Ejecutivo, entidad demandante en el presente proceso. Al respecto, cabe destacar que, si bien el artículo VI, numeral 1, de la LOPE, establece que dicho ente “ejerce sus competencias sin asumir funciones y atribuciones que son cumplidas por los otros niveles de gobierno”, el artículo 4 de la citada ley, que regula las competencias exclusivas de este poder del Estado, señala que:

Toda función, actividad, competencia, proyecto, empresa o activo que no hubiera sido asignado expresamente a otros niveles de gobierno corresponde al Poder Ejecutivo.

37. De ahí se deriva que las competencias del Poder Ejecutivo no son taxativas. Esto quiere decir que no es necesario que sus competencias hayan sido asignadas de forma expresa o por ley orgánica. Conforme se deriva de la misma LOPE, simplemente basta con que una competencia no haya sido otorgada taxativamente a otro nivel de gobierno o a otro ente estatal, mediante la Constitución o las leyes orgánicas, para que automáticamente sea una competencia del Poder Ejecutivo. Ello es concordante con el principio de unidad del Estado en general, y con el principio de taxatividad en particular, a los que ya se hizo referencia *supra*.

38. Asimismo, conforme al artículo 2 de la citada ley orgánica, los ministerios forman parte del Poder Ejecutivo, de manera que las competencias de este ente pueden ser ejercidas por estos conforme a ley. Al respecto, el artículo 22, numeral 3 de la LOPE, establece que el “ámbito de competencia y estructura básica de cada uno de los Ministerios se establece en su Ley de Organización y Funciones”. Pero esto no impide, como se señaló *supra*, que mediante otras leyes se atribuyan competencias referentes a determinadas actividades, funciones o servicios públicos.

39. En tal sentido, la competencia de reconocimiento e identificación de pueblos indígenas podría recaer en diferentes ministerios o entidades del Poder Ejecutivo,



de acuerdo al criterio del legislador, o del mismo Poder Ejecutivo si actúa habilitado conforme a las reglas establecidas en el artículo 104 de la Constitución, que regula la emisión de decretos legislativos por parte de dicho ente con autorización previa del Congreso de la República.

40. Al respecto, el Poder Ejecutivo señala en su demanda que, conforme al artículo 4 de la Ley 29565, Ley de Creación del Ministerio de Cultura, la “pluralidad étnica y cultural de la Nación” es una de las áreas programáticas de acción sobre la cual dicha entidad ejerce sus competencias, funciones y atribuciones, mientras que el artículo 15 de la misma ley designa al Viceministro de Interculturalidad como la autoridad inmediata en asuntos de interculturalidad e inclusión de las poblaciones originarias.

41. Ello es concordante con el artículo 19 de la Ley 29785, Ley de Consulta Previa, la cual asigna una serie de competencias específicas al órgano técnico especializado en materia indígena del Poder Ejecutivo. La Primera Disposición Complementaria Final de dicha ley aclara que el Viceministerio de Interculturalidad es el “órgano técnico especializado en materia indígena del Poder Ejecutivo”.

42. De otra parte, el artículo 8 de la Ley de Creación del Ministerio de Cultura ciertamente reconoce competencias compartidas con los gobiernos regionales, tales como:

Artículo 8.- Funciones compartidas

En el marco de sus competencias, el Ministerio de Cultura cumple las siguientes funciones compartidas con los gobiernos regionales y locales:

a) Promover una cultura de respeto y acceso a los derechos culturales, libertad de creencias y de creación intelectual, artística, técnica y científica.

b) Promover el registro, la investigación, preservación, conservación, difusión y puesta en valor del patrimonio cultural material e inmaterial, arqueológico, histórico y artístico, documental y bibliográfico, plástico, musical, popular y tradicional, el folclor, las industrias culturales y el patrimonio documental y bibliográfico de la Nación con la participación de las organizaciones de la sociedad civil y las comunidades.

(...)

1. Con los gobiernos regionales:

a) Coordinar la promoción, difusión y puesta en valor de las manifestaciones artísticas y culturales regionales.

(...)

f) Fomentar la afirmación de la identidad nacional y promover el desarrollo cultural a través del diálogo intercultural y el reconocimiento de la diversidad cultural entre los peruanos.

43. En dicho artículo no se advierte que exista una competencia compartida respecto al reconocimiento e identificación de pueblos indígenas. El literal f) del numeral 1 citado hace referencia al fomento del reconocimiento de la diversidad cultural específicamente, y no otros tipos de reconocimiento; mientras que el resto de



disposiciones hacen referencia a aspectos promocionales, e inclusive estas competencias de fomento y promoción son compartidas con el Poder Ejecutivo.

44. Como se explicó *supra*, las competencias de los gobiernos regionales deben ser expresas. Recién entonces podrá aplicarse el principio de efecto útil y poderes implícitos. Es decir, tal principio extenderá capacidades regulatorias respecto de competencias que sean indubitadamente de los gobiernos regionales, pero no puede servir para extender competencias que no se deriven expresa e inequívocamente del bloque de constitucionalidad aplicable. En el presente caso resulta a todas luces evidente que la competencia que pretende tener el demandando no le ha sido asignada por la Constitución o por las leyes.
45. Si bien es cierto que de lo expuesto hasta aquí no se advierte que la competencia materia de controversia se reconozca expresamente a ningún ente, incluido el Poder Ejecutivo, por lo explicado *supra*, en nuestro ordenamiento jurídico las competencias no asignadas a un ente estatal de forma expresa le corresponden al Poder Ejecutivo por defecto. Así, tal competencia complementa las demás que este ente ya tiene en materia indígena.
46. En concordancia con ello, el artículo 20 de la Ley de Consulta Previa señala que el Viceministerio de Interculturalidad es la entidad responsable de implementar, actualizar y gestionar la Base de Datos de Pueblos Indígenas u Originarios. El demandante alega que esta base, al constituir el único registro de carácter oficial de los pueblos ya identificados y reconocidos, se encuentra en constante actualización.
47. El Poder Ejecutivo afirma que esta base tiene únicamente un carácter referencial, pues no tiene carácter constitutivo de derechos, y efectivamente así lo establece el artículo 29, numeral 1, del Decreto Supremo 001-2012-MC, Reglamento de la Ley de Consulta Previa. En tal extremo no se advierte materia controvertida entre las partes.
48. Por otro lado, el artículo 10 de la Ley de Consulta Previa, que establece que la identificación de los pueblos indígenas a ser consultados “debe ser efectuada por las entidades estatales promotoras de la medida legislativa o administrativa”, debe entenderse referida a un sentido aplicativo concreto.
49. Es decir, los entes estatales (de nivel nacional, regional o local) promotores de medidas legislativas o administrativas que puedan afectar directamente a pueblos indígenas u originarios, deben realizar la consulta previa, lo que implica identificar (determinar, individualizar, ubicar) a los pueblos potencialmente afectados con la medida en cuestión, esto es, en el caso concreto. Pero ello no significa que todo ente estatal susceptible de adoptar medidas que puedan afectar



directamente a pueblos indígenas u originarios tengan la competencia de realizar la identificación y reconocimiento en un sentido general y oficial, con independencia respecto de la aplicación de una medida concreta.

50. Para efectos de lo dispuesto en el Convenio 169 de la OIT y en la Ley de Consulta Previa, la identificación y el reconocimiento de los pueblos indígenas u originarios deben ser realizados por el Estado peruano. Esta obligación recae en el Poder Ejecutivo, que debe aplicar los criterios de identificación y reconocimiento que se derivan de aquellas normas de manera uniforme en todo el territorio nacional.
51. Esto significa que será el Poder Ejecutivo quien habrá de aplicar lo dispuesto en el artículo 7 de la Ley de Consulta Previa, el cual señala que las comunidades campesinas o andinas y las comunidades nativas o pueblos amazónicos pueden ser identificados también como pueblos indígenas u originarios, conforme a los criterios señalados en dicho artículo.
52. Sin embargo, ello no significa que la competencia del Poder Ejecutivo para realizar la identificación y reconocimiento de pueblos indígenas u originarios se limite a los aspectos relacionados a la consulta previa, pues dicha competencia tiene un alcance general, en tanto no ha sido expresamente otorgada a los gobiernos regionales. Sin perjuicio de ello, este Tribunal advierte que dicha conclusión no afecta o limita otras competencias que tengan los gobiernos regionales u otras entidades estatales en materia indígena o de comunidades campesinas o nativas, siempre que estas tengan reconocimiento legal y sean ejercidas de acuerdo con la Constitución y las leyes y en concordancia con las políticas nacionales.
53. En relación con lo señalado por el demandado, en el sentido que para emitir la ordenanza cuestionada se obtuvo la opinión previa de la Directora General de Derechos de los Pueblos Indígenas del Ministerio de Cultura, mediante el Oficio 207-2016-DGPI-VM/MC, este Tribunal debe precisar que la distribución de competencias entre los entes previstos en la Constitución derivan de dicha norma suprema, de las leyes orgánicas y de otras leyes emitidas en conformidad con estas normas, no de los informes u oficios emitidos por entidades del gobierno, de manera que lo establecido allí (correcta o erróneamente) no resulta vinculante para este Tribunal al momento de determinar las competencias de tales entes.
54. Asimismo, respecto a lo dispuesto en sentencias del Poder Judicial sobre reconocimiento de pueblos indígenas vale repetir el mismo argumento. Efectivamente, este Tribunal es quien tiene competencia, conforme al numeral 3 del artículo 202 de la Constitución, para conocer los conflictos de competencia, o de atribuciones asignadas por la Constitución, conforme a ley.



55. Finalmente, este Tribunal no deja de advertir que podría alegarse que en este proceso ha operado la sustracción de la materia, ya que el mismo Poder Ejecutivo, con posterioridad a las fechas de interposición de la demanda y la contestación en el presente caso, ha emitido una norma, previa delegación de facultades por parte del Congreso de la República, que hace referencia a la controversia debatida en este proceso. Efectivamente, el Decreto Legislativo 1360, Decreto Legislativo que precisa funciones exclusivas del Ministerio de Cultura, publicado en el Diario Oficial *El Peruano*, el 22 de julio de 2018, señala lo siguiente:

Artículo 1.- Objeto

La presente norma tiene como objeto precisar las funciones exclusivas del Ministerio de Cultura como ente rector en materia de pueblos indígenas u originarios.

Artículo 2.- Precisión de funciones exclusivas

2.1 Precísese, en el marco de desarrollo de las funciones exclusivas del Ministerio de Cultura y de su área programática de acción sobre pluralidad étnica y cultural de la Nación, que la identificación y reconocimiento de pueblos indígenas u originarios es desarrollada por el Viceministerio de Interculturalidad, a través de sus órganos técnicos.

56. Al respecto, no corresponde declarar, sin más, la sustracción de la materia, ya que el Decreto Legislativo al que se ha hecho referencia no necesariamente implica que se haya derogado la ordenanza aquí cuestionada, la cual aún se encuentra en vigor. Por otro lado, este Tribunal no se pronunciará sobre la constitucionalidad del Decreto Legislativo 1360 en sí mismo, en tanto el presente proceso no versa sobre ese asunto y aún se encuentra habilitado el plazo estipulado en el artículo 100 del Código Procesal Constitucional para cuestionar, en caso se estime pertinente, la constitucionalidad de dicha norma por razones de forma o de fondo.

57. Por todo lo expuesto, se concluye que corresponde declarar fundada la demanda contra los artículos primero, segundo, tercero y cuarto de la Ordenanza Regional 010-2016-GR.CAJ-CR, emitida por el Gobierno Regional de Cajamarca, por afectar las competencias del Poder Ejecutivo en materia de identificación y reconocimiento de pueblos indígenas.

**§3. Efectos de la presente sentencia**

58. Como ha quedado demostrado, los artículos primero, segundo, tercero y cuarto de la ordenanza impugnada son inconstitucionales, por lo que deben ser expulsados del ordenamiento jurídico, lo que ocurrirá al día siguiente de la publicación de la presente sentencia en el diario oficial, conforme a lo dispuesto en el artículo 204 de la Constitución.



59. Por otra parte, cabe recordar lo dispuesto en el artículo 78 del Código Procesal Constitucional:

La sentencia que declare la ilegalidad o inconstitucionalidad de la norma impugnada, declarará igualmente la de aquella otra a la que debe extenderse por conexión o consecuencia.

60. En atención a ello, este Tribunal advierte que los artículos quinto, sexto y sétimo de la referida ordenanza son normas conexas que han perdido su razón de ser con la declaración de inconstitucionalidad decretada. Por tanto, corresponde declarar inconstitucionales por conexidad estos artículos.

61. Por otro lado, el demandante solicita a este Tribunal que en caso de declarar fundada la demanda evalúe declarar sin efecto todo acto administrativo realizado por el Gobierno Regional de Cajamarca al amparo de la ordenanza cuestionada, en virtud del artículo 113 del Código Procesal Constitucional.

62. Efectivamente, el recurrente sostiene que mediante la ordenanza impugnada el Gobierno Regional de Cajamarca no solo se ha atribuido competencias que no le corresponden, sino que a partir de su texto podrían habilitarse actos posteriores viciados de incompetencia. En tales actos se podría reconocer como pueblos originarios o indígenas a comunidades que no cumplan con los criterios objetivos y subjetivos establecidos en la normativa aplicable.

63. Sobre ello, no se ha aportado información alguna que acredite que, al amparo de la ordenanza que aquí se ha declarado como incompatible con la Constitución, se hayan reconocido o identificado por parte del Gobierno Regional de Cajamarca a algunos pueblos como originarios e indígenas. Sin perjuicio de ello, este Tribunal recuerda que, al ser este un proceso de control abstracto de normas, no corresponde emitir un pronunciamiento en relación con dicha situación, sin perjuicio que las entidades interesadas activen los mecanismos correspondientes ante los órganos competentes.

