

LA CONSULTA PREVIA PARA REPENSAR LA TEORÍA CONSTITUCIONAL EN EL PERÚ*

PREVIOUS CONSULTATION TO RETHINK THE CONSTITUTIONAL THEORY IN PERU

Gorki Gonzales Mantilla**

Pontificia Universidad Católica del Perú

It's not possible to forget the indigenous and native communities as a key element in the Peruvian constitutional structure. Previous consultation is a reflection of this. However, this has not always been so. For a long time, the economic and cultural hegemonies that influenced the constitutional conceptions put aside the fundamental diversity and dialogue.

In this article, the author alludes to Low-intensity Constitutionalism which marked distance between political events and social conflict. For the author, the emergence of prior consultation is a sign of historical grievance and that in this context, a constitutional theory that does not put aside cultural diversity is necessary, since political representation is legitimized when the State ensures the rights of all citizens.

KEY WORDS: *Andean communities; prior consultation; diversity; Constitutionalism; political representation.*

No es posible olvidar a las comunidades andinas u originarias en la estructura constitucional peruana. La consulta previa es reflejo de ello. Sin embargo, esto no siempre ha sido así. Durante mucho tiempo, las hegemonías económicas y culturales que influyeron en las concepciones constitucionales dejaron de lado la diversidad y el diálogo fundamental.

En el presente artículo, el autor hace alusión al Constitucionalismo de Baja Intensidad, que marcó distancia entre los acontecimientos políticos y el conflicto social. Para el autor, la aparición de la consulta previa es un signo de reivindicación histórica y que, en dicho contexto, es necesaria una teoría constitucional que no deje de lado la diversidad cultural, puesto que la representación política se legitima cuando el Estado vela por los derechos de todos los ciudadanos.

PALABRAS CLAVE: *Comunidades andinas; consulta previa; diversidad; Constitucionalismo; representación política.*

* Publicado originalmente en: ROMBOLI, Roberto y Marcelo LABANCA (Editores). "Giustizia Costituzionale e Tutela Giurisdizionale dei Diritti Fondamentali". Belo Horizonte: Arraes Editores. 2014. Agradecemos al autor por autorizar su reproducción en THÉMIS-Revista de Derecho.

** Abogado. Magister por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Doctor en Derecho por la Universidad de Pisa, Italia. Profesor de la Facultad de Derecho de la PUCP. Ex Editor General de la Revista Derecho PUCP. Ex Director de la Maestría en Derecho con mención en Política Jurisdiccional de la PUCP. Ex Superintendente Nacional de Fiscalización Laboral. Contacto: gorki.gonzales@pucp.pe

I. PRESENTACIÓN

La protección de las comunidades andinas u originarias, casi siempre invisibles en el imaginario republicano, se proyecta hoy como una pieza imprescindible del andamiaje constitucional. La consulta previa es un reflejo de esta realidad que sirve como instrumento para garantizar los derechos en los contextos de diversidad cultural, pero al mismo tiempo implica una postura que cuestiona las bases teóricas sobre las cuales se construye la democracia constitucional.

El problema se identifica en el proceso por el que ha transitado el capitalismo en las últimas décadas. Esta historia demuestra que los esquemas de cooperación económica del hemisferio norte hacia nuestros países han contado con un ambiente favorable para la inversión y explotación de los recursos naturales pero, en contrapartida, han propiciado condiciones adversas a la vigencia del orden democrático y los derechos humanos¹.

Las hegemonías económicas y culturales, así creadas, soslayaron los valores de la diversidad; no pocas veces los avasallaron y extinguieron sus bases materiales. Sin inclinación hacia el diálogo con los diferentes, se impusieron **dinámicas de desarrollo** que hoy son la causa del agotamiento de las fuentes para la sobrevivencia de la humanidad. La consulta previa es quizás el reverso de este enfoque, pues busca promover el diálogo intercultural

para legitimar los derechos y la política. Así se explica el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo [en adelante, OIT] como antecedente de nuestra Ley 29785¹.

