



INFORME AMICUS CURIAE

Expediente: 00036-2013-0-1801-SP-CI-04

Materia: Acción Popular

INTRODUCCIÓN

La Stanford International Human Rights and Conflict Resolution Clinic (la Clínica de la Universidad de Stanford) involucra a los estudiantes en actividades complejas y multidisciplinarias para promover los derechos humanos básicos y la dignidad de las víctimas—tanto individuos como comunidades—en todo el mundo. La Clínica, al prestarle representación directa a las víctimas y trabajar con las comunidades que han sufrido abusos o corren riesgo de sufrirlos, busca formar defensores de derechos humanos y promover la causa de los derechos humanos y la justicia global. La clínica expone a los estudiantes a una variedad de herramientas y estrategias para promover el respeto por los derechos y la dignidad, entre las cuales están la documentación de los hechos, la elaboración y distribución de informes sobre abusos de derechos, el litigio ante las instituciones nacionales e internacionales, las estrategias de empoderamiento de las comunidades y las técnicas de transformación de los conflictos.

Por su parte, el Programa de Justicia Global y Derechos Humanos de la Universidad de Los Andes es un programa dedicado a impulsar acciones jurídicas, estudios, cursos e intervenciones públicas que promueven el derecho internacional de los derechos

humanos. Trabaja en red con universidades, movimientos sociales, ONG, entidades estatales y organismos internacionales de América Latina y otras partes del mundo.

En tercer lugar, el Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad – Dejusticia (Colombia), es un centro de investigaciones aplicadas que incide en la opinión pública, el debate académico y las políticas públicas. Para ello combina actividades de investigación, litigio estratégico, formación y difusión. Este trabajo se realiza en red con organizaciones sociales, centros de investigación y defensores de derechos humanos, tanto en Colombia como en el exterior. Así, Dejusticia [interviene en debates sobre el derecho, las instituciones y las políticas públicas, con base en estudios y acciones que promuevan la inclusión social, la democracia y los derechos humanos en Colombia y América Latina.](#)

En el caso de la clínica jurídica de acciones de interés público de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP), tiene como propósito introducir a los alumnos en la concepción de responsabilidad social profesional a través de acciones de interés público en beneficio de grupos vulnerables que quizás no tendrían otro modo de ser defendidos. El fin pedagógico de la Clínica es brindar habilidades y competencias a los alumnos para enfrentarse a casos diversos, de preferencia de alta incidencia social. No solo es un espacio de formación académica para el ejercicio profesional del derecho, sino que además cumple un rol social de vital importancia al propiciar cambios institucionales a través de las herramientas que el derecho permite.

En ese sentido y tomando en cuenta el amplio debate que se viene dando en el Perú en relación al reconocimiento de los derechos humanos de los pueblos indígenas, nuestras clínicas jurídicas hemos considerado oportuno preparar el presente informe *amicus curiae* y –muy respetuosamente- ponerlo a consideración de la Sala civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, en el presente proceso constitucional de acción popular, que busca que se declare la inconstitucionalidad de la Directiva N° 03-2012/MC, aprobada por la Resolución Ministerial N° 202-2012-MC (“Directiva que

regula el funcionamiento de la Base de Datos Oficial de Pueblos Indígenas u Originarios”), expedida por el Ministerio de Cultura (Expediente N° 00036-2013-0-1801-SP-CI-04).

Mediante el presente informe, queremos contribuir desde la academia a dilucidar en el Perú en particular y en América en general, un aspecto central en el debate sobre los derechos de los pueblos indígenas: qué personas y bajo qué criterios deben ser considerados indígenas por parte de los Estados y, por ende, titulares de determinados derechos como la consulta previa, la identidad cultural, entre otros. Para ello, hemos tomado en cuenta el desarrollo doctrinal y jurisprudencial que ha habido a partir del Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), vigente en el Perú.

Este informe *amicus curiae* consta de dos capítulos. El primero desarrolla la pertenencia del Convenio OIT 169 al bloque de constitucionalidad, que es el parámetro constitucional que debe ser tomado en cuenta para resolver el presente caso. El segundo analiza la incompatibilidad que, en nuestra opinión, existe entre la Directiva impugnada y lo dispuesto en el Convenio OIT 169. Si bien se trata de una presentación conjunta, cada una de las instituciones o clínicas tomó la responsabilidad principal de determinadas secciones, a saber: la clínica jurídica de la PUCP elaboró el primer Capítulo, la Clínica de la Universidad de Stanford elaboró la primera parte del segundo Capítulo y el Programa de Justicia Global y Derechos Humanos de la Universidad de Los Andes y el Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad - Dejusticia elaboraron la segunda parte del segundo Capítulo.

ÍNDICE

Capítulo 1

El Convenio OIT 169 como parte del bloque de constitucionalidad

- 1.1. Antecedentes en relación a la figura del bloque de constitucionalidad
- 1.2. El bloque de constitucionalidad en la doctrina
- 1.3. Contenido del bloque de constitucionalidad
- 1.4. El rango constitucional de los tratados internacionales de derechos humanos y su implementación en el derecho interno
- 1.5. El reconocimiento del rango constitucional del Convenio 169 de la OIT por el Tribunal constitucional peruano
- 1.6. Los jueces tienen obligación de aplicar directamente los TIDH y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos
- 1.7. La Constitución y los TIDH como criterios de validez de las decisiones estatales
- 1.8. El Convenio 169 viene siendo aplicado por tribunales nacionales en América Latina
- 1.9. La aplicación del Convenio 169 en las sentencias de la Corte Constitucional colombiana

Capítulo 2

La permanencia en el territorio y el mantenimiento de la lengua indígena no son requisitos exigidos por el Convenio 169 de la OIT

- 2.1. Los requisitos objetivos del artículo 1° del Convenio 169 de la OIT, de acuerdo a la interpretación dada por la OIT, son continuidad histórica, conexión territorial y mantenimiento total o parcial de instituciones sociales, económicas, culturales y políticas.
 - 2.1.1. Las tierras comunales y la permanencia en el mismo territorio no son requisitos exigido por el Convenio 169 de la OIT

- 2.1.2. Exigir que los pueblos indígenas permanezcan en el territorio para ser definidos como pueblo indígena controvierte el sentido del Convenio 169 y de las normas internacionales de protección de los pueblos indígenas
- 2.1.3. El requisito que los pueblos indígenas deben mantener una lengua indígena para ser considerados como indígenas por la Directiva sobrepasa los requisitos legalmente permitidos bajo el Convenio 169 de la OIT.
- 2.1.4. El requisito obligatorio del mantenimiento de una lengua indígena representa una violación al derecho de la libre determinación bajo la normativa internacional.

- 2.2. La auto-identificación es como pueblos y no como individuos según el Convenio 169 de la OIT
 - 2.2.1. La auto-identificación individual como elemento determinante del criterio subjetivo es contraria a los estándares establecidos por el derecho internacional.
 - 2.2.2. Auto-identificación colectiva en el Convenio 169 de la OIT
 - 2.2.3. Auto-identificación colectiva y autodeterminación en el Sistema Universal de los Derechos Humanos
 - 2.2.4. Auto-identificación colectiva en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

- 2.3. La interpretación restringida del concepto de pueblo indígena u originario es contraria a los estándares establecidos por el derecho internacional

- 2.4. Relación de la Base de Datos Oficial de Pueblos Indígenas u Originarios con otros derechos de los pueblos indígenas

CAPÍTULO 1

El Convenio OIT 169 como parte del bloque de constitucionalidad

El objetivo de esta parte de la intervención es analizar la incorporación del Convenio 169 de la OIT en el ordenamiento jurídico peruano como parte del canon constitucional, a partir de la recepción de la institución del bloque de constitucionalidad por el ordenamiento jurídico nacional.

1.1. Antecedentes en relación a la figura del bloque de constitucionalidad

Un primer antecedente del bloque de constitucionalidad relevante para el caso peruano lo encontramos en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional de España de 1979, la cual precisa:

“Artículo 28. Uno. Para apreciar la conformidad o disconformidad con la Constitución de una Ley, disposición o acto con fuerza de Ley del estado o de las Comunidades Autónomas, el Tribunal considerará, además de los preceptos constitucionales, las Leyes que, dentro del marco constitucional, se hubieran dictado para delimitar las competencias del Estado y las diferentes Comunidades Autónomas o para regular o armonizar el ejercicio de las competencias de estas”.
(Subrayado nuestro)

A nivel del sistema jurídico peruano, la primera norma que recoge la institución del bloque de constitucionalidad es la Ley orgánica de garantías constitucionales (Ley N° 23385 ya derogada), que precisaba en su artículo 21 lo siguiente:

“Artículo 21°.- Para apreciar la constitucionalidad o la inconstitucionalidad de las normas mencionadas en el artículo 19, el Tribunal considera, además de los preceptos constitucionales, las leyes que, dentro del marco constitucional, se

*hayan dictado para determinar la competencia de los órganos del Estado".
(Subrayado nuestro)*

Adviértase dos cosas, primero que las normas mencionadas no se refieren a los derechos humanos, y segundo que la norma peruana, en esencia, repite prácticamente lo establecido en la norma española. Posteriormente, el artículo 22° de la vigente Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (Ley N° 26435), repite -en el fondo- la misma idea: parte del bloque de constitucionalidad son las normas que desarrollan competencias de los órganos del Estado.

"Artículo 22°.- Para apreciar la constitucionalidad o la inconstitucionalidad de las normas mencionadas en el artículo 20, el Tribunal considera, además de los preceptos constitucionales las leyes que dentro del marco constitucional, se hayan dictado para determinar la competencia o las atribuciones de los órganos del Estado".

Finalmente, la norma que actualmente regula la institución del bloque de constitucionalidad es el artículo 79° del Código Procesal Constitucional (Ley N° 28.237). Aunque la norma se encuentra en el Título V titulado "Disposiciones generales de los procesos de acción popular e inconstitucionalidad", su contenido no se agota en estos procesos constitucionales. Lo interesante de esta disposición es que hace un agregado: incorpora a los derechos fundamentales de manera expresa en el canon de control constitucional.