64. Al respecto, corresponde señalar que si bien este Tribunal Constitucional ha señalado *supra* que en el presente caso subyace una controversia en relación con la titularidad de una competencia, debe tenerse especialmente en cuenta que el presente proceso se ha planteado y admitido como uno de inconstitucionalidad, de manera que para su resolución no está habilitada la regla contemplada en el artículo 113 del Código Procesal Constitucional, en tanto esta es aplicable única y exclusivamente a los conflictos competenciales. Así, al ser un proceso de control abstracto de normas, esta pretensión es desestimada.

mm



65. En esta misma línea, lo hasta aquí dicho no impide que lo pretendido por el Poder Ejecutivo pueda ser reclamado posteriormente en las vías procesales pertinentes alegando lo resuelto en la presente sentencia, que resulta vinculante para todos los poderes públicos desde el día siguiente de su publicación, conforme a lo establecido en el artículo 82 del Código Procesal Constitucional.
66. Finalmente, este Tribunal también desea resaltar que la declaratoria de inconstitucionalidad que aquí se ha realizado no impide, desde ningún punto de vista, que los gobiernos regionales articulen y desplieguen mecanismos a fin de poner conocimiento del Poder Ejecutivo qué pueblos o comunidades en su jurisdicción puedan eventualmente ser reconocidos como indígenas u originarios, a fin que la autoridad designada, con la información que se le pueda proporcionar, pueda examinar cada caso concreto.
67. En efecto, lo que ha sido objeto de pronunciamiento por parte del Tribunal se relaciona con la potestad de *decidir*, en instancia definitiva, cuál es la entidad competente para el reconocimiento e identificación de pueblos originarios e indígenas, pero ello desde ningún punto de vista puede excluir a los diversos actores de *participar* en dicha labor. Así, los gobiernos regionales e incluso los locales deben contar con la posibilidad de remitir propuestas e informes al Poder Ejecutivo respecto de un eventual reconocimiento de algunas comunidades como pueblos indígenas u originarios, al ser estos los más cercanos a la realidad social de la zona respectiva, por lo que cuentan con importantes aportes que realizar a este procedimiento. Sin embargo, de ahí a que se reconozca que tengan la posibilidad de identificar y reconocer a dichos pueblos existe una importante diferencia, pues ello podría generar distintas discrepancias entre los niveles de gobierno, con todo el impacto que esto puede tener para las mismas comunidades y los derechos que puedan titularizar.
68. Por tanto, al no ser posible atender la solicitud del demandante respecto a los efectos de la sentencia, dicho extremo debe declararse infundado.

### III. FALLO

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú,

### HA RESUELTO

1. Declarar **FUNDADA EN PARTE** la demanda por haberse afectado las competencias del Poder Ejecutivo en materia de identificación y reconocimiento de pueblos indígenas y originarios, por tanto, inconstitucional la Ordenanza Regional 010-2016-GR.CAJ-CR, emitida por el Gobierno Regional de Cajamarca.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Caso de la Ordenanza Regional de Cajamarca sobre  
reconocimiento de pueblos originarios e indígenas

29

2. Declarar **INFUNDADA** la demanda en lo demás que contiene.

Publíquese y notifíquese.

SS.

MIRANDA CANALES  
RAMOS NÚÑEZ  
SARDÓN DE TABOADA  
FERRERO COSTA

POLENTE RAMOS NÚÑEZ

**Lo que certifico:**

Flavio Reátegui Apaza  
Secretario Relator  
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00012-2017-PI/TC  
PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA

### FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO SARDÓN DE TABOADA

Estoy de acuerdo con el fallo y con la fundamentación de la sentencia emitida en el presente caso.

Sin embargo, suscribo este fundamento de voto a fin de apartarme del fundamento 15 de dicha sentencia pues, a mi juicio, no corresponde al Tribunal Constitucional realizar valoraciones subjetivas de las normas sometidas a su control ni, mucho menos, formular recomendaciones o propuestas en materia de políticas públicas a través de sus sentencias.

Es tarea de las autoridades electas por voto popular y de la sociedad civil participar activamente en la formación de políticas públicas en el país. En atención a la naturaleza de sus funciones, este Tribunal Constitucional debiera mantenerse al margen de dicho debate, siempre que ello sea posible garantizando, así, un grado máximo de neutralidad frente al acontecer político que le permita realizar con mayor eficacia la actividad jurisdiccional que le es propia.

Asimismo, considero necesario reiterar que, como expresé en el voto singular emitido en el Expediente 01129-2012-PA/TC al cual me remito en todos sus términos, la consulta previa, regulada por el Convenio 169 de la OIT, no puede ser considerada como un derecho fundamental.

En efecto, sobre la base de una interpretación conjunta de los artículos 56, 57 y 200 así como de la cuarta disposición final y transitoria de la Constitución, estimo que los tratados internacionales suscritos por el Perú — incluyendo los tratados sobre derechos humanos — no tienen rango constitucional sino solamente legal salvo que sean aprobados conforme al procedimiento establecido en el artículo 206 de la Constitución.

Sin embargo, ese no fue el caso del Convenio 169 de la OIT; por tanto, no puede considerarse que este modifique o innove en modo alguno el ordenamiento constitucional.

Dicho tratado, por tanto, es una norma jurídica con rango de ley; es decir, posee una jerarquía equivalente al de las ordenanzas regionales o municipales.

S.

SARDÓN DE TABOADA

**Lo que certifico:**

.....  
Flavio Reátegui Apaza  
Secretario Relator  
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Exp. N.º 00012-2017-PI/TC

Caso de la Ordenanza Regional de Cajamarca sobre  
Reconocimiento de pueblos originarios e indígenas

Lima, 29 de enero de 2019

**FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO ESPINOSA-SALDAÑA  
BARRERA**

Coincido con el sentido de lo resuelto por mis colegas magistrados. Sin embargo, deseo hacer algunas precisiones sobre nuestra forma de Estado y el proceso de descentralización territorial, a la luz de lo prescrito en nuestra Constitución y lo precisado por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional al respecto:

1. A lo largo de nuestra historia la descentralización territorial en el Perú, más que una práctica concreta seguida de manera consecuente, muchas veces ha sido, ante todo, un discurso bien intencionado, o inclusive, aunque sea duro decirlo, una promesa objeto de manipulación por diversos sectores. En dicho escenario, se aprecia cómo hasta la fecha continúa existiendo una serie de imprecisiones y problemas no resueltos en torno a la descentralización territorial, tanto es así que aun no existen posiciones bien definidas en diversos asuntos cuya relevancia es insoslayable. De esta manera, y como cuestión principal, ha sido difícil esclarecer con precisión cuál es la forma de Estado peruano, forma que, por lo demás, ha ido mutando en el tiempo, hasta llegar al modelo previsto en nuestra Constitución de 1993 (el cual, por cierto, ha sido objeto también de algunas importantes reformas).
2. En relación con el proceso de descentralización territorial, este ha sido una preocupación constante para el Tribunal Constitucional, a la cual ha debido atender de manera recurrente, por ejemplo, con ocasión de resolver conflictos de competencias que se presentan entre los diversos niveles de gobierno (nacional, regional y local), fricciones que, en nuestro modelo de jurisdicción constitucional, deben ser canalizados a través de los procesos competenciales y los procesos de inconstitucionalidad (estos últimos, cuando el conflicto de competencias se sustenta en normas con rango de ley).
3. Respecto al contenido de la pretensión alegada, tenemos que, y muy a despecho de ciertos esfuerzos históricamente seguidos en otro sentido, lamentablemente en el Perú el ejercicio del poder a nivel territorial se ha encontrado concentrado y centralizado en Lima, con indudables consecuencias a nivel social, político y económico. Esto, ciertamente, es de lamentar, pues los ciudadanos y las autoridades de gran parte del país en muchas ocasiones se han encontrado (y se encuentran) alejados de muchas decisiones importantes que les involucran directamente, y respecto a las cuales tienen importantes consideraciones que aportar, tanto a nivel social, político y técnico.



**Caso de la Ordenanza Regional de Cajamarca sobre Reconocimiento de pueblos originarios e indígenas**

4. En ese marco, es claro que la descentralización territorial implica un redimensionamiento completo respecto del ejercicio del poder político. De este modo, la descentralización constituye una importante opción para acercar el gobierno a los ciudadanos, democratizando la toma de aquellas decisiones que, en líneas generales, pueden ser consideradas como la de mayor relevancia en nuestra sociedad, o también aquellas que tienden a apuntalar modelos alternativos de desarrollo social y económico. Así, y manteniéndonos en el contexto propio de la forma de Estado unitario, la descentralización territorial se presenta entonces en el Perú como una necesidad estrechamente vinculada con la democracia y el desarrollo social, que merece una atención y materialización impostergable.
5. Ya en el ámbito normativo, vemos que, de una lectura conjunta de los artículos 43 (el gobierno peruano es unitario y descentralizado) y 188 (sobre el proceso de descentralización) de la Constitución, la forma del Estado peruano puede ser calificada, como también lo ha señalado el Tribunal Constitucional, de *Estado unitario y descentralizado*, o, dicho con otras palabras, de un Estado que se encuentra incurso en un *proceso de descentralización territorial*, el cual es una política permanente del Estado y cuyo objetivo fundamental es el desarrollo integral del país.
6. Ahora bien, nuestra forma de Estado *unitario y descentralizado* implica entender que, a despecho de estas importantes cuotas de descentralización, en el Perú la interpretación a aplicar parte de los parámetros propios de un Estado unitario, tal como pasaré a explicar. Al respecto, y en primer lugar, respecto a la noción de Estado unitario, se trata de aquella forma estatal que cuenta con un centro de gobierno único o principal, desde el cual se toman las decisiones más importantes dentro de un Estado. En este, eventualmente, buscándose tal vez una mejor distribución de competencias, alguna cuota de democratización del ejercicio del poder estatal o quizá el apuntalamiento de modelos de desarrollo alternativo en alguna comunidad en especial, puede ocurrir que se concedan o transfieran determinadas de competencias a entes descentralizados, con ciertas, aunque usualmente acotadas, cuotas de autonomía.
7. La desconcentración, por su parte, fue descrita por Hauriou en su momento como una técnica administrativa, la cual es sin duda diferente de la descentralización. Y es que si bien la desconcentración tiene en común con la descentralización que en ambas existe una tendencia centrífuga, que aproxima la Administración al administrado, sin embargo, la desconcentración se encuentra tan solo limitada a delegar ciertas competencias administrativas, en lo que se constituye antes bien una “técnica de autoridad” y no una “técnica de libertad”<sup>1</sup>. De este modo, la desconcentración mantiene el centralismo, y si bien no supone

<sup>1</sup> HAURIOU, André. *Derecho Constitucional e Instituciones Políticas*. Segunda edición, Ariel, Barcelona, 1980, p. 185.



**Caso de la Ordenanza Regional de Cajamarca sobre  
Reconocimiento de pueblos originarios e indígenas**

que toda la actividad pública se realice en el centro político estatal, únicamente otorga potestades administrativas y, en algunos casos testimoniales, a los niveles subnacionales de gobierno. De esta manera, en un *Estado unitario con desconcentración* no se transfieren competencias ni recursos, pues las dinámicas de reparto y transferencia de competencias, con vocación permanente además, es patrimonio de los procesos de descentralización.

8. Ya respecto a la *descentralización territorial*, que caracteriza a nuestro *Estado unitario y descentralizado*, antes que ser una técnica administrativa para trasladar los beneficios del centro político hacia las poblaciones periféricas expectantes, es principalmente una forma de distribución del poder del Estado dentro del territorio. Más específicamente, la descentralización territorial implica la transferencia (y no solo la delegación) de competencias, que pasan del tradicional centro político a las entidades subnacionales (gobiernos regionales y locales en el caso peruano). Así considerado, las regiones y los municipios se erigen como ejes propios de desarrollo, y cuentan con plena autonomía y con espacios propios de participación y de decisión política.
9. En este sentido, el actual artículo 188 de nuestra Constitución es muy claro cuando señala que “la descentralización es una forma de organización democrática y constituye una política permanente de Estado, de carácter obligatorio que tiene como objetivo fundamental el desarrollo integral del país. El proceso de descentralización se realiza por etapas, en forma progresiva y ordenada conforme a criterios que permitan una adecuada asignación de competencias y transferencia de recursos del gobierno nacional hacia los gobiernos regionales y locales”.
10. En este orden de ideas, el desarrollo integral del país –objetivo constitucionalmente consagrado– implica que cada espacio subnacional cuente con las garantías suficientes para plantear sus propias líneas de desarrollo. Con ese propósito, cabe recordar que este Tribunal ha señalado que “(...) nuestra Constitución no sólo ha conferido a los gobiernos descentralizados (regional y local) autonomía administrativa, sino también económica, y, lo que es más importante, autonomía política. Esta última se traduce, de un lado, en la elección de sus órganos por sufragio directo (artículo 191 de la Constitución), y, de otro, en la capacidad de dictar normas con rango de ley (artículos 192.6 y 200.4 de la Constitución)” (STC Exp. n.º 00020-2005-PI, f. j. 38; STC Exp. n.º 00034-2009-PI, f. j. 7).
11. Así considerado, los gobiernos regionales y locales deben contar con condiciones que les permitan decidir y generar su propio desarrollo, tanto a partir de las políticas que adopten de manera autónoma, como también de las relaciones que entablen con el centro y también entre ellas. La descentralización territorial, entonces, queda vinculada a la posibilidad de que cada localidad



**Caso de la Ordenanza Regional de Cajamarca sobre Reconocimiento de pueblos originarios e indígenas**

pueda gozar de autonomía, así como de generar sus propias dinámicas de desarrollo de acuerdo a sus propias decisiones, en un marco de subsidiariedad.