II. EL CONSTITUCIONALISMO DE BAJA INTENSIDAD Y LA CONSULTA PREVIA COMO TELÓN DE FONDO

Un constitucionalismo de baja intensidad estuvo siempre en la base de aquellas hegemonías. Este enfoque del Derecho Constitucional marcó distancia de los acontecimientos políticos y del conflicto social que forma parte de la propia dinámica cultural de la Constitución. Sus principios, anclados en un discurso liberal parcial y, por ello, débil, perdieron contacto con la historia y se hicieron vacíos: (i) La separación de poderes; (ii) la supremacía de la ley; o (iii) la soberanía popular, eran luces tenues en medio de una bruma cada vez más densa.

Las grandes coyunturas definidas en torno a la asamblea constituyente de 1979 y el Congreso Constituyente Democrático de 1993, fueron sucesos políticos cuya densidad cultural no tuvo un significado semejante en la teoría constitucional². Salvo excepciones muy precisas³, esta fue ganada por un espíritu normativista, reforzado por una estructura dogmática de nociones y conceptos. Se dejaba atrás, o fuera del debate, las preguntas sobre cómo integrar y pensar el Derecho Constitucional desde la realidad compleja y diversa.

¹ CHOMSKY, Noam y Edward HERMAN. "The Political Economy of Human Rights". Boston: South End Press. Citado por: DE SOUSA SANTOS, Boaventura. "La globalización del Derecho. Los nuevos caminos de la regulación y la emancipación". Bogotá: Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Nacional de Colombia e Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos. 1998. p. 191.

¹ Nota del editor: Ley del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios, reconocido en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), publicada el 7 de setiembre de 2011 en el Diario Oficial "El Peruano".

² Al respecto, se pueden citar las palabras del profesor Domingo García Belaunde, en una reciente entrevista, donde afirma que: "[...] en el Perú no tenemos tradición de literatura constitucional". En: "Domingo García Belaunde. Pionero y padre del Derecho Constitucional peruano". Entrevista en: Revista La Ley. Número cero. 2014. p. 33.

³ El libro "Perú: Constitución y Sociedad Política", de los profesores Enrique Bernal y Marcial Rubio, estudia la Constitución de 1979 en forma orgánica y grafica esta excepción a la dogmática tradicional en forma clara. Desde los lineamientos teórico-metodológicos anticipados por los autores, se advierte que "[...] la Constitución tiene como sello particular el ser mandato jurídico formal e imperativo, y por tanto inherente a las funciones tuitivas y coactivas del Estado. Pero al mismo tiempo y revestida por lo jurídico, la Constitución tiene una naturaleza política y en su contenido se expresan grados y niveles de articulación política entre las clases y sectores sociales. Más allá de los acuerdos, concesiones y consensos que en cada constituyente permiten la dación de la Constitución, ésta se orienta en función de intereses políticamente dominantes, cuidando de presentarlos como intereses generales de la sociedad en su conjunto". Por esa razón, agregan Bernal y Rubio, el estudio propuesto "[...] supera los análisis juristicistas y exegéticos tan comunes en nuestro medio, para asumir una perspectiva que incorpora los aspectos históricos, políticos y jurídicos que son los que permiten comprender las bases materiales sobre las que se funda la Constitución". En: BERNAL BALLESTEROS, Enrique y Marcial RUBIO CORREA. "Perú: Constitución y Sociedad Política". Lima: DESCO y Centro de Estudios y Promoción del Desarrollo. 1981. p. 57.

A. El constitucionalismo de baja intensidad y la organización del poder político

Corresponde a este enfoque la idea de neutralizar el contenido político de los derechos y proponerlos como si fueran una entelequia. A través de un razonamiento adiestrado en la tradición del positivismo jurídico, este enfoque procuraba dar cuenta de los diseños normativos, de los procedimientos y de las clasificaciones, sin cuestionar la ausencia de constitucionalidad en la vida pública o denunciar la debilidad institucional para garantizar los derechos.