"Artículo 79.- Principios de interpretación. Para apreciar la validez constitucional de las normas el Tribunal Constitucional 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". (Subrayado nuestro)

Sin embargo, el artículo 79 no es la única norma que regula el bloque de constitucionalidad, tenemos también el artículo 109° del Código Procesal Constitucional, que reconoce indirectamente el bloque de constitucionalidad:

“Artículo 109.- Legitimación y representación

El Tribunal Constitucional conoce de los conflictos que se susciten sobre las competencias o atribuciones asignadas directamente por la Constitución o las leyes orgánicas que delimiten los ámbitos propios de los poderes del Estado, los órganos constitucionales, los gobiernos regionales o municipales, y que opongan:

- 1) Al Poder Ejecutivo con uno o más gobiernos regionales o municipales;*
- 2) A dos o más gobiernos regionales, municipales o de ellos entre sí; o*
- 3) A los poderes del Estado entre sí o con cualquiera de los demás órganos constitucionales, o a éstos entre sí.*

Los poderes o entidades estatales en conflicto actuarán en el proceso a través de sus titulares. Tratándose de entidades de composición colegiada, la decisión requerirá contar con la aprobación del respectivo pleno.” (Subrayado nuestro)

Aunque el artículo 79° del Código Procesal Constitucional incorpora los derechos fundamentales en el parámetro de control constitucional, son los artículos V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional y la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política los que incorporan los tratados internacionales de derechos humanos al canon constitucional. En tal sentido, estas dos últimas disposiciones vienen a completar el artículo 79°, en relación con el contenido del bloque de constitucionalidad en el ordenamiento jurídico nacional.

“Artículo V.- Interpretación de los Derechos Constitucionales

El contenido y alcances de los derechos constitucionales protegidos por los procesos regulados en el presente Código deben interpretarse de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos, los tratados sobre derechos humanos, así como de las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales

sobre derechos humanos constituidos según tratados de los que el Perú es parte".
(Subrayado nuestro)

Y finalmente tenemos, la propia Constitución Política,

"Cuarta Disposición Final y Transitoria. Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú". (Subrayado nuestro)

Si bien la Cuarta Disposición de la Constitución Política, incorpora los tratados internacionales sobre derechos humanos, el artículo V del Título Preliminar es el que precisa que la jurisprudencia de los tribunales internacionales de derechos humanos también hace parte del canon constitucional.

1.2. El bloque de constitucionalidad en la doctrina

El bloque de constitucionalidad ha sido objeto de especial reflexión en la experiencia comparada, fundamentalmente en España y Colombia. Si buscamos los orígenes encontraremos que el concepto de *bloque de la constitucionalidad* en realidad se traslada a la doctrina española desde la francesa. Los constitucionalistas franceses contemporáneos Löic Philip y Louis Favoreu, acuñaron el término adaptando el concepto administrativo de "bloque de legalidad"¹. Este concepto de *bloc de constitutionnalité*

(...) "trata de englobar en una categoría única todas las normas, principios y reglas de valor constitucional que el Conseil [Francés] utiliza en el momento de realizar un control preventivo sobre la validez o ajuste constitucional de las leyes

¹ Itziar Gómez Fernández, Redefinir el bloque de la constitucionalidad 25 años después, Revista Estudios de Deusto, N°54/1 (ene-jun. 2006), pág. 65.

orgánicas, las leyes ordinarias y los reglamentos parlamentarios"². Para Gómez Fernández, el concepto de *bloque de constitucionalidad* se ha utilizado en la doctrina y la jurisprudencia española, del mismo modo que en la doctrina gala, *"para denominar de forma conjunta a las normas que actúan como parámetro de constitucionalidad y que son utilizadas por el juez constitucional en su labor de control de ajuste entre las disposiciones infraconstitucionales y el texto de la Constitución"*³.

Para Edgar Carpio, autor peruano, el contenido del bloque de constitucionalidad para el caso francés, ha sido objeto de importantes matices debido a la ampliación incesante por obra del Consejo Constitucional. En el caso francés, siguiendo a Carpio, este bloque está compuesto por: la Declaración de 1789, el Preámbulo de la Constitución de 1946, los principios fundamentales reconocidos en las leyes de la República (constitucionalizados, según se dijo, por el Preámbulo de la Carta de 1946), e, incluso los principios con valor constitucional. En realidad

*"(...) el concepto de bloque de constitucionalidad comprende a un conjunto de normas, lo "suficientemente armonioso y coherente", en la medida que "la verdadera Constitución francesa se presenta (...) como portadora de una doble declaración de derechos (...), repartidos entre la Declaración de 1789, el Preámbulo de 1946 y la Constitución de 1958, complementados por los principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República: "un conjunto compacto, granítico, indisoluble, entre la Constitución y los tres cuerpos normativos indicados que juntos debían ser considerados como si todos ellos fueran una sola Constitución"*⁴.

² *Ibidem*. No obstante, precisa Gómez Fernández, no se encuentran caracteres o definiciones del bloque o de las normas que lo integran, más que en la decisión núm. 98-403 DC de 29 de julio de 1998, donde se dice que las leyes integrantes del bloque tienen el mismo valor que la propia Constitución. *Ibidem*, pág. 66.

³ *Ibidem*, pág. 69.

⁴ *Ibidem*, pág. 65.

Como señala Gómez Fernández, la norma que establece los criterios de validez del resto de las disposiciones y actos jurídicos es la Constitución en sentido formal, añadiendo que el ordenamiento español va más allá, *“extendiendo las normas susceptibles de contener criterios de validez fuera de los límites del texto constitucional de 1978 y, por tanto, ampliando el contenido del concepto de parámetro de control de constitucionalidad y permitiendo desdoblar, de nuevo y desde una consideración puramente teórica, el concepto en dos: por un lado el parámetro directo de control, y por otro el parámetro indirecto de control”*⁵.

Ciertamente, detrás del concepto de bloque de constitucionalidad, existe el reconocimiento tácito del principio constitucional de supremacía normativa de la Constitución⁶. En ese mismo sentido precisa Gómez Fernández en relación con el caso español, que

“la idea amplia de parámetro de referencia, que sobrepasa los dictados literales del texto constitucional superándolos, esconde una idea amplia de supremacía constitucional. Sólo si se entiende que las normas que componen el bloque acatan esa supremacía, es decir, respetan unos principios constitucionales básicos de los que cabe predicar esa supremacía y que conforman el núcleo material básico de la Constitución, podrán a su vez ser utilizados como referente. Estas normas formalmente no constitucionales, que vienen a completar dictados de la carta

⁵ Gómez Fernández, op. Cit., pág. 69 y 70.

⁶ *“Como una lógica consecuencia, podemos decir que las fuentes que forman parte del bloque de constitucionalidad también gozan de jerarquía constitucional formando así un conjunto normativo de igual rango. Las normas que integran el bloque son verdaderas fuentes de derecho, ya que, dado que su contenido opera como un conjunto de disposiciones básicas, también regulan la producción de las demás normas del ordenamiento jurídico. Todo ello significa que los jueces en sus sentencias, así como los demás sujetos de Derecho Público y Privado, deberán atenerse a sus prescripciones. De este modo, tanto el preámbulo como los principios, valores y reglas constitucionales se convierten en obligatorias de cumplimiento en el orden interno. La jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana determinó el grupo de normas que comparten la misma jerarquía de una constitución y que convierten a los contenidos del bloque no solo en un eje sino también en un factor de unidad y cohesión de la sociedad. Es por eso que la condición de ocupar con ellos la máxima jerarquía normativa obliga a toda la legislación interna para que no solo adapte su contenido sino que ajuste sus preceptos a los estatutos adoptados, pues de estos irradian toda su potestad sobre el ordenamiento normativo en su conjunto”*. Carlos Hakansson Nieto, El reconocimiento del bloque de constitucionalidad en el ordenamiento jurídico peruano, en: Actualidad jurídica: información especializada para abogados y jueces. -- N° 147 (feb. 2006) pág. 139.

magna y que, por esa razón, es preciso utilizar como referente de control, no podrán someterse más que a esas condiciones básicas de ejercicio de la soberanía, porque más allá de eso son ellas mismas las que contemplan los dictados constitucionales y terminan de dar forma a ciertas previsiones constitucionales amplias, abstractas o con cierto grado de indefinición”⁷.

Para autores como el colombiano Rodrigo Uprimny, el bloque de constitucionalidad

“(…) favorece entonces la adaptación histórica de las constituciones a nuevas realidades sociales y políticas, y en esa medida mantiene el dinamismo de los textos constitucionales, que se convierten entonces en “documentos vivientes”, como han dicho algunos jueces y doctrinantes estadounidenses (Marshall 1997, Brennan 1997). Esto es importante no sólo para el propio juez constitucional, que encuentra en esa categoría un instrumento dinámico para el desarrollo de la jurisprudencia constitucional, sino también para el abogado litigante y para el ciudadano en general, que pueden usar las normas incorporadas en el bloque de constitucionalidad como argumentos sólidos en la lucha por el reconocimiento de nuevos derechos”⁸.

Uprimny añade que *“(…)conforme a la jurisprudencia de la Corte [Constitucional colombiana], todos los tratados de derechos humanos ratificados por Colombia, aunque con algunas diferencias sutiles, hacen parte del bloque de constitucionalidad en sentido estricto. Incluso en cierto sentido, no sólo los tratados sino la interpretación que de los tratados hagan las instancias internacionales de protección, como la Comisión Interamericana, la Corte Interamericana o los órganos de control de la O.I.T, tienen una cierta fuerza constitucional”⁹.*

⁷ *Ibíd*em, pág. 71 y 72.

⁸ Rodrigo Uprimny, Bloque de Constitucionalidad, Derechos Humanos y Nuevo Procedimiento Penal, pág. 4. Ver <http://www.wcl.american.edu/humright/hracademy/documents/Clase1-Lectura3BloquedeConstitucionalidad.pdf>.

⁹ *Ibíd*em, pág. 17.

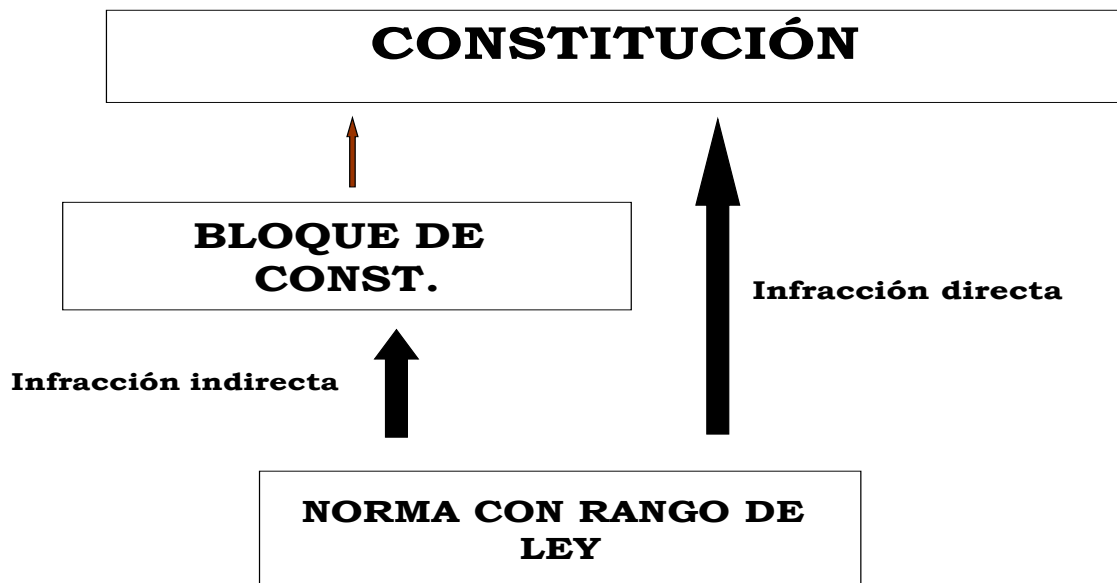
1.3. Contenido del bloque de constitucionalidad

Según la STC 0020-2005/PI/TC (f.j. 28) del Tribunal constitucional peruano, el **contenido abstracto** del bloque de constitucionalidad tienen fundamentalmente tres componentes: a) la regulación de un requisito esencial del procedimiento de producción normativa (Normas sobre procedimiento); b) la regulación de un contenido materialmente constitucional (Normas sobre contenido de derechos); y c) la determinación de las competencias o límites de las competencias de los distintos órganos constitucionales (Normas sobre competencias).