12. Ahora, lo que he anotado hasta el momento sobre nuestra forma de Estado y sobre el proceso de descentralización debe tenerse en cuenta al momento de enfrentar conflictos competenciales como el presente. De manera más específica, en lo que se refiere al llamado “test de competencia”, por ejemplo, al cual suele hacer referencia el Tribunal Constitucional para resolver este tipo de controversias, debemos indicar que este no puede entenderse como un test que arrojará, indubitablemente, una respuesta correcta para cada caso. Por el contrario, el uso de criterios como los de *unidad, cooperación y lealtad* (nacional y regional), o *taxatividad y cláusula de residualidad*, deberán ser entendidos y aplicados siempre respetando nuestra forma de Estado *unitario y descentralizado*. Dicho con otros términos: y es que si bien el nuestro es un Estado unitario (por lo cual opera a favor del gobierno nacional la cláusula de residualidad de las competencias), está inmerso en un proceso de descentralización en el cual existen verdaderas autonomías (que en ningún caso deben ser minimizadas o soslayadas).
13. Así considerado, las respuestas que brinde el Tribunal Constitucional a estas cuestiones no pueden partir de asumir que el gobierno nacional detenta, prima facie, algo así como una jerarquía superior frente a los demás niveles de gobierno, y que ello se traduzca, por ejemplo, en la primacía de las decisiones del gobierno central, al margen o en perjuicio de las competencias constitucionales y legales establecidas para los diversos niveles de gobierno; o que debe entenderse que es mayor la lealtad constitucional en dirección hacia el gobierno nacional, que hacia los gobiernos regionales o locales; o, finalmente, que todas las decisiones importantes para nuestra comunidad deben ser de competencia del gobierno nacional.
14. Por el contrario, debe tenerse en cuenta que lo que manda en las relaciones entre los diversos niveles de gobierno territorial más bien son las competencias establecidas (expresas, aunque a veces tácitas o implícitas), la residualidad en los supuestos en los que las competencias que no hayan sido reguladas, así como el deber de colaboración y lealtad mutua entre diversos los gobiernos, siempre, claro está, respetando el parámetro de última ratio para la decisión de conflictos propia de un Estado unitario, independientemente de eventuales matices de descentralización territorial.

S.

ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

**Lo que certifico:**

Flavio Reátegui Apaza  
Secretario Relator  
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



**VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO ERNESTO BLUME FORTINI EN EL QUE OPINA QUE CORRESPONDE DECLARAR INFUNDADA LA DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD INTERPUESTA CONTRA LA ORDENANZA REGIONAL 10-2016-GR.CAJ-CR POR HABER SIDO EMITIDA POR EL GOBIERNO REGIONAL DE CAJAMARCA EN EJERCICIO DE SUS COMPETENCIAS CONSTITUCIONALES**

En la sentencia de mayoría se declara fundada en parte la demanda de inconstitucionalidad interpuesta contra los artículos 1, 2, 3 y 4 de la Ordenanza Regional 10-2016-GR.CAJ-CR, Ordenanza Regional sobre reconocimiento de pueblos originarios e indígenas y, como consecuencia de tal decisión, inconstitucional la referida Ordenanza Regional.

Con el respeto que me merecen mis distinguidos colegas Magistrados firmantes de la sentencia de mayoría, mediante el presente voto singular expreso mi radical disenso con la posición que subsume dicha sentencia, por cuanto:

- Trasunta una visión centralista del país, ajena a la lógica y filosofía del Legislador Constituyente Peruano, que ha optado por la descentralización como principal instrumento de su desarrollo integral y armónico, a través básicamente de los gobiernos regionales y locales, a los que ha otorgado autonomía política, económica y administrativa en los asuntos de su competencia.
- Minimiza y desconoce tanto la descentralización, en cuanto proceso de desarrollo integral y armónico del país, como el rol constitucional de los gobiernos regionales y locales y sus competencias constitucionales, los cuales son instrumentos básicos de tal proceso.
- Contempla una visión limitativa y restringida de la autonomía regional, a pesar que se trata de una autonomía política, económica y administrativa; y no una visión amplia que haga posible una interpretación coherente y armónica con lo que podría denominarse el sistema constitucional de distribución de competencias, el cual implica una nueva concepción, dentro de la cual se incrementan las competencias y atribuciones de las regiones, así como se disminuyen y limitan las de otros entes estatales de alcance nacional.

La fundamentación detallada del presente voto singular se efectuará de acuerdo al siguiente esquema:

1. El carácter descentralizado del gobierno peruano y el rol de las regiones en el proceso de descentralización del país.
2. La descentralización como proceso de desarrollo integral y armónico del país.



EXP. N.º 00012-2017-PI/TC

Caso de la Ordenanza Regional de Cajamarca sobre reconocimiento de pueblos originarios e indígenas

3. Los gobiernos locales y regionales como principales instrumentos de la descentralización del país. La autonomía regional y el rango de ley de las Ordenanzas Regionales.
4. La garantía institucional y el bloque de constitucionalidad regional en materia de reconocimiento de pueblos originarios e indígenas.
5. El resumen de los fundamentos de mi posición.
6. El sentido de mi voto.

A continuación, desarrollo dicho esquema, siguiendo la misma numeración temática:

**1. El carácter descentralizado del gobierno peruano y el rol de las regiones en el proceso de descentralización del país.**

Como ya lo tengo manifestado en oportunidades anteriores<sup>1</sup>, el artículo 43º de la Constitución de 1993, reproduciendo el numeral 79º de la Carta de 1979, establece que el Perú es una república democrática, social, independiente y soberana, que conforma un Estado único e indivisible, cuyo gobierno es unitario, representativo y *descentralizado*, el cual se organiza en base a la separación de poderes.

Esta tipificación de la forma del Estado Peruano y, especialmente de su forma de gobierno, en cuanto a su carácter descentralizado, a la vez que unitario y representativo, no se encuentra en ninguna de las diez constituciones anteriores a la de 1979 que rigieron en el Perú. En efecto, en lo que atañe a la forma del Estado Peruano, las Constituciones de 1823, 1826, 1828, 1834, 1839, 1856, 1860, 1867 y 1920 no consignaron expresamente un solo artículo en sus textos que hiciera referencia expresa a aquella; mientras que la Constitución de 1933 si recogió en su articulado normas referentes a la forma del Estado Peruano. Así, sus artículos 1º y 2º caracterizaban al Perú como una república democrática y soberana, cuyo Estado era uno e indivisible. En lo que respecta a la forma del gobierno peruano y contrariamente al tratamiento brindado a la forma del Estado, las Constituciones de 1823, 1826, 1828, 1834, 1839, 1856, 1860, 1867 y 1920 si consignaron artículos que la describían con la única excepción de la Constitución de 1933, que guardó un marcado silencio sobre el tema. Ciertamente, las de 1823 (artículo 27º) y de 1826 (artículo 7º) establecieron que era popular y representativo; las de 1828 (artículo 7º) y de 1834 (artículo 7º) le agregaron el carácter de consolidado en la unidad nacional; la de 1839 (artículo 12º) le sumó las características de responsable y alternativo; la de 1856 (artículo 41º) lo describió como

<sup>1</sup> Véase, entre otros, mis comentarios contenidos en el libro colectivo "El rango de ley de las ordenanzas municipales en la Constitución de 1993 (colisión normativa entre ley del Congreso y ordenanza municipal)", editado por la Municipalidad Metropolitana de Lima. Stampa Gráfica. Lima. 1997, pp. 2 – 63.



democrático, representativo y basado en la unidad; y las de 1860 (artículo 42º), de 1867 (artículo 43º) y de 1920 (artículo 68º) lo tipificaron además como republicano.

Tal constatación significa sin lugar a dudas que, a nivel de normativa constitucional, a partir de la Constitución de 1979 y sin perjuicio de los intentos efectuados en el pasado, se introdujo un cambio inédito y de enorme trascendencia respecto a la tipificación del gobierno peruano, al introducir en la misma su carácter de *descentralizado*, el cual la Carta Constitucional de 1993 ha mantenido en su precitado artículo 43º, que fuera aprobado con el 79% de votos a favor de los señores miembros del Congreso Constituyente Democrático, como lo enfatiza el doctor Carlos Torres y Torres Lara, ex - Presidente de su Comisión de Constitución.<sup>2</sup>

No es del caso detenerse en este punto en la explicación de las razones históricas, sociales y políticas, entre muchas otras, que tuvo el Legislador Constituyente Peruano para adoptar una decisión de tan tremenda envergadura, pero es evidente que se trató de un cambio sustancial en la forma del gobierno, que apostaba por un modelo que, sin perder sus características de unidad y de representatividad, conllevara un ejercicio del poder realmente descentralizado, que permitiera emprender la tarea de un desarrollo integral, armónico y uniforme del país, acabando con el ancestral centralismo, causante, en gran medida, de los males nacionales.

## 2. La descentralización como proceso de desarrollo integral y armónico del país.

En esta línea, en orden a la implementación del diseño de gobierno unitario, representativo y *descentralizado* concebido por el Legislador Constituyente Peruano, la Constitución de 1993 ha dado importantes avances que es necesario resaltar, a los efectos del presente voto singular.

Ciertamente, en primer término, ha establecido que la *descentralización es un proceso*, que tiene como objetivo fundamental el desarrollo integral del país. Vale decir, un proceso que permita que en todo el territorio nacional se den los elementos que posibiliten a los peruanos un nivel de vida acorde con su condición de seres humanos, dentro de la inspiración humanista ratificada por la Constitución vigente, que entiende que la persona es el fin supremo de la sociedad y del Estado, por lo que de lo que se trata es que en cada lugar de la República exista acceso a la educación, a la cultura, a la salud, al comercio, a la industria, al esparcimiento y, en general, a todos los elementos que trae consigo la modernidad en procura del bienestar y de la realización del hombre.

<sup>2</sup> TORRES Y TORRES LARA, Carlos. "La Nueva Constitución del Perú 1993: Antecedentes, Fundamentos e Historia Documentada." Desarrollo y Paz. Lima. 1993, p. 466.



## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00012-2017-PI/TC

Caso de la Ordenanza Regional de Cajamarca sobre reconocimiento de pueblos originarios e indígenas

En segundo lugar, ha establecido que dicho proceso implica *el ejercicio del gobierno de manera descentralizada y desconcentrada*. Esto es, que para el desarrollo integral del país, sin romper el concepto unitario del gobierno peruano, deben reconocerse órganos de gobierno distintos a los que integran la estructura del gobierno central, con poder suficiente para enfrentar en forma autónoma la problemática de cada localidad. Ello, sin perjuicio de la desconcentración, que consiste en la delegación de funciones, atribuciones y decisiones desde el gobierno central (nivel de autoridad superior) hacia niveles de autoridades subordinadas, de menor jerarquía funcional o territorial, dentro del ámbito de la misma persona jurídica, para el mejor cumplimiento de sus fines nacionales. En tal sentido, en la concepción del Legislador Constituyente, la delegación del ejercicio del poder para lograr la ansiada descentralización del país corre por vías paralelas: por la vía de la descentralización propiamente dicha y por la vía de la desconcentración.

En tercer orden, ha establecido que el referido proceso *se da básicamente a través y a partir de los gobiernos regionales y locales*, a los cuales considera *instrumentos de la descentralización del país*. En este punto, es importante resaltar el papel que se asigna a los gobiernos regionales y las municipalidades como órganos del gobierno regional y local, a los que no solamente se concibe como entidades encargadas de enfrentar y atender los requerimientos que se presentan en sus respectivas jurisdicciones, en lo que atañe a las necesidades locales, sino también y, principalmente, como medios de materializar la descentralización del gobierno, en tanto entidades que representan a los vecinos de su respectiva circunscripción territorial, quienes, a través del sufragio directo, eligen a sus autoridades y, por medio de los mecanismos de democracia directa, participan en las tareas de su respectivo gobierno regional y local.

En cuarto lugar, ha establecido que los gobiernos regionales y las municipalidades, para cumplir su papel de ser instrumentos y expresión de la descentralización, tengan *plena autonomía política, económica y administrativa, en los asuntos de su competencia*.

En quinto orden, ha establecido, en armonía con la referida autonomía política, económica y administrativa, que *los gobiernos regionales y las municipalidades mediante sus respectivos Concejos Municipales y Consejos Regionales (equivalentes al Poder Legislativo en el nivel local, en los asuntos de su competencia) tienen la facultad de dictar normas con rango de ley, denominadas Ordenanzas Municipales y Ordenanzas Regionales, respectivamente*.

Estos significativos avances están consagrados en los artículos 188º, 189º, 190º, 191º y 200º, inciso 4), de la Constitución de 1993, que establecen literalmente que “La descentralización es un proceso permanente que tiene como objetivo el desarrollo



EXP. N.º 00012-2017-PI/TC

Caso de la Ordenanza Regional de Cajamarca sobre reconocimiento de pueblos originarios e indígenas

integral del país.”, que “El territorio de la República se divide en regiones, departamentos, provincias y distritos, en cuyas circunscripciones se ejerce el gobierno unitario de manera descentralizada y desconcentrada.”, que “Los gobiernos regionales tienen autonomía política, económica y administrativa en los asuntos de su competencia. Coordinan con las municipalidades sin interferir sus funciones y atribuciones.”. Y que, al referirse al proceso de inconstitucionalidad, este “...procede contra las normas que tienen rango de ley: leyes, decretos legislativos, decretos de urgencia, tratados, reglamentos del Congreso, normas regionales de carácter general (conocidas como ordenanzas regionales) y ordenanzas municipales que contravengan la Constitución en la forma o en el fondo.”, respectivamente.

**3. Los gobiernos locales y regionales como principales instrumentos de la descentralización del país. La autonomía regional y el rango de ley de las Ordenanzas Regionales.**

Queda claro de lo expuesto hasta esta parte, la gran importancia que atribuye el Legislador Constituyente Peruano a la descentralización, tanto como una de las principales características del gobierno peruano cuanto como proceso necesario e imprescindible para el desarrollo integral del país; y, dentro de este contexto, a los gobiernos regionales y las municipalidades como instrumentos de la descentralización, a los cuales ha dotado de autonomía normativa con rango de ley, en los asuntos de su competencia, por lo que corresponde a continuación detenerse brevemente en el tema relacionado con la autonomía regional y, dentro de este, en el de la facultad normativa del Consejo Regional y en el del rango de ley de las Ordenanzas Regionales.

Siguiendo al constitucionalista español Francisco Fernández Segado<sup>3</sup>, puede afirmarse que el concepto de autonomía es de muy dificultosa precisión, si es que éste no se analiza dentro de el aquí y el ahora de cada momento histórico, así como de la cobertura constitucional existente en tal momento histórico. En este orden, el citado autor sostiene, siguiendo al profesor Santiago Muñoz Machado que “... el concepto de autonomía es difícil de precisar si no se enmarca en coordenadas concretas de tiempo y lugar y se atiende al contexto normativo en que se emplea porque, ciertamente, es polisémico, relativo, históricamente variable y comprendido en forma diferente en los diversos lugares en que se utiliza.”<sup>4</sup>

<sup>3</sup> FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. “La Autonomía Municipal en la Constitución Española de 1978”. Citado por BLUME FORTINI, Ernesto, en el libro “El Rango de Ley de las Ordenanzas Municipales en la Constitución de 1993 (colisión normativa entre ley del Congreso y ordenanza municipal)”, editado por la Municipalidad Metropolitana de Lima. Stampa Gráfica. Lima. 1997, p. 3.