Uno de los rasgos más importantes de este enfoque está presente en la definición de la estructura política conforme a la división clásica de los poderes. Se sigue postulando la tripartición de poderes sin reparar en el proceso de evolución cultural al que se deben las instituciones. Se afirma su carácter absoluto, sin reconocer que el poder institucional, en la realidad, se presenta a través de un esquema de competencias específicas que definen la acción de diversos órganos constitucionales más allá de la tripartición misma: (i) El Tribunal Constitucional; (ii) el Consejo Nacional de la Magistratura; (iii) el Jurado Nacional de Elecciones; o (iv) los gobiernos regionales, tienen esta cualidad y son instituciones con **poderes específicos** así ordenados en la Constitución.

En efecto, en el mundo contemporáneo, el Estado se presenta como un orden articulado por competencias básicas⁴ que tiene como origen la Constitución. La división de poderes en este escenario se manifiesta no como tripartición subjetiva de esos poderes, sino como distribución de “competencias” entre los distintos órganos previstos por la Constitución, que operan en un complejo y orgánico equilibrio de concurrencias, colaboraciones recíprocas y control.

Las instituciones públicas, incluyendo los denominados poderes clásicos, son, en rigor, competencias previstas para desarrollar su función en forma específica y especializada: Competencias constitucionales que realizan los valores de la Constitución. Por lo tanto, el poder político radica en la Constitución; ella

es la fuente que otorga unidad a los valores desde la diversidad y complejidad que está en su base social y cultural. La Constitución es la única fuente de poder que otorga legitimidad a las instituciones o poderes públicos y la teoría de la tripartición en su modelo clásico difícilmente explica esta realidad, no sólo porque resulta parcial, pues la constriñe al catálogo de los tres poderes, sino porque, a partir de ello, se impide reconocer la importancia de las relaciones y las consecuencias que esas relaciones producen en el conjunto del sistema político y la vida social.

Al reconocer el poder y su relación con los órganos constitucionales en los términos propuestos, y más allá de la tripartición, se abre la oportunidad de comprender el sentido del *check and balance* como rasgo distintivo del entramado institucional del Estado, para coordinar y actualizar sus funciones. Sólo así es posible pensar en la idea de la supervisión constitucional como cualidad inmanente al ejercicio de una democracia constitucional.

Precisamente, la ausencia de un sistema coherente de control sobre el quehacer de los funcionarios públicos que ejercen cargos de alta jerarquía responde a ese modelo de división de poderes congelado en el tiempo. Un modelo que produce la idea de poderes autónomos y, en esa visión formalista, de instancias desvinculadas entre sí.

Incluso se puede afirmar que el escaso compromiso con los valores democráticos y republicanos, frecuente en la práctica parlamentaria de nuestro país, encuentra parte de su explicación en el escenario de la cultura política de la división de poderes: La idea del Parlamento como un poder autónomo que no le debe explicación a nadie, puede ser el espacio ideal para concretar los intereses individuales más extremos y en donde, por ello, el control ha sido reducido a sus rasgos más formales y televisivos.

La tesis de la división de poderes en los términos señalados se ha convertido también en una barrera para la realización de los valores propios de la democracia: Un archipiélago de poderes inconexos en medio de un ordenamiento; por tal razón, poco apto para enfrentar

⁴ Ver: SILVESTRI, Gaetano. “Giustizia e giudici nel sistema costituzionale”. Turín: Giapichelli Editore. 1997. pp. 20-21.

en forma coordinada las exigencias sociales de la diversidad. Dicha división se ha convertido en un conglomerado institucional refractario a la colaboración recíproca para garantizar los bienes y derechos constitucionales.

La tesis de la división clásica de poderes produce un escenario de conflicto con la comunidad y un esquema de tensiones con los valores constitucionales que ella alberga. Estos van a ser vistos con distancia, no sólo por la ausencia de representación específica de los intereses y derechos de los miembros de la comunidad, sino porque, contradictoriamente, la propia tripartición pretende ejercer una función hegemónica sobre los mismos, dejando en un papel secundario a los otros órganos constitucionales. Visto así el escenario, los intereses de la comunidad no se realizan por el Estado como conjunto y los poderes clásicos tampoco están en disposición de representarlos.