De otro lado, el **contenido concreto** del bloque de constitucionalidad está compuesto por las siguientes normas: a) Ley orgánica de órganos del Estado; b) Leyes de desarrollo de derechos fundamentales; c) Reglamento del Congreso; d) Leyes de delegación; e) Leyes de determinación de competencia de Regiones y Municipios; f) Ley de Bases de descentralización, N.º 27783; g) Ley Orgánica de Gobiernos Regionales, N.º 27867; h) Ley Orgánica de Municipalidades, N.º 27972; y por los Tratados sobre derechos humanos. Ciertamente, el tema de los tratados internacionales de derechos humanos merece un tratamiento especial.

La doctrina reconoce un conjunto de características de las normas del bloque de constitucionalidad:

- a) Inderogabilidad por fuentes a las que limita: Una norma de rango legal no puede modificar una norma que es parte del bloque de constitucionalidad.
- b) Inalterabilidad de su jerarquía: Las normas que se incorporan al bloque de constitucionalidad, no detentan por ello rango constitucional. Es decir no, son normas infraconstitucionales; su función procesal como disposiciones parte del canon del parámetro constitucional, no altera su rango jurídico en la jerarquía de normas.
- c) Inconstitucionalidad Indirecta: Las normas del bloque de constitucionalidad ocasionan inconstitucionalidad “indirecta”. A continuación reproducimos un grafico aparecido en la referida sentencia sobre el particular:



d) Inserción en el bloque es “eventual”: Las normas sólo adoptan la fuerza normativa material cuando se incorporan en el canon constitucional efectos del control constitucional.

1.4. El rango constitucional de los tratados internacionales de derechos humanos y su implementación en el derecho interno

Si bien la Constitución Política no ha reconocido en forma expresa y literal que los tratados internacionales de derechos humanos tienen rango constitucional, ello se desprende de una interpretación sistemática¹⁰ de la Constitución, de conformidad con los principios de unidad de la Constitución y concordancia práctica¹¹ en consonancia con la jurisprudencia vinculante del TC. Lo anterior es posible gracias a las cláusulas

¹⁰ Martín Borowski, La estructura de los derechos fundamentales, Universidad Externado de Colombia, Serie de Teoría y Filosofía del Derecho, Lima, 2003, pág. 104.

¹¹ Cfr. Principio de concordancia práctica (STC exp. N° 5854-2005-PA/TC, f.j. 12. b); Principio de corrección funcional (STC exp. N° 5854-2005-PA/TC, FJ 12. C); Principio de fuerza normativa de la Constitución (STC exp. N° 5854-2005-PA/TC, f.j. 12. E); Principio de función integradora (STC exp. N° 5854-2005-PA/TC, f.j. 12.d); Principio de unidad de la Constitución (STC exp. N° 04747-2007-HC/TC, f.j. 5 y STC exp. N° 5854-2005-PA/TC, f.j. 12. A).

de apertura del derecho constitucional al derecho internacional de los derechos humanos y a los tratados internacional de derechos humanos (en adelante TIDH)¹².

El artículo 55° de la Constitución, reconoce de manera general que los tratados internacionales de derechos humanos forman parte del derecho nacional. Luego tenemos el artículo 3 de la Constitución, que estipula que serán también derechos fundamentales aquellos que se funden en la dignidad humana, tales como los derechos reconocidos en la Convención Americana de Derechos Humanos, en el Convenio 169 de la OIT y otros instrumentos.

Finalmente, la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución reconoce que las normas relativas a los derechos y a las libertades reconocidas en la Constitución se interpretan “*de conformidad*” con los instrumentos internacionales de protección a los derechos humanos, con lo cual queda claro, que no tendrá cobertura constitucional una interpretación que no sea conforme con estos instrumentos internacionales de derechos humanos. Finalmente, el TC peruano, en sostenida jurisprudencia¹³, ha señalado que los tratados internacionales de derechos humanos, no solo forman parte del ordenamiento jurídico sino que, además, tienen rango constitucional¹⁴.

¹² Alejandro Saiz Arnaiz, La apertura constitucional al derecho internacional y europeo de los derechos humanos. El artículo 10.2 de la Constitución Española, Consejo general del Poder Judicial, Madrid, 1999, pág. 49. Como señala este autor comentando el artículo 10.2 de la Constitución Española “al vincular la interpretación de los derechos fundamentales y libertades que la Constitución reconocer a los tratados sobre las mismas materias ratificados por España, expresa en alguna medida la apertura del Estado al Derecho Internacional de los derechos humanos. No se trata ya sólo de la incorporación al derecho interno de los acuerdos, declaraciones, convenciones, etc. Que tengan por objeto los derechos de la persona, que esto no es ninguna novedad [...]; se trata además y sobre todo, de adecuar la actuación de los intérpretes de la Constitución a los contenidos de aquellos tratados, que devienen así, por imperativo constitucional, canon hermenéutico de la regulación de los derechos y libertades en la Norma Fundamental, con lo que se “da unan nueva y distinta eficacia a tales instrumentos internacionales” (págs. 52-53).

¹³ Cfr. Las siguientes sentencias del TC Exp. N° 0217-2002-HC/TC y STC Exp. N° 0218-2002-HC/TC, f.j. 2; Exp. N° 0026-2004-AI/TC, f.j. 13; Exp. N° 2798-04-HC/TC, f.j. 8; Exp. N° 1417-2005-AA/TC, f.j. 7; Exp. N° 4677-2005 - PHC/TC, f.j. 11-13; Exp. N° 5854-2005-PA/TC, f.j. 22-23; Exp. N° 4587-2004-AA/TC, f.j. 44; Exp. N° 8123-2005-PHC/TC, f.j. 22 y 23; Exp. N° 0047-2004-AI/TC, f.j. 18-22; Exp. N° 8453-2005-PHC/TC, f.j. 22 y 23; Exp. N° 0025-2005-PI/TC y 0026-2005-PI/TC, f.j. 25-35; Exp. N° 0174-2006-PHC/TC, y Exp. N° 8817-2005-PHC/TC, f. j. 22; Exp. N° 2730-2006-PA/TC, f.j. 12-16; Exp. N° 679-2005-PA/TC, f.j. 35-37; Exp. N° 00007-2007-PI/TC, f. j. 12-26; Exp. N° 03938-2007-PA/TC, f.j. 14; etc.

¹⁴ “Los tratados internacionales sobre derechos humanos de los que el Estado peruano es parte integran el ordenamiento jurídico. Dichos tratados no sólo conforman nuestro ordenamiento sino que, además, detentan rango constitucional”. (STC exp. N° 00025-2005-PI/TC y N° 00026-2005-PI/TC acumulados, f.j. 25).

Varias son las funciones que los tratados internacionales de derechos humanos cumplen al momento de implementarse en el ordenamiento jurídico. La primera es la *función hermenéutica*, en virtud de la cual, al momento de interpretarse los derechos fundamentales y precisarse el contenido constitucional de los mismos, debe recurrirse a los TIDH¹⁵. Esta función interpretativa, no solo está recogida en la Cuarta DFT de la Constitución sino en el artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.

La función hermenéutica exige a los jueces un esfuerzo de armonización del derecho interno y del derecho internacional. En esa línea argumental, *“no se postula la derogación automática de las normas internas, en caso de conflicto con sus obligaciones en el plano internacional, ni el desconocimiento de estas últimas en el orden nacional, sino su armonización e integración”*¹⁶. Obviamente, si esto no es posible, primará la Constitución y los TIDH como luego sustentaremos.

El TC desarrolla su “tesis de la coordinación”, según la cual,

“[n]o cabe, pues, asumir una tesis dualista de primacía del Derecho internacional sobre el Derecho interno y a la inversa; se requiere, por el contrario, una solución integradora y de construcción jurisprudencial, en materia de relaciones del Sistema Interamericano de Derechos Humanos y el Derecho constitucional nacional. Se precisa de un sistema de articulación competencial entre las jurisdicciones internacional y constitucional, [...] siendo que la confluencia teleológica, dada la protección efectiva de los derechos fundamentales de los ciudadanos peruanos, determina esta relación de cooperación entre ambas jurisdicciones, de conformidad con el artículo 1 de la Constitución, que establece:

¹⁵ Cfr. “el contenido constitucionalmente protegido de los derechos reconocidos por la Ley Fundamental no sólo ha de extraerse a partir de la disposición constitucional que lo reconoce; de la interpretación de esta disposición con otras disposiciones constitucionales con las cuales pueda estar relacionada (principio de unidad de la Constitución), sino también bajo los alcances del Derecho Internacional de los Derechos Humanos”. STC N° 4587-2004-AA/TC, f.j. 44.

¹⁶ STC exp. N° 00679-2005-AA, f.j. 35.

La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”¹⁷ (subrayado nuestro).

Una segunda función que cumplen los TIDH es la denominada *función positiva* de ensanchar el catálogo de derechos fundamentales reconocidos en la Constitución. Ellos sólo es posible gracias a las cláusulas de apertura del derecho constitucional y del derecho interno al DIDH y a los TIDH. La consecuencia práctica es que los derechos fundamentales ya no serán sólo los expresamente reconocidos en la Constitución, sino también el conjunto de derechos reconocidos en los diferentes TIDH y los desarrollados en la jurisprudencia de la Corte IDH.