<sup>4</sup> Loc. Cit.



Sin embargo, no obstante este carácter inicial del concepto de autonomía “si se tiene en cuenta la normativa constitucional peruana, así como los ingredientes que el Legislador Constituyente incorpora dentro de la autonomía asignada a las Municipalidades (aplicable también a la autonomía de los gobiernos regionales), resulta patente su voluntad de conformar la autonomía como un principio general de organización territorial del gobierno peruano y, a la par, como el derecho de la comunidad local a participar mediante sus propios órganos en el gobiernos y la administración de cuantos asuntos le atañen”, al punto que, como bien apunta el mismo Fernández Segado, siguiendo la más actualizada doctrina que busca la redefinición de la autonomía local basada en el interés respectivo como base del principio de autonomía y, en particular a Alfonso Luciano Parejo, el verdadero objeto de la autonomía local “...radica en el derecho al autogobierno, que significa el derecho a la atribución de potestades (sin precisar cuáles deban ser éstas) en todos aquellos supuestos en que se vean comprometidas o afectadas necesidades de la comunidad local”.<sup>5</sup>

En este orden de ideas, la autonomía debe ser entendida en su más amplio sentido como la capacidad “... para ejecutar y cumplir todas las tareas de la Administración estatal con propia responsabilidad, y esto sin importar la posible trascendencia supralocal de estas tareas, pues lo que determinaría la capacidad sería la afectación a los intereses de los ciudadanos”<sup>6</sup>. No cabe por consiguiente, una visión limitativa y restringida de la autonomía tanto local como regional, máxime cuando a esta se asignan caracteres políticos, económicos y administrativos, sino por el contrario una visión amplia que, en el fondo encierra, una redefinición de la autonomía local y regional, que haga posible una interpretación coherente y armónica con lo que podría denominarse el sistema constitucional de distribución de competencias, el cual rompe los esquemas tradicionales e implica una nueva concepción, dentro de la cual, en la medida del nuevo rol de los gobiernos regionales se incrementan las competencias y atribuciones de estos, así como se disminuyen y limitan las de otros entes estatales que antes (en el esquema centralista) las detentaba. Por ello, en opinión del constitucionalista español antes citado, la afirmación de la autonomía “... ha de ser entendida como un derecho de la comunidad local a participar a través de órganos propios en el gobierno y administración de cuantos asuntos le atañen”.<sup>7</sup>

Con relación a este último aspecto, la intensidad de la participación de la municipalidad o el gobierno regional, en el ejercicio del gobierno, depende de la relación que se pueda dar entre los intereses locales y los supralocales, en el contexto, como es obvio, de la

<sup>5</sup> Loc. Cit.

<sup>6</sup> Loc. Cit.

<sup>7</sup> Loc. Cit.



## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00012-2017-PI/TC

Caso de la Ordenanza Regional de Cajamarca sobre reconocimiento de pueblos originarios e indígenas

atención a los problemas emergentes de la realidad local; ya que, por su propia naturaleza, el gobierno local y también regional ejerce poder únicamente sobre su respectiva circunscripción territorial.

Recalco que, a la luz de la normativa constitucional vigente, contenida puntualmente en los artículos 43º, 188º, 189º, 190º, 191º, 192º, 193º, 194º, 195º, 196º y 200º, inciso 4, de la Constitución de 1993, el Legislador Constituyente Peruano ha concebido al Gobierno Regional como órgano con autonomía política, económica y administrativa en los asuntos de su competencia, encargado de aprobar el plan de desarrollo regional, así como de promover el desarrollo socioeconómico regional y dictar las normas inherentes a la gestión regional, entre otras funciones, que es, junto con la municipalidad, instrumento básico de la descentralización del país, en el marco de un modelo que maximiza, revalúa y repotencia al gobierno regional, al cual para el cabal ejercicio de sus responsabilidades le ha dado funciones normativas, por intermedio de sus Consejos Regionales, dictando ordenanzas, que son leyes regionales, de igual rango que las leyes ordinarias que dicta el Congreso de la República.

Sobre la función normativa debe hacerse hincapié que la autonomía política comprende la autorregulación; razón que llevó a consagrar expresamente en el artículo 191º de la Carta Fundamental de 1993 que el Concejo Regional (que es una suerte de parlamento regional integrado por el Gobernador Regional y los consejeros regionales) tiene la facultad de legislar o normar en materia regional y, adicionalmente, de fiscalizar al Gobernador Regional (que es el órgano ejecutivo regional). Nótese en este punto que el Legislador Constituyente crea al legislador regional o parlamentario regional, a quien se le denomina consejero regional; y que se trata de un legislador para quien se reservan áreas sobre las que deberá ejercer su función normativa: los asuntos de competencia regional. Nótese, igualmente, que tal decisión se cimienta también en la teoría de la reserva constitucional o reserva legal, en cuya virtud la normación en el ámbito competencial regional queda reservada al legislador regional.

A contramano, tal reserva conlleva que el legislador ordinario (que dicta las leyes propiamente dichas: el Poder Legislativo, a través del Congreso de la República), el legislador delegado (que dicta decretos legislativos por delegación del Congreso: el Poder Ejecutivo) y el legislador infralegal (que dicta normas de inferior jerarquía que las leyes: el Poder Ejecutivo, entre otros), han quedado privados de normar en materias propias de las Regiones, ya que esa tarea ha sido entregada al legislador regional, en concordancia con la autonomía política que tienen los gobiernos regionales.

Como está dicho, la función legislativa o normativa regional la realiza el legislador regional vía Ordenanzas Regionales, que son en puridad leyes regionales; dispositivos o normas jurídicas (en el más estricto sentido) que regulan el ámbito competencial



EXP. N.º 00012-2017-PI/TC

Caso de la Ordenanza Regional de Cajamarca sobre reconocimiento de pueblos originarios e indígenas

regional y, en general, atienden a la necesidad normativa que presenta la problemática regional. Empero, también en concordancia con la autonomía política, que, como quedó enfatizado, conlleva a la autonormación o autorregulación, el Legislador Constituyente Peruano le ha dado a la Ordenanza Regional el rango de ley, al establecer en el artículo 200º, inciso 4), de la Constitución, al referirse a las normas impugnables por causal de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, que tienen rango de ley, al igual que las leyes propiamente dichas, los decretos legislativos, los decretos de urgencia, los tratados, los reglamentos del Congreso y las Ordenanzas Municipales.

El rango significa "...índole, clase, categoría, calidad..."<sup>8</sup>. Por lo tanto, el rango de ley significa índole, clase, categoría y calidad de ley. En tal sentido, si por disposición constitucional la Ordenanza Regional tiene rango de ley, consecuentemente tiene índole, clase, categoría y calidad de ley; raciocinio que permite arribar a la conclusión que la Ley del Congreso y la Ordenanza Regional (norma regional de carácter general según la Constitución) tienen igual índole, clase, categoría y calidad, diferenciándose únicamente en la materia normativa que corresponde a cada una.

#### 4. La garantía institucional y el bloque de constitucionalidad regional en materia de reconocimiento de pueblos originarios e indígenas.

A esta altura del análisis interesa detenerse en el principio de la garantía institucional que promoviera el constitucionalista Carl Schmitt, a raíz de sus reflexiones en torno a la Constitución de Weimar del 11 de agosto de 1919, cuando señaló que habría que establecer la distinción entre, de una parte, "derechos fundamentales" y, de otra parte, "garantías institucionales", en la idea que el Legislador Constituyente brindara lo que podría denominarse una protección especial a "... *instituciones que no convenía que fueran entregadas a las posibles veleidades del legislador ordinario*".<sup>9</sup>

Ciertamente, el *principio de la garantía institucional* resguarda que el legislador ordinario (que expresa y ejerce el poder constituido), en su tarea normativa no desnaturalice, limite, desconozca o anule aquellas instituciones creadas por el Legislador Constituyente (que expresa y ejerce el poder constituyente, que es el poder originario), al cual debe estar supeditado y subordinado. En buena cuenta, se trata de garantizar que al realizarse la tarea de reglamentación o de implementación normativa de la Constitución no se la contradiga, desnaturalice o desborde, sino, por el contrario quede garantizada una protección especial a ciertas instituciones, para que la normación constitucional impida su supresión en la vía legislativa ordinaria.

<sup>8</sup> CABANELLAS, Guillermo. "Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual." Editorial Helíasta S.R.L., 1989, Tomo VII, p. 10

<sup>9</sup> FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. "El Sistema Constitucional Español." Dykinson, 1992, p. 1019.



## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00012-2017-PI/TC

Caso de la Ordenanza Regional de Cajamarca sobre reconocimiento de pueblos originarios e indígenas

En otras palabras, a partir de las reflexiones de Carl Schmitt que, como está dicho apuntaban a la concesión de una protección constitucional especial a las instituciones de rango constitucional, protegiéndolas en su esencia (en su núcleo básico) frente a los peligros que podría significar una normativa infraconstitucional que las desnaturalizara, se fueron introduciendo en las Constituciones ulteriores a la segunda guerra mundial una serie de mecanismos tendientes a hacer efectiva la garantía institucional y recogiendo a nivel doctrinario dicho principio, el cual ha sido fortalecido y complementado por la jurisprudencia constitucional. Con relación a esto último, resulta ilustrativo hacer referencia a la sentencia del Tribunal Constitucional Español 32/1981, del 28 de julio de 1981, que pese a que admite que las Constituciones pueden omitir consagrar una regulación orgánica de las instituciones de rango constitucional, el hecho de su propio reconocimiento y plasmación en el texto constitucional asegura su existencia “...a las que se considera como componentes esenciales y cuya preservación se juzga indispensable para asegurar los principios constitucionales, estableciendo en ellas un núcleo o reducto indispensable por el legislador. Las instituciones garantizadas son elementos arquitecturales indispensables del orden constitucional y las normaciones que las protegen son, sin duda, normaciones organizativas, pero a diferencia de lo que sucede con las instituciones supremas del Estado, cuya regulación orgánica se hace en el propio texto constitucional, en éstas la configuración institucional concreta se defiere al Legislador Ordinario, al que no se fija mas límite que el del reducto indisponible o núcleo esencial de la institución que la Constitución garantiza”.<sup>10</sup>

Se trata de instituciones básicas, cuya normación o regulación corresponde al legislador ordinario, pero dentro del límite de la indisponibilidad del núcleo o reducto esencial consagrado en la Constitución, por lo que la garantía institucional es desconocida “...cuando la institución es limitada, de tal modo que se la priva prácticamente de sus posibilidades de existencia real como institución para convertirse en un simple nombre”.<sup>11</sup>

La garantía institucional conlleva una limitación en la facultad normativa del legislador ordinario, quien debe circunscribir su accionar a la aprobación de la correspondiente ley de desarrollo constitucional (ley orgánica), para, como está dicho, complementar, fortalecer e implementar el modelo, en el marco del núcleo o reducto indisponible. En el caso peruano, de conformidad con el artículo 190º de la Constitución de 1993 el Congreso de la República dicta la correspondiente Ley Orgánica de Gobiernos Regionales, que no es otra cosa que la ley de desarrollo constitucional de la institución

<sup>10</sup> Ibid. p. 1021.

<sup>11</sup> Ibid. p. 1022.



## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00012-2017-PI/TC

Caso de la Ordenanza Regional de Cajamarca sobre reconocimiento de pueblos originarios e indígenas

denominada Gobierno Regional, la cual debe complementar, fortalecer e implementar el modelo. Esto es, un Gobierno Regional con plena autonomía política, económica y administrativa en los asuntos de su competencia, con facultad de dictar normas con rango de ley para la regulación de tales asuntos, que es instrumento básico del proceso de descentralización del país, que constituye la expresión del ejercicio descentralizado del poder y que refleja el carácter descentralizado del gobierno peruano.

En tal sentido, *el principio de la garantía institucional* persigue precisamente garantizar que la creación del Legislador Constituyente Peruano denominado Gobierno Regional, sea desarrollado adecuadamente por el legislador ordinario en el plano normativo infraconstitucional, a fin de dotarlo de todos los instrumentos normativos que permitan su cabal desarrollo y el pleno y eficiente cumplimiento de sus fines (esto es, fortalecerlo, complementarlo e implementarlo, normativamente hablando); pues resulta inconcebible, carente de toda lógica elemental y, además, totalmente inconstitucional, que quien ejerce el poder constituido dicte normas para debilitar, maniatar y disminuir la creación del Legislador Constituyente. Es decir, insólitamente, convertir a esa creación denominada Gobierno Regional, que el Legislador Constituyente concibe como un órgano capaz de vencer con éxito las vallas y obstáculos que se le presenten, para cumplir con sus objetivos, en un ente tullido. En un órgano constitucional minusválido.

De otro lado, de acuerdo a la doctrina del Derecho Constitucional contemporáneo, la normativa que regula un determinado órgano, ente, entidad o institución del Estado de rango constitucional, conformada por el conjunto de normas contenidas en la propia Constitución que lo crean, establecen sus características básicas y determinan sus principales competencias, y la respectiva normativa infraconstitucional de primer rango que contiene su regulación complementaria, conformada por el conjunto de normas contenidas en su correspondiente ley de desarrollo constitucional y en las leyes que complementan a esta última, que desarrollan con más detalle sus características y competencias, así como otros aspectos atinentes a su adecuado funcionamiento constituyen el *bloque de constitucionalidad*.