La teoría de la tripartición, conforme a lo señalado, sólo parece justificarse desde una teoría elitista –elitismo epistémico⁵–, que desdeña la importancia de los cambios en la estructura de las instituciones públicas y la necesaria presencia ciudadana en el proceso político. Para esta teoría constitucional, los procesos sociales, tanto como los valores culturales que ellos arrastran consigo, no son materias que la reflexión constitucional deba incorporar como suyas, salvo que sea desde arriba hacia abajo y en forma unilateral. Este enfoque se proyecta como instrumento normativo para regular en forma ciega la realidad social plural y diversa y, por ello, se muestra incapaz de reconocerla. Ese es el caso de la consulta previa y su falta de comprensión desde la teoría constitucional.

B. El constitucionalismo de baja intensidad y los derechos fundamentales

El constitucionalismo de **baja intensidad** también afirma que los derechos y principios son la parte dogmática de la Constitución. El significado de este punto de vista ha sido presentado como el fundamento de la Constitución misma; sin embargo, su reflejo inmediato se ha mostrado formal, pues los derechos que son el núcleo de la dogmática no dejan de

comportarse, en este enfoque, como categorías conceptuales: Derechos en el papel y en su acción subordinados a las técnicas procesales o al poder de la administración pública. La parte dogmática aparece entonces como un catálogo de definiciones, inmovible y resistente a las exigencias de la vida social.

Este sentido de la dogmática parece entender que los derechos fundamentales se presentan como **inherentes o immanentes**, desvirtuando con ello su carácter cultural e histórico. Una dogmática que busca naturalizar los derechos y produce una justificación donde predominan las definiciones categóricas, en medio de un ordenamiento constitucional estático. Gracias a esta estructura, la teoría de los derechos fundamentales que emerge de este modelo se sirve de cánones interpretativos discutibles, tanto por su afinidad con el formalismo jurídico, como por su carácter arbitrario. Esto ocurre cuando se valora la interpretación literal de la Constitución o cuando se afirma una perspectiva normativista como criterio para determinar la lógica del entramado constitucional, siempre a partir de los textos, solo que esta vez a partir del contraste entre ellos, es decir, a través del denominado método sistemático. En ambos casos, los valores de la Constitución corren el riesgo de esfumarse del debate constitucional.

El carácter arbitrario en el que se han movido los cánones interpretativos de la Constitución se hace muy visible a propósito del denominado **contenido esencial** de los derechos como postura desarrollada desde la Ley Fundamental de Bonn de 1949, también presente décadas más tarde en la Constitución Española de 1978. En este escenario cultural el contenido esencial surge como garantía institucional contra la arbitrariedad en el caso concreto.

Sin embargo, el Tribunal Constitucional peruano y la teoría desarrollada por un sector importante del constitucionalismo en nuestro medio asumió en forma acrítica esta perspectiva. En ella, la idea de lo **esencial** podía dar cabida a cualquier cosa al entremezclarse con referencias ilusorias, naturales e inmutables. Hasta la defensa del carácter natural de las instituciones jurídicas que, en todo caso, son

⁵ Al respecto, véase éste interesante artículo: ARRIMADA, Lucas. “La democracia como precondition del constitucionalismo: Prácticas democráticas y reforma constitucional”. En: GARGARELLA, Roberto (Editor). “La Constitución en 2020. 48 propuestas para una sociedad igualitaria”. Buenos Aires: Siglo veintiuno editores. 2011. p. 233.

producto de la cultura, como el matrimonio o el modelo de familia, ha buscado respaldo en este enfoque de los derechos⁶.

Esta idea traía como contrapartida el reconocimiento de un contenido no esencial y con ello se producía una fractura que jerarquizaba en términos axiológicos el contenido de los derechos y la propia estructura de la Constitución. En buena cuenta, el contenido esencial determinaba la existencia de lo exigible jurídicamente, pero también de aquello no esencial que se mantendría en una zona de sombra jurídica.

Así, de ser una garantía para prohibir la arbitrariedad sobre los derechos fundamentales, como fue su origen en Alemania, entre nosotros el contenido esencial se convirtió en un terreno fértil para la arbitrariedad misma, sobre todo porque lo esencial también podía ser invocado como realidad *ex ante* a voluntad del intérprete.