Muy ligada a la función anterior, tenemos la *función negativa*, en virtud la cual los TIDH constituyen límites materiales y criterios de validez sustancial del conjunto del ordenamiento jurídico, y especialmente de la facultad legislativa del Congreso de la República. Esta fuerza vinculante ha sido reconocida en el propio artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional¹⁸. En palabras del propio TC:

“[e]l rango que detentan trae consigo que dichos tratados estén dotados de fuerza activa y pasiva propia de toda fuente de rango constitucional; es decir, fuerza activa, conforme a la cual estos tratados han innovado nuestro ordenamiento jurídico incorporando a éste, en tanto derecho vigente, los derechos reconocidos por ellos, pero no bajo cualquier condición, sino a título de derechos de rango constitucional. Su fuerza pasiva trae consigo su aptitud de resistencia frente a normas provenientes de fuentes infraconstitucionales, es decir, ellas no pueden ser modificadas ni contradichas por normas infraconstitucionales e, incluso, por una reforma de la Constitución que suprimiera un derecho reconocido por un tratado o que afectara su contenido protegido. Los tratados sobre derechos

¹⁷ STC exp. Nº 00679-2005-AA, f.j. 36.

¹⁸ “artículo V.- El contenido y alcances de los derechos constitucionales protegidos por los procesos regulados en el presente Código deben interpretarse de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos, los tratados sobre derechos humanos, así como de las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según tratados de los que el Perú es parte”.

humanos representan en tal sentido límites materiales de la propia potestad de reforma de la Constitución”¹⁹.

1.5. El reconocimiento del rango constitucional del Convenio 169 de la OIT por el Tribunal constitucional peruano

Para entender el reconocimiento del Convenio 169 como un instrumento jurídico perteneciente al bloque de constitucionalidad podemos distinguir fundamentalmente dos momentos. En el primer momento el TC sostiene que el Convenio 169 de la OIT es de rango legal, a partir del argumento que su control de constitucionalidad es -de conformidad con la Constitución- a través del proceso de inconstitucionalidad. Después el TC rectificó y precisó que el Convenio 169 de la OIT sí tiene rango constitucional.

La primera tesis la encontramos en la resolución aclaratoria de la sentencia del TC recaída en el expediente EXP. N° 0033-2005-PI/TC, donde sostiene lo siguiente:

“En lo que importa al Convenio 169 de la OIT, éste fue aprobado mediante Resolución Legislativa N° 26253 del Congreso Constituyente Democrático, publicada con fecha 5 de diciembre de 1993. Respecto a su aplicación dentro de nuestro ordenamiento nacional, debe tenerse presente lo expuesto en los artículos 55., 56., 57. y 200.4 de la Constitución; pues, si bien los tratados forman parte del ordenamiento nacional, su incorporación al mismo, lo es con el rango de ley ordinaria –caso contrario, no podrían ser impugnados a través del proceso de inconstitucionalidad–, salvo que regulen materia constitucional, en cuyo caso, su aprobación está sujeta al procedimiento de reforma de la Constitución antes de su ratificación por el Presidente de la República”. (STC N ° 0033-2005-PI/TC, f.j. 4)²⁰

¹⁹ STC exp. N° 00025-2005-PI/TC y 00026-2005-PI/TC, acum. f.j. 34.

²⁰ Agrega el TC en el mismo fundamento de la misma sentencia que: “En ese sentido, su aplicación también está condicionada a que no colisione con los preceptos constitucionales que establecen

Esta tesis, fue luego corregida en diferentes fallos, precisándose en forma sostenida que el Convenio 169 de la OIT tiene rango constitucional, es decir que tiene la misma fuerza normativa de la Constitución Política. En efecto, según el TC:

“(…) habiéndose aprobado el Convenio N° 169 [...] su contenido pasa a ser parte del Derecho nacional, tal como lo explicita el artículo 55 de la Constitución, siendo además obligatoria su aplicación por todas las entidades estatales. Por consiguiente, en virtud del artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, el tratado internacional viene a complementar -normativa e interpretativamente- las cláusulas constitucionales sobre pueblos indígenas que, a su vez, concretizan los derechos fundamentales y las garantías institucionales de los pueblos indígenas y sus integrantes”. (STC N° 03343-2007-PA/TC, f. j. 31) (Subrayado nuestro).

Esta tesis ha sido reiterada por el TC en diferentes fallos²¹.

1.6. Los jueces tienen obligación de aplicar directamente los TIDH y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

La consecuencia práctica del reconocimiento que los TIDH tienen rango constitucional y que se incorporan al ordenamiento jurídico, es que los jueces en general, y con mayor razón los jueces constitucionales, tienen la obligación jurídica de aplicar los TIDH directamente a los casos que resuelven, sin necesidad de ninguna

atribuciones o competencias expresamente otorgadas por el legislador constituyente o el legislador constituyente derivado, de manera que los tratados no pueden limitarlas o mediatizarlas, dado que si su contenido es contrario a la Constitución, puede ocurrir una de dos cosas:

- Que el contenido del Tratado haya sido aprobado sin el procedimiento agravado de reforma de la Constitución previsto en el artículo 57. de la misma: En consecuencia tales tratados son inaplicables por contravenir la Constitución.
- Que el contenido del Tratado haya sido aprobado por el procedimiento agravado de reforma de la Constitución previsto en el artículo 57. de la aquella: En cuyo caso se aplica el Tratado, toda vez que la Constitución ha quedado modificada por éste.

Por ello, las normas contenidas en el Convenio 169 de la OIT, no operan como marco delimitador de las competencias establecidas expresamente respecto del Congreso de la República”.

²¹ Luego reiterara esto en la STC exp. N° 00022-2009-PI/TC, f. j. 9.

intermediación o desarrollo legislativo previo. Y esto no solo lo ha reconocido la CoIDH en su jurisprudencia sino el propio TC en su jurisprudencia vinculante.

En efecto, la CoIDH ha denominado a esta obligación “control de la convencionalidad”. Según la doctrina se presentan dos tipos de control de convencionalidad: en sede internacional y en sede interna. En relación con el segundo, *“el juez interno tiene competencia para “inaplicar” el derecho interno y aplicar la Convención u otro tratado, mediante un examen de confrontación normativo (derecho interno con el tratado), en un caso concreto y adoptar una decisión judicial protegiendo los derechos de la persona humana”*²². En el caso *Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile*, la Corte IDH señaló:

*“La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana”*²³.

²² Ernesto Rey Cantor. Control de convencionalidad de las leyes y derechos humanos, México: Editorial Porrúa, México, 2008, pp. 46 y 47. Revisar también Néstor Pedro Sagues, El control de convencionalidad en particular sobre las Constituciones Nacionales, en: Revista Jurídica del Perú. Derecho Privado y público, Editora Normas Legales, N° 104, octubre 209, Lima, pág. 79 y sgts.

²³ Corte IDH, Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile, párr. 124. Posteriormente en la sentencia recaída en el Caso trabajadores del Congreso cesados vs. Perú, la Corte IDH señalará que: “Cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin. En otras palabras, los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también “de convencionalidad” ex officio entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el

En igual sentido, el TC en la sentencia recaída en el caso Navarrete estableció que:

“El mandato imperativo derivado de la interpretación en derechos humanos implica, entonces, que toda la actividad pública debe considerar la aplicación directa de normas consagradas en tratados internacionales de derechos humanos, así como en la jurisprudencia de las instancias internacionales a las que el Perú se encuentra suscrito”²⁴. (Subrayado nuestro)

La consecuencia de la obligación de aplicar directamente los TIDH y la jurisprudencia de la Corte IDH, es que el incumplimiento de algún derecho reconocido por ejemplo en el Convenio 169 de la OIT ocasiona la responsabilidad internacional del Estado Peruano por incumplimiento de obligaciones convencionales. En efecto, el incumplimiento, por ejemplo, del artículo 6° del Convenio 169 OIT²⁵ genera responsabilidad internacional del Estado Peruano, pues:

- a) Implica un incumplimiento de la obligación del Estado Peruano de respetar y garantizar los derechos contenidos en el artículo 1.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH);
- b) Una violación de la obligación de adoptar disposiciones de derecho interno para hacer efectivos los derechos humanos, recogida en el artículo 2° de la misma CADH;
- c) Una violación de la obligación del Estado de proporcionar las garantías judiciales y de protección judicial en casos de violación de derechos, contenidas en los artículos 8° y 25° de la CADH.

marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. Esta función no debe quedar limitada exclusivamente por las manifestaciones o actos de los accionantes en cada caso concreto, aunque tampoco implica que ese control deba ejercerse siempre, sin considerar otros presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de ese tipo de acciones”. Corte IDH. Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de Noviembre de 2006. Serie C No. 158, párrafo 128.

²⁴ STC N° 02798-2004-HC/TC, f.j. 8.

²⁵ Cfr. Corte IDH, Caso del Pueblo Saramaka v. Suriname, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 28 de noviembre de 2007, Corte Interamericana de Derechos Humanos.

1.7. La Constitución y los TIDH como criterios de validez de las decisiones estatales

Una consecuencia de la especial fuerza normativa de la Constitución, y de las normas que a ella se agregan a través de las cláusulas de apertura del derecho constitucional al derecho internacional y de la técnica del bloque de constitucionalidad (ejemplo el Convenio 169 de la OIT) es que, éstas constituyen un criterio de validez sustancial de toda decisión del Estado, en especial de los poderes públicos²⁶. En efecto, en un Estado Constitucional de Derecho, la Constitución no solo establece las reglas de “cómo” decir el derecho, sino también aquellas sobre “qué cosa” el derecho no puede decir y sobre “qué cosa” debe decir²⁷. Ya que en un Estado Constitucional las normas están condicionadas a la norma superior, que es la Constitución, porque esta última, tal como lo expresa Luigi Ferrajoli, es: “[l]a positivización de principios y derechos fundamentales en normas constitucionales, condicionando la legitimidad del sistema político a su plena tutela y observancia (...)”²⁸.

La Constitución impone dos tipos de límites: los formales y los materiales. Los límites formales regulan el procedimiento de formación de las normas, obligando al órgano emisor a que cumpla la forma establecida para ello. Los segundos, vinculan el contenido de las disposiciones futuras, prohibiendo que el contenido contradiga lo regulado por la Constitución²⁹.

El TC en su jurisprudencia ha señalado: “(...) que la legitimidad de los actos administrativos no viene determinada por el respeto a la ley –más aún si esta puede ser inconstitucional– sino, antes bien, por su vinculación a la Constitución. Esta vinculación de la administración a la Constitución se aprecia en el artículo IV del Título Preliminar

²⁶ Eduardo García de Enterría, La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional, Editorial Civitas, 3ra edición, Madrid, 1985, pág. 49.

²⁷ Luigi Ferrajoli, Positivismo Crítico, Derechos y Democracia. En: XI Seminario Eduardo García Maynes sobre teoría y filosofía del derecho. Ciudad de México del 4 al 6 de septiembre de 2001, pág. 10.

²⁸ *Ibidem*, pág. 12.