Esto es, un conjunto normativo conformado por los preceptos contenidos en la misma Constitución y los preceptos contenidos en la ley de desarrollo constitucional y sus complementarias, dictados dentro del marco constitucional, que determinan las características, competencias y atribuciones de un determinado órgano constitucional; conjunto normativo que es considerado como un todo o bloque (por ello su denominación), a los efectos del análisis de constitucionalidad. En tal sentido, el bloque de constitucionalidad es una unidad, que comprende la sumatoria de ambas normativas (la constitucional y la infraconstitucional de primer rango), la cual será comparada con la norma cuestionada para determinar su constitucionalidad o su inconstitucionalidad,



## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00012-2017-PI/TC

Caso de la Ordenanza Regional de Cajamarca sobre reconocimiento de pueblos originarios e indígenas

entendiendo por constitucionalidad de una norma jurídica aquel "...vínculo de armonía y concordancia plena entre la Constitución y las demás normas del sistema jurídico que aquella diseña; tanto en cuanto al fondo como a la forma."<sup>12</sup>, o aquella suerte de "...cordón umbilical que conecta o une los postulados constitucionales con sus respectivos correlatos normativos, en sus respectivos niveles de especificidad; siendo consustancial al proceso de implementación constitucional e imprescindible para la compatibilidad y coherencia del sistema jurídico."<sup>13</sup>

En el Perú se ha recogido la figura del bloque de constitucionalidad en el Código Procesal Constitucional, aprobado por Ley N.º 28237, al establecer en su artículo 79º (ubicado dentro del Título VI referido a las disposiciones generales de los procesos de acción popular y de inconstitucionalidad), que el Tribunal Constitucional para apreciar la validez constitucional de las normas "...considerará, además de las normas constitucionales, las leyes que, dentro del marco constitucional, se hayan dictado para determinar la competencia o las atribuciones de los órganos del Estado o el ejercicio de los derechos fundamentales de la persona."

Ahora bien, en lo que atañe específicamente a los órganos, entes, entidades o instituciones del Estado Peruano de rango constitucional, consagrados en la Constitución de 1993, el *bloque de constitucionalidad* está conformado únicamente por los preceptos constitucionales que los crean y regulan y por los preceptos infraconstitucionales contenidos en su correspondiente ley de desarrollo constitucional, denominada por el Legislador Constituyente Peruano ley orgánica, por cuanto su artículo 106º establece en sus partes pertinentes que mediante "...leyes orgánicas se regulan la estructura y el funcionamiento de las entidades del Estado previstas en la Constitución...", y que para "...su aprobación o modificación, se requiere el voto de más de la mitad del número legal de miembros del Congreso."

En el caso concreto de los Gobiernos Regionales, estamos ante órganos de rango constitucional, ya que es la propia Constitución la que las crea, establece sus principales características, su composición básica, las facultades de sus órganos de gobierno, la forma de elección de sus máximas autoridades y sus competencias más importantes, entre otros aspectos, cuya implementación normativa debe darse en la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales. Por consiguiente, el bloque de constitucionalidad regional está integrado en el Perú por las normas sobre gobiernos regionales contenidas en la Constitución de 1993 y los preceptos de la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales N.º 27867.

<sup>12</sup> BLUME FORTINI, Ernesto. "El Control de la Constitucionalidad (Con especial referencia a Colombia y al Perú). Ersa. Lima. 1996, p. 23.

<sup>13</sup> Loc. Cit.



## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00012-2017-PI/TC

Caso de la Ordenanza Regional de Cajamarca sobre reconocimiento de pueblos originarios e indígenas

En cuanto al bloque de constitucionalidad regional en materia de reconocimiento de pueblos originarios e indígenas, interesa destacar las siguientes normas:

“Las Comunidades Campesinas y las Nativas tienen existencia legal y son personas jurídicas. Son autónomas en su organización, en el trabajo comunal y en el uso y la libre disposición de sus tierras, así como en lo económico y administrativo, dentro del marco que la ley establece. La propiedad de sus tierras es imprescriptible, salvo en el caso de abandono previsto en el artículo anterior. El Estado respeta la identidad cultural de las Comunidades Campesinas y Nativas.” (Artículo 89º de la Constitución).

“La descentralización es una forma de organización democrática y constituye una política permanente de Estado, de carácter obligatorio, que tiene como objetivo fundamental el desarrollo integral del país. El proceso de descentralización se realiza por etapas, en forma progresiva y ordenada conforme a criterios que permitan una adecuada asignación de competencias y transferencia de recursos del gobierno nacional hacia los gobiernos regionales y locales.” (Artículo 188, primer párrafo, de la Constitución).

“El territorio de la República está integrado por regiones, departamentos, provincias y distritos, en cuyas circunscripciones se constituye y organiza el gobierno a nivel nacional, regional y local, en los términos que establece la Constitución y la ley, preservando la unidad e integridad del Estado y de la Nación.” (Artículo 189, primer párrafo).

“Los gobiernos regionales tienen autonomía política, económica y administrativa en los asuntos de su competencia...” (Artículo 191, primer párrafo, primera parte).

“Los gobiernos regionales promueven el desarrollo y la economía regional, fomentan las inversiones, actividades y servicios públicos de su responsabilidad, en armonía con las políticas y planes nacionales y locales de desarrollo.” (Artículo 192 de la Constitución, primer párrafo).

Se deduce de las cláusulas anteriormente glosadas, que la finalidad descentralista como esquema dentro del que se estructura el Estado peruano, no es un simple desiderátum indicativo sino que representa sin duda alguna uno de los grandes objetivos de nuestro ordenamiento constitucional, el mismo que requiere ser concretizado de manera permanente y armónica.



## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00012-2017-PI/TC

Caso de la Ordenanza Regional de Cajamarca sobre reconocimiento de pueblos originarios e indígenas

Siendo las cosas del modo descrito, no es extraño que las normas integrantes de nuestro bloque de constitucionalidad se esfuercen en fortalecer dicha visión de manera tal que la misma pueda resultar verificable en la realidad. Es dentro de dicha lógica que encuentra acogida una norma como la contenida en el artículo 8, numeral 4, de la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales, de acuerdo con la cual:

“El Gobierno Regional desarrolla políticas y acciones integrales de gobierno dirigidas a promover la inclusión económica, social, política y cultural, de jóvenes personas con discapacidad o grupos sociales tradicionalmente excluidos y marginados del Estado, principalmente ubicados en el ámbito rural y organizados en comunidades campesinas y nativas, nutriéndose de sus perspectivas y aportes. Estas acciones también buscan promover los derechos de grupos vulnerables, impidiendo la discriminación por razones de etnia, religión o género y toda otra forma de discriminación”

Del mismo modo, resulta de suma importancia el artículo 6, literal c), de la Ley de Bases de la Descentralización, norma concordante con la precitada Ley Orgánica de Gobiernos Regionales, que lleva por rótulo “Objetivos”, en la que, acorde con la Constitución, se establecen los objetivos de la descentralización. A saber:

### “Artículo 6. Objetivos

La descentralización cumplirá, a lo largo de su desarrollo, con los siguientes objetivos:

(...)

#### OBJETIVOS A NIVEL SOCIAL

(...)

c) Incorporar la participación de las comunidades campesinas y nativas, reconociendo la interculturalidad, y superando toda clase de exclusión y discriminación.”

Se observa que en armonía con el bloque de constitucionalidad regional, los gobiernos regionales tienen competencia para desarrollar acciones integrales de gobierno dirigidas a promover la inclusión económica, social, política y cultural, de grupos sociales tradicionalmente excluidos y marginados del Estado, como los organizados en comunidades campesinas y nativas, reconociendo la interculturalidad e incorporando la participación de estas comunidades para superar toda clase de exclusión.

Esto último es un objetivo de la descentralización, por lo que su materialización pasa primero por reconocer que en la circunscripción de los Gobiernos Regionales habitan pueblos originarios e indígenas y, en segundo orden, por reconocer la personería jurídica



que el propio Legislador Constituyente le ha otorgado a estos pueblos o comunidades, promoviendo así su inclusión social, económica, política y cultural en la región.

#### 5. El resumen de los fundamentos de mi posición.

A la luz de los fundamentos hasta aquí expuestos, si el Gobierno Regional de Cajamarca ha optado por reconocer que en la Región Cajamarca conviven diversos pueblos originarios e indígenas que preexisten a la formación del Estado y por reconocer la personería jurídica de la que están investidos, no es porque haya asumido funciones o competencias que no le corresponden, sino exactamente al revés: como parte de las obligaciones que inevitablemente le corresponden a partir de lo dispuesto en la Constitución y los precitados dispositivos de la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales y la Ley de Bases de la Descentralización. No proceder con sujeción a ello o pretender desconocer una facultad como la descrita, sería vaciar de contenido la fórmula del Estado Constitucional Unitario Descentralizado.

Ahora bien, la participación del Tribunal Constitucional, como supremo órgano de control de la constitucionalidad, resulta sumamente importante en el estudio y en el análisis de las competencias constitucionalmente asignadas a las entidades de gobierno en todos sus niveles, en cuanto garante de la primacía normativa de la Constitución, tarea que conlleva garantizar la plena vigencia del Estado Constitucional Unitario Descentralizado al que todos aspiramos.

En el presente caso, se han sometido a juicio de constitucionalidad los artículos 1, 2, 3 y 4 de la Ordenanza Regional 010-2016-GR.CAJ.CR, emitida por el Consejo Regional de Cajamarca, por aparentemente colisionar la Constitución, alegándose una aparente indebida intervención en el ejercicio de competencias que son exclusivas del Poder Ejecutivo.

A este respecto, dejo constancia de mi radical oposición con la fórmula que utiliza la sentencia de mayoría para resolver casos como el presente, aplicando el llamado "principio de taxatividad" en virtud al cual "...en nuestro ordenamiento jurídico las competencias no asignadas a un ente estatal de forma expresa le corresponden al Poder Ejecutivo por defecto." (ver su fundamento 48); fórmula que colisiona frontalmente con el modelo de Estado Constitucional Unitario Descentralizado al que antes me he referido y que propugna de modo claro, expreso e indubitable nuestra Carta Constitucional, la que, vale recalcarlo, es expresión normativa de la voluntad del Legislador Constituyente.

Por tal motivo, el último párrafo del artículo 4º de la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo, que señala "Toda función, actividad, competencia, proyecto, empresa o activo que no hubiera sido asignado expresamente a otros niveles de gobierno corresponde al Poder



## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00012-2017-PI/TC

Caso de la Ordenanza Regional de Cajamarca sobre reconocimiento de pueblos originarios e indígenas

Ejecutivo.”, resulta totalmente inconstitucional, correspondiendo desaplicarla en ejercicio del control difuso.

Una fórmula que se condice con la descentralización es la que atiende al principio de subsidiariedad previsto en el artículo 4, literal f, de la ya aludida Ley de Bases de la Descentralización, que señala:

“Las actividades de gobierno en sus distintos niveles alcanzan mayor eficiencia, efectividad y control de la población si se efectúan descentralizadamente. La subsidiariedad supone y exige que la asignación de competencias y funciones a cada nivel de gobierno, sea equilibrada y adecuada a la mejor prestación de los servicios del Estado a la comunidad.”

En ese sentido, ante la falta de norma expresa que regule la competencia en determinado asunto, corresponde que la asuma el ente descentralizado que pueda realizar la actividad de gobierno de modo más efectivo, directo y eficiente. En el presente caso, para el reconocimiento de pueblos originarios e indígenas dentro de determinada circunscripción territorial, es evidente que los Gobiernos Regionales se encuentran mejor posicionados para ejercer la competencia.

Por las razones expuestas, a mi juicio la Ordenanza Regional cuestionada no resulta inconstitucional por cuanto, por un lado, el gobierno regional emplazado, en el ejercicio de su autonomía política y de sus antes mencionadas competencias, ha decidido cumplir con un objetivo de la descentralización y, por otro, con la loable finalidad de generar la inclusión de los pueblos originarios e indígenas de su región, norma que de manera directa beneficia a la población que integra estos grupos y materializa una política descentralizadora e inclusiva dentro del ámbito de su jurisdicción.

### 6. El sentido de mi voto.

Por las razones precedentemente expuestas y explicadas, voto en contra de la sentencia de mayoría, que adopta una posición jurisprudencial notoriamente centralista, lesionando la competencia regional de la Región Cajamarca para reconocer los pueblos originarios e indígenas en su región. Ello, en mi concepto, lejos de ser coherente, compatible y armónico con la Constitución, se distancia de ella, pues se aparta de los postulados constitucionales que informan al proceso de descentralización en el Perú.

S.  
**BLUME FORTINI**

Página 15 de 15

**Lo que certifico:**

Flavio Reátegui Apaza  
Secretario Relator  
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00012-2017-PI/TC  
LIMA  
PODER EJECUTIVO

### VOTO SINGULAR DE LA MAGISTRADA LEDESMA NARVÁEZ

*Pasarán decenas de años y seguirá siendo indiferente para el Gobierno nacional el RECONOCIMIENTO formal de los pueblos indígenas u originarios*

Este caso no encierra un simple conflicto de competencias. Este es un caso en el que se decidía la suerte del derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas u originarios en el Perú y el resultado ha sido un claro debilitamiento de tal derecho. Esto debido a que la mayoría del Tribunal Constitucional ha declarado que sólo el Poder Ejecutivo puede encargarse de "identificar" y "reconocer" a los pueblos indígenas u originarios que existen en el Perú.

En otras palabras, sólo el Poder Ejecutivo deberá reconocer, **una a una**, si en más de 6000 localidades (caserío, centro poblado, anexos, ampliaciones, comunidad campesina, comunidad nativa, entre otros) habita o no alguno de los 55 pueblos indígenas u originarios declarados hasta ahora en el Perú. Sin dicho reconocimiento formal del Poder Ejecutivo es difícil, sino casi inviable, que se realice la consulta previa en tales localidades.

Ciertamente se podría alegar que la consulta previa a una determinada localidad se puede desarrollar sin que ésta se encuentre en la denominada Base de Datos de los Pueblos Indígenas (BPDÍ) o incluso sin tal reconocimiento formal del Poder Ejecutivo; sin embargo, en la práctica estos pasos son trascendentales para iniciar efectivamente el proceso de consulta previa. Una localidad que cuente con el reconocimiento formal de que allí habita un pueblo indígena, evidentemente tendrá más posibilidades de exigir la realización de un proceso de consulta previa. ¿Cuántos reconocimientos de localidades en las que habitan pueblos indígenas ha realizado hasta la fecha el Poder Ejecutivo, con base en el Decreto Legislativo 1360? Respuesta: ninguno.



## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Por ello, considero que es inadmisibile, desde todo punto de vista, que, en casi 200 años de vida republicana, existan aún peruanos y peruanas, integrantes de los pueblos indígenas (quechuas, aymaras o ashaninkas, entre otros), que no logran un efectivo reconocimiento e identificación formal por parte del Gobierno nacional y, como consecuencia de ello, ven afectado su derecho a la consulta previa, a la identidad étnica, a las tierras y al territorio, entre otros.