La adhesión a la teoría de lo esencial, finalmente, propiciaba un contraste definido en el contexto de la diversidad cultural, representaba una perspectiva ciertamente unidimensional y, por ello, contraria a la pluralidad de valores que conforman la realidad compleja a la que se debe la Constitución.

Este enfoque terminó por relacionar la idea del contenido esencial con el denominado **contenido constitucionalmente protegido**, al punto de casi disolverla en él. Sin embargo, es bueno recordar que esta última noción, introducida por el Código Procesal Constitucional, indica

el ámbito del derecho que se busca garantizar en el haz de posiciones normativas y amparadas por el derecho constitucional **como un todo**: En otras palabras, la posición iusfundamental protegida, como ha sido llamada por Robert Alexy⁷, que se busca defender y que opera como condición de procedibilidad en la demanda de amparo de un derecho constitucional. Esta idea nada tiene que ver con el contenido esencial.

Con este último episodio, se ratifica la distancia que la reflexión teórica producía sobre las demandas sociales en materia de derechos. Sin referencia analítica ni sentido de realidad, aquella dogmática situaría en un nivel discreto y marginal la posición de los derechos sociales. Esa debilidad está en la base de los conflictos sociales y, es por ella, que las tensiones no fueron encaminadas respetando los derechos, sino más bien cediendo a los poderes fácticos y al mercado.

III. LA REPRESENTACIÓN POLÍTICA Y LA CONSULTA PREVIA

El orden político y cultural gestado desde los inicios de la república corresponde al paradigma del Estado-Nación. Se trata de una forma de institucionalidad que enfatiza la existencia de una única **comunidad cultural** legitimada por el Estado y es en torno a ella que se predica la idea de nación. En esta perspectiva, el valor atribuido a la diversidad como factor presente en las instituciones se mantiene ausente, pero si en algún caso llegara a asomar, será excluido⁸. Después de todo, la visión mono-cultural

⁶ Sin embargo, como ha dicho Ackerman: “Los derechos no son una clase de cosas que crecen en los árboles, susceptibles de ser recogidos, cuando estén maduros, por una mano invisible”. Los derechos tienen un carácter cultural y, por ello, “el único contexto en el cual una reclamación basada en derechos tiene sentido es cuando una persona anticipa la posibilidad de conversación con algún competidor potencial”. Ver: ACKERMAN, Bruce. “La justicia social en el Estado Liberal”. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. 1983. p. 38.

⁷ El profesor Robert Alexy ha dicho al respecto: “quien habla de un derecho fundamental, por ejemplo, a la vida o a la libertad de opinión, se refiere por lo general, no sólo a posiciones individuales sino al derecho fundamental como un todo”. Y este implica “[...] un haz de posiciones individuales iusfundamentales. Queda abierta la cuestión de saber qué es lo que reúne las distintas posiciones individuales iusfundamentales en un derecho fundamental. [...] la respuesta más simple reza: [S]u adscripción a una disposición de derecho fundamental. A las posiciones jurídicas corresponden siempre normas que las confieren”. En términos más concretos, Alexy, precisa que “[...] el titular de un derecho fundamental deberá tener un derecho a las acciones del Estado que son indispensables para la protección de su ámbito de libertad asegurado por disposiciones iusfundamentales, es decir, son necesarias. Mejor no puede expresarse que se trata aquí de la protección subjetiva positiva de una libertad”. En: ALEXY, Robert. “Teoría de los derechos fundamentales”. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. 2002. pp. 241-242.

⁸ Como recuerda Brooke Larson, las reformas legales que formalmente atribuyen derechos a los indígenas, sobre todo a partir de la promulgación del Código Civil de 1852, con la declaración de la igualdad ante la ley y la supresión del tributo indígena por decisión del presidente Ramón Castilla en 1854, sin embargo, les quitará su derecho tradicional a una existencia colectiva, esto es, a la comunidad. Con el tiempo, el nuevo estatus del indio tampoco sería concretado y, con ello, se acentuaría la brecha de desigualdad y exclusión bajo el auspicio del Estado-Nación. Ver: LARSON, Brooke. “Indígenas, Élités y Estado en las formas de las Repúblicas Andinas 1850-1910”. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú e Instituto de Estudios Peruanos. 2002. p. 105.

del Estado convertiría en legítimas las prácticas de dominación étnica desde la hegemonía del propio nacionalismo⁹. A todas luces, este orden político sería poco apto para representar a la sociedad existente, así como para realizar los valores de todos sus miembros.

La institucionalidad de los partidos políticos a lo largo de casi toda la historia de la república muestra esta marca en sus estructuras ideológicas y en sus programas políticos. Estas organizaciones no han sabido incorporar en su quehacer los valores que provienen de la diversidad cultural como una dimensión importante de sus objetivos y su práctica. Las escasas iniciativas en esta línea, visibles en los partidos de lineamientos socialistas y socialdemócratas, nunca lograron madurar como referentes políticos significativos.

A este mismo escenario corresponde la esquiva presencia que el factor de la diversidad cultural ha tenido en el debate constitucional. Ha primado el desconocimiento y la indiferencia para evitar reconocer en este punto un problema que incide seriamente en la representatividad democrática. No cabe duda que en ello ha influido la comprensión dogmática del principio de soberanía, entendido como capacidad de ejercer el poder político en función de las propias coordenadas del Estado-Nación y como resultado de ello se ha producido la negativa a que éste asuma obligaciones respecto de los derechos de las comunidades. Sin reglas que organicen y protejan el debate en el que participen todas las voces, la soberanía carece de significado en términos democráticos, pues sin derecho a participar y a impugnar para disentar, parece ilusorio que se pueda ejercer el poder político con legitimidad en una democracia constitucional¹⁰.

Por todo lo dicho, la aparición de la consulta previa presenta el signo de una reivindicación histórica para reconfigurar las viejas articula-

ciones del entramado estatal. En este contexto se exige una teoría constitucional dispuesta a valorar la diversidad cultural ya no como un residuo pre-moderno que amenaza la estabilidad del orden político, sino más bien como un factor central de la legitimidad sobre la que se construye la soberanía y la democracia política.

En consecuencia, la diversidad y su reconocimiento se proyectan como el efecto de una tensión política y cultural que se exterioriza, para dotar de un nuevo significado a la Constitución. Está presente en él la premisa que hace posible reconocer la realidad compleja y plural y, en esa medida también, la posibilidad de reconfigurar los principios que le dan sentido para comprender la diversidad como parte de su contenido mismo.

Es aquí donde la consulta previa puede tomar distancia, con su carga crítica —quizás implícita—, de la práctica y la teoría constitucional tradicional. En este punto surge un paréntesis donde la lectura de los principios liberales en su acepción clásica debe acudir a nuevos referentes: Los que se expresan en la supremacía de la Constitución como máxima forma de garantía de los derechos y de las libertades, pero también como directriz fundamental¹¹ que representa en forma activa la pluralidad de valores del cuerpo social.

En esta tarea propia del Derecho Constitucional y de la gestión política vinculada a éste, la teoría emergente debe ser capaz de propugnar la coexistencia fluida de la pluralidad sin que los valores individuales —también comunales— desaparezcan¹²: Una construcción dialógica¹³, gracias a la consulta previa, que debe impregnar el tejido social como base de una teoría de la representación política. Este es el contenido sólido que una teoría constitucional debería defender contra las viejas posturas del constitucionalismo tradicional¹⁴.

⁹ DE SOUSA SANTOS, Boaventura. Óp. cit. p. 156.

¹⁰ Ver: HOLMES, Stephen. "El precompromiso y la paradoja de la democracia". En: ELSTER, Jon y Rune SLAGSTAD (Editores). "Constitucionalismo y democracia". Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica. 2001. p. 217.

¹¹ FIORAVANTI, Maurizio. "Appunti di storia delle costituzione moderne. Le libertà fondamentali". Turín: G. Giappichelli Editore. 1995. p. 174.

¹² ZAGREBELSKY, Gustavo. "Il diritto mite". Turín: Einaudi editore. 1992. p. 17.

¹³ DE SOUSA SANTOS, Boaventura. Óp. cit. p. 213. Advierte el profesor De Sousa que una estrategia dialógica permite reconstruir interculturalmente el sentido de los derechos humanos y convertirlo en uno de los factores más poderosos para la crítica y la deconstrucción del Derecho y la política modernos, generando energías emancipadoras para enfrentar los retos de los tiempos futuros; entre ellos, ciertamente, la crítica y desvinculación del binomio Derecho-Estado y la reunión de la pareja Derecho-comunidad política.

¹⁴ ZAGREBELSKY, Gustavo. Óp. cit. p. 17.

Esta perspectiva constitucional no supone el reconocimiento de soberanías que relativizan el Estado, creando compartimientos extraños a la totalidad constitucional. La legitimidad democrática –ciertamente contra-mayoritaria– de la consulta previa, radica en la posibilidad de que sirva como medio para que los valores morales de la diversidad inspiren el diseño y la estructura de todo el conjunto de instituciones públicas. La teoría constitucional, en consecuencia, debe privilegiar el hecho en cuya virtud el poder político del Estado se revista de la pluralidad de valores como dato fundamental de la soberanía.

Es cierto que el reconocimiento de la diversidad implica el reconocimiento de la desigual posición ocupada por los actores involucrados en ella. Sin embargo, el procedimiento de deliberación que la consulta previa supone debería contribuir a repensar ese tipo de estructura para situar a las comunidades y a sus miembros en pie de igualdad. Las asimetrías estructurales e históricas que definen las relaciones de poder entre las comunidades y los poderes económicos no pueden pasar desapercibidas en este propósito¹⁵. En consecuencia, la participación en sí misma no es suficiente; es necesario que las instituciones creadas para garantizar el procedimiento de la consulta sean idóneas para que puedan proveer justicia en las consecuencias a las que se arribe.

Un resultado en justicia implica que la consulta previa sirva como herramienta para realizar los valores constitucionales presentes en las prácticas de las comunidades y se enriquezca a partir de ellas. Este modo de entender

la consulta previa puede hacer sostenible la relación entre: (i) Los derechos de las comunidades; (ii) los agentes económicos; y (iii) el Estado, en el ámbito de los valores de la democracia constitucional. En otras palabras, la representación política se legitima cuando el Estado tiene como prioridad garantizar los derechos de los ciudadanos y las comunidades y, en función de ello, fija las políticas públicas de desarrollo. Es en este contexto que la consulta previa adquiere un valor instrumental.

Al contrario, la representación política se verá disminuida cuando los proyectos de inversión para la explotación económica de los recursos naturales se realicen a costa de impactar negativamente en los derechos de los ciudadanos y no proteger a sus comunidades. No se debe olvidar que el déficit que estos llevan consigo a lo largo de la historia republicana explica las condiciones de pobreza y desigualdad estructural que definen el presente de la mayor parte de comunidades en nuestro país. La reivindicación de sus derechos es, por ello, una pieza indispensable en la construcción de la representación política, siempre que se pretenda superar aquel déficit.

La fuerza de la consulta previa, por ello, radica en su adscripción a la democracia desde los derechos y su vinculación sustantiva e instrumental con la representación política. La consulta previa es un arma para los que no reducen la Constitución a un papel o –como ha dicho Lawrence Sager¹⁶– para los que no ven en ella un mito que los políticos invocan en forma irreflexiva, sino más bien, para los que creen que lo trascendente de una Constitución es lo que se hace con ella.

¹⁵ Estas asimetrías han sido también el punto de referencia de las relaciones institucionales y en los patrones que rigen el ordenamiento social en el Perú. Forman parte de un proceso político desprovisto de consensos reales, que alberga intereses contrapuestos en las distintas esferas de la vida social y cultural, a través de un marco institucional impuesto en forma arbitraria a las mayorías del país desde los orígenes de la república. Ver: GONZALES MANTILLA, Gorki. "Pluralidad Cultural, Conflicto Armado y Derecho en el Perú (1980-1993)". Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. 2000. p. 25.

¹⁶ SAGER, Lawrence. "Juez y democracia". Madrid: Marcial Pons. 2007. p. 31.