²⁹ Ricardo Guastini. La Constitución como límite a la legislación En: Libro de Estudios de Teoría Constitucional. Fontamara: México, 2001. Pág. 47 – 48.

de la Ley del Procedimiento Administrativo General, el cual, si bien formalmente ha sido denominado por la propia Ley como «Principio de legalidad», en el fondo no es otra cosa que la concretización de la supremacía jurídica de la Constitución, al prever que «[l]as autoridades administrativas deben actuar con respeto a la Constitución, la ley y al derecho (...)»³⁰

Como señala Ferrajoli, los derechos fundamentales se convierten en condiciones sustanciales de validez: *“De hecho, todos los derechos fundamentales –desde los derechos clásicos de libertad hasta los derechos sociales– equivalen a vínculos de sustancia y no de forma, que condicionan la validez sustancial de las normas producidas y expresan, por decirlo de algún modo, los objetivos y la razón social de ese moderno artificio que es el estado constitucional de derecho”³¹.*

1.8. El Convenio 169 viene siendo aplicado por tribunales nacionales en América Latina

La aplicación del Convenio 169 de la OIT por parte de los tribunales nacionales no es una aspiración, es una realidad en la mayoría de los países latinoamericanos que al igual que Perú han firmado y ratificado el Convenio 169 de la OIT. En efecto, un documento de la OIT de sistematización de sentencias de aplicación del Convenio 169, muestra no solo que los tribunales nacionales e internacionales en América Latina, vienen aplicando el Convenio 169 de la OIT en sede judicial, sino que se le reconoce a esta Convención la condición de fuente jurídica de obligaciones³².

El informe mencionado presenta 4 sentencias en Argentina, 2 en Belice, 3 en Bolivia, 1 en Brasil, 15 en Colombia, 9 en Costa Rica, 3 en Ecuador, 5 en Guatemala, 2 en México y 2 en Venezuela. En ese mismo informe, la OIT señala que parte de la influencia del Convenio 169 de la OIT ha consistido en establecerse como modelo inspirador de

³⁰ STC exp. N° 3741-2004-AA/TC, f.j. 6.

³¹ Luigi Ferrajoli, op. cit., pág. 11.

³² OIT, La aplicación del Convenio Num. 169 por Tribunales nacionales e internacionales en América Latina. Una compilación de casos, OIT, Ginebra, 2009.

reformas constitucionales y legales en materia indígena en la región³³. Sin embargo, agrega que la influencia del Convenio 169 no se ha limitado al papel de “legislación modelo”, sino que ha sido empleado e invocado por las propias comunidades y pueblos indígenas, y por otros actores, públicos y privados, que han actuado en defensa de los derechos e intereses de esas comunidades. Y parte del empleo de ese instrumento internacional ha consistido, justamente, en el litigio ante los tribunales nacionales y, cuando ha sido posible, ante los órganos del sistema regional de derechos humanos³⁴.

1.9. La aplicación del Convenio 169 en las sentencias de la Corte Constitucional colombiana

Colombia ha desarrollado uno de los marcos constitucionales y jurídicos más progresistas de América Latina en lo que concierne a asuntos multiculturales. Los desarrollos jurídicos colombianos han sido considerados por activistas y por personas encargadas del diseño de políticas públicas, como un ejemplo del tipo de ordenamiento jurídico que otros países de la región deberían adoptar³⁵. Por ello la jurisprudencia de Colombia es quizá uno de los casos más emblemáticos y una experiencia a revisar³⁶, no solo en materia de justicia constitucional sino sobre todo, en lo relacionado a los derechos de los pueblos indígenas³⁷.

³³ *Ibíd*em, pág. 9.

³⁴ *Ibíd*em.

³⁵ Daniel Bonilla Maldonado, *La Constitución multicultural*, Siglo de Hombre Editores, Pontificia Universidad Javeriana y Universidad de los Andes, Bogotá, 2006, pág. 25.

³⁶ Cfr. Colombia: La implementación del derecho a la consulta previa previsto en el Convenio 169 de la OIT, en: *La Consulta Previa con los Pueblos Indígenas: Legislación y jurisprudencia en Brasil, Colombia, Ecuador y Perú*, Red Jurídica para la defensa de la Amazonía, Quito, 2009. Sobre la función de la jurisprudencia en el desarrollo de los derechos culturales se puede consultar Juan Pablo Vera Lugo, la jurisprudencia como campo de reflexión de la diversidad cultural: apropiación jurídica de nociones culturales, en: *Revista Universitas humanística*, N.º. 62, 2006, págs. 205 y sgts. Un estudio de conjunto sobre el desarrollo de la jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana en materia de derechos de los pueblos indígenas puede ser encontrado en Daniel Bonilla Maldonado, *La Constitución multicultural*, Siglo de Hombre Editores, Pontificia Universidad Javeriana y Universidad de los Andes, Bogotá, 2006.

³⁷ Para una visión de conjunto ver Catalina Botero Marino, *Multiculturalismo y derechos de los pueblos indígenas en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana*. *Revista Precedente*, Anuario Jurídico, Facultad de Derecho y Humanidades. Cali, Universidad ICESI, 2003, págs. 45-87.

Además no podemos olvidar que de conformidad con el TC peruano se *“puede recurrir al Derecho Constitucional comparado como un quinto método de interpretación, en la medida de que se torna en una herramienta explicativa necesaria, pues es en el conocimiento de esa diversidad de repuestas en el contexto de procesos de descentralización, que se podrá establecer los criterios y pautas que deben determinar el análisis del juez constitucional en cada caso en concreto”*³⁸.

Según el mencionado informe de la OIT, Colombia tiene más de 40 casos de sentencias en los que se invoca el Convenio 169 de la OIT³⁹. Una de las particularidades y de los aportes de la experiencia colombiana es que le reconoce al Convenio 169 de la OIT no solo fuerza normativa, sino que lo incorpora a su ordenamiento a través de la técnica del bloque de constitucionalidad⁴⁰. En efecto, a manera de ejemplo, podemos destacar que en la sentencia SU039-97, del 3 de febrero de 1997, la Corte Constitucional Colombiana⁴¹ señala que el *“(…) citado Convenio, que hace parte del ordenamiento jurídico en virtud de los arts. 93 y 94 de la Constitución, integra junto con la aludida norma un bloque de constitucionalidad que tiende a asegurar y hacer efectiva dicha participación”* (pág. 20). En la sentencia T-634-99, de fecha 30 de agosto de 1999, la Corte sostendrá que *“(…) el Convenio 169 de la OIT, ratificado por la ley 21 de 1991, Convenio (...) hace parte del ordenamiento jurídico colombiano (art. 93 C.P.)”* (pág. 23)⁴².

³⁸ STC exp. N° 0002-2005-AI/TC, f.j. 45.

³⁹ OIT, La aplicación del Convenio Num. 169 por Tribunales nacionales e internacionales en América Latina. Una compilación de casos, OIT, Ginebra, 2009, pág. 9. Ver nota de página número 10. Cfr. sentencia T-405-93 23 de septiembre de 1993, pág. 17; Sentencia SU039-97 3 de febrero de 1997, pág. 20; Sentencia T-634-99 30 de agosto de 1999; pág. 23; Sentencia C-620-03 29 de julio de 2003; pág. 38, pág. 43; Sentencia T-737-05 de julio de 2005, pág. 15, pág. 18; Sentencia T 880-06 29 de octubre de 2006, pág. 57; Sentencia C-030/08 de enero de 2008, pág. 45; pág. 48, Sentencia C-175/09 de marzo de 2009, pág. 28.

⁴⁰ Christian Courtis, Apuntes sobre la aplicación del Convenio 169 de la OIT sobre los pueblos indígenas por los tribunales de América Latina, en. Revista Sur, Revista Internacional de Derechos Humanos, Año N° 6, Número 10, Sao Paulo, Junio del año 2009, pág. 58.

⁴¹ Cfr. Hernán Alejandro Olano García, ¿Cómo analizar sentencias de la Corte Constitucional Colombiana? Autores, En: Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional, N°. 3, 2005, págs. 335-346.

⁴² Una publicación oficial del gobierno colombiano sobre el derecho a la consulta que va la pena revisar es: Ministerio del Interior y de Justicia, La Consulta Previa a Pueblos. Indígenas y Tribales. Compendio de Legislación, Jurisprudencia y Documentos de Estudio, Bogotá 2006.

Asimismo, en la Sentencia C-620-03 , de fecha 29 de julio de 2003, la Corte constitucional señaló que “(...) *las anteriores disposiciones están recogidas en un Convenio adoptado por la Conferencia General de la OIT, aprobado por Colombia mediante la Ley 21 de 1991, respecto del cual la jurisprudencia constitucional ha estimado que, en cuanto el mismo consagra la protección de derechos que han sido estimados fundamentales –los derechos a la integridad cultural y el subsiguiente derecho de consulta en las decisiones relativas a recursos naturales-, forma parte del llamado bloque de constitucionalidad*” (pág. 38).

Finalmente, en la Sentencia C-175/09 de marzo de 2009, la Corte señaló que “[l]a *determinación de un marco jurídico del derecho a la consulta previa se obtiene a partir de las normas legales anotadas, las cuales son reforzadas por la regulación derivada del derecho internacional de los derechos humanos, en especial lo previsto por el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo*” (pág. 28).

CAPÍTULO 2

La permanencia en el territorio y el mantenimiento de la lengua indígena no son requisitos exigidos por el Convenio 169 de la OIT

La Directiva que regula el funcionamiento de la *Base de Datos Oficial de Pueblos Indígenas u Originarios* (“la Directiva”) distorsiona los criterios establecidos por el derecho internacional para identificar a los pueblos indígenas. En el Convenio 169 de la OIT existen elementos objetivos y subjetivos para determinar cuando un grupo tiene la condición de pueblo indígena. El elemento subjetivo, la autoconciencia de un grupo de poseer una identidad indígena o tribal, se discutirá en la siguiente sección. En materia de los criterios objetivos, para que un grupo sea considerado “indígena” bajo el Convenio 169 se exige que 1) los mismos “desciendan” de las poblaciones originarias de los Estados y que 2) conserven “todas” o “parte” de sus instituciones sociales, económicas, culturales y políticas.⁴³ En lugar de cumplir con el marco definido en el derecho internacional y el derecho constitucional, los artículos 7.1.3 y 7.1.5 de la Directiva agregan nuevos requisitos no sancionados por el derecho internacional y constitucional. La Directiva exige que para que un pueblo indígena sea incluido en la base de datos debe demostrar su permanencia en el territorio originario y el mantenimiento de la lengua indígena.

En esta sección se explica cómo entienden el Convenio 169 de la OIT y el derecho internacional los requisitos para que un grupo sea considerado como indígena. Luego, se muestra que la interpretación de la Directiva de estos criterios está errada y se demuestra que la Directiva añadió un criterio adicional que la OIT no incluye. La Directiva, al requerir que un grupo demuestre su permanencia en el *mismo territorio*, malinterpreta el criterio de conexión territorial establecido por la OIT. Más aún, la Directiva añade la exigencia de tierras comunales (art. 7.1.5., Resolución Ministerial

⁴³El artículo 1(b) del Convenio 169 establece que el Convenio se le aplica “(...) a los pueblos en países independientes, considerados indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conservan todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas”.

No. 202-2012 MC), lo cual no es un requisito exigido por el Convenio 169 de la OIT. Finalmente, esta sección analiza el requisito impuesto por la Directiva del mantenimiento de la lengua indígena -para que un grupo sea considerado indígena. A través de este análisis, se demuestra que este requisito se encuentra fuera de los requisitos legalmente permitidos bajo el Convenio 169 de la OIT y representa una violación al derecho de la libre determinación bajo la normativa internacional.

2.1. Los requisitos objetivos del artículo 1° del Convenio 169 de la OIT, de acuerdo a la interpretación dada por la OIT, son la continuidad histórica, la conexión territorial y el mantenimiento total o parcial de instituciones sociales, económicas, culturales y políticas.

El Convenio 169 de la OIT se aplica a los pueblos "(...) considerados indígenas por el hecho de *descender* de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conserven *todas* sus propias instituciones y sociales, económicas, culturales y políticas o *parte* de ellas"⁴⁴. La OIT ha explicado que los elementos objetivos que definen un pueblo indígena son:

- (i) "Continuidad histórica," es decir que sean sociedades que desciendan de grupos anteriores a la colonización o la conquista.
- (ii) "Conexión territorial" en el sentido que sus antepasados hayan habitado el país o región.
- (iii) Instituciones políticas, culturales, económicas y sociales distintivas que sean propias y hayan sido mantenidas de manera parcial o total.⁴⁵

⁴⁴ Convenio 169 de la OIT, Art 1

⁴⁵ OIT, Los derechos de los pueblos indígenas y tribales en la práctica. Una guía sobre el Convenio 169 de la OIT, ob. Cit. pág 10.

Otros organismos internacionales han aplicado criterios similares. Un estudio del Grupo de Trabajo sobre Poblaciones Indígenas de Naciones Unidas ha concluido que entre los factores considerados pertinentes para la comprensión del concepto de "indígena" figuran: "(a) la prioridad en el tiempo por la que respecta a la ocupación y el uso de determinado territorio, (b) la perpetuación voluntaria de la distinción cultural, que puede incluir los aspectos del idioma, la organización social, la religión y los valores espirituales, los modos de producción, las leyes e instituciones; (c) la conciencia de la propia identidad, así como su reconocimiento por otros grupos, o por las autoridades estatales, como una colectividad distinta; y (d) una experiencia de sometimiento, marginación, desposeimiento, exclusión o discriminación, independientemente de que estas condiciones persistan o no."⁴⁶

2.1.1. Las tierras comunales y la permanencia en el mismo territorio no son requisitos exigido por el Convenio 169 de la OIT

La Directiva sostiene que "los criterios objetivos incluyen lo siguiente: 'continuidad histórica', es decir, permanencia en el territorio nacional desde tiempos previos al establecimiento del Estado; 'conexión territorial', entendida como la ocupación de una zona del país por parte de los ancestros de la poblaciones referidas."⁴⁷ A continuación propone que "[l]a Base de Datos incorpora como elementos objetivos para el reconocimiento de un pueblo indígena los siguientes: [...] tierras comunales de pueblos indígenas, que establecen la existencia de conexión territorial. Ambos elementos, en conjunto, dan cuenta de 'continuidad histórica' desde tiempos anteriores al establecimiento del estado."⁴⁸

⁴⁶ ONU, Consejo Económico y Social- Comisión de Derechos Humanos, Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías, Grupo de Trabajo sobre Poblaciones Indígenas: "Documento de Trabajo sobre el Concepto de "Pueblos Indígenas."" E/CN.4/Sub.2/AC.4/1996/2/Add.1, 28 de junio de 1996, pars. 69-70.

⁴⁷ Párrafo 7.1.3 de la Directiva.

⁴⁸ Párrafo 7.1.5 de la Directiva.

La Directiva presenta una versión distorsionada y confusa del requisito de continuidad histórica que se define bajo el Convenio 169 de la OIT. Como se expuso anteriormente, la OIT ha explicado que el requisito de la “continuidad histórica” requiere que los pueblos indígenas sean sociedades que descienden de grupos con presencia anterior a la colonización o la conquista. La Directiva, en contraste, exige que para que un pueblo indígena sea incluido en la base de datos debe tener “tierras comunales” y una “permanencia... desde tiempos previos.” Lo anterior es contrario a lo establecido por el Convenio, pues la Directiva se refiere a permanencia en un *mismo territorio* y no al criterio de descendencia establecido por el Convenio.

Frente al requisito de *tierras comunales* es necesario recordar que la situación jurídica de los territorios no puede considerarse como un requisito para que un pueblo sea incluido en la base de datos de pueblos indígenas. Se entiende que muchos territorios habitados por pueblos indígenas tienen algún elemento de propiedad o uso colectivo; sin embargo, no se puede exigir que los pueblos indígenas demuestren que tienen algún tipo específico de título de propiedad. Para empezar, la obligación de entregar títulos es del Estado Peruano. Si se aplica el requisito de tierras comunales que propone la Directiva, se llega a un resultado perverso: los pueblos indígenas que no han recibido garantías de sus derechos territoriales por parte del Estado resultarían perdiendo también los derechos que emanan de la identidad indígena, pues ésta les sería negada. El hecho de que un pueblo indígena no haya recibido garantías de sus derechos territoriales no justifica que se les niegue también otros derechos.

En segundo lugar, en ninguna parte del Convenio 169 de la OIT se requiere que un pueblo indígena permanezca en la misma área que ocupaban sus ancestros dentro de lo que hoy es el territorio nacional.⁴⁹ Por el contrario, el órgano de control de la OIT

⁴⁹ La *Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations* (CEACR) evaluó en 2009 un proyecto de Ley Marco de los Pueblos Indígenas u Originarios del Perú que introdujo un requisito de posesión de tierra entre los criterios objetivos de la definición de pueblos indígenas. La comisión notó “que entre los elementos objetivos de la definición prevista por el proyecto, aparece la referencia a que estos pueblos “se encuentran en posesión de un área de tierra” que no figura en el convenio.” OIT-CEACR. Observación individual 2009, Perú, En: OIT, Monitoreo de los derechos de los pueblos indígenas y tribales a través de los convenios de la OIT: una recopilación de los comentarios de

explica que el Convenio tiene una definición amplia de territorio dentro de la que se incluyen: a) tierras ocupadas, b) tierras que se utilizan, c) territorios ancestrales.⁵⁰ El Convenio entiende a los pueblos indígenas como actores colectivos dinámicos que pueden modificar su lugar de residencia, y lo pueden hacer por una variedad de razones. Por ejemplo, pueden ejercer su derecho a circular libremente y a la libre determinación o pueden haber tenido que desplazarse a causa de algún factor externo, como la violencia ejercida por algún grupo armado o por algún mega proyecto. Por lo tanto, exigir la permanencia de los grupos indígenas en los territorios que fueron habitados por sus antepasados es ignorar la situación real que viven los pueblos indígenas en sus territorios.

2.1.2. Exigir que los pueblos indígenas permanezcan en el territorio para ser definidos como pueblo indígena contraviene al sentido del Convenio 169 y de las normas internacionales de protección de los pueblos indígenas

El Convenio 169 de la OIT fue redactado "(...) observando que en muchas partes del mundo [los pueblos indígenas] no pueden gozar de los derechos humanos fundamentales."⁵¹ La propia OIT también ha reconocido "(...) los desplazamientos históricos que han sufrido los pueblos indígenas de sus tierras y territorios, la dependencia de la tierra para su forma de vida tradicional, su vulnerabilidad a la pérdida de las tierras."⁵² Por eso se incluyó en el Convenio la obligación de establecer mecanismos para resolver los problemas relativos a las reivindicaciones de tierras de los pueblos indígenas y tribales.⁵³

los órganos de control de la OIT 2009-2012, p. 114, disponible en http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---normes/documents/publication/wcms_106474.pdf

⁵⁰ Consejo de Administración, 276.a reunión, noviembre de 1999. Reclamación presentada en virtud del Artículo 24 de la Constitución de la OIT, México, GB.276/16/3 (párrafo 37).

⁵¹ Convenio 169 de la OIT

⁵² OIT, Los derechos de los pueblos indígenas y tribales en la práctica. Una guía sobre el Convenio 169 de la OIT, oc. Cit. pág 95.

⁵³ Convenio 169 de la OIT, Arts 14, 17, 18, 19.

De acuerdo a la Comisión de Derechos Humanos (Comisedh) del Perú el requisito de “conexión territorial” descrito anteriormente supone que los pueblos indígenas deben demostrar que las tierras comunales que ocupan en la actualidad son las mismas que antes fueron habitadas por sus antepasados.⁵⁴ La Directiva, entonces, niega el derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas que por ejemplo han sido desplazados de los territorios en los que habitaron sus antepasados por razones contrarias a su voluntad. Por lo tanto el criterio establecido en la Directiva es directamente contrario a las normas del Convenio 169 y a lo estipulado en el derecho internacional.

2.1.3. El requisito que los pueblos indígenas deben mantener una lengua indígena para ser considerados como indígenas por la Directiva sobrepasa los requisitos legalmente permitidos bajo el Convenio 169 de la OIT.

La Directiva señala que la Base de Datos debe incorporar “como elemento objetivo para el reconocimiento de un pueblo indígena: lengua indígena, en tanto constituye una de las principales instituciones sociales y culturales de todo pueblo.”⁵⁵ La Directiva, al señalar que es indispensable mantener o conocer la lengua indígena, contradice los requisitos del derecho internacional y constitucional.

Es cierto que el mantenimiento y el uso de una lengua pueden ser pruebas objetivas del mantenimiento de las instituciones sociales y culturales. Cabe mencionar también que la pérdida continua de lenguas indígenas es uno de los resultados que los redactores del Convenio deseaban evitar.⁵⁶ Sin embargo, la exigencia de la lengua no

⁵⁴ Documento de Trabajo de lo Comisión de Derechos Humanos (COMISEDH), La Ley de Consulta Previa y su Reglamento en el Perú, Análisis desde la perspectiva del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Lima, 16 de Julio de 2012, pág. 12.

⁵⁵ Párrafo 7.1.5 de la Directiva

⁵⁶ La Guía sobre la Aplicación del Convenio de la OIT menciona que la realización del Derecho al Desarrollo ayuda a evitar tal desenlace. Si no se incluyen las percepciones y aspiraciones propias de los pueblos indígenas en las estrategias y los programas de desarrollo, existe el riesgo de que estos fracasen o incluso agraven la situación, por ejemplo, al privar a los pueblos indígenas de acceder a recursos cruciales, al debilitar las estructuras tradicionales de gobierno o al contribuir a la pérdida de

puede ser la única prueba aceptable para que un pueblo indígena sea incluido en la Base de Datos.

Como se expuso en la sección anterior, el Convenio 169 de la OIT requiere que los pueblos indígenas mantengan todas o parte de sus propias instituciones políticas, culturales, económicas y sociales distintivas para ser reconocidos como tales.⁵⁷ Es posible que algunos pueblos indígenas en el Perú mantengan su lengua materna. Sin embargo, también es probable que por los procesos de colonización y larga tradición de mestizaje, algunos pueblos que se auto-reconocen como indígenas y guardan parte de sus instituciones hayan perdido el idioma indígena.

Por lo anterior la Comisión de Expertos ha reconocido que la aplicación del artículo 1° del Convenio no exige el mantenimiento de una lengua originaria.⁵⁸ La Directiva, en cambio, exige la retención de una institución social y cultural particular: el idioma y, por lo tanto va más allá de lo señalado por el Convenio 169 de la OIT.

2.1.4. El requisito obligatorio del mantenimiento de una lengua indígena representa una violación al derecho de la libre determinación bajo la normativa internacional.

La Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas reconoció que los pueblos indígenas tienen derecho a la libre determinación.⁵⁹ La

los idiomas indígenas. OIT, Los derechos de los pueblos indígenas y tribales en la práctica. Una guía sobre el Convenio 169 de la OIT, oc. Cit. pág 117.

⁵⁷ Convenio 169 de la OIT, énfasis por fuera del texto original.

⁵⁸ La Comisión de Expertos ha constatado que el idioma no puede constituir el único factor de identificación en el contexto de la identificación de los pueblos indígenas en las estadísticas. En México, desde el inicio de los censos formales en 1895, la lengua ha sido el principal criterio utilizado para identificar a la población indígena. Sin embargo, dado que muchos pueblos indígenas han perdido su idioma, la Comisión de Expertos solicitó al Gobierno que informase si las personas en la categoría “no habla lengua indígena y pertenece a un grupo indígena” gozaban de la protección del Convenio. La Comisión notó que “no se restringe la aplicación de su artículo 1 que no contempla el criterio lingüístico para definir a los pueblos protegidos por el Convenio”. Comisión de Expertos, 76a. sesión, 2005, Solicitud Directa Individual, México, envío 2006.⁵⁸

⁵⁹ Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas y tribales, Arts. 3, 4.

libre determinación es un derecho humano universal,⁶⁰ lo que significa que los pueblos indígenas tienen derecho a perseguir “libremente su desarrollo económico, social y cultural.”⁶¹.

El requisito de lengua indígena propuesto por la Directiva exige que los pueblos indígenas permanezcan sin cambios, por ejemplo, en la elección del idioma que quieren utilizar. Los pueblos indígenas no deben ser forzados a permanecer estáticos para poder disfrutar de los derechos reconocidos por el Convenio 169 de la OIT. Para determinarse libremente deben poder dialogar e interactuar con otros pueblos sin restricciones y de acuerdo a sus propios deseos. En este proceso, los pueblos indígenas tienen el derecho a decidir de manera libre qué idioma quieren utilizar.

En otros casos, como se señalaba en la implementación de la Directiva en el caso de la situación de los pueblos indígenas desplazados, la pérdida de la lengua materna no se ha dado de manera voluntaria. Por el contrario, la historia de discriminación y los proyectos de asimilación impulsados por los Estados nacionales obligaron a muchos pueblos a perder su lengua originaria al imponerles el requisito de hablar un idioma europeo reconocido como idioma nacional. Por eso, también, el requisito de la Directiva viola tanto la letra como el espíritu del Convenio 169.

2.2. La auto-identificación es como pueblos y no como individuos según el Convenio 169 de la OIT

El artículo 7.1.4 de la *Directiva que regula el funcionamiento de la Base de Datos Oficial de Pueblos Indígenas u originarios* (en adelante la Directiva) estipula que: “[e]l criterio subjetivo se refiere a la auto-identificación de las personas que forman parte de un colectivo humano como pertenecientes a un pueblo indígena u originario del territorio nacional”. Consideramos que la norma establecida por el Ministerio de

⁶⁰ James Anaya, “El Derecho de los Pueblos Indígenas a la libre determinación tras la adopción de la Declaración”, en Claire Charters y Rodolfo Stavenhagen, Eds., *El desafío de la Declaración. Historia y futuro de la declaración de la ONU sobre pueblos indígenas*, Copenhague, IWGIA, 2010, p. 195

⁶¹ *Ibidem*, Art. 3

Cultura viola las obligaciones establecidas por el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y los estándares internacionales.

Esta sección recopila dos acápites del artículo 7.1.4. de la Directiva y desarrolla tres argumentos centrales que demuestran la contravención del Perú a sus compromisos internacionales de protección de los derechos de los pueblos indígenas. En primer lugar se presentarán las dos secciones del artículo 7.1.4. que serán examinadas. En segundo lugar, se expondrá cómo la auto-identificación a nivel personal exigida por la Directiva va en contravía de la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de Naciones Unidas (en adelante la Declaración) y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CoIDH). En tercer lugar se examinará la expresión “pueblo indígena u originario” que usa la Directiva en el criterio subjetivo de las acciones de identificación de pueblos indígenas. La evaluación de este criterio se realizará a la luz del desarrollo del derecho internacional, el Convenio 169 de la OIT y la jurisprudencia de la CoIDH. Por último, se evaluarán dos consecuencias de la Directiva que regula la Base de Datos Oficial de Pueblos Indígenas y Originarios del Perú.

Los dos apartes del artículo 7.1.4 que se evaluarán en el presente documento son:

- (i) Auto-identificación de las personas.
- (ii) Como pertenecientes a un pueblo indígena u originario.

2.2.1. La auto-identificación individual como elemento determinante del criterio subjetivo es contraria a los estándares establecidos por el derecho internacional.

La Directiva en el criterio subjetivo del artículo 7.1.4 “[...] se refiere a la auto-identificación de las personas que forman parte de un colectivo humano (...)” (art. 7.1.4., Directiva 2012). De esa forma la Directiva se basa en la auto-identificación de

las personas en sentido individual para determinar la existencia de un pueblo colectivo.

Por el contrario los instrumentos de derecho internacional basan la auto-identificación en sentido colectivo. Es decir que son las colectividades el sujeto central de la auto-identificación. Una vez la colectividad se ha auto-identificado como tal, corresponde a las personas reconocerse como pertenecientes a ese pueblo.

2.2.2. Auto-identificación colectiva en el Convenio 169 de la OIT

En el Convenio 169 de la OIT, el artículo 1(2)⁶² se refiere a la auto-identificación colectiva como criterio subjetivo para determinar la aplicación de sus disposiciones a los pueblos indígenas y tribales. La Organización Internacional del Trabajo (2009), analizando el artículo 1(2) del Convenio 169 estipula que éste reconoce

“(…) la auto-identificación de los pueblos indígenas o tribales como un criterio fundamental. Este es un criterio subjetivo del Convenio núm. 169, que asigna una importancia fundamental a si un pueblo determinado se considera indígena o tribal y a si una persona se identifica como perteneciente a ese pueblo” (OIT: 2009, 10).

Según lo establecido en el Convenio 169⁶³, frente al criterio subjetivo que determina el ámbito de aplicación y protección de este instrumento internacional, el Estado Peruano está obligado a incorporar en el derecho interno la regla del artículo 1(2). Por lo tanto, la interpretación que realiza la Directiva del criterio subjetivo es contraria a la establecida en el Convenio 169, dado que la auto-identificación en la Directiva depende de los sujetos entendidos de manera individual y no de las colectividades.

⁶² El artículo 2 estipula “[l]a conciencia de su identidad indígena o tribal deberá considerarse un criterio fundamental para determinar los grupos a los que se aplican las disposiciones del presente Convenio”.

⁶³ El Estado peruano ratificó el Convenio 169 el 2 de febrero de 1994 (OIT: s.f.).

2.2.3. Auto-identificación colectiva y autodeterminación en el Sistema Universal de los Derechos Humanos

El criterio subjetivo (práctica de la auto-identificación) es un eje rector del derecho internacional (Grupo de Naciones para el Desarrollo, 2009), pues les permite a los pueblos indígenas y tribales ejercer su derecho a la autodeterminación colectiva. La Declaración⁶⁴, en el artículo 33⁶⁵, establece los derechos de los pueblos indígenas a decidir sus propias identidades, procesos de pertenencia e instituciones. En este artículo los Estados que adoptaron la Declaración reconocen que el ejercicio del derecho a la determinación de la identidad se da de manera colectiva en los ámbitos de las costumbres, tradiciones y composición institucional.

Por otra parte, la Declaración reconoció el derecho de los pueblos indígenas a la libre determinación en los artículos 3⁶⁶ y 4⁶⁷. En concordancia con el artículo 33, los artículos 3 y 4 fueron redactados para la protección de los sujetos colectivos (pueblos indígenas). En el derecho internacional se ha entendido que el derecho a la libre determinación está compuesto por dos aristas: la interna y la externa. De acuerdo al Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (1996) la visión interna del derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas se refiere al derecho de los pueblos a determinar de manera libre y autónoma sus visiones económicas, sociales y culturales de desarrollo sin la intervención de agentes externos (CEDR, 1996). Por el otro lado, la visión externa del derecho a la libre determinación implica el derecho de

⁶⁴ El Estado peruano adoptó la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de Naciones el 13 de septiembre de 2007 (Asamblea General de las Naciones Unidas, 2007).

⁶⁵ El artículo 33 de la Declaración establece que “1. Los pueblos indígenas tienen derecho a determinar su propia identidad o pertenencia conforme a sus costumbres y tradiciones. Ello no menoscaba el derecho de las personas indígenas a obtener la ciudadanía de los Estados en que viven. 2. Los pueblos indígenas tienen derecho a determinar las estructuras y a elegir composición de las instituciones de conformidad con sus propios procedimientos”.

⁶⁶ El artículo 3 de la Declaración establece que “Los pueblos indígenas tienen derecho a la libre determinación. En virtud de ese derecho determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultura”.

⁶⁷ El artículo 4 de la Declaración determina que “Los pueblos indígenas, en ejercicio de su derecho a la libre determinación, tienen derecho a la autonomía o al autogobierno en las cuestiones relacionadas con sus asuntos internos y locales, así como a disponer de medios para financiar sus funciones autónomas”.

todos los pueblos a determinar de manera libre y autónoma su estatus político y su lugar en la comunidad internacional basados en el principio de igualdad y no discriminación (CEDR, 1996).

La visión clásica, expuesta por el CEDR, ha sido reformulada por el Relator Especial de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas James Anaya⁶⁸. De acuerdo a Anaya, la visión substantiva del derecho a la libre determinación se conforma por dos facetas: la constitutiva⁶⁹ y la continua⁷⁰ (Anaya, 1993).

En el desarrollo de la arista continua del derecho a la libre determinación es que Anaya ha introducido la dimensión interna del derecho a la participación establecido en el artículo 4 de la Declaración. En virtud del artículo 4 los pueblos de manera colectiva ejercen su autonomía, autogobierno y mantienen los sistemas jurídicos y de justicia (Anaya, 2010, pág. 30).

Por las razones expuestas anteriormente, la Declaración estipula los derechos de los pueblos indígenas en términos colectivos. Tanto el derecho a decidir sobre sus propias identidades, procesos de pertenencia e instituciones (art. 33) como el derecho a la libre determinación (art. 3 y 4), dependen de una auto-identificación colectiva como pueblos indígenas.

El Estado peruano al establecer que “[e]l criterio subjetivo se refiere a la **auto-identificación de las personas que forman parte de un colectivo humano (...)**” (art. 7.1.4., Directiva 03 de 2012 – negrilla por fuera del texto original) está enfocándose en la auto-identificación individual de los sujetos como pertenecientes a un pueblo indígena. Por el contrario, en el derecho internacional se estipuló que la

⁶⁸ Para profundizar en la división propuesta por Anaya en términos de la visión substantiva y de reparación, Ver Anaya (1993).

⁶⁹ Por la faceta constitutiva el Relator Anaya se refiere a tres fenómenos: el momento de formación de las instituciones, el momento de transformación de las Constituciones o cuando se amplía el ámbito de autoridad.

⁷⁰ Por la faceta continua se clasifica la forma y funcionamiento del orden de gobierno institucional por medio del cual los pueblos determinan de manera libre su desarrollo económico, social y cultural.

auto-identificación de los pueblos indígenas se da de manera colectiva. Por lo tanto, el elemento individual es la determinación por parte de una persona de su pertenencia a un grupo que se auto-identificó previamente como colectivo.

2.2.4. Auto-identificación colectiva en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Por último, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido que el derecho a la identidad cultural colectiva de los pueblos indígenas es una guía de interpretación transversal para garantizar los derechos de los pueblos indígenas protegidos por la Convención Americana de Derechos Humanos (Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador, 2012, pár. 215). A su vez el derecho a la identidad cultural es “(...) es un derecho fundamental y de **naturaleza colectiva** de las comunidades indígenas, que debe ser respetado en una sociedad multicultural, pluralista y democrática (...)” (Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador, 2012, pár. 217 – negrilla por fuera del texto).

En reiteración del concepto colectivo dado por la CoIDH, en el caso de *Saramaka vs. Suriname*, la Corte estableció que “(...) la falta de identificación individual respecto de las tradiciones y leyes (...) por parte de algunos miembros de la comunidad no puede utilizarse como un pretexto para denegar al pueblo (...) el derecho a la personalidad jurídica” (CIDH: 2007, pár. 164). En opinión criterio de la CoIDH, la auto-identificación de los pueblos no depende de los individuos sino del sujeto colectivo; lo que muestra que la interpretación de esta Corte también es contraria a la estipulación realizada por el Estado peruano en la Directiva.

2.3. La interpretación restringida del concepto de pueblo indígena u originario es contraria a los estándares establecidos por el derecho internacional

En el artículo 7.1.4 el Estado peruano se refiere de manera restringida al concepto de pueblo indígena u originario, ignorando que en la realidad social varios pueblos cumplen con los requisitos establecidos por el Convenio 169 de la OIT pero no se auto-identifican bajo la categoría de “pueblo indígena”. En este aspecto se debe declarar la inconstitucionalidad de la Directiva dado que por darle preeminencia a una interpretación formal, se están desconociendo los derechos sustanciales de varios pueblos colectivos.

En primer lugar, en el derecho internacional no se ha adoptado una definición concreta del significado de pueblos indígenas⁷¹. Por el contrario las construcciones que se han dado apuntan a establecer elementos para caracterizar a los pueblos, sin restringir la aplicación de la categoría. Es decir que los criterios en el derecho internacional funcionan como pautas de interpretación de la realidad pero no son definiciones unívocas. Frente a este tema, el Grupo de Trabajo sobre Poblaciones Indígenas de Naciones Unidas (1996) propuso que los factores de identificación de los pueblos indígenas representan algunas características que pueden presentarse, en mayor o menor grado, en distintos contextos nacionales y locales. Por lo anterior, los

⁷¹ Existen dos ejemplos de la construcción de criterios de identificación de pueblos indígenas. El primero de ellos es *el Estudio del Problema de la Discriminación contra las Poblaciones Indígenas* presentado por José R. Martínez Cobo (Relator Especial para el Informe) [E/CN.4/Sub.2/1986/7]. Este estudio propone un marco de identificación de pueblos indígenas como aquellos grupos que “(...) teniendo una continuidad histórica con las sociedades anteriores a la invasión y pre-coloniales que se desarrollaron en sus territorios, se consideran distintos de otros sectores de las sociedades que ahora prevalecen en esos territorios o en partes de ellos. Constituyen ahora sectores no dominantes de la sociedad y tienen la determinación de preservar, desarrollar y transmitir a futuras generaciones sus territorios ancestrales y su identidad étnica como base de su existencia continuada como pueblos, de acuerdo con sus propios patrones culturales, sus instituciones sociales y sistemas legales”. El segundo ejemplo es *Documento de Trabajo sobre el Concepto de “Pueblos Indígenas”* del Grupo de Trabajo sobre Poblaciones Indígenas (E/CN.4/Sub.2/AC.4/1996/2). Este estudio determina que se consideran pueblos indígenas a los que cumplan con 4 elementos “(1) la prioridad en el tiempo por la que respecta a la ocupación y el uso de determinado territorio; (2) la perpetuación voluntaria de la distinción cultural, que puede incluir los aspectos del idioma, la organización social, la religión y los valores espirituales, los modos de producción, las leyes e instituciones, (3) la conciencia de la propia identidad, así como su reconocimiento por otros grupos, o por las autoridades estatales, como una colectividad distinta; y (4) una experiencia de sometimiento, marginación, desposeimiento, exclusión o discriminación, independientemente de que estas condiciones persistan o no” (Grupo de las Naciones Unidas para el Desarrollo, 2009: 9).

elementos de caracterización no son taxativos si no pautas para la implementación de los instrumentos internacionales.

El artículo 1 del Convenio 169 de la OIT establece los criterios objetivos (artículo 1(a) y 1(b)) y subjetivos (artículo 1(2)) para identificar los pueblos a los cuales se les aplican las medidas establecidas en ese instrumento internacional. Para la OIT (2009) “[e]l Convenio no define estrictamente quiénes son pueblos indígenas y tribales sino que describe los pueblos que pretende proteger” (OIT: 2009). Lo anterior es una decisión deliberada pues la construcción de un concepto cerrado simplificaría la realidad de los pueblos indígenas. Para la Secretaría del Foro Permanente de Asuntos para Pueblos Indígenas, la construcción de una definición cerrada de pueblos indígenas sería sub o sobre-inclusiva, teniendo sentido en algunos contextos locales pero no en otros (Secretaría del Foro Permanente de Asuntos para Pueblos Indígenas, 2009).

Por lo anterior los pueblos indígenas protegidos por el Convenio 169 son aquellos que cumplen con los criterios objetivos y el criterio subjetivo de la auto-identificación como pueblo colectivo. En el caso concreto del Perú, la denominación de “pueblos indígena u originario” establecida en la Directiva debe entenderse como una categoría que se refiere a los criterios objetivos y subjetivos establecidos por el Convenio. Por esa razón no importa la categoría con la cual se denominen los pueblos; dado que si estos cumplen con los dos requisitos establecidos en el artículo 1 del Convenio 169 de la OIT, deben ser considerados sujetos colectivos de protección.

Por último, en el caso de *Xakmok Kásek vs. Paraguay* la CoIDH estableció que no le corresponde a la Corte “[...] ni al Estado determinar la pertenencia étnica (...) de la comunidad (...) [pues] es un hecho histórico social que hace parte de su autonomía, razón por la cual la Corte y el Estado deben limitarse a respetar las determinaciones que en este sentido presenta la comunidad, es decir, la forma como esta se auto-identifique” (CIDH, 2010: pár. 37). De esa forma la auto-denominación que realicen los propios pueblos indígenas hace parte del ámbito de su derecho a la autonomía y la

libre determinación. Por lo anterior el Estado no podrá denegar los derechos de los pueblos indígenas que se aut nombren bajo categorías diferentes a la de “pueblo indígena u originario”.

2.4. Relación de la Base de Datos Oficial de Pueblos Indígenas u Originarios con otros derechos de los pueblos indígenas

La regulación establecida por el Viceministerio de Interculturalidad del Ministerio de Cultura a través de la *Directiva No. 03-2012/MC o Directiva que regula el funcionamiento de la Base de Datos Oficial De Pueblos Indígenas u Originarios* debe ser declarada como inconstitucional pues viola los derechos a la libre determinación y autonomía de los pueblos indígenas del Perú.

El Estado peruano tiene la obligación de reconocer que el derecho a la auto-identificación de los pueblos indígenas es un proceso colectivo y no individual. A su vez, está obligado a proteger a todos los pueblos indígenas que cumplan con los criterios objetivos y el criterio subjetivo del Convenio 169 de la OIT, de manera independiente a la denominación que de manera autónoma elijan los pueblos.

Si el Estado peruano reconoce de manera adecuada el derecho colectivo a la auto-identificación, avanzará en la garantía de otras obligaciones derivadas del derecho mencionado. La primera de ellas es el reconocimiento e identificación en los sistemas de información del Estado. La OIT (2009) ha recalado la importancia de las obligaciones mencionadas, por las repercusiones que tienen en la protección de los derechos derivados del reconocimiento como pueblo indígena. Para la OIT la falta de reconocimiento de los pueblos indígenas “(...) hace que sea difícil monitorear de forma precisa los efectos de las intervenciones estatales en cuanto a los pueblos indígenas y deja a los organismos normativos sin la información necesaria para elaborar políticas y programas” (OIT, 2009).

Por último en el caso específico de la Base de Datos, la vulneración del reconocimiento de los pueblos indígenas afecta la garantía de otros derechos colectivos como los territoriales. Dado que la posible exclusión de los pueblos de la Base de Datos genera incertidumbre en relación a su participación dentro de los procesos de consulta previa.