Aunque nuestra Constitución establece en su primer artículo que la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado, es claro, de lo actuado en el presente caso, que, por el contrario, un Gobierno nacional centralista siempre funciona con un manifiesto desdén, indiferencia y casi siempre postergada protección de los derechos fundamentales de aquellas personas que integran los denominados pueblos indígenas u originarios.

No existe igual reconocimiento de derechos para todos en la sociedad peruana y menos para quienes integran los pueblos indígenas y originarios. En los tiempos actuales, en que las sociedades y sus sistemas jurídicos tienen mayor apertura para examinar y reconocer el pluralismo y la diversidad cultural, el Estado peruano va en sentido contrario, atribuyendo más poder al Gobierno nacional y quitando o "desmantelando" competencias de aquellos Gobiernos regionales y municipales que están en mejores condiciones de proteger, aunque sea en un primer nivel, los derechos de los pueblos indígenas y nativos que se encuentran en su circunscripción.

¿Por qué es importante el reconocimiento de los pueblos indígenas y nativos? Porque el reconocimiento posibilita a su vez la defensa de otros derechos (a la no discriminación e igualdad ante la ley, a la libre determinación, a la identidad e integridad cultural, a la propiedad de la tierra, el territorio y los recursos naturales, a la participación y a la consulta, al consentimiento, a sus propios sistemas de justicia, a la reparación, etc.)<sup>1</sup>. Es más, el reconocimiento tiene un nexo importante con la identidad. Como refiere Taylor: "nuestra identidad se moldea en parte por el reconocimiento o por la falta de éste; a menudo también, por el *falso* reconocimiento de otros, y así, un individuo o un grupo de personas puede sufrir un verdadero daño, una auténtica deformación si la gente o la sociedad que lo rodean le muestran como reflejo un cuadro limitativo, o degradante o despreciable de si mismo... el falso reconocimiento o la falta de reconocimiento puede causar daño, puede ser una forma de opresión que

---

<sup>1</sup> DUE PROCESS OF LAW FOUNDATION. Manual para defender los derechos de los pueblos indígenas. Washington, 2011.



## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

aprisione a alguien en un modo de ser falso, deformado y reducido"<sup>2</sup>. Queda clara así la materialización de binomio reconocimiento-identidad.

Pero además, como sostiene la Organización Internacional del Trabajo (OIT), "el reconocimiento y la identificación de los pueblos indígenas tienen repercusiones en su visibilidad en las estadísticas nacionales y en los sistemas de información, como así también en la capacidad de los Estados para responder a sus necesidades y prioridades específicas y para monitorear el impacto de las intervenciones".<sup>3</sup>

En ese sentido, el Estado tiene la obligación de invertir mayores esfuerzos en posibilitar la protección de los derechos de los pueblos indígenas u originarios. Si el principio de igualdad exige tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales, es justamente el caso de los pueblos indígenas y originarios, cuyos integrantes carecen del reconocimiento formal de sus derechos, el que requiere mayores decisiones estatales que se orienten a remover las históricas situaciones de desigualdad que aún continúan afrontando.

¿Cuáles serían esas decisiones estatales?, ¿cómo se podría lograr la visibilidad de los pueblos indígenas y nativos?, ¿cómo lograr su reconocimiento? En general, es cierto que la cuota nativa en diversos procesos electorales (municipales, regionales y nacionales) podría ayudar, aunque no siempre sea el mecanismo decisivo para lograr una representación política indígena sustantiva<sup>4</sup>. Paredes sostiene que "la condición de la organización social indígena de base parece ser más importante en este resultado" y que "la existencia de un significativo nivel de organización indígena garantiza una menor oportunidad de instrumentalizar a los candidatos indígenas en un contexto como el peruano, de baja institucionalización de los partidos"<sup>5</sup>.

También se podría fomentar cuotas de empleo en entidades públicas o privadas para trabajadores que pertenezcan a pueblos indígenas, con especial énfasis en las regiones con mayor presencia de población indígena. Deberíamos contar con un relevante número de trabajadores estatales indígenas o origen indígena, sobre todo en las regiones antes mencionadas y en el Ministerio de Cultura. En

<sup>2</sup> TAYLOR, Charles. "La política del reconocimiento". En: *El multiculturalismo y la política del reconocimiento*. México, Fondo de Cultura Económica, 1993, p.44.

<sup>3</sup> ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *Los derechos de los pueblos indígenas y tribales en la práctica: una guía sobre el Convenio 169 de la OIT*, Ginebra, 2009, p.10.

<sup>4</sup> PAREDES, Maritza. *Representación política indígena. Un análisis comparativo subnacional*. Lima, Jurado Nacional de Elecciones, 2015, p.113.

<sup>5</sup> *Ibid.*



## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

el ámbito público sobre la justicia, en proporción a la población que protegen, se debería contar con mayores operadores (servidores, defensores públicos, policías, fiscales y jueces) que dominen lenguas indígenas u originarias.

Otra medida podría ser la implementación de la figura del *juez ad hoc* en aquellos casos judiciales que versen sobre derechos de los pueblos indígenas y originarios. Dicho juez sería un miembro de alguna comunidad indígena o nativa y su función sería ilustrar al tribunal sobre el contexto, las costumbres y la cultura de la comunidad o las comunidades que se encuentran en conflicto o controversia, teniendo derecho a votar en dicho caso. Asimismo, considero que dicha figura del *juez ad hoc* debería ser incorporada en la normativa del Tribunal Constitucional, más aún si se trata del Órgano de Control de la Constitución.

Otro de esos mecanismos tendría que ser el reparto razonable de competencias entre los Gobiernos nacional, regional o municipal, en cuanto al reconocimiento de la existencia de los pueblos indígenas u originarios. Tales Gobiernos, apoyados por organizaciones indígenas representativas, son los que, en diferentes niveles, pueden articular mejor dicho reconocimiento. Se ha verificado la existencia de casos en los que algunas de las representaciones más activas han sido las del nivel regional. Así, la mencionada investigadora ha sostenido que "para el caso de Consulta Previa, son las organizaciones indígenas regionales las que tienen mayor protagonismo, articulan mejor la representación"<sup>6</sup>.

Si miramos cómo ha venido actuando el Poder Ejecutivo en dicha labor de reconocimiento, sólo hace falta destacar que en la actualidad el Gobierno nacional no ha completado la Base de Datos de Pueblos Indígenas (BDPI) y no ha identificado si la referencial lista de miles de localidades y comunidades que aparecen en la BDPI corresponde o no a la lista de los 55 pueblos indígenas u originarios que habitan en aquellas. ¿Y así pretenden que esa competencia de reconocimiento sólo sea nacional? Si se espera que, **uno por uno**, el Gobierno nacional reconozca como pueblo indígena u originario a las más de 6000 localidades o comunidades existentes en el Perú, seguro que pasarán decenas de años, o quizás más. Esta actitud evidencia una clara afectación de los derechos fundamentales de tales pueblos indígenas u originarios, la obstaculización del derecho a la consulta previa y un manifiesto desinterés en el reconocimiento formal de tales pueblos. Se dirá que la consulta previa puede desarrollarse sin el reconocimiento, pero es evidente que el punto de partida de

<sup>6</sup> Entrevista al diario *El Comercio* del 26 de noviembre de 2015. <https://elcomercio.pe/luces/libros/representacion-politica-indigena-peru-246717>



## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

la consulta previa siempre será su reconocimiento formal.

Creo que esto va en contra de una interpretación armonizante y equilibrada de las disposiciones constitucionales que se encuentran comprometidas en la tarea de reconocimiento de los pueblos indígenas y nativos. En efecto, si bien el legislador nacional tiene la competencia para determinar al órgano que debe encargarse de la identificación y el reconocimiento de los pueblos indígenas u originarios, esta competencia debe ser delimitada tomando en cuenta otros bienes constitucionales que resultan relevantes. Uno de ellos es precisamente la "efectiva" protección de los derechos de los pueblos indígenas u originarios. Definitivamente será más efectivo para los mencionados pueblos que un primer nivel de dicha identificación y reconocimiento lo realicen los Gobiernos regionales y un último nivel lo sea el Gobierno nacional, pero de ninguna forma que sea únicamente el Gobierno nacional el competente para ello.

Por lo expuesto, estimo que en el presente caso debe declararse **INFUNDADA** la demanda presentada contra la Ordenanza Regional 010-2016-GR.CAJ-CR del Gobierno Regional de Cajamarca e interpretarse que el "reconocimiento" y "determinación" que ésta pretende constituye un primer nivel de reconocimiento, quedando el Ministerio de Cultura como órgano final que define tales competencias.

Seguidamente expondré mis argumentos respecto de los siguientes apartados: i) la justificación, al momento de expedirse la Ordenanza Regional 010-2016-GR.CAJ-CR, sobre la existencia de una competencia compartida entre el Gobierno nacional y los Gobiernos regionales en cuanto al reconocimiento de los pueblos indígenas u originarios; ii) la insuficiente e ineficaz labor de reconocimiento de los pueblos indígenas u originarios por parte del Poder Ejecutivo; y iii) la nula actividad del Poder Ejecutivo, generadora de un estado de cosas inconstitucional, en cuanto al reconocimiento efectivo de las localidades y comunidades en las que habitan los pueblos indígenas u originarios.

### **I. La competencia compartida entre el Gobierno nacional y los Gobiernos regionales en materia de reconocimiento de los pueblos indígenas u originarios**

1. La Ordenanza Regional Ordenanza Regional 010-2016-GR.CAJ-CR, expedida por el Gobierno Regional de Cajamarca, fue publicada en el diario oficial *El Peruano* con fecha 25 de noviembre de 2016.



## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

2. En dicha fecha no existía ninguna ley que de modo expreso haya establecido que la competencia de identificación y reconocimiento de pueblos indígenas u originarios es desarrollada por el Gobierno Nacional.
3. La demanda de inconstitucionalidad del Poder Ejecutivo contra la Ordenanza Regional 010-2016-GR.CAJ-CR fue presentada el 28 de setiembre de 2017.
4. Con posterioridad a la interposición de la demanda, el Tribunal Constitucional tomó conocimiento que con fecha **22 de julio de 2018** se publicó en el diario oficial *El Peruano* el Decreto Legislativo 1360, que "precisa" las funciones exclusivas del Ministerio de Cultura en materia de identificación y reconocimiento de pueblos indígenas u originarios. En efecto, el mencionado decreto lleva la denominación: "Decreto Legislativo que precisa funciones exclusivas del Ministerio de Cultura" y en su artículo 2 establece lo siguiente:
  - 2.1 Precítese, en el marco de desarrollo de las funciones exclusivas del Ministerio de Cultura y de su área programática de acción sobre pluralidad étnica y cultural de la Nación, que la identificación y reconocimiento de pueblos indígenas u originarios es desarrollada por el Viceministerio de Interculturalidad, a través de sus órganos técnicos.
  - 2.2 Asimismo, precítese que en el marco de los procedimientos administrativos de reconocimiento de comunidades campesinas y comunidades nativas por parte de los gobiernos regionales, de corresponder, el Ministerio de Cultura emitirá los lineamientos que coadyuven al reconocimiento de comunidades pertenecientes a pueblos indígenas u originarios.
5. Lo expuesto mínimamente acredita que recién el 22 de julio de 2018, con la publicación del Decreto Legislativo 1360, quedó claro en el ordenamiento jurídico peruano que la competencia para identificar y reconocer pueblos indígenas u originarios le corresponde del modo "exclusivo" al Gobierno Nacional, de modo tal que el 25 de noviembre de 2016, cuando se publicó la cuestionada Ordenanza Regional 010-2016-GR.CAJ-CR, no existía la prohibición para ejercer tal competencia.
6. Ahora, cabe preguntarse si el marco competencial vigente al momento de dictarse la cuestionada Ordenanza Regional 010-2016-GR.CAJ-CR le permitía regular la competencia para reconocer pueblos originarios o indígenas. Sobre el particular, considero que la respuesta es afirmativa,



## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

que la identificación y reconocimiento de los pueblos indígenas era una competencia compartida entre el Poder Ejecutivo y los Gobiernos Regionales.

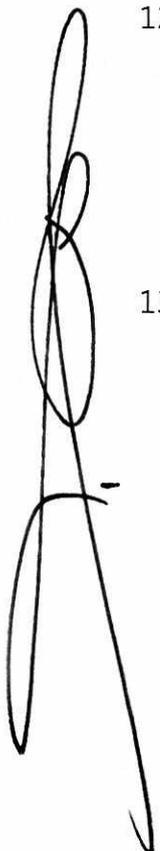
7. Como ha indicado este Tribunal en el Expediente 00042-2004-AI/TC, "la Constitución de 1993 ha reconocido a la persona humana como miembro de un Estado multicultural y poliétnico; de ahí que no desconozca la existencia de pueblos y culturas originarios y ancestrales del Perú" (FJ 1). Asimismo, en el Expediente 00022-2009-AI/TC, se estableció que "no solo no desconoce, sino que la Constitución obliga a su tutela y protección. Así, lo específico y complejo de la protección de los grupos minoritarios étnicos ha significado que se planteen medidas constitucionales específicas para su defensa" (FJ 3).
8. Bajo dicha premisa, estimo que la determinación de a qué nivel de gobierno le corresponde la competencia de identificación y reconocimiento de los pueblos indígenas en el territorio nacional debe responder también al conjunto de principios, reglas y valores constitucionales establecidos en materia de protección de los grupos minoritarios étnicos de la que previamente se ha hecho mención.
9. En el presente caso, la conclusión de la mayoría de mis colegas Magistrados, plasmada básicamente en el FJ 45 de la sentencia, refiere que:

Si bien es cierto que de lo expuesto hasta aquí no se advierte que la competencia materia de controversia se reconozca expresamente a ningún ente, incluido el Poder Ejecutivo (...), **en nuestro ordenamiento jurídico las competencias no asignadas a un ente estatal de forma expresa le corresponden al Poder Ejecutivo por defecto.** Así, tal competencia complementa las demás que este ente ya tiene en materia indígena.
10. Sin embargo, la conclusión anterior tendría asidero constitucional siempre y cuando, de conformidad con el artículo 79 del Código Procesal Constitucional, este Tribunal, además de las normas constitucionales, en el análisis de la validez de las disposiciones sometidas a control constitucional, hubiese considerado en el presente caso todas las leyes que, dentro del marco constitucional se hubieran dictado para determinar la competencia objeto de controversia.
11. En mi opinión ello no ha ocurrido por cuanto la mayoría de mis colegas



## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Magistrados ha obviado analizar lo dispuesto en la Ley 29565, de creación del Ministerio de Cultura, en cuyo capítulo III se detallan las funciones exclusivas y compartidas del citado ministerio, las cuales, leídas en consonancia con lo dispuesto en el artículo 8, inciso 4, de la Ley 27867, Orgánica de Gobiernos Regionales, llevarían a concluir que la identificación y reconocimiento de los pueblos indígenas era una competencia compartida entre el Poder Ejecutivo y los Gobiernos Regionales.



12. En efecto, en el artículo 8, inciso 1, literal "F", de la Ley 29565, se establece que "en el marco de sus competencias, el Ministerio de Cultura cumple las siguientes funciones compartidas con los Gobiernos regionales: f) Fomentar la afirmación de la identidad nacional y promover el desarrollo cultural a través del diálogo intercultural y *el reconocimiento de la diversidad cultural entre los peruanos*".

13. Al respecto, me pregunto lo siguiente: ¿acaso la identificación y reconocimiento de los pueblos originarios no forma parte del más general reconocimiento de la diversidad cultural entre los peruanos? La respuesta es evidentemente afirmativa. Es más, para reforzar esta conclusión, considero pertinente hacer mención de lo dispuesto en el artículo 8, inciso 4, de la Ley 27867, Orgánica de Gobiernos Regionales:

El Gobierno Regional desarrolla políticas y *acciones integrales* de gobierno dirigidas a promover la inclusión (...) política y cultural, de (...) grupos sociales tradicionalmente excluidos y marginados del Estado, principalmente ubicados en el ámbito rural y organizados en comunidades campesinas y nativas, nutriéndose de sus perspectivas y aportes. Estas acciones también buscan promover los derechos de grupos vulnerables, impidiendo la discriminación por razones de etnia (...) y toda otra forma de discriminación.

14. La identificación y reconocimiento de los pueblos indígenas constituye una de estas acciones integrales a las que alude el citado artículo 8, inciso 4, de la Ley 27867, Orgánica de los Gobiernos Regionales, que, en principio, pueden ser catalogadas como una de las más básicas e importantes con miras al ejercicio de los derechos colectivos de los pueblos indígenas.

15. Pero la mayoría de mis colegas Magistrados, lejos de compartir esta lectura integradora del texto constitucional con las citadas disposiciones legales, afirma en el fundamento 32 de la sentencia, sin mayor



## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

justificación, que este "principio" de inclusión, recogido en el artículo 8, inciso 4, de la Ley 27867 solo rige al momento en que los Gobiernos regionales ejercen sus atribuciones, sin llegar por ello a asignar competencias.

16. No obstante, discrepo de dicha afirmación porque, a mi criterio, comprenderlo así anula en la práctica dicho principio. ¿Acaso los principios se interpretan en función de las reglas, sean estas competenciales o del tipo que fueren? Claro que no. Antes bien, sabido es que son las reglas las que se aplican e, incluso, interpretan y reinterpretan a la luz de los principios que les sirven de fundamento.

17. Siendo ello así, no tiene sentido que un Gobierno regional pueda realizar acciones integrales sobre la inclusión de pueblos indígenas, como lo dispone el artículo 8, inciso 4, de la Ley 27867, Orgánica de Gobiernos Regionales, si le está completamente vedado desempeñar un rol directo y tangible en la identificación y el reconocimiento de los pueblos indígenas, como lo establece la sentencia de la mayoría al señalar que ésta es una competencia exclusiva del Ejecutivo.

18. Debo ser enfática en sostener que no se puede aplicar, sin más, la cláusula de residualidad a favor del Ejecutivo en el presente caso, porque ello implica desconocer lo establecido en el artículo 8, inciso 1, literal "F", de la Ley 29565, de creación del Ministerio de Cultura, leído en consonancia con el artículo 8 de la Ley 27867, Orgánica de Gobiernos Regionales.

19. Del análisis de las normas constitucionales pertinentes así como de las normas conformantes del bloque de constitucionalidad en el presente caso (la Ley de creación del Ministerio de Cultura y la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales) se infiere que la materia sobre la que versan las disposiciones impugnadas, es decir, la identificación y reconocimiento de los pueblos indígenas era una competencia de **naturaleza compartida**; a saber, una competencia cuyo ejercicio debe ser realizado de manera coordinada entre el Gobierno Nacional y los Gobiernos Regionales.

20. Al respecto, tal y como se indicó en el Expediente 00024-2007-PI/TC, fundamento 19:

(...) en una competencia compartida se le encarga a dos o más niveles de gobierno la regulación de una materia; se trata esta



## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

competencia entonces del ámbito de la realidad sobre el cual recaerá la facultad normativa conjunta de ambos niveles de gobierno, pero asignándose a cada uno de ellos una función constitucional específica. Por ejemplo, mientras que al Gobierno Nacional se suele encargar la función de planificación de la política sobre un determinado sector, a los Gobiernos Regionales y Locales les corresponde la ejecución de tal política, debiendo además fiscalizar su cumplimiento.

21. En virtud de lo anterior, considero que este Tribunal, en lugar de concluir, como lo ha hecho en la sentencia, que el reconocimiento e identificación de los pueblos indígenas es una competencia exclusiva del Poder Ejecutivo -independientemente de lo previsto en el aludido Decreto Legislativo 1360- debió tener en consideración las disposiciones del bloque de constitucionalidad que resultaban pertinentes, tal y como se ha indicado *supra*, determinando que se trataba de una competencia compartida. Por ello, la Ordenanza Regional 010-2016-GR.CAJ-CR, al momento de ser expedida, resultaba conforme a la Norma Fundamental, por lo que no correspondía expulsarla del ordenamiento jurídico.

22. No me son ajenos los efectos que genera el mencionado Decreto Legislativo 1360, que, a partir del 22 de julio de 2018, recién ha establecido como competencia "exclusiva" del Gobierno nacional la identificación y reconocimiento de pueblos indígenas y originarios, de modo tal que recién a partir de dicha fecha tal competencia debe ser ejercida exclusivamente por el Gobierno nacional, no pudiendo desconocerse los efectos producidos por la Ordenanza Regional 010-2016-GR.CAJ-CR.

23. Finalmente, estimo que más allá de lo establecido en el Decreto Legislativo 1360, existe en el bloque de constitucionalidad del presente caso (Constitución, Ley de creación del Ministerio de Cultura y la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales) una indudable obligación de los Gobiernos Regionales de coadyuvar en la protección de los derechos fundamentales de las comunidades indígenas y nativas, más aún cuando, como es de público conocimiento, el Gobierno nacional no es el órgano que tiene mayor proximidad con tales comunidades.

## II. La insuficiente e ineficaz labor de reconocimiento de los pueblos indígenas u originarios por parte del Poder Ejecutivo

24. Históricamente los pueblos indígenas han sido víctimas de



## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

**discriminación**, hecho que no ha permitido el ejercicio efectivo de todos sus derechos o el reconocimiento pleno de su ciudadanía<sup>7</sup>. Desde nuestra independencia se expidieron normas como el decreto supremo del 27 de agosto de 1821, dictado por el general San Martín, que si bien abolía el tributo indígena y declaraba a los indios ciudadanos del Perú, no lo hacía "desde un diálogo intercultural, sino desde una perspectiva asimilacionista y en desmedro de la identidad, respecto de la cultura y, en general, de los derechos de los pueblos indígenas"<sup>8</sup>.



25. Precisamente, un **diálogo intercultural**, en el marco de un Estado democrático y social de Derecho, presupone la deliberación, con igual libertad, entre participantes de diferentes e igualmente valiosas culturas, situación que claramente no se ha producido a lo largo de nuestra historia respecto de los pueblos indígenas que forman parte del Perú republicano, a diferencia de las interesantes experiencias de otros países de la región como Ecuador, Bolivia, México o Colombia, cada uno con diferentes matices y grados de desarrollo.

26. Dicho diálogo intercultural no se ha producido en el Perú porque, ya sea en el ámbito del poder constituyente o en el ámbito legislativo, entre otros, los pueblos indígenas no han podido materializar con efectividad su **derecho a la igual participación** en la formulación de las políticas públicas que inciden en sus derechos fundamentales, como tampoco han contado con un nivel significativo de representatividad, pese a su numeroso componente poblacional y necesidad de tutela especial.

27. Un procedimiento democrático es el que fundamenta la **legitimidad del Derecho**<sup>9</sup>. Si en el procedimiento democrático que conduce a la expedición de normas sobre pueblos indígenas no participan de modo efectivo sus principales destinatarios, ni se produce un diálogo intercultural, son evidentes los problemas de legitimidad que hasta ahora se puede apreciar. Sobre la importancia de la participación individual y grupal para el reconocimiento de su identidad, Habermas sostiene lo siguiente:

La identidad de un grupo se refiere a las situaciones en las que los

<sup>7</sup> SALMÓN, Elizabeth (Coord.) *La consulta previa, libre e informada en el Perú. La inclusión del interés indígena en el mundo de los derechos humanos*. PUCP, IDEHPUCP y Konrad Adenauer Stiftung, Lima, 2012, p.83.

<sup>8</sup> *Ibid.*

<sup>9</sup> HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez*. Madrid, Trotta, 4ª edición, 2005, p.218.



## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

miembros pueden decir enfáticamente «nosotros», no es una identidad del yo en formato ampliado, sino que constituye el complemento de la identidad del yo. Pues según nos apropiemos de las tradiciones y formas de vida en las que hemos crecido, prosiguiéndolas de forma selectiva, de ello dependerá el cómo quiénes nos reconocemos en esas tradiciones culturales, el quiénes somos y quiénes queremos ser como ciudadanos.<sup>10</sup>

28. En el caso de los pueblos indígenas u originarios se presenta un supuesto anómalo pues si revisamos la Constitución resulta que formalmente todos -incluso ellos- tenemos reconocidos nuestros derechos fundamentales, pero si apreciamos la realidad peruana, ya sea en el ámbito político, social y cultural, resulta que dichos pueblos indígenas u originarios tienen los derechos que el Gobierno nacional o la mayoría dominante dice o permite que tengan. Visto este panorama, más que derechos fundamentales pareciera que dichos pueblos, o sólo algunos de ellos, tienen unas volubles e inestables concesiones fundamentales.

29. En tal sentido, es importante diferenciar el **reconocimiento** de otras culturas -como aquellas de los pueblos indígenas y originarios- respecto de lo que puedan significar las **políticas de asimilación**. Al respecto, el Tribunal Constitucional ha sostenido que el "concepto de asimilación está construido sobre percepciones que observan que otras culturas minoritarias son 'menos avanzadas', y como consecuencia de ello estarían irremediablemente destinadas a perder su identidad en un proceso de 'superación cultural', al ser absorbidas por la sociedad dominante" y que, "por el contrario, una visión que pretenda la integración considerando las diferencias culturales o que plantee estrategias de tolerancia por ciudadanía diferenciadas, es más respetuosa de las realidades e identidad cultural y étnica de los pueblos indígenas". En consecuencia, "la premisa de la que se parte es que deben dejarse atrás perspectivas que situaban a los pueblos indígenas como culturas de menor desarrollo y valía y pasar a reconocerlas como iguales, con el mismo valor y legitimidad que la llamada cultura dominante"<sup>11</sup>.

30. Para que los derechos fundamentales de los pueblos indígenas u originarios, o de sus integrantes, se puedan proteger efectivamente, y para que estos pueblos o personas pueden identificarse o autoidentificarse como tales es indispensable su reconocimiento.

<sup>10</sup> *Ibid.*, p.228.

<sup>11</sup> Expediente 01126-2011-PHC/TC FJ 15.



## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Ciertamente la Norma Fundamental contiene importantes normas para reconocer los derechos. Así, cabe resaltar "el artículo 2, inciso 19, de la Constitución, que establece el derecho a la identidad étnica y cultural, el artículo 89, que establece que, además del castellano, también son idiomas oficiales el quechua, el aimara y las demás lenguas aborígenes en las zonas donde predominen. Por su parte, el artículo 89 reconoce la autonomía organizativa, económica y administrativa a las comunidades nativas, así como la libre disposición de sus tierras, reiterándose de igual forma la obligación del Estado de respetar su identidad cultural. A su vez, el artículo 149, permite que las comunidades nativas y campesinas puedan aplicar su derecho consuetudinario, ejercitando funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, siempre que no vulneren derechos fundamentales. De otro lado, se ha determinado que las tierras de las comunidades no son materia de prescripción, salvo que sean abandonadas. Y si bien se reconoce el respeto de la diversidad y el pluralismo cultural, ello se efectuará siempre que se materialicen 'dentro del marco de respeto a los derechos fundamentales, los principios constitucionales y los valores superiores que la Constitución incorpora, tales como la dignidad de la persona humana (artículo 1 de la Constitución), la forma democrática de Gobierno (artículo 43) y la economía social de mercado (artículo 58)'. Es relevante mencionar también que el artículo 191 de la Constitución prescribe que la ley establecerá porcentajes mínimos para hacer accesible la representación de género, comunidades campesinas y nativas, y pueblos originarios en los Consejos Regionales y Concejos Municipales. Con ello, los pueblos indígenas -término utilizado en el Derecho internacional- han sido proveídos con herramientas legales que buscan proteger su existencia y su cosmovisión..."<sup>12</sup>.

31. En dicha labor de reconocimiento, más allá del ámbito normativo antes referido, es imperativa la identificación formal por parte del Gobierno nacional (Ministerio de Cultura), no sólo de los pueblos indígenas u originarios, sino también de las localidades o comunidades donde habitan tales pueblos.
32. Sobre la identificación formal de los pueblos indígenas y nativos, la Base de Datos Oficial de Pueblos Indígenas u Originarios (BDPI) a cargo del Viceministerio de Interculturalidad ha elaborado la siguiente lista de 55

<sup>12</sup> Expediente 00022-2009-AI/TC FJ 4.



## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

pueblos indígenas u originarios que existen en el Perú (Ver Cuadro 1),<sup>13</sup> los cuales habitan en diferentes localidades o comunidades. Esta lista es transcrita a continuación para efectos de una mayor visibilidad sobre su existencia:

### Anexo 1

Lista de pueblos indígenas u originarios					
N°	Pueblo	Otras denominaciones	Lengua	Tipo de pueblo	Regiones
1	Achuar	Achual, Achuare, Achuale	Achuar	Amazónico	Loreto
2	Aimara	Aymara,	Aru	Aimara	Andino
3	Amahuaca	Amunvaka,	Yora	Amahuaca	Amazónico
4	Arabela	Tapueyocuaca, Chiripuno	Arabela	Amazónico	Loreto
5	Ashaninka	Campa ashaninka	Ashaninka	Amazónico	Ayacucho, Cusco, Huánuco, Junín, Loreto, Pasco, Ucayali, Madre de Dios
6	Asheninka	Ashaninka del Gran Pajonal	Asheninka	Amazónico	Pasco, Ucayali
7	Awajún	Aguaruna, Aents	Awajún	Amazónico	Amazonas, Cajamarca, Loreto, San Martín, Ucayali
8	Bora	Booraa, Miamuna, Miranha,	Miranya	Bora	Amazónico
9	Kapanawa	Nuquencaibo, Buskipani	Kapanawa	Amazónico	Loreto
10	Cashinahua	Huni kuin, caxinahua, kachinahua	Cashinahua	Amazónico	Ucayali
11	Chamicuro	Camikódlo, Chamicolos	Chamicuro	Amazónico	Loreto
12	Chapra	Shapra	Kandozi-chapra	Amazónico	Loreto
13	Chitonahua	Yora, Murunahua	Yaminahua	Amazónico	Ucayali
14	Ese Eja	Ese'ejja, Huarayo, Tiatinagua	Ese eja	Amazónico	Madre de Dios
15	Harakbut	Amarakaeri, wachipaeri, arasaeri, Kisamberi, Pukirieri,	Harakbut	Amazónico	Cusco, Madre de Dios

<sup>13</sup> <http://bdpi.cultura.gob.pe/pueblos-indigenas>



## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

		Toyoeri, sapiteri			
16	Ikitu	Ikitu, iquito, Amacacore, Quiturran	Ikitu	Amazónico	Loreto
17	Iñapari	Inapari, Inamari, kushitireni	Iñapari	Amazónico	Madre de Dios
18	Isconahua	Isconawa, iskobakebo	Iskonawa	Amazónico	Ucayali
19	Jaqaru	Aimara tupino, aimara central, Aru	Jaqaru	Andino	Lima
20	Jíbaro	Jibaro del río Corrientes, Shiwiar, Siwaro	Achuar	Amazónico	Loreto
21	Kakataibo	Uni, unibo	Kakataibo	Amazónico	Huánuco,
22	Kakinte	Poyenisati	Kakinte	Amazónico	Cusco, Junín
23	Kandozi	Candoshi, Chapra, Chapara, Murato	Kandozi-Chapra	Amazónico	Loreto
24	Kichwa	Quichua, Inga, Lamas, Santarrosinos	Quechua	Amazónico	Loreto, Madre de Dios, San Martín
25	Kukama Kukamiria	Cocama cocamilla, Xibitaona	Kukama kukamiria	Amazónico	Loreto
26	Madija	Culina, Madiha, Kolina	Madija	Amazónico	Ucayali
27	Maijuna	Orejón, Maijiki	Maijiki	Amazónico	Loreto
28	Marinahua	Onocoin, Yora	Sharanahua	Amazónico	Ucayali
29	Mashco Piro	Mashco, Piro Mashco	Yine	Amazónico	Madre de Dios, Ucayali
30	Mastanahua	Matsanahua, Yora	Sharanahua	Amazónico	Ucayali
31	Matsés	Mayoruna	Matsés	Amazónico	Loreto
32	Matsigenka	Machiguenga, Matsiguenga, Machiganga, Matsiganga	Matsigenka	Amazónico	Cusco, Madre de Dios, Ucayali
33	Muniche	Munichi	Muniche	Amazónico	Loreto
34	Murui-muinani	Huitoto	Murui-muinani	Amazónico	Loreto
35	Nahua	Yora	Nahua	Amazónico	Ucayali
36	Nanti	Matsigenka	Nanti	Amazónico	Cusco
37	Nomatsigenga	Nomachiguenga, Atiri	Nomatsigenga	Amazónico	Junín
38	Ocaina	Dukaiya, Dyo'xaiya	Ocaina	Amazónico	Loreto
39	Omagua	Omagua yeté, ariana, pariana, umawa	Omagua	Amazónico	Loreto
40	Quechuas	Los pueblos quechuas no tienen otras	Quechua	Andino	Áncash, Apurímac, Arequipa,



## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

		denominaciones, más si un conjunto de identidades, entre las que se encuentran: Chopccas, Huancas, Chankas, Huaylas, q'eros, Cañaris, Kana			Ayacucho, Cajamarca, Cusco, Huancavelica, Huánuco, Junín, Lambayeque, Lima, Moquegua, Pasco, Puno
41	Resigaró	Resigero	Resigaró	Amazónico	Loreto
42	Secoya	Aido pai	Secoya	Amazónico	Loreto
43	Sharanahua	Oicoín, Yora	Sharanahua	Amazónico	Ucayali
44	Shawi	Chayawita, Campo-piyapi, Tshahui	Shawi	Amazónico	Loreto, San Martín
45	Shipibo-konibo	Shipibo, Joni, Chioeo-conivo	Shipibo-konibo	Amazónico	Huánuco, Loreto, Madre de Dios, Ucayali
46	Shiwilu	Jebero, Xebero, Shiwila	Shiwilu	Amazónico	Loreto
47	Tikuna	Ticuna, Duuxugu	Ticuna	Amazónico	Loreto
48	Urarina	Itucali, kacha edze, Itukale	Urarina	Amazónico	Loreto
49	Uro	Uru	Uro (lengua extinta)	Andino	Puno
50	Vacacoha	Aushiri, a'éwa, awshira, abijira, abishira	Awshira (lengua extinta)	Amazónico	Loreto
51	Wampis	Huambiza, Shuar-Huampis	Wampis	Amazónico	Amazonas, Loreto
52	Yagua	Yihamwo, Nihamwo	Yagua	Amazónico	Loreto
53	Yaminahua	Yuminahua, Jjamimawa, Yora	Yaminahua	Amazónico	Ucayali
54	Yanasha	Amuesha, Amage, Amuexia	Yanasha	Amazónico	Huánuco, Junín, Pasco
55	Yine	Piro, Pira, Simirinche, Chotaquiro	Yine	Amazónico	Cusco, Loreto, Madre de Dios, Ucayali

Fuente: BDPI. Viceministerio de Interculturalidad. Ministerio de Cultura

33. Si bien dicha lista constituye un avance del Gobierno nacional, aunque pueda resultar incompleta, cabe precisar, tal como lo reconoce la Coordinadora Nacional de Derechos Humanos en el Informe sobre cumplimiento de las obligaciones del Estado peruano del Convenio 169 de la OIT, elaborado en octubre de 2018, que "hasta el día de hoy, no existe información oficial, actualizada sobre cuántas son, con exactitud,



## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

las comunidades campesinas y nativas en el Perú"<sup>14</sup>.

34. En dicho informe se refiere también que "no existe información pública sobre la frecuencia y la forma en que se hace la actualización de la BDPI [Base de Datos de los Pueblos Indígenas] por parte del Viceministerio de Interculturalidad", por lo que se carece de certeza del contenido, y además que existen "tres fuentes de registro de comunidades [BDPI, Dirección General de Saneamiento de la Propiedad Agraria y Catastro Rural, y Direcciones Regionales Agrarias] que no cuentan con una fluida coordinación, generando información deficiente"<sup>15</sup>.

35. Asimismo, en este informe se sostiene que "de acuerdo con la información estatal, dentro de la BDPI existen aproximadamente más de 3000 comunidades campesinas y nativas; pero si revisamos otras fuentes como la del Instituto de Bien Común (IBC) y del Centro Peruano de Estudios Sociales (CEPES), encontramos que los datos oficiales no coinciden, y que hay comunidades que no figuran en la BDPI (aproximadamente 3500)". lo que supone "excluir a las comunidades de sus derechos comunes, como el derecho de consulta previa, pues pese a que la propia Resolución Ministerial 202-2012-MC que regula la BDPI, indica que esta no tiene carácter constitutivo de derechos y es referencial", "en la práctica, se trata de la primera fuente de verificación pública para ser identificado y reconocido o no como pueblo indígena"<sup>16</sup>.

36. Finalmente, conviene mencionar que en un estudio sobre la consulta previa en el Perú se sostiene que "el VI [Viceministerio de Interculturalidad] y su pequeña oficina de la DCP [Dirección de Consulta Previa] siguen siendo relativamente débiles frente a poderosas contrapartes tales como los ministerios de Economía y Finanzas, y de Energía y Minas"<sup>17</sup>, y que dicho Viceministerio tiene una "limitada capacidad de negociación"<sup>18</sup>. También se refiere que "los críticos al proceso, asociados a organizaciones indígenas y a ONG de derechos humanos, han abogado por la creación de un ministerio separado

<sup>14</sup> GRUPO DE TRABAJO SOBRE PUEBLOS INDÍGENAS DE LA COORDINADORA NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS. *Informe Alternativo 2018, Cumplimiento de las obligaciones del Estado peruano del Convenio 169 de la OIT*. Lima, octubre de 2019, p. 7.

<sup>15</sup> *Ibid.*

<sup>16</sup> *Ibid.* pp. 7-8.

<sup>17</sup> SANBORN, Cynthia, HURTADO, Verónica y RAMÍREZ, Tania. *La Consulta Previa en el Perú. Avances y retos*. Documento de Investigación 6, Lima, Universidad del Pacífico, 2016, p.52.

<sup>18</sup> *Ibid.*



## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

dedicado a asuntos indígenas, dado que el Ministerio de Cultura destina la mayor parte de sus recursos a otros temas" y se evidencia "la ausencia casi total de profesionales y personal de origen indígena dentro de este organismo".<sup>19</sup>

37. En suma, es evidente la falta de reconocimiento formal de todas las comunidades o localidades en las que habitan los pueblos indígenas u originarios en el Perú, como también lo es la responsabilidad funcional del Estado peruano y en especial el Poder Ejecutivo en la vulneración sistemática y generalizada de los derechos de tales pueblos y de sus integrantes, en tanto se mantenga la referida falta de reconocimiento. Con tal actuación deficiente en algunos casos o falta de actuación en otros, se acredita que el Poder Ejecutivo vulnera el Convenio 169 de la OIT, así como los artículos 2.19, 89, 149, 191, entre otros, de la Constitución.

### **III. La nula actividad del Poder Ejecutivo generadora de un estado de cosas inconstitucional en cuanto a la falta de un reconocimiento efectivo de las localidades y comunidades en las que habitan los pueblos indígenas u originarios**

38. Corresponde ahora evaluar la posibilidad de declarar un estado de cosas inconstitucional respecto de la falta de un reconocimiento efectivo de los pueblos indígenas u originarios. Dicha técnica busca extender los alcances de un específico supuesto a todos aquellos casos en los que de la realización de un acto u omisión se haya derivado o generado una violación generalizada de derechos fundamentales de distintas personas.

39. Con lo expuesto en los párrafos anteriores del presente voto, se ha identificado una actuación pasiva, ineficaz y de injustificada concentración de competencias del Poder Ejecutivo que deviene en una falta de formalización del reconocimiento e identificación de las localidades (caserío, centro poblado, anexos, ampliaciones, comunidad campesina, comunidad nativa, entre otros) en las que habitan los pueblos indígenas u originarios en el Perú.

40. Si bien se aprecian algunos avances en la labor del Viceministerio de Interculturalidad en cuanto al reconocimiento de las mencionadas localidades y comunidades, este trabajo es aún demasiado insuficiente y

---

<sup>19</sup> *Ibid.* pp. 52-53.



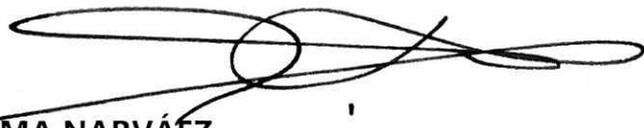
## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

además se ha convertido en una especie de "cuello de botella" que obstaculiza y hace casi imposible el reconocimiento formal de tales localidades y comunidades.

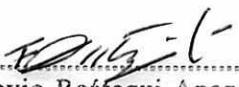
41. Hoy, existe el Decreto Legislativo 1360, publicado el 22 de julio de 2018, que "precisa" las funciones exclusivas del Ministerio de Cultura en materia de identificación y reconocimiento de pueblos indígenas u originarios. Si consideramos que existen más de 6000 localidades pertenecientes a pueblos indígenas y que al día de hoy el Poder Ejecutivo no ha reconocido a ninguna localidad como pueblo indígena u originario con base en el Decreto Legislativo 1360, entonces es seguro, al paso que vamos, que pasarán decenas de años para lograr tal reconocimiento formal. Ello definitivamente debilitará el ejercicio de los derechos fundamentales de los pueblos indígenas, en especial el derecho a la consulta previa.
42. Por tanto, estimo que corresponde declarar un estado de cosas inconstitucional en cuanto a la falta de un reconocimiento efectivo del Poder Ejecutivo respecto de las localidades y comunidades en las que habitan los pueblos indígenas u originarios. Consiguientemente, se debe ordenar a dicho poder del Estado que adopte las medidas necesarias para corregir tal estado de cosas en el plazo de 3 años, entendiéndose que un primer nivel de reconocimiento lo constituyen los Gobiernos Regionales y que el reconocimiento final lo realiza el Ministerio de Cultura. De no hacerlo en dicho plazo, se podrían adoptar las medidas que se estime necesarias para tal efecto en la etapa de supervisión de cumplimiento de sentencias del Tribunal Constitucional.

Por todo lo expuesto, considero que se debe declarar **INFUNDADA** la demanda interpuesta por el Poder Ejecutivo contra la Ordenanza Regional 010-2016-GR.CAJ-CR y que esta deba interpretarse en el sentido de que el "reconocimiento" y "determinación" que se pretende constituye un primer nivel de reconocimiento, quedando habilitado el Ministerio de Cultura para actuar como órgano final que define tales competencias.

S.

  
**LEIDESMA NARVÁEZ**

*Lo que certifico:*

  
Flavio Reátegui Apaza  
Secretario Relator  
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL