



UNIVERSIDAD
DE PIURA

REPOSITORIO INSTITUCIONAL
PIRHUA

UNA NECESARIA REVISIÓN DE LOS
MECANISMOS DE ADAPTACIÓN DEL
DIDH EN EL ORDENAMIENTO
JURÍDICO PERUANO: EL CASO DE
LOS CRITERIOS DE
IDENTIFICACIÓN DE LAS
COMUNIDADES INDÍGENAS
RECONOCIDOS POR EL CONVENIO
169 DE LA OIT

Darwin Duque-Morales

Piura, junio de 2015

FACULTAD DE DERECHO

Área Departamental de Derecho

Duque, D. (2015). *Una necesaria revisión de los mecanismos de adaptación del DIDH en el ordenamiento jurídico peruano: el caso de los criterios de identificación de las comunidades indígenas reconocidos por el convenio 169 de la OIT* (Tesis de licenciatura en Derecho). Universidad de Piura. Facultad de Derecho. Programa Académico de Derecho. Piura, Perú.



Esta obra está bajo una [licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivadas 2.5 Perú](#)

[Repositorio institucional PIRHUA – Universidad de Piura](#)

DARWIN ANDRÉS DUQUE MORALES

**UNA NECESARIA REVISIÓN DE LOS MECANISMOS DE
ADAPTACIÓN DEL DIDH EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO
PERUANO: EL CASO DE LOS CRITERIOS DE
IDENTIFICACIÓN DE LAS COMUNIDADES INDÍGENAS
RECONOCIDOS POR EL CONVENIO 169 DE LA OIT**



**UNIVERSIDAD DE PIURA
FACULTAD DE DERECHO**

Tesis para optar el Título de Abogado

2015

APROBACION

Tesis titulada “*UNA NECESARIA REVISIÓN DE LOS MECANISMOS DE ADAPTACIÓN DEL DIDH EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO: EL CASO DE LOS CRITERIOS DE IDENTIFICACIÓN DE LAS COMUNIDADES INDÍGENAS RECONOCIDOS POR EL CONVENIO 169 DE LA OIT*”, presentada por DARWIN ANDRÉS DUQUE MORALES en cumplimiento con los requisitos para optar el Título de Abogado, fue aprobada por la Directora SUSANA MOSQUERA MONELOS.

Dra. Susana Mosquera Monelos.

AGRADECIMIENTOS

Agradezco a Dios quien supo guiarme por el buen camino y darme fuerzas para seguir adelante. A mis padres por su apoyo, consejos, comprensión, amor, ayuda en los momentos difíciles y por ayudarme constantemente en mis estudios.

A la Dra. Susana Mosquera Monelos, por su constante y paciente asistencia, por sus apreciados y relevantes aportes, críticas y sugerencias durante el desarrollo de esta investigación.

INDICE

ABREVIATURAS

INTRODUCCIÓN

CAPÍTULO I

EL CONVENIO 169 DE LA OIT Y EL MARCO DESCRIPTIVO DE PUEBLO INDÍGENA EN EL DERECHO INTERNACIONAL

1. El Convenio 169 de la OIT.....	01
2. Contenido del Convenio 169 de la OIT.....	03
a) Elemento subjetivo: Los criterios de identificación de los pueblos indígenas.....	04
b) Elemento objetivo.....	06

CAPÍTULO II

FUNDAMENTOS HISTÓRICOS DE LOS CRITERIOS DE IDENTIFICACIÓN QUE DESCRIBEN A LOS PUEBLOS INDÍGENAS EN EL CONVENIO 169 DE LA OIT

1. Estudio de la OIT sobre poblaciones indígenas.....	09
2. Convenio 107 de la OIT sobre Poblaciones Indígenas y Tribales en países independientes (1957).....	10
3. Estudio de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) sobre la Discriminación sobre las poblaciones indígenas.....	11
4. La actual definición y su repercusión en las Naciones Unidas.....	13

CAPITULO III

FUNDAMENTOS JURÍDICOS QUE RECONOCEN Y DESARROLLAN LOS CRITERIOS DE IDENTIFICACIÓN DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS DEL CONVENIO 169 DE LA OIT

1. Fundamentos normativos que reconocen los criterios de identificación de los pueblos indígenas del Convenio 169 de la OIT a través de derechos fundamentales.....	17
---	----

2. Fundamentos Jurisprudenciales que desarrollan los criterios de identificación de los pueblos indígenas del Convenio 169 de la OIT.	
a) Sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.....	19
a.1) Caso 1: Comunidad Indígena Saramaka vs Surinam. Los criterios de identificación y el derecho de reconocimiento de la personalidad jurídica de los pueblos indígenas.....	20
a.2) Caso 2: Comunidad Indígena Xakmok Kásek vs Paraguay. La auto-identificación y el derecho de identidad étnica.....	24
a.3) Caso 3: Comunidad Indígena Kichwa de Sarayaku vs Ecuador...	25
b) Sentencias del Tribunal Constitucional Peruano.....	27

CAPITULO IV

EL CONVENIO 169 DE LA OIT EN EL SISTEMA JURIDICO PERUANO

1. Incorporación del Convenio 169 de la OIT en el ordenamiento interno.....	33
a) Ratificación del Convenio 169 de la OIT.....	35
b) Implementación del Convenio 169 de la OIT.....	38
b.1) Implementación de buena fe.....	42
b.2) Implementación simultánea: El proceso de la supervisión regular.....	43
2. El Convenio 169 de la OIT y los tratados internacionales de derechos humanos en el derecho constitucional peruano.....	44
a) La jerarquía constitucional del Convenio 169 de la OIT.....	46
b) La fuerza normativa del Convenio 169 de la OIT.....	51

CAPITULO V

LOS CRITERIOS DE IDENTIFICACIÓN DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS DEL ORDEN JURÍDICO PERUANO: UN DEFECTO EN LA IMPLEMENTACION DEL CONVENIO 169 DE LA OIT

1. Regulación normativa de los criterios de identificación de los pueblos indígenas en el derecho peruano.	55
a) El artículo 7 la Ley de Consulta Previa N° 29785	56

b) La disposición 7.1 La Resolución Ministerial 202-2012/MC..	57
2. Los criterios de identificación de los pueblos indígenas del derecho peruano como caso de incorrecta adecuación de las normas de orden interno al Convenio 169 OIT.	
a) La adaptación o adecuación de las normas internas a las normas internacionales.....	60
b) La deficiente adaptación de las disposiciones de orden interno sobre los criterios de identificación de los pueblos indígenas al Convenio 169 de la OIT.....	65
b.1) El artículo 7 de la ley de Consulta Previa y su incompatibilidad respecto al artículo 1 del Convenio 169. Desnaturalización al Convenio 169 de la OIT.....	65
b.2) La disposición 7.1 de la Resolución Ministerial 002-2012/MC y su incompatibilidad respecto al artículo 1 del Convenio 169 de la OIT.....	73

CAPITULO VI

PROPUESTAS DE REVISIÓN

1. Reforma legislativa del artículo 7 de la ley de consulta previa: Debida adaptación al artículo 1 del Convenio 169 de la OIT y fórmula legal.....	79
2. Otros mecanismos jurídicos de solución.....	81
a) A nivel nacional ante el Tribunal Constitucional.....	81
b) A nivel internacional ante la OIT.....	81
3. Propuesta adicional: El Vice ministerio de Interculturalidad debe ser el órgano encargado de identificar a los pueblos indígenas en la etapa de identificación del proceso de consulta previa.....	83

CONCLUSIONES.....	87
-------------------	----

BIBLIOGRAFÍA.....	91
-------------------	----

ANEXOS.....	99
-------------	----

ABREVIATURAS

Art.- artículo.

CEACR-Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la Organización Internacional de Trabajo.

CADH- Convención Americana de Derechos Humanos.

CIDH - Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

CAN- Comisión de Aplicación de normas de la Conferencia Internacional de Trabajo.

Corte IDH- Corte Interamericana de Derechos Humanos.

COMISEH- Comisión de Derechos Humanos.

CPC- Código Procesal Constitucional.

CVDT- Convención de Viena sobre los Derechos de los Tratados.

DFT- Disposición Final y Transitoria.

DIDH- Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

DNUDPI- Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas.

DUDH- Declaración Universal de los Derechos Humanos.

Ed. - Edición.

EXP- Expediente.

Ibídem- en el mismo lugar.

OIT – Organización Internacional de Trabajo.

ONU- Organización de Naciones Unidas.

Op.cit.- opus citatum(obra citada).

párr.- párrafo.

PIDCP- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

pág.- página.

TC- Tribunal Constitucional Peruano.

Vol- Volumen

INTRODUCCIÓN

El derecho internacional moderno se caracteriza cada vez más por el crecimiento dramático y la influencia del derecho de los tratados. El número de tratados bilaterales, multilaterales se han multiplicado exponencialmente debido a que los problemas a los que se enfrentan los Estados modernos requieren soluciones rápidas o novedosas basadas en principios de cooperación internacional. El Perú es un país que ha suscrito numerosos tratados internacionales sobre derechos humanos, lo que ha sido muestra de su interés en encauzar las políticas internas siguiendo las directrices y los estándares que la comunidad internacional ha venido adoptando. Durante mucho tiempo, la doctrina constitucional nacional ha debatido respecto a la relación del orden interno y los tratados internacionales de derechos humanos asuntos como la jerarquía que los tratados ocupan en la estructura normativa peruana o de manera más reciente las reglas sobre la incorporación o no al derecho peruano de los derechos que esos instrumentos consagran. La jurisprudencia en cambio, ha resuelto los temas de controversia ofreciendo fundamentos jurídicos decisivos y determinantes, aplicados por muchos jueces y juristas en la práctica del derecho constitucional peruano. No obstante, y a pesar del exhaustivo tratamiento jurídico a los asuntos señalados, lo cierto es que aunque se ha hecho un gran esfuerzo para llevar a cabo la recepción de los tratados de derechos humanos en el ordenamiento interno, el Estado no termina de cumplir efectivamente sus obligaciones en materia de derechos humanos.

Se sabe que cuando un Estado incorpora un tratado internacional de derechos humanos se compromete a cumplir determinadas obligaciones. En ese sentido, los Estados deben realizar acciones tendientes a la

creación de medidas de aplicación del tratado para el pleno goce, respeto, garantía y ejercicio de los derechos humanos consignados en los tratados. Por consiguiente, los Estados deben asegurar que las normas internacionales operen dentro de su jurisdicción, incorporando e integrando dichas normas al marco jurídico nacional o promulgando normas internas que las reproduzcan. La necesidad de que los Estados revisen sus leyes internas para adecuarlas a los estándares internacionales, es una obligación fundamental que deriva de la ratificación interna del tratado. La implementación de un tratado de derechos humanos juega un papel importante dentro del rol activo y participativo de todo Estado miembro en la producción y aplicación de las normas del derecho internacional. El propósito es que las normas nacionales deban hacerse compatibles con las normas internacionales. En ese sentido, es indispensable una correcta adecuación del derecho interno al derecho internacional por implicar una coordinación y armonía entre los dos sistemas jurídicos que confluyen. En el Perú, si bien el Estado ha mostrado gestos importantes en la implementación de los compromisos internacionales relativos a los derechos humanos, los cuales se han plasmado en numerosas propuestas, planes de acción y normas de gran trascendencia social, muchas de estas medidas no han sido desarrolladas efectivamente. La incorrecta adaptación o adecuación de ciertas normas nacionales a los estándares internacionales por ejemplo, ha sido una de las fallas cometidas por el Estado peruano en el proceso de recepción de tratados como el Convenio 169 de la OIT.

En materia de derechos de los pueblos indígenas y después de algunos años de tramitación en el Congreso, el Perú ratificó el Convenio 169 de la OIT, tratado que reconoce derechos colectivos en favor de los pueblos indígenas al más alto nivel por su naturaleza convencional y fuerza vinculante. La incorporación de esta importante Convención en el orden interno significó una mayor cobertura y soporte al reconocimiento y defensa de los derechos de muchas comunidades indígenas del país. Sin embargo, la defectuosa implementación del Convenio ha supuesto en determinados casos una actuación deficiente por parte del Estado. Así por ejemplo, la Ley de Consulta Previa N° 29785, medida legislativa aprobada por el Estado en virtud del Convenio 169 de la OIT para el desarrollo de los procedimientos para llevar a cabo el ejercicio del

derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas (pieza angular del tratado internacional), contiene disposiciones normativas que no han sido tratadas de conformidad con lo dispuesto en la norma internacional.

El caso de los criterios de identificación de los pueblos indígenas es una de las materias que demuestra el carácter laxo que tuvo la implementación del Convenio 169 de la OIT dando así pie a una situación de incompatibilidad entre sistemas jurídicos. Los artículos 7 de la Ley de Consulta Previa y 7.1 de la Resolución Ministerial 202-2012/MC contienen un tratamiento distinto a los criterios de identificación de los pueblos indígenas que establece la disposición 1 del Convenio 169 de la OIT. El legislador interno no ha usado una referencia directa a las disposiciones del tratado internacional. Esta incorrecta adaptación de las normas de orden interno a las normas del orden internacional simboliza un defecto en la integración normativa y armonizadora entre el orden peruano y el internacional así como la desnaturalización y minimización del impacto del Convenio 169 de la OIT en el derecho peruano.

Este trabajo se enmarca dentro de este contexto jurídico y propone a una necesaria revisión del deficiente mecanismo de adaptación del DIDH en el sistema jurídico peruano. Se presenta así un estudio de los criterios de identificación de los pueblos indígenas en el orden interno como un defecto de la implementación del Convenio 169 de la OIT en nuestro ordenamiento jurídico.

En ese sentido, la estructura del estudio es la siguiente: En el primer capítulo se analizan los criterios de identificación de los pueblos indígenas, materia que forma parte del contenido del Convenio 169 de la OIT en el campo del derecho internacional. Se hace así un estudio del Convenio 169 y su estatus jurídico en el orden internacional. Asimismo, se examinan los elementos subjetivos y objetivos que comprende su contenido, el primero relativo a los criterios de identificación de los pueblos indígenas y el segundo alusivo a los derechos y obligaciones reconocidos por el tratado internacional. Siendo el elemento subjetivo el asunto de mayor atención, sobre él se hace una revisión a la importancia y finalidad de su aplicación por parte de los Estados miembros de la OIT.

El uso de los criterios de identificación de los pueblos indígenas es una materia que ha formado parte de numerosos trabajos de investigación preparados por la OIT, en el marco de protección de los derechos indígenas a nivel internacional. A fin de conocer la manera cómo ha sido construida su regulación en el campo del derecho, resulta justificado que como capítulo segundo se estudien sus fundamentos históricos, partiendo de las primeras investigaciones llevadas a cabo por la OIT sobre poblaciones indígenas hasta su actual definición en el Convenio 169 de la OIT y su repercusión en el derecho internacional.

La identificación de los pueblos indígenas, ha sido objeto de reconocimiento por otros instrumentos internacionales y fuentes jurisprudenciales en el derecho internacional. En ese sentido, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas es un fundamento normativo complementario que reconoce los criterios de identificación de los pueblos indígenas del Convenio 169 de la OIT a través de derechos fundamentales. Asimismo, la jurisprudencia tanto de la Corte IDH en el marco del derecho internacional, como la del TC en el derecho peruano han resaltado la relevancia de la materia en el marco de los principales derechos indígenas. Estos aspectos son trabajados como parte del tercer capítulo de la presente investigación, a fin de rebatir el tratamiento jurídico que tiene los criterios de identificación en el ordenamiento peruano. Así en el estudio de la Declaración se resaltan determinadas características, como su alto grado de observancia por los Estados miembros y su amplio reconocimiento de derechos indígenas, entre ellos la auto-identificación, criterio del Convenio 169 de la OIT. Respecto a la jurisprudencia de la Corte IDH, se analiza la importancia que ha brindado a la identificación de los pueblos indígenas del Convenio 169 de la OIT a través de tres casos: el primero en relación a la vulneración al derecho a la personalidad jurídica, el segundo respecto a la vulneración del derecho de identidad étnica, y el tercero relativo a la vulneración al derecho a la consulta previa. En cuanto a la jurisprudencia nacional del TC a pesar de no haber un estudio de los criterios de identificación de los pueblos indígenas del Convenio 169 de la OIT, se toma en cuenta el contenido de algunas sentencias basadas en la definición y delimitación el contenido esencial del derecho

de identidad étnica y cultural, conformado por elementos como la libertad de auto-identificación indígena, el derecho a determinar las prácticas culturales distintivas y el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica, asociados a los criterios de identificación de los pueblos indígenas dados por el derecho internacional.

Ahora bien, ingresando al asunto objeto central de este trabajo de investigación, debido a que la identificación de los pueblos indígenas del orden internacional ha sido planteada en el orden interno, es necesario conocer qué relación existe entre el Convenio 169 de la OIT y el sistema interno. Este asunto es abordado como capítulo cuarto considerando aspectos importantes, relativos a la incorporación que tiene todo tratado de derechos humanos en el derecho peruano, es decir: la ratificación, el deber de implementación, la jerarquía constitucional, el bloque de constitucionalidad, la fuerza normativa. Ya en el quinto capítulo, a fin de demostrar la deficiente implementación del Convenio 169 de la OIT en Perú por incorrecta adaptación de las disposiciones de los criterios de identificación de los pueblos indígenas del orden interno al Convenio 169 de la OIT se estudia la regulación interna como primer punto y seguidamente se analiza comparativamente los criterios de identificación de ambos sistemas. En este último punto, se analiza la doctrina que desarrolla el deber estatal de adaptar las normas de orden interno a las normas internacionales.

Finalmente, como capítulo de cierre, se ofrecen varias fórmulas jurídicas a fin de corregir la indebida implementación del Convenio 169 OIT, restablecer su aplicación y armonía en el orden interno y promover una mayor protección a los derechos de los pueblos indígenas en nuestro país a través de dos propuestas de revisión: La primera, una reforma legislativa respecto al artículo 7 de la Ley de Consulta Previa N°29785. La segunda como propuesta adicional, de igual forma que el caso anterior, una reforma legislativa al artículo 10 de la Ley de Consulta Previa a fin de atribuir al Vice ministerio de Interculturalidad la función de identificar a los pueblos indígenas en la etapa de identificación del proceso de consulta previa.

CAPITULO I

El Convenio 169 de la OIT y el marco descriptivo de pueblo indígena en el derecho internacional

1. El Convenio 169 de la OIT.

El Convenio 169 de la OIT (en adelante el Convenio 169) se define como el principal documento internacional jurídicamente vinculante, dedicado a la protección de los derechos fundamentales de los pueblos indígenas en el mundo.

Aprobado en 1989 por el pleno de la Conferencia Internacional de la OIT nació como un instrumento reformador, plasmando un nuevo enfoque en los derechos de los pueblos indígenas y desechando la perspectiva integracionista que había quedado obsoleta por ser perjudicial en el mundo moderno¹ mantenida por su antecesora, el Convenio 107 de la OIT. Este nuevo enfoque basado en que los pueblos indígenas son sociedades permanentes merecedoras de una protección a su diversidad cultural, hizo posible que se constituyera como la primera pieza importante del sistema más amplio de protección de los derechos humanos de los pueblos indígenas. Así lo explica por ejemplo el profesor Reisman, cuando manifiesta que los derechos indígenas pertenecen al sistema de los derechos humanos en la comunidad internacional: “The term "indigenous rights" has recently come to refer, within the larger system of the international protection of human rights, to a new pattern of claims, made by these surviving indigenous peoples, for direct protection

¹ Idea que fue propuesta por una Comisión de Expertos convocada en 1986 por el Consejo de Administración de la OIT.

by the international community and, where appropriate, restoration of rights taken from them in the past”².

En el marco de este sistema de protección de los derechos humanos, el Convenio 169 se caracteriza por ser un instrumento de gobernanza global en muchos países en el mundo, cuyo objetivo es superar las prácticas discriminatorias que afectan a los pueblos indígenas y hacer posible que participen en la adopción de decisiones que los afecten. Ante la evidencia de una particular condición de vulnerabilidad de los pueblos indígenas, el Convenio 169 postula el derecho a la consulta y participación como prerrogativas inherentes a su naturaleza originaria, cuyo fin radica en posibilitar la plena realización de todos sus derechos mediante la reivindicación de su dignidad e identidad como Pueblos y ciudadanos. Según la OIT, el espíritu de la consulta y la participación constituye la piedra angular del Convenio 169, sobre la cual se basan todas sus disposiciones, en tanto exige que los Pueblos Indígenas y Tribales sean consultados y participen de manera previa, libre e informada en los procesos de desarrollo y de formulación de políticas que los afecten³.

Asimismo, el Convenio 169 se fundamenta en el respeto a las culturas y las formas de vida de los pueblos indígenas y reconoce sus derechos sobre las tierras y los recursos naturales, así como el derecho a decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo. En definitiva está orientado a tratar la problemática de los pueblos indígenas y tribales en el mundo al territorio, a la vida, a la salud, a la cultura, a la religión, a su organización político social, económico e identidad propia y, participación en las decisiones estatales que los afecten directamente, los cuales forman principios básicos que sustentan el principal contenido del tratado.

² REISMAN MICHAEL, W. “Protecting Indigeneus Rights in Internacional Adjudication”, *Yale Law School Legal Scholarship Repository*, Faculty Scholarship Series, 1995, pág. 350.

³ SOCIEDAD PERUANA DE ECODESARROLLO. “Aprendiendo a consultar, aprendiendo a dialogar”, primera edición, Lima, Setiembre de 2011.

Respecto a su estatus jurídico, el Convenio 169 se basa en el carácter obligatorio para los Estados en virtud de su ratificación. Actualmente constituye un punto de referencia internacional, citado y utilizado por los órganos de la ONU, órganos regionales de derechos humanos y tribunales nacionales. Este tratado internacional ha inspirado numerosas políticas de desarrollo y medidas de protección y también marcos legislativos nacionales. Los Estados acogedores del Convenio 169 tienen la obligación de aplicarlo de buena fe, en la legislación y en la práctica, y asegurar que los pueblos indígenas sean consultados y puedan participar en el proceso. Esto implica que los Estados deben revisar y adaptar la legislación, las políticas y los programas de acuerdo a lo estipulado por el tratado, así como garantizar que se alcancen en la práctica los resultados previstos, incluyendo la eliminación de las diferencias socioeconómicas entre los sectores indígenas y no indígenas de la sociedad. En algunos de los países ratificantes, el Convenio 169 adquiere fuerza de ley desde su ratificación y puede invocarse ante los tribunales nacionales, los cuales pueden aplicar directamente sus disposiciones. Sin embargo, incluso en aquellos países en los que los tratados se aplican directamente, se necesitan por lo general disposiciones legislativas específicas para garantizar la aplicación efectiva del tratado⁴.

1. Contenido.

En cuanto a su contenido normativo el Convenio 169 presenta dos elementos fundamentales: el subjetivo, basado en criterios para la identificación de los pueblos indígenas y el objetivo fundamentado en el reconocimiento de derechos de integridad, cultura, consulta previa, medioambiente; derecho consuetudinario, modos de vida, formas de organización social, aspectos esenciales de la vida de los pueblos indígenas, etc.

⁴ OIT. “Comprender el Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169)”. *Manual para los mandantes tripartitos de la OIT*, primera ed., Oficina Internacional del Trabajo, Departamento de Normas Internacionales del Trabajo. Ginebra, 2013, pág.5.

a) Elemento subjetivo: Los criterios de identificación de los pueblos indígenas.

En su dimensión subjetiva el Convenio 169 no hace una definición precisa de lo que es un pueblo indígena⁵. Sólo se limita a describir al sujeto (pueblo indígena), a quién se le aplicarán sus disposiciones y se le reconocerá como titular de derechos fundamentales individuales y colectivos.

El artículo 1 regula esta dimensión: “El presente Convenio aplica (...) b) 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 el 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. 2. La conciencia de identidad indígena o tribal deberá considerarse un criterio fundamental para determinar los grupos a los que se aplican las disposiciones del presente convenio”.

En base a esta descripción, la OIT precisa los criterios de identificación que deben utilizarse conjuntamente para identificar quiénes son los pueblos indígenas en un país determinado⁶. Estos criterios son denominados como objetivos y uno subjetivo⁷. Los delineados en el artículo 1(1, b) constituyen los criterios objetivos relativos a características socioculturales y procedencia histórica de los referidos

⁵ La guía oficial de la OIT indica que “se pensó que una definición de quienes son indígenas y tribales limitaría y privaría a algunos de estos pueblos de los derechos que este Convenio les otorga”. Véase en TOMEI, MANUELA y SWEPSTON, LEE, “*Pueblos indígenas y tribales: Guía para la aplicación del Convenio núm. 169 de la OIT*”, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, pág. 7.

⁶ OIT. “Comprender el Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169)”. *Manual para los mandantes tripartitos de la OIT...*, op.cit., pág.2.

⁷ OIT. “Los derechos de los pueblos indígenas y tribales en la práctica, una guía sobre el Convenio 169 de la OIT”, primera edición, Ginebra, V.1, 2009, pág. 10.

pueblos, mientras que el regulado en el punto 1(2) constituye el criterio subjetivo. Estos son los siguientes:

- Continuidad histórica: Referida a la existencia del pueblo desde tiempos anteriores a la aparición del Estado.
- Conexión territorial: Da cuenta de los pueblos cuyos ancestros habitaban el país o región de un Estado al cual pertenecen.
- Instituciones políticas, culturales, económicas y sociales distintivas y cualquiera que sea la situación jurídica⁸ de los pueblos.
- Auto-identificación o conciencia de identidad indígena: Referida a los pueblos que tienen una identidad originaria.

De acuerdo a la OIT la aplicación de estos criterios tiene como finalidad identificar a los pueblos indígenas en los procesos políticos y legales internacionales y nacionales⁹ de acuerdo al contexto histórico actual en el que viven. La lógica del tratado es: “Si los pueblos son autores de su propio desarrollo tienen el derecho a evolucionar y eso no significa el no apartarse de su cultura”. Por ello es que en ese sentido, el mismo Convenio 169 les ha reconocido a los pueblos indígenas por ejemplo, el derecho a reivindicar sus tierras o el derecho a establecer sus prioridades de desarrollo, así como los medios y formas para alcanzarlas. Muchos Estados utilizan estos criterios de identificación a los pueblos indígenas, para responder a sus necesidades y prioridades específicas y para monitorear el impacto de las intervenciones sin dejar al margen la participación de estos. En nuestro país, son utilizados básicamente dentro del proceso a la consulta previa.

Asimismo, la OIT manifiesta que estos criterios de identificación deben ser aplicados conjuntamente debido a que la cobertura del Convenio 169 se basa en la combinación de todos, donde la auto-

⁸ Pueblos indígenas que estén o no reconocidos, titulados o inscritos bajo un estatus o nombre. A pesar que la OIT no lo ha diseñado en su guía, se ha fijado también como criterio objetivo en el presente trabajo, tal como está presente en el contenido de la disposición 1 del Convenio 169 OIT.

⁹OIT. “Los derechos de los pueblos indígenas y tribales en la práctica”..., op.cit., pág.10.

identificación se complementa con los criterios objetivos, y viceversa¹⁰. En ese sentido, para el reconocimiento a un pueblo como indígena deben concurrir todos los criterios de identificación. No obstante, los criterios objetivos pueden ser constatados¹¹ en su cumplimiento, dejando al margen a la auto-identificación por ser un elemento que sólo puede ser objetado por los pueblos indígenas¹².

b) Elemento objetivo:

El Convenio 169 reconoce derechos y obligaciones que deben ser respetados y puestos en práctica por los Estados que lo han ratificado, a través de los siguientes rubros:

a) Política General (Artículo 1°-12°):

- Acción de los gobiernos de respetar, promover y asegurar la plena efectividad de los derechos sociales, económicos y culturales de los pueblos indígenas, respetando su identidad social y cultural, sus costumbres y tradiciones, y sus instituciones.
- Importancia del derecho a la consulta, participación y desarrollo de los pueblos indígenas.

b) Tierras (Artículo 13°-19°):

- Importancia especial en la cultura y valor espiritual de la tierra, territorio colectivo y recursos naturales de los pueblos indígenas.

c) Contratación y Condiciones de empleo (Artículo 20°) :

¹⁰ *Ibíd*em, pág.10.

¹¹ La COMISEDH ha interpretado este supuesto afirmando que: “Los Estados no podrán contestar o rechazar la presencia del elemento subjetivo (ya que como señala la Corte IDH, ello corresponde únicamente al pueblo en cuestión) pero si están facultados para constatar el cumplimiento, al menos de los elementos objetivos previstos en el Convenio 169 de la OIT.” Véase en COMISEH, “La ley de Consulta Previa y su Reglamento en el Perú, Análisis desde la perspectiva del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, *Documento de Trabajo*, 2012, pág. 8.

¹² En el capítulo tercero se desarrolla con mayor precisión este tema tomando como fuente jurídica la jurisprudencia de la Corte IDH.

- Importancia en la protección a los trabajadores de los pueblos indígenas en materia de contratación y condiciones de empleo.
- d) Formación Profesional, Artesanía e Industria Rurales (Artículo 21°-23°)
- Importancia en la exigencia de los gobiernos a promover programas de formación profesional de aplicación general, artesanía e industrias rurales a los pueblos indígenas.
- e) Seguridad Social y Salud (Artículos 24°-25°)
- Importancia en la exigencia de los gobiernos a promover servicios de salud adecuados a los pueblos indígenas.
- f) Educación y medios de comunicación (Artículo 26°-31°)
- Importancia de adoptarse medidas para garantizar a los miembros de los pueblos indígenas interesados la posibilidad de adquirir una educación a todos los niveles.
- g) Contactos y Cooperación a través de las fronteras (Artículo 32°)
- Importancia de facilitar los contactos y la cooperación entre pueblos indígenas a través de las fronteras.

Respecto a ambas dimensiones es preciso resaltar que el Convenio 169 OIT adopta un enfoque inclusivo siendo su normativa igualmente aplicable a los pueblos tribales.

CAPITULO II

Fundamentos históricos de los criterios de identificación que describen a los pueblos indígenas en el Convenio 169 OIT

1. Estudio de la OIT sobre poblaciones indígenas.

La OIT realizó en 1953 un estudio denominado: “Poblaciones indígenas, condiciones de vida y de trabajo de las poblaciones autóctonas de los países independientes”. Dicho estudio analizó como uno de los temas principales, la definición de las poblaciones indígenas a partir de criterios utilizados por los Estados e investigadores sociales, a fin de proponer una descripción provisional que sirviera para la identificación de los grupos indígenas en países independientes¹³.

La descripción fue la siguiente: “Indígenas son los descendientes de la población autóctona que moraba en un determinado país en la época de la colonización o la conquista (o de varias olas sucesivas de conquista), llevadas a cabo por algunos de los antepasados de los grupos no autóctonos que, en la actualidad, detentan el poder político y económico; en general, los descendientes de esa población autóctona tienden a vivir en conformidad con las instituciones sociales, económicas y culturales anteriores a la colonización o a la conquista (combinadas en algunos

¹³ STAVENHAGEN, R. “Los derechos indígenas: Nuevo enfoque del sistema internacional.” *En: Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Curso interdisciplinario en Derechos Humanos. Manual de conferencias*, San José de Costa Rica: IIDH/ CEPAL, 1990, pág. 44.

países con un régimen semi-feudal de la tierra), en lugar de incorporarse a la cultura de la nación a que pertenecen(...)”¹⁴.

Esta descripción que hizo referencia a personas indígenas y no a poblaciones fue el primer soporte a nivel internacional que generó la incertidumbre de establecer una definición única y universalmente válida de grupos indígenas.

2. Convenio 107 de la OIT sobre Poblaciones Indígenas y Tribales en países independientes (1957)

El Convenio 107 de la OIT (en adelante Convenio 107) había sido el único instrumento internacional que reguló en forma global y específica las condiciones de vida y de trabajo de las poblaciones indígenas. Dicho convenio en su artículo 1, señaló la siguiente descripción:

A.- Poblaciones tribales o semitribales en países independientes, cuyas condiciones sociales y económicas se hallan en una etapa menos adelantada que la etapa alcanzada por otras secciones de la comunidad nacional, y que están regidas total o parcialmente por sus propias costumbres o tradiciones o por una legislación especial.

B.- Las poblaciones consideradas indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país, en la época de la conquista o de la colonización, ya que cualquiera que sea su situación jurídica, viven más en conformidad con las instituciones sociales, económicas y culturales de esa época que con las instituciones de la nación a la que pertenecen.

La diferencia que se notó respecto al Estudio de la OIT de 1953, fue que el Convenio 107 reguló el término “poblaciones indígenas”.

¹⁴ OIT. “Poblaciones indígenas Condiciones de vida y de trabajo de los pueblos autóctonos de los países independientes, *Estudios y documentos*, nueva serie N° 35 Ginebra, 1953, pág. 25.

En un comienzo, el Convenio 107 tuvo acogida por algunos expertos de la misma Oficina Internacional de Trabajo, a parte del hecho muy significativo de ser el primer instrumento internacional que se atrevió a abordar esta materia. Lee Swepston por ejemplo, le atribuyó en un primer momento un merecido reconocimiento sin que este aún hubiese obtenido resultados positivos en su aplicación sobre los derechos de las poblaciones indígenas afirmando que era: “un documento de lenguaje marcadamente proteccionista, con el que se trata de garantizar los derechos de esos pueblos; el examen objetivo del texto muestra que el Convenio ha sido un elemento importante para ayudar a los pueblos indígenas y tribales de los países que lo han ratificado a conservar su identidad, sus tierras y su cultura”¹⁵.

Sin embargo, para los pueblos indígenas fue la alusión a las “poblaciones indígenas” la circunstancia que nunca los convenció, ya que una de sus grandes demandas fue el ser reconocido como pueblos¹⁶.

Fue la imprecisión del Convenio 107 y su evidente carga integracionista la que originó un descrédito entre los indígenas, que en definitiva desembocó en la corta historia del instrumento¹⁷.

3. Estudio de la ONU sobre la discriminación a las poblaciones indígenas.

Tiempo después, la ONU publicó en 1971, un informe preparado por Hernán Santa Cruz, Relator Especial de la Subcomisión de Prevención de Discriminación y Protección de las minorías sobre la

¹⁵ SWEPSTON LEE. “Poblaciones indígenas y tribales: Vuelta al primer plano”. *Revista Internacional de Trabajo*, Vol. 106, N° 3, Oficina Internacional de Trabajo, Ginebra, julio-setiembre de 1987, pág. 427.

¹⁶ FIGUERA VARGAS, S. “Los pueblos indígenas: Libre Determinación y Subjetividad Internacional”. *Revista Jurídica*. Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid (rjuam), n° 22, 2010, pp. 108.

¹⁷ RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, L: “Pueblos indígenas y derecho internacional: una historia incómoda”, en *Ciudadanía y derechos indígenas en América Latina: Poblaciones, Estados y Orden Internacional*, Laura Giraudó (ed.), Centro de estudios políticos y constitucionales, Madrid, 2007, pág. 94.

discriminación racial. En este informe el autor recomendó que la ONU encargase un estudio específico sobre el tema. La Subcomisión decidió ese mismo año nombrar a José Ricardo Martínez Cobos como Relator Especial y encargarle un estudio sobre el problema de la discriminación contra las poblaciones indígenas. Esta investigación tardó más de 10 años y sus conclusiones fueron publicadas por la ONU en 1987.

El estudio realizado por Martínez Cobo se denominó Estudio del Problema de la Discriminación contra las Poblaciones Indígenas y contuvo una definición mucho más desarrollada, ya que añadió una definición de comunidades, pueblos y naciones indígenas en general y una definición de persona indígena desde el punto de vista individual.

La definición utilizada en el estudio fue la siguiente: “Son comunidades, pueblos y naciones indígenas los 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 pueblo, de acuerdo con sus propios patrones culturales, sus instituciones sociales y sus sistemas legales. Esa continuidad histórica puede consistir en la continuación, durante un periodo prolongado que llegue hasta el presente, de uno o más de los siguientes factores:

- a) Ocupación de las tierras ancestrales o al menos de parte de ellas.
- b) Ascendencia común con los ocupantes originales de esas tierras.
- c) Cultura en general, o en ciertas manifestaciones específicas (tales como religión, vida bajo un sistema tribal, pertenencia a una comunidad indígena, trajes, medios de vida, estilo de vida, etc.).
- d) Idioma (ya se utilice como lengua única, como lengua materna, como medio habitual de comunicación en el hogar o en la familia, o como lengua principal, preferida, habitual, general o normal).
- e) Residencia en ciertas partes del país o en ciertas regiones del mundo.

f) Otros factores pertinentes.

Desde el punto de vista individual, se entiende por persona indígena toda persona que pertenece a estas poblaciones indígenas por auto-identificación como tal indígena (conciencia de grupo) y es reconocida y aceptada por esas poblaciones como uno de sus miembros (aceptación por el grupo). Eso preserva para esas comunidades el derecho y el poder soberano de decidir quién pertenece a ellas sin injerencia exterior”¹⁸.

En esta definición se presentaron aspectos importantes como:

- a) Denominar a los grupos indígenas con los calificativos de comunidades, pueblos y naciones, lo cual era un avance en el marco conceptual en cuanto a su identidad colectiva.
- b) Identificar a las comunidades “la continuidad histórica” junto a los parámetros para determinar esa continuidad.
- c) La peculiaridad significativa de las comunidades, de que constituyen sectores no dominantes de la sociedad.

4. La actual descripción y su repercusión en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

A partir del año 1989, el Convenio 169 ya contaba con una nueva descripción para el reconocimiento de los pueblos indígenas: “El Convenio se 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 el 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”.

¹⁸ MARTINEZ COBO, J. “Estudio del Problema de la discriminación contra las poblaciones indígenas”. Subcomisión de Discriminaciones y Protección de las Minorías, *Documento de las Naciones Unidas E/CN.4/Sub.2/1986/7*, Párr. 379-382.

La idea fue mantener un enfoque práctico basado en la descripción de las características afines a la identidad de los pueblos indígenas y no una definición exacta que genere confusiones, a pesar de la influencia del trabajo elaborado por Martínez Cobo.

La conformidad de muchos países y pueblos que compartieron esta idea, repercutió por muchos años después en los trabajos preliminares que llevaron a cabo los órganos de las Naciones Unidas para el proyecto de Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

Así, durante los años de debate en el Grupo de Trabajo de las Naciones Unidas, los observadores de las organizaciones indígenas establecieron una posición común y rechazaron la idea de que los Estados adoptaran una definición oficial de pueblos indígenas¹⁹. En ese sentido, en su 15ª período de sesiones, celebrado en 1997, el Grupo de Trabajo llegó a la conclusión de que, en ese momento, no era posible dar una definición de pueblos indígenas al nivel mundial y que, de hecho ello no era necesario para la adopción del proyecto de declaración sobre los derechos de las poblaciones indígenas²⁰.

No obstante, pese a ese gran consenso, autores como James Anaya han definido a los pueblos indígenas bajo criterios sociológicos y antropológicos, constantes en las caracterizaciones de pueblos indígenas, coincidiendo mucho con lo establecido en el derecho internacional: “Los pueblos, naciones o comunidades indígenas constituyen grupos culturalmente diferenciados, enclavados dentro de sociedades producto del imperialismo, la conquista y la colonización. El gran número de comunidades indígenas que todavía sobreviven en el continente americano son pueblos que generalmente se caracterizan, y así se

¹⁹ ONU, Departamento de Asuntos Económicos y Sociales, División de Política Social y Desarrollo, Secretaría del Foro Permanente para las cuestiones indígenas, “El concepto de pueblos indígenas”, *Seminario sobre Recopilación y Desglose de datos relativos a los pueblos indígenas* (Nueva York, 19 a 21 de enero de 2004), PFII/2004/ws.1/3 original: English, fundamento 3.

²⁰ Documento de las Naciones Unidas E/CN.4/Sub.2/1997/14, Párr. 129. Véase también el documento de las Naciones Unidas E/CN.4/Sub.2/1996/21 Párr. 153 a 154.

consideran ellos mismos, como indígenas. Son indígenas porque tienen vínculos ancestrales con las tierras en las que viven, o en las que desearían vivir, de manera mucho más profunda que otros sectores de población que viven en esas mismas tierras, o junto a éstas. Además, son pueblos en la medida de que constituyen comunidades diferenciadas con una continuidad de existencia e identidad que los vincula con las comunidades, tribus o naciones de su pasado ancestral”²¹.

²¹ ANAYA, J. “*Los Pueblos Indígenas en el Derecho Internacional*”, Editorial Trotta, traducción de la segunda edición, Universidad Internacional de Andalucía, Madrid, 2005, pág. 24.

CAPITULO III

Fundamentos jurídicos que reconocen y desarrollan los criterios de identificación de los Pueblos indígenas del Convenio 169 de la OIT

1. Fundamentos normativos que reconocen los criterios de identificación de los Pueblos Indígenas del Convenio 169 de la OIT como derechos fundamentales.

La Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos indígenas, es un instrumento que junto al Convenio 169 protege y reconoce normativamente derechos de los pueblos indígenas a nivel internacional.

Esta declaración internacional, objeto de elaboración por un Grupo de Trabajo sobre los derechos de los pueblos indígenas como material declarativo de alta trascendencia en derechos humanos, llegó a ser aprobado por la Asamblea General de la ONU²² (con participación del Perú como país miembro) en setiembre de 2007 para promover y afianzar el reconocimiento y defensa de los derechos humanos de las comunidades indígenas, así como la demanda de los Estados aprobantes en el cumplimiento de su catálogo. Algunos de sus artículos revelan la importancia de estos dos fundamentales componentes:

- El artículo 37 manifiesta que: “Los pueblos indígenas tienen derecho a que los tratados, acuerdos y otros arreglos constructivos concertados con los Estados o sus sucesores sean reconocidos, observados y aplicados y a que los Estados acaten y respeten esos tratados, acuerdos y otros arreglos constructivos”.

²² Fue a través de la Resolución 61/295, en el Sexagésimo primer período de sesiones, del 13 de setiembre de 2007 que se aprobó la DNUDPI.

- El artículo 42 precisa: “Las Naciones Unidas, sus órganos, incluido el Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas, y los organismos especializados, incluso a nivel local, así como los Estados, promoverán el respeto y la plena aplicación de las disposiciones de la presente Declaración y velarán por su eficacia”.
- Asimismo el artículo 43 establece que: “Los derechos reconocidos en la presente Declaración constituyen las normas mínimas para la supervivencia, la dignidad y el bienestar de los pueblos indígenas del mundo.

Si bien no es un tratado internacional, y por ende jurídicamente vinculante a nuestro país se le considera un instrumento solemne utilizado para casos muy especiales de grande y verdadera importancia, y cuando se espera obtener el máximo grado de observancia por parte del mayor número de Estados posibles²³. Su efecto en la promoción, el respeto y cumplimiento de los derechos de los pueblos indígenas en todo el mundo confiere un valor político y moral imprescindible a todos los países miembros, aunque sin generar obligaciones jurídicas para los mismos.

Una de sus características más notorias de esta Declaración es que no crea nuevos derechos, sino que especifica o proporciona una interpretación de los derechos consagrados en otros instrumentos internacionales de derechos humanos de resonancia universal, como el Convenio 169.

En ese sentido, en el marco jurídico de su catálogo, si bien la DNUDPI ha brindado una cobertura más amplia a los derechos de los pueblos indígenas reconocidos por el Convenio 169, lo más llamativo es que no ha precisado una definición o descripción de los pueblos como sí lo hace el Convenio 169. No obstante, ha reconocido por ejemplo a la auto-identificación, criterio de identificación fundamental del Convenio

²³ SEVILLANO ARÉVALO. “*El Derecho a la Consulta Previa de los Pueblos Indígenas en el Perú*”. Primera Edición, Mayo, 2010, pág. 31.

169, como un derecho fundamental ejercido conforme a las costumbres y tradiciones, manifestaciones de identidad étnica y cultural, de los pueblos indígenas. Los artículos 9 y 33 estipulan lo señalado:

- Artículo 9: “Los pueblos y las personas jurídicas tienen derecho a pertenecer a una comunidad o nación indígena, de conformidad con las tradiciones y costumbres de la comunidad o nación de que se trate”.
- Artículo 33: “Los pueblos indígenas tienen derecho a determinar su propia identidad o pertenencia conforme a sus costumbres y tradiciones”.

El destacado reconocimiento de la auto-identificación como derecho por parte de la DNUDPI es un mecanismo de observancia en la protección de los criterios de identificación reconocidos por el Convenio 169 en el derecho internacional.

2. Fundamentos jurisprudenciales que desarrollan los criterios de identificación de los pueblos indígenas del Convenio 169 de la OIT.

a) Sentencias de la CorteIDH.

Los derechos de los pueblos indígenas es uno de los principales temas que forman parte de la labor que desempeña la OEA. Dentro del rol referido a la promoción de los derechos humanos que cumple esta organización internacional, la temática indígena ostenta una posición considerable. A raíz de la existencia de muchos pueblos indígenas de la comunidad americana considerados como vulnerados, desfavorecidos, excluidos de los procesos de toma de decisiones, marginados, explotados, asimilados por la fuerza e incluso sometidos a represión, la OEA se preocupa en cooperar y unir esfuerzos para invertir estas situaciones y salvaguardar la protección de los derechos humanos de estas poblaciones. Son la CIDH y la CorteIDH, principales y autónomos órganos de la OEA, quienes específicamente se encargan de la promoción y protección de los derechos humanos en el continente americano, entre ellos los derechos de los pueblos indígenas.

La cuestión indígena es uno de los temas que mayor relevancia ostenta en los numerosos pronunciamientos de la CorteIDH. Así pues, existen sentencias emitidas por la Corte Interamericana respecto a vulneraciones contra el derecho a la propiedad, la violencia contra la mujer, prácticas de desapariciones forzosas, lesiones a la integridad personal e identidad cultural de los pueblos indígenas. Siendo vinculantes estas decisiones a nuestro ordenamiento jurídico²⁴, es esencial revisar y estudiar los principales puntos de vista que la CorteIDH ha hecho respecto al ámbito de la identificación de los pueblos indígenas a nivel internacional.

a.1) Caso Comunidad Indígena Saramaka vs Surinam. Los criterios de identificación y el derecho de reconocimiento de la personalidad jurídica de los pueblos indígenas.

El rol protagónico de los criterios de identificación en el marco de protección al derecho de la personalidad jurídica de las comunidades indígenas, ha sido un asunto que la CorteIDH ha prestado mucha atención en su abundante jurisprudencia. Precisamente en el caso que enfrentó la comunidad indígena de Saramaka al Estado de Surinam²⁵, el

²⁴ En el EXP N° 2730-2006/TC, de 21 de julio de 2006, fundamento 12, el TC puso énfasis en señalar los efectos erga omnes de los fallos de la Corte IDH: “La vinculatoriedad de las sentencias de la Corte IDH no se agota en su parte resolutive (la cual, ciertamente, alcanza sólo al Estado que es parte en el proceso), sino que se extiende a su fundamentación o ratio decidendi, con el agregado de que, por imperio de la CDFT de la Constitución y el artículo V del Título Preliminar del CPC, en dicho ámbito la sentencia resulta vinculante para todo poder público nacional, incluso en aquellos casos en los que el Estado peruano no haya sido parte en el proceso. En efecto, la capacidad interpretativa y aplicativa de la Convención que tiene la CIDH, reconocida en el artículo 62.3 de dicho tratado, aunada al mandato de la CDFT de la Constitución, hace que la interpretación de las disposiciones de la Convención que se realiza en todo proceso, sea vinculante para todos los poderes públicos internos, incluyendo, desde luego, a este Tribunal.”

²⁵ CorteIDH. Caso de la Comunidad indígena Saramaka vs Surinam. Sentencia del 28 de noviembre de 2007. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No. 172. El Estado de Surinam no reconocía al Pueblo Saramaka como entidad jurídica capaz de usar y gozar de la propiedad comunal

Tribunal Interamericano analizó algunos aspectos en torno a las variables de identificación colectiva de la agrupación Saramaka como pueblo tribal, y su importancia en el goce y disfrute de sus derechos colectivos, entre ellos a la personalidad jurídica.

Así pues, la CorteIDH, a partir del análisis de las pruebas objetivas aportadas por los representantes indígenas, utilizó la información sobre la historia y características concernientes a las instituciones sociales, culturales y económicas que involucraban a la comunidad indígena de Saramaka (criterios objetivos de identificación de los pueblos indígenas), y la auto-identificación de algunos miembros de la comunidad (criterio subjetivo de identificación de la OIT), para determinar la identidad del pueblo originario y el reconocimiento de esta como persona jurídica titular de derechos colectivos. En ese sentido, respecto al criterio objetivo de identificación manifestó:

“La Corte observa que el pueblo Saramaka no es indígena a la región que habitan; sino que fueron llevados durante la época de colonización a lo que hoy se conoce como Surinam. Por lo tanto, están haciendo valer sus derechos en calidad de presunto pueblo tribal, *es decir*, un pueblo que no es indígena a la región pero que comparte características similares con los pueblos indígenas, como tener tradiciones sociales, culturales y económicas diferentes de otras secciones de la comunidad nacional, identificarse con sus territorios ancestrales y estar regulados, al menos en forma parcial, por sus propias normas, costumbres o tradiciones²⁶. (...) Su estructura social es diferente a la de otros sectores de la sociedad en tanto el pueblo Saramaka está organizado en clanes de linaje materno (lös), y se rigen, al menos en forma parcial, por sus propias costumbres y tradiciones. Cada clan (lö) reconoce la autoridad política de varios líderes locales, incluyendo a los que ellos llaman Capitanes y Capitanes Jefes, así como un Gaa’man, que es el oficial de más alto rango dentro de la comunidad²⁷. (...) Su cultura es muy parecida a aquella de los pueblos tribales en tanto los integrantes

como un grupo tribal ni obtener acceso igualitario a la protección judicial frente a alguna violación de sus derechos.

²⁶ *Ibíd*em, párr.79.

²⁷ *Ibíd*em, párr.81.

del pueblo Saramaka mantienen una fuerte relación espiritual con el territorio ancestral que han usado y ocupado tradicionalmente. La tierra significa más que meramente una fuente de subsistencia para ellos; también es una fuente necesaria para la continuidad de la vida y de la identidad cultural de los miembros del pueblo Saramaka. Las tierras y los recursos del pueblo Saramaka forman parte de su esencia social, ancestral y espiritual. En este territorio, el pueblo Saramaka caza, pesca y cosecha, y recogen agua, plantas para fines medicinales, aceites, minerales y madera. Los sitios sagrados están distribuidos en todo el territorio, a la vez que el territorio en sí tiene un valor sagrado para ellos. En especial, la identidad de los integrantes del pueblo con la tierra está intrínsecamente relacionada con la lucha histórica por la libertad en contra de la esclavitud, llamada la sagrada primera vez²⁸. (...) Asimismo, se puede caracterizar su economía como tribal²⁹.

De igual forma, respecto a la auto-identificación señaló lo siguiente:

“El argumento del Estado Surinamés se refiere a que la inclusión voluntaria de algunos miembros del pueblo “Saramaka” en la “sociedad moderna” afectó su distinción cultural dificultando su definición de personería legal. (...) En este sentido, la Corte ha declarado que el pueblo Saramaka puede definirse como un grupo tribal cuyos miembros gozan y ejercen ciertos derechos, como el derecho a la propiedad, en una manera colectiva distintiva. El hecho que algunos miembros individuales del pueblo Saramaka vivan fuera del territorio tradicional Saramaka y en un modo que difiere de otros Saramakas que viven dentro del territorio tradicional y de conformidad con las costumbres Saramaka no afecta la distinción de este grupo tribal ni tampoco el uso y goce comunal de su propiedad. Asimismo, la cuestión de si algunos miembros auto-identificados del pueblo Saramaka pueden afirmar ciertos derechos comunales en nombre de la personalidad jurídica de dicho pueblo es una cuestión que debe resolver sólo el pueblo Saramaka de conformidad con sus propias costumbres, y no el Estado o esta Corte en el presente caso.

²⁸ *Ibíd.*, párr.82.

²⁹ *Ibíd.*, párr. 83.

Además, la falta de identificación individual respecto de las tradiciones y leyes Saramaka por parte de algunos miembros de la comunidad no puede utilizarse como un pretexto para denegar al pueblo Saramaka el derecho a la personalidad jurídica”³⁰.

Como puede observarse, la determinación de la historia de la comunidad de Saramaka, basada en sus raíces originarias anteriores a la época de la colonización, la conservación de instituciones sociales, culturales, económicas y la auto-identificación étnica de ciertos miembros como tribales, hizo posible que la CorteIDH pudiese reconocer la conformación multiétnica y calidad de persona jurídica del pueblo Saramaka, ante la negativa del Estado de Surinam de no reconocerla como entidad jurídica capaz de usar y gozar de sus derechos colectivos como un grupo tribal. En ese sentido, conociéndose la identidad verdadera del pueblo tribal, era deber del Estado y de la CorteIDH reconocer ese status jurídico.

Es bien claro tal como lo ha manifestado la Corte Constitucional de Colombia, que “la protección del derecho a la diversidad e identidad étnica y cultural de las comunidades indígenas presupone el reconocimiento de las comunidades étnicas como sujetos de derechos autónomos e independientes con personería sustantiva, diferenciables de los miembros individuales que la conforman, y que adquiere una connotación cultural global y de conjunto, alternativa y diferenciable de la cultura hegemónica occidental de las mayorías, cultura de grupo que es transferida a los individuos que hacen parte de dichas comunidades. Este reconocimiento como sujetos colectivos de derechos y autónomos se deriva de los principios constitucionales de democracia, pluralismo, respeto y protección a la diversidad étnica y cultural, y es lo que les confiere a estas comunidades el estatus jurídico para ser adjudicatarios, así como para ejercer y reivindicar los derechos propios de la comunidad”³¹.

³⁰ *Ibíd.*, párr.164.

³¹ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-049/13, 5 de febrero de 2013, fundamento 3.

En ese sentido, por esta razón es que los Estados deben respetar las decisiones que miembros determinados de cierto grupo y el grupo mismo adopten sobre quiénes son los integrantes de tal colectividad, siempre y cuando tales decisiones no violen derechos humanos generalmente reconocidos. Asimismo, aún cuando ciertas personas hayan dejado de compartir la cultura o las prácticas tradicionales de su otrora grupo, ello no es suficiente para negar los derechos que al grupo asisten. Finalmente, los conflictos entre la comunidad y sus integrantes o ex integrantes es una cuestión que, en principio, debe ser resuelta por la propia comunidad³².

a.2) Caso comunidad indígena Xákmok Kásek vs Paraguay. La auto-identificación y el derecho de identidad étnica.

La sentencia que expidió la CorteIDH sobre el conflicto disputado entre la comunidad indígena Xákmok Kásek y el Estado Paraguayo³³ en el año 2010, es otro de los instrumentos que ha resaltado la relevancia del carácter multiétnico de los pueblos indígenas basado en el desarrollo de uno de los criterios de identificación a los pueblos indígenas del Convenio 169.

Así pues, la Corte Interamericana no dejó de advertir la importancia de la auto-identificación como criterio en la identificación de las poblaciones ancestrales además del respeto y limitación que deben comportar los Estados en dicho reconocimiento.

En ese sentido, la CorteIDH dejó en claro lo siguiente: “En primer lugar, la Corte resalta que no corresponde a este Tribunal ni al Estado determinar la pertenencia étnica o el nombre de la Comunidad. Como el mismo Estado reconoce, “no puede (...) unilateralmente adjudicar o desmentir denominaciones de (las) Comunidades Indígenas, por corresponder este acto a la Comunidad en referencia”. La identificación

³² RUIZ CHIRIBOGA, O Y DONOSO, G. “*Pueblos Indígenas y la Corte Interamericana: Fondo y reparaciones*”, 2010, pág. 16.

³³ Enfrentamiento originado por una supuesta falta de garantía en el derecho de propiedad ancestral de la comunidad indígena Xakmok Kasek por parte del Estado Paraguayo.

de la Comunidad, desde su nombre hasta su composición, es un hecho histórico social que hace parte de su autonomía. Este ha sido el criterio del Tribunal en similares situaciones. Por tanto, la Corte y el Estado deben limitarse a respetar las determinaciones que en este sentido presente la Comunidad, es decir, la forma cómo ésta se auto-identifique³⁴.

Según esta jurisprudencia, el criterio subjetivo de auto-identificación habría que entenderlo como autoconciencia, por lo que corresponde a cada pueblo indígena identificar su propio nombre, composición y pertenencia étnica, sin que el Estado deba rechazarlo o controvertirlo.

La razón dada por la CorteIDH de reconocer la auto-identificación colectiva del pueblo indígena, es debido a que forma parte de la protección del derecho de identidad étnica y cultural colectiva de los pueblos. La trascendencia de esto, es que sólo el pueblo (y por ende sus miembros identificados) puede auto-definirse o auto-reconocerse. Por ello se exige que nadie pueda cuestionar esa conciencia de identidad étnica, ya que se trata de una facultad que sólo debe ser ejercida por el grupo en sí.

En base a lo planteado en definitiva el Estado tiene el deber prestacional de garantizar la vigencia del derecho de identidad étnica y cultural de los pueblos indígenas.

a.3) Caso de la comunidad indígena Kichwa de Sarayaku vs Ecuador.

El caso que enfrentó la comunidad Sarayaku con el Estado Ecuatoriano, es sin duda el más llamativo y representativo que la CorteIDH ha tocado recientemente en consideración al tema específico del derecho a la identidad cultural y su relación con el derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas.

³⁴ CorteIDH. Caso de la comunidad indígena Xákmok Kásek vs Paraguay. Sentencia de 24 de agosto del 2010. Fondo, reparaciones y costas. Serie C. No. 214, párr.37.

En la sentencia puede observarse la importancia de la identificación los pueblos indígenas como parte del contenido esencial del derecho de identidad étnica y cultural para del ejercicio del derecho a la consulta previa.

Así pues de acuerdo a los hechos, en donde la Empresa CGC obtuvo una concesión minera por parte del Estado Ecuatoriano para llevar a cabo una actividad de exploración y explotación petrolera sobre los recursos naturales ubicados en el territorio de Sarayaku, la CorteIDH manifestó lo siguiente:

“La Corte observa, entonces, que la estrecha relación de las comunidades indígenas con su territorio tiene en general un componente esencial de identificación cultural basado en sus propias cosmovisiones, que como actores sociales y políticos diferenciados en sociedades multiculturales deben ser especialmente reconocidos y respetados en una sociedad democrática. El reconocimiento del derecho a la consulta de las comunidades y pueblos indígenas y tribales está cimentado, entre otros, en el respeto a sus derechos a la cultura propia o identidad cultural los cuales deben ser garantizados, particularmente, en una sociedad pluralista, multicultural y democrática”³⁵. Asimismo, La Corte considera que el derecho a la identidad cultural es un derecho fundamental y de naturaleza colectiva de las comunidades indígenas, que debe ser respetado en una sociedad multicultural, pluralista y democrática. Esto implica la obligación de los Estados de garantizar a los pueblos indígenas que sean debidamente consultados sobre asuntos que inciden o pueden incidir en su vida cultural y social, de acuerdo con sus valores, usos, costumbres y formas de organización. En el mismo sentido, el Convenio N° 169 de la OIT reconoce las aspiraciones de los Pueblos indígenas a “asumir el control de sus propias instituciones y formas de vida y de su desarrollo económico y a mantener y fortalecer sus identidades, lenguas y religiones, dentro del marco de los Estados en que viven”³⁶.

³⁵ CorteIDH. Caso del pueblo Sarayaku vs Ecuador. Sentencia de 27 de Junio de 2012. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No. 245, párr. 159.

³⁶ *Ibíd*em, párr. 217.

En otras palabras, la interpretación a lo afirmado por la CorteIDH es que el reconocimiento al derecho a la consulta previa supone un respeto al derecho de identidad cultural de los pueblos indígenas y tribales. En esa medida, la conformación de un Estado Multicultural que respete la diferencia, que fomente el dialogo intercultural, y que permita vivir a los pueblos indígenas en igualdad de términos de identidad cultural y no sólo en una ciudadanía individual, es una condición para el ejercicio de su derecho a ser consultados.

b) Sentencias del TC.

Si bien en la jurisprudencia vinculante del TC³⁷ no hay un análisis de los criterios de identificación de los pueblos indígenas del Convenio 169, existen estudios respecto al derecho de identidad étnica y cultural, conformado su contenido esencial por elementos como la libertad de auto-identificación indígena, el derecho a determinar las prácticas culturales distintivas y el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica³⁸, muy asociados a los criterios de identificación de los pueblos indígenas del Convenio 169, así como la importancia del deber del Estado Peruano de reconocer, respetar y promover el derecho de identidad étnica y cultural. Es a partir del desarrollo del derecho de identidad étnica y cultural de los pueblos indígenas hecho por el TC que se toma como referencia la materia internacional de estudio.

En lo que respecta a la identidad étnica y cultural como derecho fundamental en la Constitución de 1993 y sus elementos culturales que la

³⁷ En el EXP. N.º 3741–2004–AA/TC, de 14 de noviembre de 2005, fundamento 49, el TC ha dicho Tribunal Constitucional que “las sentencias del Tribunal Constitucional, en cualquier proceso, tienen efectos vinculantes frente a todos los poderes públicos y también frente a los particulares. Si no fuese así, la propia Constitución estaría desprotegida, puesto que cualquier entidad, funcionario o persona podría resistirse a cumplir una decisión de la máxima instancia jurisdiccional”.

³⁸ REATEGUI APAZA, F. “El derecho fundamental a la identidad étnica de los pueblos indígenas”. Análisis Constitucional y Procesal Constitucional, En *Gaceta Constitucional y Procesal Constitucional* N° 73, pág. 79.

construyen, el TC ha precisado que: “(...) la Constitución reconoce, entonces, el derecho tanto a la identidad cultural como a la identidad étnica. Si bien se trata de conceptos jurídicos indeterminados, este Tribunal considera que se trata de dos ámbitos de protección de la identidad cultural, entendidos como identidad de un grupo social y también como expresión cultural general. Por un lado se trata de la identidad de los grupos étnicos, es decir, de “(...) aquellas características, cualesquiera que puedan ser que, al prevalecer dentro del grupo y distinguirlo de los demás, nos inclinan a considerarlo un pueblo aparte. Para el hombre de la calle un pueblo es el equivalente de lo que el informado llama un grupo étnico”; y, por otro, de la identidad cultural general, esto es, de la identidad de todo grupo social que se genera en el proceso histórico de compartir experiencias y luchas sociales comunes para autodefinirse como pueblo. Por ello, puede afirmarse que entre identidad cultural e identidad étnica existe una relación de género a especie”³⁹. Asimismo, “la identidad cultural de los grupos sociales y, de las personas en general, se construye a partir de un conjunto de percepciones de carácter objetivo- subjetivo, respecto a una serie elementos culturales y de representación. Estos elementos y prácticas sociales caracterizan a los grupos humanos, definiéndolos, individualizándolos y diferenciándolos de otros grupos, y generando entre ellos lazos de pertenencia. Pueden ser de diversa índole: lingüísticos, religiosos, políticos, históricos, (identificación con un pasado común), costumbres ancestrales, paisajes naturales monumentos históricos restos arqueológicos, monumentos de importancia arquitectónica, producción material e inmaterial, entre otras posibilidades por agotar. En cuanto expresión de la cultura de un pueblo, los elementos que forman su cultura, así como sus prácticas ancestrales y, en general, el patrimonio cultural de los pueblos, puede también ser tutelados como expresión del derecho a la identidad cultural, en la medida que representan la vida cotidiana mantenida a través del tiempo que refleja la historia y las aspiraciones de un grupo o una comunidad”⁴⁰.

De acuerdo a esta jurisprudencia, el TC en definitiva reconoce que:

³⁹ EXP. N° 0006-2008-AI/TC, de 11 de junio de 2008, fundamentos 18 y 19.

⁴⁰ *Ibidem*, fundamento 28.

- 1) El derecho de identidad étnica y cultural no sólo supone características del grupo que lo distinguen de los demás, sino que involucra un proceso histórico de compartir experiencias y luchas sociales comunes para autodefinirse como pueblo.
- 2) Las características o elementos culturales de los pueblos pueden ser lingüísticos, religiosos, políticos, históricos, (identificación con un pasado común), costumbres ancestrales (culturales). Estos elementos son importantes para identificar a un pueblo indígena determinado y están relacionados con los criterios de identificación de los pueblos indígenas reconocidos en el plano internacional.

En otra sentencia el órgano constitucional vuelve a reafirmar el contenido del derecho de identidad étnica, destacando lo señalado anteriormente: “Sobre el derecho a la identidad étnica(...), aquel consiste en la facultad que tiene la persona que pertenece a un grupo étnico determinado de ser respetada en las costumbres y tradiciones propias de la etnia a la cual pertenece, evitándose con ello que desaparezca la singularidad de tal grupo. Esto es, el derecho de la etnia a existir, de conformidad con la herencia de los valores de sus ancestros y bajo símbolos e instituciones que diferencian a tal comunidad de las demás. Asimismo, el reconocimiento de tal derecho “supone que el Estado social y democrático de Derecho está en la obligación de respetar, reafirmar y promover aquellas costumbres y manifestaciones culturales que forman parte de esa diversidad y pluralismo cultural [...]”⁴¹.

Es de advertirse, que el derecho de identidad étnica implica un interés primordial basado en que las personas (pueblos indígenas) de forma individual o colectiva puedan desempeñarse o desarrollarse en su vida doméstica o en aspectos relevantes de ésta de acuerdo a las instituciones, valores y tradiciones de su etnia de origen. La libertad de auto-identificación comporta aquí un papel muy importante, ya que los pueblos indígenas en base a sus rasgos de identidad podrán reconocerse como tal, junto a los elementos propios que los caracterizan como pueblos conforme a sus costumbres y tradiciones. Siendo entonces privativa a cada comunidad indígena la expresión de su identidad étnica

⁴¹ EXP. N° 00022-2009-AI/TC, de 9 de junio de 2010, fundamento 5.

colectiva es justificado que las manifestaciones culturales que nos den cuenta los criterios objetivos exigidos por el Convenio 169 sean aquellas que identifique la propia comunidad indígena interesada en tener tal cualidad.

Ahora bien, en lo que respecta a los deberes del Estado Peruano en reconocer, respetar y promover el derecho de identidad étnica y cultural , el TC ha manifestado: “El hecho que la Constitución de 1993 reconozca el derecho fundamental de las personas a su identidad étnica y cultural, así como la pluralidad de las mismas, supone que el Estado social y democrático de Derecho está en la obligación de respetar, reafirmar y promover aquellas costumbres y manifestaciones culturales que forman parte de esa diversidad y pluralismo cultural, pero siempre que ellas se realicen dentro del marco de respeto a los derechos fundamentales, los principios constitucionales y los valores superiores que la Constitución incorpora, tales como la dignidad de la persona humana (artículo 1 de la Constitución), la forma democrática de Gobierno (artículo 43) y la economía social de mercado(Artículo 58)”⁴².

La vinculación del Estado Peruano a los derechos fundamentales reconocidos a los pueblos indígenas determina una serie de obligaciones específicas que la entidad estatal nacional debe cumplir. El Estado Peruano tiene como obligación negativa abstenerse de injerencias arbitrarias en el ámbito de protección de los derechos fundamentales, y como obligación positiva realizar todo aquello que sirva a la actuación, promoción y protección a los derechos constitucionales⁴³. Tales deberes

⁴² EXP. N° 0042-2004-AI/TC, de 13 de abril de 2005, fundamento 2.

⁴³ En el EXP. N° 00015-2008-PI/TC, de 6 de enero de 2010, fundamento 9, el TC en relación a las acciones positivas que el Estado Peruano debe garantizar al derecho de identidad cultural de las comunidades indígenas ha dicho que: “(...) que la labor del Estado en promover la realización de la igualdad material, promoviendo acciones que remuevan situaciones de desigualdad y promoviendo la identidad cultural de diferentes comunidades, debe ser realizada en todos los casos observando la razonabilidad y proporcionalidad de la medida estatal a adoptarse, es decir, no puede obviarse el grado de afectación de aquellos otros bienes

de protección se hallan en la Constitución de nuestro orden jurídico desde su primer artículo referido a la defensa de la persona humana y respeto a su dignidad como fin supremo de la sociedad y el Estado⁴⁴, así como en lo prescrito en el artículo 44, el cual establece que son deberes primordiales del Estado garantizar la plena vigencia de los derechos humanos. En materia del derecho de identidad étnica y cultural el referido deber se encuentra expresamente establecido en el artículo 2.19 de la Constitución Política: “El Estado reconoce y protege la pluralidad étnica y cultural de la Nación. Es aquí donde el Estado Peruano tiene la obligación de realizar o hacer efectivo el derecho a la identidad étnica de los diversos pueblos originarios, por lo menos de aquellos cuya comprensión de sí mismos los lleva a mantener la vitalidad de su cultura en sus diferentes aspectos de su vida colectiva, pese a que de forma ajena a su voluntad se han visto disminuidas en el legado cultural de su etnia de origen⁴⁵ .

constitucionales que se puedan encontrar en conflicto o verse limitados en alguna medida por la medida estatal, de modo que la *actuación del* Estado debe encontrar el justo medio, equilibrio o la medida proporcional entre los bienes constitucionales que se encuentren comprometidos en una situación concreta.”

⁴⁴ Véase el Artículo 1 de la Constitución de 1993.

⁴⁵ REATEGUI APAZA, F. “El derecho fundamental a la identidad étnica...”, op.cit., pág. 90.

CAPITULO IV

EL CONVENIO 169 DE LA OIT EN EL SISTEMA NORMATIVO PERUANO

1. Incorporación del Convenio 169 de la OIT al ordenamiento interno.

Para hacer referencia a la incorporación y convivencia de los tratados internacionales en los sistemas jurídicos internos, necesariamente se tiene que definir el alcance de las teorías monista y dualista que la doctrina internacional ha tratado respecto a la relación entre ordenamientos jurídicos internos e internacionales.

Sobre el sistema dualista, su fundamento radica en que el ordenamiento jurídico internacional y el ordenamiento jurídico interno son dos sistemas jurídicos separados, independientes y autónomos. En virtud de este sistema, para que una norma de fuente internacional pudiera tener algún valor en el ordenamiento interno de un país, era necesario un expreso acto de transformación legislativa, esto es, una ley que “rescriba” el contenido de la norma internacional, siguiendo el procedimiento interno establecido para la aprobación de leyes⁴⁶.

En cuanto al sistema monista, esta entiende que las normas del derecho internacional y las del derecho interno forman un único sistema jurídico, es decir; el derecho interno de un Estado estaría integrado por sus normas de derecho interno y además por las normas del derecho internacional⁴⁷. Para esta teoría, los tratados internacionales se

⁴⁶ HENDERSON, H: “Los Tratados Internacionales de Derechos Humanos en el orden interno: la importancia del principio Pro Homine”. *Revista Instituto Interamericano de derechos humanos*. Facultad de Derecho de la Universidad de la República en Montevideo, vol. 39, 2004, pág. 73.

⁴⁷ Hans Kelsen afirmaba respecto a esta teoría que “el derecho internacional es un orden jurídico superior a todos los órdenes jurídicos nacionales, por lo que

incorporan de forma automática luego de haber sido ratificados soberanamente por los Estados, y por ende, también se constituyen en normas de aplicación inmediata para los tribunales nacionales.

El hecho de que un determinado Estado se regule por un sistema dualista o monista no depende de lo que establezcan las normas internacionales o el derecho internacional de los derechos humanos; es el derecho constitucional de cada país, como norma máxima de un ordenamiento jurídico interno, el que finalmente adopta una opción por uno u otro sistema⁴⁸.

En el caso peruano, el artículo 55 de la Constitución de 1993 el cual establece que los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional, es la disposición que expresa la adopción del sistema monista. En ese sentido, los tratados y el derecho peruano forman un único sistema constitucional caracterizado por relaciones dinámicas de cohesión, interacción y armonización. De acuerdo a este sistema, en nuestro país, la aplicación de los tratados internacionales en materia de derechos humanos es automática⁴⁹.

estos últimos son delegados por el derecho internacional y forman con él un orden jurídico universal”. Véase KELSEN, HANS, *“Teoría general del derecho y del Estado”*, 3era. Ed., Universidad Nacional Autónoma de México, Ciudad de México, 1969, pág. 417-418.

⁴⁸ HENDERSON, H: “Los Tratados Internacionales de Derechos Humanos en el orden interno...op.cit., pág.74.

⁴⁹ El TC ha orientado la interpretación de la Constitución de 1993 en la misma dirección que tenía su predecesora, que formulaba un modelo monista con expresa primacía de los tratados internacionales. En ese sentido, el modelo de la Carta actual es también formalmente monista. Así ha precisado el TC en el EXP N° 0025-2005 PI/TC, de 25 de abril de 2006, fundamento 25 que el derecho internacional de derechos humanos: (...) forma parte de nuestro ordenamiento jurídico y, por tal razón, (...) los tratados que lo conforman y a los que pertenece el Estado peruano, son derecho válido, eficaz, y en consecuencia, e inmediateamente aplicable al interior del Estado”.

a) Aprobación y ratificación del Convenio 169 de la OIT.

En relación al modelo formalmente monista, la Carta vigente ha creado tres formas o procedimientos legales respecto a la recepción de los tratados y su perfeccionamiento en sistema jurídico nacional:

- La primera forma se encuentra en el artículo 56 de la Constitución⁵⁰, el cual señala como límites ciertas materias abordadas para seguir la vía procedimental. Así, cuando los tratados contengan estipulaciones vinculadas a derechos humanos, defensa nacional, soberanía, dominio o integridad del Estado, obligaciones financieras del Estado, estos deberán ser sometido a aprobación parlamentaria. A tal efecto, corresponde que a través de una Resolución Suprema, el Poder Ejecutivo remita al Congreso de la República el expediente de perfeccionamiento con los requerimientos señalados taxativamente en el artículo 76.1.f) del Reglamento del Congreso⁵¹. Es preciso indicar que la terminología de los tratados utilizada en este artículo tiene un error conceptual, por lo que los tratados más que aprobados deben ser ratificados por el parlamento; son más bien estos instrumentos jurídico internacionales los que primero deben ser aprobados por el

⁵⁰ Artículo 56 de la CP de 1993: “Los tratados deben ser aprobados por el Congreso antes de su ratificación por el Presidente de la República, siempre que versen sobre las siguientes materias: 1. Derechos Humanos. 2. Soberanía, dominio o integridad del Estado. 3. Defensa Nacional. 4. Obligaciones financieras del Estado. También deben ser aprobados por el Congreso los tratados que crean, modifican o suprimen tributos; los que exigen modificación o derogación de alguna ley y los que requieren medidas legislativas para su ejecución”.

⁵¹ Artículo 76.1f) del Reglamento del Congreso: 1. Las proposiciones presentadas por el Presidente de la República deben estar refrendadas por el Presidente del Consejo de Ministros (...) f) Las proposiciones de resolución legislativa para la aprobación de tratados, de acuerdo al artículo 56 de la Constitución Política, deben ir acompañadas por el texto íntegro del instrumento internacional, sus antecedentes, un informe sustentatorio que contenga las razones por las cuales el Poder Ejecutivo considera que debe ser aprobado por el Congreso, la opinión técnica favorable del sector o 41 sectores competentes y la resolución suprema que aprueba la remisión del tratado al Poder Legislativo”.

ejecutivo para luego solicitar su ratificación en el Congreso dado que representa a la Nación peruana⁵².

- El segundo procedimiento se encuentra establecido en el artículo 57 de la Constitución y consiste en la ratificación interna directa por parte del Presidente de la República, tal como lo señala el primer párrafo de la disposición constitucional. Este procedimiento debe seguirse siempre que los tratados no contengan estipulaciones vinculadas con las materias aludidas en el artículo 56. El artículo 92 del Reglamento del Congreso⁵³ complementa la regulación de este procedimiento.

⁵² HAKANSSON NIETO, C. “Posición constitucional de los tratados de derechos humanos en la carta de 1993”. *Cuartas Jornadas sobre derechos humanos: La constitucionalización de los tratados de derechos humanos en el Perú*, ed. Primera, Universidad de Piura, mayo, 2015, pág. 30.

⁵³ Artículo 92 del Reglamento del Congreso del Perú: “Los tratados internacionales que celebre o ratifica y adhiere el Presidente de la República al amparo del artículo 57 de la Constitución Política se denominan “Tratados Internacionales Ejecutivos” para efectos internos, aun cuando fuere diferente la denominación que en los mismos convenios internacionales se expresen, y sólo pueden versar sobre materias distintas a las contempladas en el artículo 56 de la Constitución Política. Los tratados internacionales ejecutivos no pueden contener pactos que supongan modificación o derogación de normas constitucionales o que tienen rango de ley, o que exijan desarrollo legislativo para su cumplimiento. Dentro de los tres (3) días útiles posteriores a su celebración, el Presidente de la República debe dar cuenta al Congreso o a la Comisión Permanente de los tratados internacionales ejecutivos a que dé curso. La omisión de este trámite suspende la aplicación del convenio, el cual, si ha sido perfeccionado con arreglo a las normas del Derecho Internacional, no surte efectos internos. Realizado el trámite a que se refiere el párrafo anterior, y a más tardar dentro de los tres (3) días útiles, el Presidente del Congreso remite copia a las Comisiones de Constitución y Reglamento y de Relaciones Exteriores del Congreso de la República las que estudian y dictaminan los tratados internacionales ejecutivos puestos en su conocimiento en el plazo de treinta (30) días útiles; verificando si ha cumplido con lo dispuesto por los artículos 56 y 57 de la Constitución Política y la presente Resolución Legislativa. En caso de incumplimiento del Presidente de la República al trámite previsto en este artículo, ello no impide el control parlamentario con arreglo a la presente norma. En la primera sesión siguiente a la recepción de los dictámenes de las Comisiones Dictaminadoras que recomiendan dejar sin efecto un tratado

- El tercero está relacionado con tratados con habilitación legislativa que contengan estipulaciones contrarias a disposiciones constitucionales. En este caso, la aprobación debe seguirse conforme a las reglas del procedimiento de reforma (enmienda) constitucional, previsto en el artículo 206⁵⁴, vale decir, el tratado deberá ser aprobado por mayoría absoluta del Congreso seguida de la confirmación vía referéndum, o por mayoría superior a los dos tercios en dos legislaturas ordinarias consecutivas. Luego corresponderá que el Presidente ratifique internamente el tratado mediante Decreto Supremo⁵⁵.

internacional ejecutivo, el Presidente del Congreso lo pone en consideración del Pleno o de la Comisión Permanente. Si el Congreso aprueba los términos del dictamen negativo, emite resolución legislativa dejando sin efecto el tratado, lo que notifica al Presidente de la República para que dentro de los cinco (5) días útiles siguientes corra aviso a las demás partes. Una vez publicada la resolución legislativa, el tratado pierde vigencia interna. Sin perjuicio del aviso a las demás partes del tratado, el Presidente de la República al recibir la decisión del Congreso, puede tramitar el tratado en vía de subsanación, conforme lo establece el artículo 56 de la Constitución Política. El Presidente de la República puede someter a consulta de las Comisiones de Constitución y Reglamento y de Relaciones Exteriores del Congreso, el texto de los tratados internacionales ejecutivos que proyecte celebrar o ratificar, a fin de que éstas los estudien. La opinión de las citadas comisiones no condiciona al Presidente de la República.

⁵⁴ Artículo 206 de la Constitución de 1993: “Toda reforma constitucional debe ser aprobada por el Congreso con mayoría absoluta del número legal de sus miembros, y ratificada mediante referéndum. Puede omitirse el referéndum cuando el acuerdo del Congreso se obtiene en dos legislaturas ordinarias sucesivas con una votación favorable, en cada caso, superior a los dos tercios del número legal de congresistas. La ley de reforma constitucional no puede ser observada por el Presidente de la República. La iniciativa de reforma constitucional corresponde al Presidente de la República, con aprobación del Consejo de Ministros; a los congresistas; y a un número de ciudadanos equivalente al cero punto tres por ciento (0.3%) de la población electoral, con firmas comprobadas por la autoridad electoral.

⁵⁵ Artículo 57 de la Constitución de 1993: “Cuando el tratado afecte disposiciones constitucionales debe ser aprobado por el mismo procedimiento que rige la reforma de la Constitución, antes de ser ratificado por el Presidente de la República”.

Estas aclaraciones formales deben estar acorde a lo que en el plano internacional establece la Ley 26647 en su artículo 3 respecto al perfeccionamiento a los tratados en el derecho nacional de los tratados en el derecho nacional, en el cual independientemente del procedimiento formal que el derecho interno haya adoptado para la aprobación del tratado, la entrada en vigor de este y su incorporación al derecho nacional tendrá lugar en la fecha en que se cumplan las condiciones establecidas en los instrumentos internacionales respectivos. Los tratados y el derecho interno deben establecer entre ellos relaciones dinámicas y no puramente formales o jerárquicas⁵⁶.

En cuanto al Convenio 169, en nuestro país, este tratado fue aprobado mediante la Resolución Legislativa N° 26253 de fecha 5 de diciembre de 1993 y ratificada un 17 de enero de 1994, entrando en vigor un 02 de febrero de 1995⁵⁷.

b) Implementación del Convenio 169 de la OIT.

La conveniente implementación de un tratado internacional en un determinado ordenamiento jurídico dependerá de si este tratado tiene

⁵⁶ MOSQUERA MONELOS, S: “El Perú y la recepción de los Tratados de Derechos Humanos”. *Cuartas Jornadas sobre derechos humanos: La constitucionalización de los tratados de derechos humanos en el Perú*, ed. Primera, Universidad de Piura, mayo, 2015, pág. 70.

⁵⁷ El TC en reiteradas ocasiones ha manifestado que el Convenio 169 de la OIT está vigente desde el año 1995. Así por ejemplo en el EXP. 00025-2009PI/TC, de 17 de marzo de 2011 fundamento 23 precisó lo siguiente: “La exigibilidad del derecho a la consulta está vinculada con la entrada en vigencia en nuestro ordenamiento jurídico del Convenio 169 de la OIT. Este Convenio fue aprobado mediante Resolución Legislativa N° 26253, ratificado el 17 de enero de 1994 y comunicado a la OIT a través del depósito de ratificación con fecha 02 de febrero de 1994. Y conforme a lo establecido en el artículo 38. 3 del referido Convenio, éste entró en vigor doce meses después de la fecha en que nuestro país registró la ratificación. Esto es, desde el 02 de febrero de 1995, el Convenio 169 de la OIT es de cumplimiento obligatorio en nuestro ordenamiento”.

naturaleza auto-ejecutiva o no auto-ejecutiva⁵⁸. Las cláusulas de los tratados pueden ser de carácter auto-ejecutivo o no, en base a una lectura realizada con parámetros internacionales. En este contexto, la operación consiste en la interpretación de los tratados internacionales, es decir; tomando en consideración parámetros interpretativos establecidos por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. La regla general de interpretación recogida en su artículo 31⁵⁹ establece un enfoque objetivo (sentido corriente de los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin), que también hace suyo el recurso a medios complementarios de interpretación, «en particular a los trabajos preparatorios del tratado y a las circunstancias de su celebración», en orden a conocer la verdadera intención de los redactores, ya sea para confirmar el sentido resultante de la regla general

⁵⁸Las normas auto-ejecutivas son las que tienen el contenido y precisión necesarias que las habilita para ser aplicadas sin otro trámite como fuente del derecho interno. En otros términos, son autosuficientes, y entran a la legislación nacional cuando el tratado que las contiene se incorpora al derecho vigente. Su redacción es clara, incondicional, ejecutiva, es decir; en el sentido que pueden ser ejecutada por un juez sin necesidad de que sea desarrollada por una norma posterior. Por el contrario, las normas no auto-ejecutivas o programáticas, son aquéllas que para hacerse efectivas se requerirá que el Estado tome medidas legislativas, políticas, administrativas o de otro tipo.

⁵⁹ Artículo 31 del Convenio de Viena sobre los derechos de los tratados: 1. Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin. 2. Para los efectos de la interpretación de un tratado, el contexto comprenderá, además del texto, incluidos su preámbulo y anexos: a) Todo acuerdo que se refiera al tratado y haya sido concertado entre todas las partes con motivo de la celebración del tratado; b) Todo instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por las demás como instrumento referente al tratado. 3. Juntamente con el contexto, habría de tenerse en cuenta: a) Todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones; b) Toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado; c) Toda norma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes. 4. Se dará a un término un sentido especial si consta que tal fue la intención de las partes.

o para determinar ese sentido cuando permanezca ambiguo u oscuro, o conduzca a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable (art.32)⁶⁰.

En los casos en los cuales los tratados carecen de fuerza auto-ejecutiva será conveniente establecer mecanismos de implementación a fin hacer efectiva las disposiciones del instrumento internacional. Los modos más usuales para concretizar la medida de implementación pueden ser algunos de estos: Dar a todo, o parte del tratado fuerza de ley para que se aplicado directamente por los Tribunales; Organizar el texto del tratado en función de los destinatarios de su cumplimiento; Usar en derecho interno referencias directas a disposiciones del tratado (describir los espacios marítimos utilizando los conceptos y medidas que les asigna la CONVEMAR); traducir el tratado en derecho interno; adoptar regulaciones con el objeto de implementar los tratados, etc.⁶¹.

Respecto al Convenio 169, debido a que este tratado contiene instrucciones de alcance general, es importante que sobre él se lleven a cabo procedimientos de implementación y desarrollo a fin de reforzar su aplicación efectiva en los ordenamientos internos. Algunas de sus disposiciones estipulan deberes basados en la adopción de medidas, procedimientos, mecanismos, a fin de implementar y hacer efectivos los derechos consignados en el tratado. Un caso es por ejemplo el artículo 4 que establece “el deber de adoptarse las medidas especiales que se precisen para salvaguardar las personas, las instituciones, los bienes, el trabajo, las culturas y el medio ambiente de los pueblos interesados”. De la lectura de esta disposición se puede afirmar que este tendría carácter programático, ya que dentro de las medidas a adoptar podrían utilizarse normas legislativas o reglamentarias para hacer efectivo el Convenio. La OIT ha dicho al respecto que incluso en aquellos países en los que los

⁶⁰ IGLESIAS VELASCO, A, “Reflexiones sobre la implementación de los tratados internacionales por los tribunales domésticos: Especial referencia a España, *Anuario Español de Derecho Internacional* / Vol. 29/ 2013, Universidad Autónoma de Madrid, pág. 177.

⁶¹ MOSQUERA MONELOS, S: “El Perú y la recepción de los Tratados de Derechos Humanos” ..., op.cit., pág. 71.

tratados se aplican directamente, se necesitan por lo general disposiciones legislativas específicas para garantizar la aplicación efectiva de las disposiciones del Convenio⁶².

Otro caso es el del artículo 6 del Convenio 169 sobre consulta previa, que establece que los Estados “deberán consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente”. Aquí se observa que a pesar del deber a consultar, que tiene carácter auto-ejecutivo⁶³, se necesita de procedimientos y medios apropiados a fin de llevar a cabo la consulta, lo que demuestra la necesidad de una implementación. Este deber de implementación del derecho a la consulta previa ha sido exigido por el CEACR, órgano de supervisión en la aplicación e implementación efectiva de los convenios de la OIT. Así, por citar como ejemplo, en la observación hecha al Estado Peruano acerca de la implementación del Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas, la CEACR exigió la implementación de mecanismos de consulta y participación con la población indígena; el respeto a los derechos territoriales y sobre los recursos naturales; el desarrollo de una acción coordinada y sistemática para atender a la población indígena con sustento en lo que establecen determinadas disposiciones del Convenio 169: “La Comisión insta al Gobierno que, con la participación y consulta de los pueblos indígenas adopte sin demora las medidas necesarias para garantizar: 1) la participación y consulta de los pueblos indígenas de manera coordinada y sistemática a la luz de los artículos 2, 6, 7, 15 y 33 del Convenio; 2) la identificación de situaciones urgentes relacionadas con la explotación de recursos naturales que pongan en riesgo las personas, las instituciones, los bienes, el trabajo, las culturas y el medio

⁶² OIT. “Comprender el Convenio sobre pueblos indígenas y tribales...op.cit., Pág. 6.

⁶³ En un Fallo del Tribunal Constitucional Chileno, Causa Rol 309-2000, de 4 de agosto de 2000, fundamento 7, también se ha alegado que el artículo 6.1 letra a) tiene carácter auto-ejecutivo: “Que, esta norma, a juicio del Tribunal, tiene el carácter de autoejecutable o de aplicación directa, tanto por los términos perentorios en que se encuentra redactada”.

ambiente de los pueblos interesados y la aplicación rápida de las medidas especiales que se precisen para salvaguardarlos”⁶⁴.

Ahora bien, la implementación del Convenio 169 de acuerdo a la OIT también tiene sustento en el complemento de dos fundamentos jurídicos importantes:

b.1) Implementación de buena fe.

En virtud del derecho internacional, los tratados que estén en vigencia para un país deben implementarse de buena fe⁶⁵. Junto a este fundamento, naturalmente aplicable al Convenio 169, la Constitución de la OIT, también ha señalado que cuando un Estado socio ratifica uno de sus Convenios, debe tomar todas las medidas necesarias para hacer efectivas las disposiciones de dichos tratados⁶⁶. Esto se traduce en la exigencia de adoptar medidas legislativas o reglamentarias, políticas, instituciones, etc., como mecanismos de implementación y aseguramiento del Convenio. Ello implica, que el país deba armonizar la legislación nacional a los alcances del Convenio, pero además que deba velar por su aplicación efectiva en la práctica, informando sobre sus logros y avances a este respecto a la Oficina Internacional del Trabajo (OIT), de manera periódica y obligatoria. Sobre este punto la OIT ha manifestado que: “Aun cuando el Convenio una vez ratificado forme parte de la legislación nacional, será menester desarrollar medidas específicas para aplicar el Convenio, por ejemplo: promulgar leyes o reglamentaciones relacionadas con esas disposiciones del Convenio que

⁶⁴ CEACR, Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, Observación general del Convenio 169 de la OIT, Conferencia Internacional del Trabajo, 98.^a 2009, pág. 748.

⁶⁵ El artículo 26 de la Convención de Viena sobre los Derechos de los Tratados establece que todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe.

⁶⁶ Artículo 19(5)(d) de la Constitución de la OIT: En el caso de un convenio: d) si el Miembro obtuviere el consentimiento de la autoridad o autoridades a quienes compete el asunto, comunicará la ratificación formal del convenio al Director General y adoptará las medidas necesarias para hacer efectivas las disposiciones de dicho convenio.

no estén suficientemente previstas o en vigor en el contexto nacional dado; eliminar toda incompatibilidad entre las disposiciones del Convenio y leyes y prácticas nacionales anteriores; desarrollar e implementar acciones gubernamentales coordinadas y sistemáticas, tal como se contempla en el Convenio; establecer instituciones y mecanismos pertinentes, en particular, los que conciernen a la consulta, la participación y el consentimiento”⁶⁷.

b.2) Implementación simultánea: El proceso de supervisión regular.

Una de las características específicas del sistema normativo de la OIT consiste en la supervisión a las medidas adoptadas por los Estados para hacer efectivo las disposiciones del Convenio 169. Esta supervisión se basa en que los Estados deben presentar memorias⁶⁸ regulares sobre las medidas adoptadas para hacer efectivo el Convenio. El procedimiento correcto consiste en que un año⁶⁹ después de la entrada en vigor del Convenio, el gobierno se encuentra en el deber de presentar a la OIT memorias sobre la implementación del tratado. La elaboración de estas memorias se enmarca dentro del esquema del sistema de control de la aplicación de las normas internacionales de la OIT.

Son la CEACR y la CAN de la Conferencia Internacional del Trabajo, quienes se encargan de hacer el control de las memorias presentadas por los Estados miembros de la OIT sobre las medidas

⁶⁷ OIT. “Los derechos de los pueblos indígenas y tribales en la práctica, una guía...”, págs. 176-177.

⁶⁸ Las memorias se consideran documentos de información completa acerca de la forma en que un país ha dado cumplimiento a sus obligaciones dimanantes de un Convenio de la OIT, con inclusión de las medidas adoptadas (legislación, normas, reglamentaciones) relacionadas a la aplicación del tratado. Véase en OIT, “*Formulario de memoria relativa al Convenio sobre el Trabajo Marítimo*”, Ginebra, 2006, pág. 1.

⁶⁹ El objetivo de este intervalo de un año consiste en darle tiempo al gobierno para asegurar que su legislación y prácticas nacionales estén en concordancia con el Convenio. En el caso del Convenio 169 la presentación de las memorias se realiza normalmente cada cinco años. Véase en OIT. “*Los derechos de los pueblos indígenas y tribales en la práctica...*”, op.cit., pág.178.

adoptadas en referencia a la aplicación de los Convenios ratificados de la OIT. En ese sentido, evalúan la conformidad de la legislación y las prácticas del país con sus obligaciones en virtud del Convenio. La Comisión de Expertos entabla un diálogo continuo con el gobierno, que puede resultar muy efectivo para identificar las brechas en la implementación e información, y para sugerir medidas y mecanismos con el fin de mejorar la implementación. Después de examinar las memorias, la Comisión puede enviar comentarios al gobierno interesado con el objeto de guiar y afianzar la implementación. En ese sentido es que se promueve el diálogo continuo entre los gobiernos interesados y los órganos de control de la OIT en lo que concierne a la implementación⁷⁰.

Las conclusiones sobre la evaluación realizada por la CEACR de las memorias presentadas por los Estados se plasman en dos tipos de documentos: observaciones, que son los comentarios públicos de la CEACR sobre la aplicación de los convenios de la OIT; y solicitudes directas. Estas últimas son enviadas directamente al gobierno en cuestión, y por lo general solicitan mayor información sobre asuntos específicos.

2. El Convenio 169 de la OIT y los tratados internacionales de derechos humanos en el derecho constitucional peruano.

La materia de los tratados internacionales sobre derechos humanos constituye uno de los temas que tiene reconocimiento constitucional y aplicación en el derecho interno. La Constitución de 1979, fue la primera que incluyó la denominación de los tratados internacionales⁷¹. Así,

⁷⁰ La OIT ha manifestado que “la ratificación de un Convenio de la OIT indica el comienzo de un proceso de diálogo y cooperación entre el gobierno y la OIT. El objetivo consiste en trabajar en conjunto y asegurarse de que la legislación y prácticas nacionales estén en concordancia con las disposiciones del Convenio. Véase en OIT. “Los derechos de los pueblos indígenas y tribales en la práctica...”, op.cit., pág.178.

⁷¹ El TC define a los tratados, dentro del sistema de fuentes, como “(...) expresiones de voluntad que adopta el Estado con sus homólogos o con organismos extranacionales, y que se rigen por las normas, costumbres y fundamentos doctrinarios del derecho internacional. En puridad expresan un acuerdo de voluntades entre sujetos de derecho internacional; es decir, entre

aunque se estableció que los tratados en general tenían rango legal, se señaló también que en caso de conflicto entre la ley y un tratado prevalecía éste (Art. 101). Esta carta magna disponía también que “cuando un tratado internacional contenga una estipulación que afecta una disposición constitucional, debe ser aprobado por el mismo procedimiento que rige la reforma de la constitución, antes de ser ratificado por el Presidente de la República” (Art. 103). Pero, el paso trascendental de esta Constitución fue el reconocimiento expreso del rango constitucional de las normas referidas a derechos fundamentales contenidas en tratados y pactos internacionales sobre derechos humanos ratificados por el Perú (Art. 105). Si bien la Carta Magna y la incorporación de los tratados internacionales tuvo una aplicación sostenida en la práctica constitucional, la situación antidemocrática y subversiva gubernamental de los primeros años noventa rompió con esa estabilidad y creó un clima adverso a la noción de los derechos humanos, apareciendo posteriormente la Carta de 1993.

La Constitución de 1993, utiliza el término tratado para referirse incluso a otro conjunto de instrumentos internacionales, como convenios, pactos, declaraciones, etc. Respecto a los tratados internacionales de derechos humanos, la Constitución vigente ostenta una regulación explícita donde se puede advertir que ha habido un recorte en determinados supuestos respecto a lo que contenía Carta de 1979, sin que signifique un retroceso en la regulación sobre el derecho de los tratados. El caso de la posición constitucional de los tratados sobre derechos humanos frente a la ley de orden interno es un ejemplo a lo señalado. Así pues, a pesar que la actual Carta excluyó en comparación lo que la Constitución de 1979 establecía que en caso de conflicto, un tratado sobre derechos humanos prevalecía frente a la Constitución, no significa que en la actual Constitución la posición de los tratados dentro del ordenamiento jurídico interno no sea constitucional.

Durante la vigencia de esta Constitución, el Convenio 169 ha sido uno de los tratados internacionales en materia de derechos humanos que

Estados, organizaciones internacionales, o entre estos y aquellos”; véase en EXP N° 047-2004-AI/TC, de fecha 24 de abril de 2006, fundamento 18.

el Perú ha ratificado⁷². Siendo este instrumento internacional un componente indispensable en el estudio del presente trabajo, veamos a raíz de lo anterior los fundamentos jurídicos que indican que el Convenio 169, tratado internacional relativo a derechos humanos ostenta una posición constitucional de acuerdo a la Carta Magna de 1993.

a) El rango constitucional.

Si bien la Carta Magna vigente no reconoce en forma expresa y literal que los tratados de derechos humanos tienen rango constitucional, a través de una interpretación sistemática de la misma, de conformidad con los principios de unidad⁷³ y concordancia práctica⁷⁴ es posible predicar tal categoría.

⁷²El TC en reiteradas ocasiones ha manifestado que el Convenio 169 está vigente desde el año 1995. Así por ejemplo en el EXP. 00025-2009PI/TC, de 17 de marzo de 2011 fundamento 23 precisó lo siguiente: “La exigibilidad del derecho a la consulta está vinculada con la entrada en vigencia en nuestro ordenamiento jurídico del Convenio 169 de la OIT. Este Convenio fue aprobado mediante Resolución Legislativa N° 26253, ratificado el 17 de enero de 1994 y comunicado a la OIT a través del depósito de ratificación con fecha 02 de febrero de 1994. Y conforme a lo establecido en el artículo 38. 3 del referido Convenio, éste entró en vigor doce meses después de la fecha en que nuestro país registró la ratificación. Esto es, desde el 02 de febrero de 1995, el Convenio 169 de la OIT es de cumplimiento obligatorio en nuestro ordenamiento”.

⁷³Conforme al cual la interpretación de la Constitución debe estar orientada a considerarla como un “todo” armónico y sistemático, a partir del cual se organiza el sistema jurídico en su conjunto. Véase EXP. N.º 5854-2005-PA/TC, de 8 de noviembre de 2005, fundamento 12.

⁷⁴ En virtud del cual toda aparente tensión entre las propias disposiciones constitucionales debe ser resuelta “optimizando” su interpretación, es decir, sin “sacrificar” ninguno de los valores, derechos o principios concernidos, y teniendo presente que, en última instancia, todo precepto constitucional, incluso aquellos pertenecientes a la denominada “Constitución orgánica” se encuentran reconducidos a la protección de los derechos fundamentales, como manifestaciones del principio-derecho de dignidad humana, cuya defensa y respeto es el fin supremo de la sociedad y el Estado (artículo 1º de la

Cuando se habla de la incorporación a nuestro ordenamiento jurídico de un tratado internacional de derechos humanos este pasa a ser parte del derecho nacional⁷⁵. A raíz de esta disposición, la Constitución y los tratados sobre derechos humanos pasan a formar una unidad desde un punto de vista material. En ese sentido, el tratado internacional alcanza un valor constitucional.

La IV DFT, la cual establece que “las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la DUDH y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú”⁷⁶, resulta ser otra prueba contundente que reconoce el rango constitucional al Convenio 169, pues este es un parámetro al cual debe recurrirse para interpretar las normas sobre derechos y libertades contenidas en la CP. El TC ha dicho sobre este precepto que: “(...) los tratados constituyen parámetro de interpretación de los derechos reconocidos por la Constitución, lo que implica que los conceptos, alcances y ámbitos de protección explicitados en dichos tratados, constituyen parámetros que deben contribuir, de ser el caso, al momento de interpretar un derecho constitucional. Todo ello,

Constitución). Véase EXP. N.º 5854-2005-PA/TC, de 8 de noviembre de 2005, fundamento 12.

⁷⁵ Artículo 55 de la CP de 1993: “Los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional”.

⁷⁶ Esta disposición tiene las siguientes dos consecuencias posibles. Primera, que en el Tratado o Convención Internacional se recojan derechos humanos que han sido expresamente reconocidos por el constituyente peruano. En este supuesto lo que ocurre es una suerte de trasvase de contenido del derecho humano desde el nivel internacional al nivel nacional, de modo que la norma internacional ayuda a la delimitación del contenido constitucional del derecho que se trate. Segunda, que el Tratado o Convención internacional traiga recogido expresamente como derecho humano uno tal que no es referido expresamente por el Constituyente peruano. En este supuesto, el derecho humano pasa a formar parte del catálogo de derechos fundamentales vigentes en el ordenamiento peruano a título de derecho fundamental implícito. Véase en CASTILLO CÓRDOVA, L. (2009). ¿En qué casos el Estado está obligado a consultar a las comunidades indígenas, nativas o pueblos originarios? A propósito del Convenio N° 169 de la OIT. “*Actualidad Jurídica* N° 189”, agosto de 2009, pp. 181-187.

claro está, sin perjuicio de la aplicación directa que el tratado internacional supone debido a que forma parte del ordenamiento peruano⁷⁷.

De la misma manera, el artículo 3 de la Carta Magna que acoge un sistema de *numerus apertus* de derechos constitucionales, pues estipula que serán también derechos fundamentales aquellos que se funden en la dignidad humana, es también una clausula que permite reconocer rango constitucional a los tratados de derechos humanos, en tanto los derechos y libertades reconocidos por estas forman parte de la Constitución peruana. La jurisprudencia del TC así lo considera: “Conforme a esta disposición el catálogo de derechos constitucionales no excluye “otros de naturaleza análoga” o que “se fundan” en determinados principios fundamentales del ordenamiento constitucional. Es decir, existe otro conjunto de *derechos constitucionales* que está comprendido tanto por “derechos de naturaleza análoga” como por los que se infieren de los principios fundamentales(...) Dentro de las que pudiera identificarse como tal no cabe duda que se encuentran los tratados internacionales sobre derechos humanos de los que el Estado peruano es parte⁷⁸”.

Siguiendo la línea jurisprudencial, ha dicho a su criterio que los tratados, no sólo forman parte del ordenamiento jurídico sino que, además, tienen rango constitucional⁷⁹: “el rango constitucional que ostentan trae consigo que dichos tratados están 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

⁷⁷ EXP N° 1124-2001-AA/TC, de 11 de julio de 2002, fundamento 9.

⁷⁸El TC en el EXP. N° 00025-2005-PI/TC y N° 00026-2005-PI/TC acumulados, de 25 de abril de 2006, fundamento 29 y 30.

⁷⁹ *Ibidem*, fundamento 26.

que afectara su contenido protegido. Los tratados sobre derechos humanos representan en tal sentido límites materiales de la propia potestad de reforma de la constitución. En lo que concierne al caso, importa resaltar su fuerza de resistencia frente a las normas de rango legal. Estas no pueden ser contrarias a los derechos enunciados en los tratados sobre derechos humanos. Si estos derechos detentan rango constitucional, el legislador está vedado de establecer estipulaciones contrarias a los mismos⁸⁰.

Ahora bien, el rango constitucional de los tratados relativos a derechos humanos supone que estos formen parte del llamado Bloque de Constitucionalidad.

Partiendo de la premisa que la Carta de 1993 se inscribe dentro de la concepción más cercana a los planteamientos de Kelsen⁸¹, actualmente las relaciones de los tratados con las constituciones no se limitan a la posición que ocupan los primeros en la conocida pirámide normativa. Ante la mirada hacia la perspectiva más constitucional que estatal, dichas relaciones son más estrechas y se vinculan al llamado bloque de constitucionalidad. En ese sentido, los tratados internacionales sobre derechos humanos complementan el catálogo de derechos y libertades de las constituciones codificadas, porque forman parte del derecho nacional⁸².

El bloque de constitucionalidad se entiende “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

⁸⁰ *Ibíd*em, fundamento 33.

⁸¹ Kelsen manifiesta que la Constitución es la norma jurídica principal que fundamenta un ordenamiento jurídico cerrado, completo y unívoco, pero con cierta apertura al derecho internacional. Véase KELSEN, HANS: Introducción a la Teoría Pura del Derecho, Asociación Peruana de Derecho Constitucional, edición autorizada por el Instituto de Investigaciones Jurídicas (UNAM) y el Hans Kelsen-Institut, Lima, 2001, pág. 75.

⁸² HAKANSSON NIETO, C. “Posición constitucional de los tratados de derechos humanos...”, *op.cit.*, pág.38.

el texto de la constitución”⁸³. Conuerdo con Gustavo Medinacheli⁸⁴, cuando manifiesta que la aplicación del bloque de constitucionalidad, requiere de la interpretación sistemática al considerar al sistema constitucional de un Estado como un orden normativo que, además de la Constitución, está integrado por disposiciones constitucionales de derecho internacional de los derechos humanos, con las que forma un verdadero bloque de constitucionalidad. Entonces, cuando se presentan omisiones normativas en determinados casos concretos, se realiza la interpretación constitucional para integrar las disposiciones constitucionales. 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 vivos".

En nuestro ordenamiento jurídico esta figura aparece recogida en el artículo 79 del CPC el cual establece que: “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”.

En el caso concreto de los tratados y en especial del Convenio 169, el sustento de su inserción al bloque de constitucionalidad es fruto de una interpretación sistemática de los artículos 79 del CPC, V del Título Preliminar del CPC⁸⁵, y IV DFT de la Constitución de 1993. No

⁸³GÓMEZ FERNÁNDEZ, I. “Redefinir el Bloque de Constitucionalidad 25 años después”, *Revista Estudios de Deusto*, Universidad Carlos III de Madrid, Vol.Nº54/1 (Ene-Jun. 2006), pág. 69.

⁸⁴MEDINACHELLI ROJAS, G. “Criterios de interpretación en la nueva Constitución de Bolivia”. *Anuario de Derecho Constitucional latinoamericano*. Fundación Konrad Adenauer Stiftung, Colombia, 2012, pag.143 y siguientes.

⁸⁵ El Artículo V del CPC establece: “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”.

obstante, son estas dos últimas disposiciones las que incorporan principalmente los tratados y la jurisprudencia de los tribunales internacionales de derechos humanos⁸⁶ al canon constitucional.

Asimismo, el TC en repetida y reiterada jurisprudencia ha reconocido que los tratados son parte del control de constitucionalidad: “(...) que nuestro sistema de fuentes normativas reconoce que los tratados de derechos humanos sirven para interpretar los derechos y libertades reconocidos por la Constitución. Por tanto, tales Tratados constituyen parámetro de constitucionalidad en materia de derechos y libertades⁸⁷”.

Esta característica es importante para efectos prácticos, toda vez que al momento de evaluar la constitucionalidad de las normas legales y reglamentarias que han desarrollado derechos fundamentales, los tratados y en concreto el Convenio 169 cumplirá una función de parámetro de validez constitucional, como fuente de derecho obligatorio. Las normas que integran el bloque de constitucionalidad son fuente de derecho obligatorio, es decir, vinculantes, ya que también regulan la producción de las demás normas del ordenamiento jurídico; de igual modo, tanto el preámbulo como los principios, valores y reglas constitucionales son de obligatorio de cumplimiento en el orden interno⁸⁸.

b) La Fuerza normativa del Convenio 169 de la OIT.

La fuerza normativa del Convenio 169 significa que sus normas son de aplicación directa y de cumplimiento obligatorio en nuestro ordenamiento jurídico. En el ámbito jurídico internacional de acuerdo a

⁸⁶ Por ejemplo la jurisprudencia de la Corte IDH.

⁸⁷ EXP. N° 0047-2004-AI/TC, de 24 de abril de 2006, fundamento 22.

⁸⁸ HAKANSSON NIETO, C. “El contenido de los Derechos Fundamentales, como un concepto abierto en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional”. *Revista de Jurisprudencia y Doctrina. Justicia Constitucional*, Año I - N.º 2 - Agosto - Diciembre, Lima, 2005, pág. 55.

los artículos 26 y 27 de la CVDT⁸⁹, los tratados deben aplicarse directamente de buena fe y sin excusas en la legislación interna. En el ámbito jurídico interno partir de lo que establece la IV DFT, el artículo 3 y 55⁹⁰ de la CP, las normas de los tratados son vinculantes y de observancia obligatoria para los órganos constitucionales y los ciudadanos.

Landa Arroyo, para un mayor esclarecimiento del tema ha sostenido que: “(...) los tratados internacionales a los cuales alude la cuarta disposición final y transitoria, exigen la interpretación de los derechos fundamentales por parte de los órganos judiciales nacionales; ya sea directamente o en función de los tratados internacionales, como a través de las sentencias, opiniones y recomendaciones, que la justicia internacional haya establecido para la tutela de los derechos humanos. De esta forma se cumplen los artículos 27° y 26° de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969), según los cuales, una parte no puede invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación de su incumplimiento de un tratado y que todo acuerdo internacional en vigor obliga a las partes –pacta sunt servanda- y, que debe ser cumplido por ellas de buena fe –bona fide-. Bajo este criterio hermenéutico, los tratados internacionales son normas jurídicas de aplicación directa e inmediatas –self executing-; es decir que, no son meros derechos morales de naturaleza ética, a la cual se encuentran sometidos residualmente quienes interpreten y apliquen los derechos fundamentales de la Constitución; sino que, son normas jurídicas vinculantes y de aplicación obligatorias por los poderes públicos y de respeto por los poderes privados, en la medida que contenga normas más favorables a los

⁸⁹En el Perú la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados fue ratificada por Decreto Supremo N°029-2000-RE el 14 de setiembre de 2000, y en vigor el 14 de Octubre de 2000:

Artículo 26.- Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe.

Artículo 27.- Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46.

⁹⁰Artículo 55 de la CP: “Los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional”.

derechos fundamentales de la persona demandante, que las contenidas en la Constitución”⁹¹.

Asimismo, el mismo TC ha dicho sobre esta fuerza normativa de los tratados que: “En tal sentido, el derecho internacional de los derechos humanos forma parte de nuestro ordenamiento jurídico y, por tal razón, este Tribunal ha afirmado que los tratados que lo conforman y a los que pertenece el Estado peruano, son Derecho válido, eficaz y, en consecuencia, inmediatamente aplicable al interior del Estado [05854-2005-PA/TC FJ 22]. Esto significa en un plano más concreto que los derechos humanos enunciados en los tratados que conforman nuestro ordenamiento vinculan a los poderes públicos y, dentro de ellos, ciertamente, al legislador”⁹². A mayor abundamiento, ha manifestado también 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 (...)”⁹³.

En ese sentido, la posición que la Constitución y el TC asignan a los tratados, como categoría de fuente de interpretación de los derechos fundamentales y como normas jurídicas de aplicación directa, implica reconocer a dichos tratados un nivel de norma de cumplimiento obligatorio. Es decir, que el Convenio 169, constituye una disposición de orden constitucional y por lo tanto asume todos los caracteres de la Constitución Política, lo que quiere decir que todas sus normas o disposiciones son vinculantes a todo el aparato estatal, a los operadores públicos y en general a todas las personas naturales y jurídicas.

⁹¹ LANDA ARROYO, C. “*Los tratados Internacionales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional del Perú*”, Comisión Andina de Juristas, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, Enero de 2000, pág.7.

⁹² EXP. N°00005-2007-PI/TC, de 26 de agosto de 2008, fundamento 10.

⁹³ EXP. 4677-2005-PHC/TC, de 12 de agosto de 2005, fundamento 11.

CAPITULO V

LOS CRITERIOS DE IDENTIFICACIÓN DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS DEL ORDEN JURÍDICO PERUANO: UN DEFECTO EN LA IMPLEMENTACION DEL CONVENIO 169 DE LA OIT

1. La regulación normativa de criterios de identificación de los pueblos indígenas en el derecho peruano.

Tras la ratificación del Convenio 169 en nuestro país, diversos sectores del Poder Ejecutivo se negaron abiertamente a darle cumplimiento bajo la excusa de carecer una norma que reglamente el citado tratado dentro del orden interno. Ello llevó a que muchas organizaciones indígenas y organizaciones no gubernamentales, exigieran al Estado Peruano la creación de una medida legislativa que cumpla con lo establecido por el Convenio y garantice los procedimientos para el ejercicio del derecho a la consulta previa. Fueron los lamentables acontecimientos de Bagua suscitados en junio del año 2009, los que determinaron que el Gobierno Peruano⁹⁴ promulgara la conocida Ley de Consulta Previa N° 29785 (en adelante la ley) como norma de implementación del Convenio 169 en nuestro ordenamiento jurídico que desarrolla los procedimientos y principios para llevar a cabo la consulta previa a los pueblos indígenas.

Son esta ley y la Resolución Ministerial 202-2012/MC, las normas nacionales que desarrollan entre diversas materias dentro del marco del proceso a la consulta previa, los criterios de identificación de los pueblos indígenas.

⁹⁴ El 6 de setiembre de 2011, fue promulgada en nuestro país la Ley del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios reconocido en el Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo.

a) El artículo 7 de la Ley de Consulta Previa N° 29785.

La ley desarrolla principios y procedimientos para el ejercicio del derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas a fin de establecer acuerdos con el Estado sobre medidas legislativas o administrativas que puedan afectarles.

Dentro de los procedimientos que establece la ley una de las etapas fundamentales es la identificación de los pueblos indígenas debido a su repercusión que tiene en la habilitación del ejercicio del derecho a la consulta previa. Se le considera como etapa “*sine qua non*”, ya que el reconocimiento de los pueblos indígenas determina que el proceso de consulta previa tenga continuidad y ejecución para los acuerdos finales. La ley la prevé de la siguiente forma: “La identificación de los pueblos indígenas u originarios a ser consultados debe ser efectuada por las entidades estatales promotoras de la medida legislativa o administrativa sobre la base del contenido de la medida propuesta, el grado de relación directa con el pueblo indígena y el ámbito territorial de su alcance”⁹⁵.

Para llevar a cabo esta etapa la ley asimismo, establece que son las entidades promotoras⁹⁶ las que deben hacer la identificación utilizando criterios, los cuales se encuentran regulados en el artículo 7 y que deben interpretarse en el marco de lo señalado en el artículo 1 del Convenio

⁹⁵ Véase el Artículo 10° de la ley de consulta previa.

⁹⁶ De acuerdo al artículo 3 del reglamento de la ley de consulta previa las entidades promotoras son las Entidades pública responsables de dictar la medida legislativa o administrativa que debe ser objeto de consulta en el marco establecido por la Ley y el Reglamento. Ellas son las siguientes:

- 1) La Presidencia del Consejo de Ministros, para el caso de Decretos Legislativos. En este supuesto, dicha entidad puede delegar la conducción del proceso de consulta en el Ministerio afín a la materia a consultar.
- 2) Los Ministerios, a través de sus órganos competentes.
- 3) Los Organismos Públicos, a través de sus órganos competentes.
- 4) Los Gobiernos Regionales y Locales, a través de sus órganos competentes, también se entenderán entidades promotoras, conforme a lo establecido en los artículos 2.2 y 2.3 del Reglamento.

169⁹⁷. La disposición los fija de la siguiente manera: “Los criterios objetivos son los siguientes: a) Descendencia directa de las poblaciones originarias del territorio nacional, b) Estilos de vida y vínculos espirituales e históricos con el territorio que tradicionalmente usan u ocupan, c) Instituciones sociales y costumbres propias, d) Patrones culturales y modo de vida distintos a los de otros sectores de la población nacional. El criterio subjetivo se encuentra relacionado con la conciencia del grupo colectivo de poseer una identidad indígena u originaria”.

b) La disposición 7.1 de la Resolución Ministerial 202-2012/MC.

Para permitir a las administraciones públicas y a la ciudadanía en general acceder a la información existente sobre los pueblos indígenas y sobre todo para la etapa de identificación de los pueblos indígenas en el proceso de consulta previa, como otra medida de implementación del derecho a la consulta previa dentro del ordenamiento jurídico peruano, el Ministerio de Cultura en mayo de 2012, dictó la Resolución Ministerial 202-2012/MC con la finalidad de poner en funcionamiento una base de datos oficial de los pueblos indígenas u originarios como lista referencial de pueblos indígenas identificados en nuestro país.

Para el funcionamiento de esta base de datos, la misma que tiene su origen en el artículo 20 de la ley⁹⁸ y en el numeral 29.2 del artículo 29 del

⁹⁷ Véase el Artículo 3.K del reglamento de la ley de consulta previa.

⁹⁸ Artículo 20 de la ley de consulta previa: “Créase la base de datos oficial de los pueblos indígenas u originarios y sus instituciones y organizaciones representativas, la que está a cargo del órgano técnico especializado en materia indígena del Poder Ejecutivo.

La base de datos contiene la siguiente información:

- a) Denominación oficial y autodenominaciones con las que los pueblos indígenas u originarios se identifican.
- b) Referencias geográficas y de acceso.
- c) Información cultural y étnica relevante.
- d) Mapa etnolingüístico con la determinación del hábitat de las regiones que los pueblos indígenas u originarios ocupan o utilizan de alguna manera.
- e) Sistema, normas de organización y estatuto aprobado.

reglamento de la referida ley⁹⁹ (Decreto Supremo 001-2012-MC), la Resolución Ministerial 202-2012/MC aprobó una Directiva 003-2012/MC(en adelante la directiva), dónde se establecen procedimientos para su elaboración, información y actualización, bajo la evaluación tanto del Vice ministerio de Interculturalidad como de la Dirección General de los derechos de los pueblos indígenas¹⁰⁰.

Respecto a estos procedimientos, la directiva fija dos mecanismos para recabar la información categórica sobre los pueblos indígenas, siendo uno de ellos precisamente la utilización de los criterios de identificación de los pueblos indígenas tomados de la Ley, a fin de determinar qué comunidades del país forman parte de la base de datos oficial de pueblos indígenas. En definitiva los mecanismos son los siguientes:

b.1) Fuentes principales y oficiales de información.

De acuerdo al artículo 7.2.1 de la directiva, las fuentes de información para la identificación de los pueblos indígenas son los censos elaborados por el Instituto Nacional de Estadística e Informática, la data de Comunidades Campesinas y nativas del Organismo de Formalización de la Propiedad Informal (COFOPRI) y de los Gobiernos Regionales a través de sus oficinas competentes, los registros de organizaciones, instituciones y comunidades de la Superintendencia

f) Instituciones y organizaciones representativas, ámbito de representación, identificación de sus líderes o representantes, período y poderes de representación.

⁹⁹ El artículo 29.2 del reglamento de la Ley establece que: “El Vice ministerio de Interculturalidad es la entidad responsable de elaborar, consolidar y actualizar la Base de Datos Oficial.

¹⁰⁰ Órgano de línea de ámbito nacional encargado de promover, coordinar, evaluar y supervisar con la Alta Dirección del Ministerio y demás órganos del Ministerio la política nacional y las normas de alcance nacional en materias relacionadas con la implementación del derecho a la consulta previa y la protección, el desarrollo y la promoción de las lenguas indígenas del país. Se encuentra establecido en el artículo 90 del Decreto Supremo 005-2013-MC, que aprueba el Reglamento de Organización y Funciones del Ministerio de Cultura.

Nacional de Registros Públicos, las disposiciones legales vigentes sobre pueblos en situación de aislamiento y en situación de contacto inicial(PIACI), la data de la red vial del Ministerio de Transporte y Comunicaciones, el Registro Nacional de Instituciones Educativas de Educación Intercultural Bilingüe del Ministerio de Educación. Estas fuentes son los medios para complementar la información que se requiere para la identificación de las comunidades.

b.2) Acciones de Identificación de los Pueblos.

Así el artículo 7.1 de la Directiva establece lo siguiente:

7.1.2. Para el proceso de identificación de los pueblos indígenas u originarios que integran la base de datos, se consideran los criterios objetivos y subjetivo dispuestos en el artículo 1° del Convenio 169 de la OIT, el artículo 7° de la Ley 29785 y el artículo 3 de su reglamento.

7.1.3. Los criterios objetivos incluyen lo siguiente: “continuidad histórica, es decir, permanencia en el territorio nacional desde tiempos previos al establecimiento del Estado; conexión territorial extendida como la ocupación de una zona del país por parte de los ancestros de las poblaciones referidas, e instituciones políticas, culturales, económicas y sociales distintivas” conservadas total o parcialmente por los grupos humanos en cuestión.

7.1.4. El 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.

7.1.5. La base de datos incorpora como elementos objetivos para el reconocimiento de un pueblo indígena los siguientes: lengua indígena en tanto constituye una de las principales instituciones sociales y culturales de todo pueblo, y 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.

2. Los criterios de identificación de los pueblos indígenas del derecho peruano como caso de incorrecta adaptación de las normas de orden interno al Convenio 169 de la OIT.

a) La adaptación o adecuación de las normas internas a las normas internacionales.

La implementación internacional está esencialmente limitada a la supervisión de la efectividad de las medidas internas adoptadas. Una obligación internacional puede cumplirse de varias maneras y por diferentes vías, dentro de la estructura del Estado, cuando se incorporan las normas internacionales de derechos humanos al derecho interno¹⁰¹. Los Estados partes en una convención sobre derechos humanos (como en muchas otras convenciones de la misma naturaleza) asumen obligaciones legislativas para implementar los tratados internacionales. Dentro de este género está la de adoptar medidas normativas en el derecho interno y adecuarlas a los tratados de derechos humanos.

La obligación de adaptar el orden interno a los parámetros internacionales, forma parte del derecho internacional general, y en sentido del contenido de las convenciones más relevantes sobre derechos humanos. Esta obligación estatal ha sido objeto de estudio bajo la indicación de que los Estados se encuentran obligados a efectivizar las normas del derecho interno en consonancia con los derechos establecidos en las normas internacionales. Ello implicaría: [...] organizar todo el aparato gubernamental y en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean

¹⁰¹GONZALES FELDMANN C, “La implementación de los tratados internacionales de derechos humanos por el Paraguay. *El Paraguay frente al sistema internacional de los derechos humanos Análisis sobre la implementación de tratados y mecanismos de protección de los derechos humanos en Paraguay*, Ministerio de Relaciones Exteriores, Programa Estado de Derecho para Sudamérica Konrad- Adenauer-Stiftung, Montevideo, 2004, pág. 21.

capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos¹⁰².

Algunos convenios o pactos, de los cuales algunos son vinculantes e ilustrativas a nuestro ordenamiento jurídico definen que el Estado Peruano se encuentra obligado a adoptar medidas de derecho interno (entre ellas, normas legales e infralegales) con la finalidad de dar eficacia a los derechos reconocidos por los instrumentos internacionales. Entre ellos se pueden citar a los siguientes:

- El PIDCP¹⁰³, cuyo artículo 2, inciso 2 señala: “Cada Estado se compromete a adoptar con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones del presente Pacto, las medidas oportunas para dictar las disposiciones legislativas o de otro carácter que fueran necesarias para hacer efectivos los derechos reconocidos en el presente Pacto y que no estuviesen ya garantizados por disposiciones legislativas o de otro carácter”.
- La CADH¹⁰⁴, cuyo artículo 2 establece: “Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades”.

Respecto a la jurisprudencia internacional vinculante en nuestro orden legal, existe la de la CorteIDH, que a través de lo que señala principalmente el artículo 1 y 2 de la CADH, ha manifestado que con este deber se garantiza los derechos consagrados en los tratados.

¹⁰² Corte IDH. Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras, fondo, sentencia de 29 de julio de 1988, Serie C No. 4, párr. 166, también párrs. 164-177; Caso Godínez Cruz Vs. Honduras, fondo, sentencia de 20 de enero de 1989, Serie C No. 5, párrs. 175, también párr. 173-188.

¹⁰³ Ratificado por el Perú el 28 de abril de 1978.

¹⁰⁴ Ratificado por el Perú el 7 de abril de 1978 y Aprobado por Decreto Ley N° 22231, de 11 de julio de 1978

Así, en el caso La Última Tentación de Cristo, sentencia de 5 de febrero de 2001, la CorteIDH ha dicho lo siguiente: “En el derecho de gentes, una norma consuetudinaria prescribe que un Estado que ha ratificado un tratado de derechos humanos debe introducir en su derecho interno las modificaciones necesarias para asegurar el fiel cumplimiento de las obligaciones asumidas. Esta norma es universalmente aceptada, con respaldo jurisprudencial. La Convención Americana establece la obligación general de cada Estado Parte de adecuar su derecho interno a las disposiciones de dicha Convención, para garantizar los derechos en ella consagrados. Este deber general del Estado Parte implica que las medidas de derecho interno han de ser efectivas (principio del *effet utile*). Esto significa que el Estado ha de adoptar todas las medidas para que lo establecido en la Convención sea efectivamente cumplido en su ordenamiento jurídico interno, tal como lo requiere el artículo 2 de la Convención. Dichas medidas sólo son efectivas cuando el Estado adapta su actuación a la normativa de protección de la Convención”¹⁰⁵. La CorteIDH ha reforzado lo anterior manifestando:“(…) que a partir del artículo 2 de la Convención Americana se recoge una regla básica del derecho internacional, según la cual todo Estado Parte en un tratado tiene el deber jurídico de adoptar las medidas necesarias para cumplir con sus obligaciones conforme al tratado, sean dichas medidas legislativas o de otra índole”¹⁰⁶.

Es preciso resaltar que esta obligación no sólo significa que la adaptación del derecho interno a los compromisos internacionales en materia de derechos humanos se agota en la obligación de dictar nuevas normas para poner en vigencia dentro de la jurisdicción nacional los derechos internacionalmente reconocidos o en la obligación de suprimir normas o prácticas incompatibles con la plenitud del goce y ejercicio de

¹⁰⁵ CorteIDH. Caso La Última Tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otros). Sentencia de 5 de febrero de 2001. Fondo, reparaciones .Serie C No. 73, párr.87.

¹⁰⁶ CorteIDH. Exigibilidad del derecho de rectificación o respuesta (arts. 14.1, 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), opinión consultiva OC-7/86 del 29 de agosto de 1986, Serie A No. 7, párr. 30.

dichos derechos, sino en la obligación o prohibición de dictar leyes contrarias al Derecho Internacional de los Derechos Humanos¹⁰⁷. La CorteIDH lo ha aclarado de esta forma: “Son muchas las maneras como un Estado puede violar un tratado internacional y, específicamente, la Convención. En este último caso, puede hacerlo, por ejemplo, omitiendo dictar las normas a que está obligado por el artículo 2. También, por supuesto, dictando disposiciones que no están en conformidad con lo que de él exigen sus obligaciones dentro de la Convención. Si esas normas se han adoptado de acuerdo con el ordenamiento jurídico interno o contra él, es indiferente para estos efectos¹⁰⁸. Basta que la ley interna sea contraria a la CADH y que una persona bajo la jurisdicción de un Estado sufra una violación a sus derechos humanos por efecto de su aplicación, para que el Estado sea internacionalmente responsable por esa infracción, según las reglas de derecho internacional relativas a la imputación al Estado de hechos cometidos por sus agentes o bajo la cobertura del poder público o del orden jurídico doméstico¹⁰⁹”.

Puede observarse en definitiva que en los casos antes citados la Corte IDH, en referencia a los artículos 1.1 y 2 de la CADH, que obligan a los países a respetar los derechos y libertades reconocidos por ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio debiendo “adaptar” las respectivas disposiciones internas al Pacto de San José, intensifica el deber general de todo Estado de hacer que las medidas del derecho interno sean

¹⁰⁷ NIKKEN, P. “El artículo 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos como Fundamento de la Obligación de Ejecutar en el orden interno las decisiones de los órganos del sistema interamericano de derechos humanos”, *Working Session on the Implementation of International Human Rights Obligations and Standards in the Inter-American System*, Washington, D.C.

¹⁰⁸ CorteIDH., Opinión Consultiva OC-13/93, Ciertas atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (artículos 41, 42, 46, 47, 50 y 51 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), 16 de julio de 1993, párr. 26.

¹⁰⁹ NIKKEN, P. “El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el derecho interno”. *Revista Instituto Interamericano de Derechos Humanos*. San José, Costa Rica, Vol. 57, 2013, pág. 22.

efectivas (principio del *effet utile*¹¹⁰), “adaptando” su actuación a la normativa de protección de la CADH.

En el caso del Convenio 169, esta obligación también es perfectamente predicable. A pesar que dicho tratado internacional no contiene una norma explícita que obligue a las entidades del Estado a emitir normas conducentes a efectivizar los derechos reconocidos por aquél, ello no quiere decir, que la obligación tenga sustento sólo a partir de lo expresamente establecido en el tratado. El TC ha dicho al respecto que: “En primer lugar, sería errado sostener que un tratado de derechos humanos directamente aplicable y vinculante para un Estado Parte, tolera al mismo tiempo su inoperancia fruto de la no regulación a nivel interno de los derechos en él reconocidos. Y en segundo lugar, una interpretación distinta implicaría desconocer que los tratados de derechos humanos deben interpretarse no sólo de buena fe y atendiendo a su objeto y propósito (artículo 31 de la Convención de Viena), sino también en atención al principio *pro homine*, es decir, prefiriendo la interpretación que mejor favorezca a la protección de los derechos humanos por aquél reconocidos. Es por esta razón que, en la doctrina, se ha señalado que los tratados de derechos humanos, a diferencia de los tratados ordinarios, prescriben obligaciones de carácter esencialmente objetivo que deben ser garantizadas o implementadas colectivamente, habida cuenta de que en dichos tratados existe un predominio de consideraciones de interés

¹¹⁰ Sobre este principio en el Casos James y otros, resolución de la CorteIDH de 25 de mayo de 1999, Medidas Provisionales ordenadas por la CorteIDH respecto de la República de Trinidad y Tobago, Antonio Augusto Cançado Trindade en su Voto Concurrente expresó que respecto a la regla los elementos que componen la regla general de interpretación de tratados formulada en el artículo 31(1) de las dos Convenciones de Viena sobre el Derecho de los Tratados, de 1969 y 1986, a saber, la buena fe, el texto, el contexto, y el objeto y propósito del tratado, se encuentran conjugado el principio *ut res magis valeat quam pereat*, ampliamente respaldado por la jurisprudencia internacional, y que corresponde al llamado *effet utile* (a veces denominado principio de la efectividad), en virtud del cual hay que asegurar a las disposiciones convencionales sus efectos propios en el derecho interno de los Estados Partes.

general u *ordre public* que trascienden los intereses individuales de las Parte Contratantes. En mérito a ello, se considera que los tratados de derechos humanos requieren una interpretación objetiva de sus dispositivos, dado el referido carácter esencialmente objetivo de las obligaciones que ellos imponen a los Estados Partes (CANÇADO TRINDADE, A: *El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el siglo XXI*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2001, pp. 22-23)¹¹¹.

De esta manera, el Estado Peruano de conformidad con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, se encuentra obligado a desarrollar normativamente el contenido mínimo de las disposiciones internacionales que recogen tales derechos. La adopción de tales medidas y su adaptación a los tratados de derechos humanos, en consecuencia, son un complemento esencial e inmediatamente exigible de cara a efectivizar los derechos enunciados en los instrumentos internacionales. Por consiguiente, si un Estado ratifica e incorpora el Convenio 169 se obliga hacerlo efectivo, por lo que debe adoptar medidas normativas internas y adecuarlas al tratado en cooperación con los pueblos indígenas.

b) La deficiente adaptación de las disposiciones de orden interno sobre los criterios de identificación de los pueblos indígenas al Convenio 169 de la OIT.

b.1) El artículo 7 de la ley de consulta previa y su incompatibilidad respecto al artículo 1 del Convenio 169 OIT. Desnaturalización al Convenio 169 de la OIT y a la vigencia de los derechos de los pueblos indígenas.

Al hacerse una comparación de los criterios de identificación de los pueblos indígenas establecidos en el artículo 7 de la ley frente al Convenio 169 se notan algunas diferencias literales e interpretativas. . A continuación el cuestionamiento a los criterios de identificación del orden interno.

¹¹¹ EXP. N° 05427-2009-PC/TC, de 30 de junio de 2010, fundamento 35.

a) Descendencia directa de las poblaciones originarias del territorio nacional.

Este criterio se encuentra relacionado con lo que la OIT denomina como “continuidad histórica”. Una diferencia que se puede encontrar si se hace una interpretación literal de este criterio en consonancia con lo que establece el artículo 1 del Convenio 169 es la novedad del término “descendencia directa” no fijado por el tratado.

Esta noción resulta en un primer momento cuestionable, debido a que no existe justificación normativa que determine qué se entiende por descendencia directa de las poblaciones originarias. Asimismo la ley ni su reglamento han indicado los mecanismos que puedan explicar de qué manera o cómo se puede probar esa descendencia directa en los pueblos indígenas. Este vacío genera ambigüedad y confusión a muchas comunidades indígenas que no tienen conocimiento de la manera en cómo se aplica este criterio y si en la práctica puede tener un efecto restrictivo¹¹².

Es importante tener en cuenta que la continuidad histórica es un criterio fundamental que sin embargo, debe ser evaluado con pinzas, debido a que en un contexto histórico muchas comunidades indígenas han sufrido desplazamientos de las que fueron sus tierras ancestrales, recalando en culturas diferentes y asimilando manifestaciones distintas a las suyas¹¹³. Es muy probable que no exista ninguna región del mundo

¹¹²Sobre esta cuestión la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR) en el año 2011 manifestó su preocupación por el hecho que la referencia a la descendencia “directa” podría tener efectos restrictivos Véase el Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, Observación general del Convenio 169 de la OIT, 2011, pág. 871.

¹¹³Esta misma perspectiva la comparte la CIDH que ha dicho lo siguiente: “Un elemento clave para la determinación de cuándo un determinado grupo se puede considerar como indígena o tribal es la continuidad histórica de su presencia en un determinado territorio, y –para el caso de los pueblos indígenas– su vinculación ancestral con las sociedades que preexistían a un período de

con una población que no haya sufrido cambios; en la mayor parte de los países, grupos considerables de los habitantes actuales son descendientes de pueblos que llegaron ahí de otras partes del mundo en un momento u otro¹¹⁴.

En base a este contexto, si se aplica como parámetro el que sólo sean pueblos indígenas aquellos que descienden “directamente” de poblaciones originarias se puede estar excluyendo a pueblos indígenas que se han visto forzados al mestizaje producto de la conquista (si se entiende que esta sería una manera de descendencia indirecta).

Este criterio de identificación definitivamente está yendo en contra de lo que establece el Convenio 169 ya que este no fija condiciones (entiéndase el término “directo” en la descendencia) para reconocer a un grupo como indígena. Más bien en términos del tratado, aunque la descendencia de los pobladores originarios conduzca hacia una identificación del grupo indígena sobre una base étnica no cabe excluir la posible matización de esta cuestión en la medida que se compartan el resto de los requisitos¹¹⁵.

colonización o conquista. Ello no implica, sin embargo, que los pueblos indígenas o tribales sean sociedades estáticas que permanecen idénticas a sus antecesores. Por el contrario, en tanto colectividades humanas, los pueblos indígenas y tribales tienen su propia trayectoria social, que se adapta al cambio de los tiempos, manteniendo en todo o en parte el legado cultural de sus ancestros”. Véase CIDH, Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos Doc. OEA/Ser.L/V/II, Doc. 34, 30 de diciembre de 2009, párr. 35].

¹¹⁴ ORDONEZ CIFUENTES, J. “Conceptualizaciones jurídicas en el Derecho Internacional Público moderno y la Sociología del Derecho: “Indio”, “Pueblo” y “Minorías”, *Cuadernos del Instituto de Investigaciones Jurídicas*, num.3, Antropología Jurídica, 1995, pág.111.

¹¹⁵TORRECUADRADA GARCÍA LOZANO S. “*Identidad Indígena*”. Universidad Autónoma de Madrid. Departamento de Derecho Público y Filosofía Jurídica, AFDUAM 17, 2013, pág. 535.

Por consiguiente, se debe de identificar como indígenas a aquellos grupos que descienden de los pobladores originarios y que en la actualidad conservan los rasgos culturales evolucionados desde aquellas culturas originarias¹¹⁶.

En definitiva, este criterio para la etapa de identificación en el proceso de consulta previa, debe ser modificado por contravenir el Convenio 169 y también porque su aplicación puede cuestionar la identidad étnica y cultural de muchos pueblos indígenas.

b) Estilos de vida y vínculos espirituales e históricos con el territorio que tradicionalmente usan u ocupan.

Si se observa este criterio de identificación detenidamente se puede notar que se trata de un elemento “restrictivo”. Así pues sólo se le reconocería a un pueblo indígena tal “status” si tienen estilos de vida y vínculos espirituales e históricos relacionados al territorio tradicional que usan u ocupan (entiéndase sólo al territorio).

Si se tiene en cuenta que actualmente muchas comunidades indígenas evolucionan con el tiempo¹¹⁷ y por ende ya no usan u ocupan su territorio ancestral o tradicional debido a los cambios históricos que

¹¹⁶ *Ibidem*, pág. 536.

¹¹⁷ La CIDH en su Quinto Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Guatemala. Doc. OEA/Ser.L/V/II.111, Doc. 21 rev., 6 de abril de 2001, Capítulo XI, párr. 4 ha sostenido que como cualquier sociedad humana, los pueblos indígenas –y las comunidades que les conforman- tienen una historia propia. Son grupos humanos dinámicos, que se reconfiguran a lo largo del tiempo con base en los rasgos culturales que les caracterizan. En efecto, la cultura de los pueblos indígenas y tribales se adapta continuamente a los cambios históricos; los pueblos indígenas y tribales desarrollan su identidad cultural a lo largo del tiempo. En este sentido, la CIDH ha reconocido, por ejemplo, que en Guatemala los pueblos indígenas, pese a la discriminación étnica a la que históricamente han estado sujetos, “mantienen en todas las regiones, una actividad y organización social intensa y una cultura rica y en continua adaptación a las exigencias de los cambios históricos defendiendo y desarrollando su identidad cultural”.

han sufrido producto de la colonización, despojo, expropiaciones forzosas de tierras o por influencia de asimilación de nuevas culturas occidentales, la aplicación de este criterio para estos casos determina una mayor posibilidad de no reconocer una identidad étnica propia por lo que contraviene el alcance del Convenio 169.

En consecuencia, ¿qué sucedería por ejemplo con aquellos pueblos que no puedan demostrar actividades espirituales o históricas con el territorio tradicional que no usan u ocupan? ¿O qué pasaría en casos, donde actualmente muchos miembros de un pueblo indígena han adoptado estilos de vida más urbanizados?. Según este criterio, estos pueblos no demostrarían ser indígenas.

Por esto es fundamental comprender que si bien la identidad cultural de los pueblos indígenas y tribales debe ser compartida por sus miembros, es inevitable que alguno de ellos vivan con menos apego a las tradiciones culturales correspondientes que otros, pues hay quienes han adoptado formas o expresiones de vida nuevas. Sin embargo, este hecho no puede llevar a la conclusión de que los pueblos indígenas o tribales pierdan su identidad o los derechos que les confiere el derecho internacional.

Como en el caso anterior, este criterio de identificación no debe ser considerado para identificar a un pueblo indígena dentro del proceso a la consulta previa y por ello es necesario que deba ser sometido a una rectificación para tener un alcance más acorde a la realidad de las comunidades indígenas.

c) Instituciones sociales y costumbres propias.

Aunque este criterio se desprende del propio Convenio 169, respecto a las conservación total o parcial de las instituciones políticas, culturales, económicas y sociales distintivas, llama cierta atención que la ley haya establecido sólo la expresión “instituciones sociales y

costumbres propias” y omitido asimismo, la importancia de la conservación parcial o total de estas instituciones para reconocer a un pueblo como indígena.

Para el Convenio 169, los pueblos indígenas deben ser reconocidos en base a sus instituciones de diversa índole ya sean políticas, sociales, culturales o económicas que conservan total o parcialmente.

En base a lo anterior, no se entiende la razón del porqué la ley hace énfasis sólo a “instituciones sociales y costumbres propias”, si se conoce que los pueblos indígenas, cuentan también con instituciones políticas, culturales y económicas como lo reconoce el Convenio 169. ¿Será que las instituciones sociales tienen un rango superior a las demás o las otras instituciones no tienen importancia?

Asimismo, no se encuentra justificación tampoco del porqué la ley no precisa la expresión “de conservación total o parcial” de las instituciones que definen una identidad étnica en los pueblos indígenas, pues es fundamental tener en cuenta las condiciones en que mantienen estos pueblos sus instituciones originarias, ya que muchas han perdido la totalidad o parte de ellas por cambios producto de un dinamismo cultural. Estos desconocimientos hacen pensar que el legislador ha querido restringir o limitar el reconocimiento de la identidad étnica de muchos pueblos.

Las razones anteriores comprueban que este criterio de identificación es contrario a lo establecido por el Convenio 169, por lo que debe reformularse y adecuarse al texto internacional.

d) Desconocimiento del alcance del criterio subjetivo de auto-identificación.

Respecto al criterio de identificación subjetivo, constituye un desacierto lamentable que la ley furtivamente haya desconocido remarcar

la importancia y rol dirimente que tiene este como fundamental para determinar la existencia de un pueblo indígena.

El Convenio 169 lo establece como un criterio fundamental para reconocer a un pueblo indígena: “La conciencia de identidad indígena o tribal deberá considerarse un criterio fundamental para determinar los grupos a los que se aplican las disposiciones del presente convenio”.

Asimismo, para los órganos internacionales como la CorteIDH y la CIDH este “criterio de auto-identificación” es el principal para determinar la condición de indígena, tanto individual como colectivamente en tanto pueblos¹¹⁸. Incluso, la DNUDPI¹¹⁹ lo ha definido como un derecho fundamental de los pueblos indígenas, al igual que algunas leyes de ordenamientos jurídicos comparados¹²⁰.

Esta gran cobertura internacional del mismo modo ha alcanzado a tener repercusiones en muchas resoluciones de distintos ordenamientos jurídicos extranjeros¹²¹, las cuales han desarrollado un poco mejor el significado de este elemento.

¹¹⁸ CIDH. “*Acceso a la Justicia e Inclusión Social: El camino hacia el fortalecimiento de la Democracia en Bolivia*”. Doc. OEA/Ser.L/V/II, Doc. 34, 28 de junio de 2007, párr. 216.

¹¹⁹ Artículo 33 de la DNUDPI: “Los pueblos indígenas tienen derecho a determinar su propia identidad o pertenencia conforme a sus costumbres y tradiciones”.

¹²⁰ La Ley, N° 28, Estatuto de Autonomía de las Regiones de la Costa Atlántica de Nicaragua en su artículo 12 estableció: “Los miembros de las Comunidades de la Costa Atlántica tienen el derecho de definir y decidir su propia identidad étnica”.

¹²¹ La primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México, en su tesis aislada tesis aislada CCXXXIV/2013 (10ª), del 1 de agosto de 2013, pág. 743 ha manifestado: “La autoconciencia o la autoadscripción constituye el criterio determinante para definir quiénes son las “personas, los pueblos y las comunidades indígenas”, en términos del artículo 2o., párrafo tercero, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. En ese sentido, la auto-identificación, aun cuando es un elemento propio del sujeto por pertenecer a su fuero interno, no tiene una connotación ambigua o inferencial, pues la

No se entiende por ello, la limitación sobre su trascendental significado. No existe claridad sobre si es que la sola auto-identificación bastaría para establecer la condición indígena de un colectivo o si resulta necesario verificar los criterios objetivos para constatar o validar este criterio subjetivo¹²². Esta ambigüedad pone en riesgo el reconocimiento de los pueblos indígenas y demuestra en ese sentido la minimización del impacto del Convenio 169.

Es necesario por ello su reformulación resaltando que es fundamental en la identidad étnica y cultural de los pueblos indígenas y determinante para impulsar políticas públicas que tengan como fin resolver la situación de inequidad y exclusión en la que han vivido por siglos las comunidades.

e) El desconocimiento del requisito de “la situación jurídica” de los pueblos indígenas.

La ley tampoco reconoce la denominación “cualquiera sea la situación jurídica” de los pueblos que sí establece el Convenio 169.

Esta característica es fundamental en el ámbito internacional porque un pueblo indígena no necesita tener un “estatus”, es decir, estar inscrito o registrado, para ser reconocido como tal, es decir; no es un requisito que los pueblos estén registrados o reconocidos por el Estado para que se les apliquen los derechos del tratado. Es más, puede constituir una violación al Convenio 169, la negativa del Estado de

autoconciencia puede delimitarse por las características y afinidades del grupo al que se estima pertenecer, de las cuales se desprenden diversos elementos objetivos comprobables y particulares, como son: a) la continuidad histórica; b) la conexión territorial; y, c) las instituciones sociales, económicas, culturales y políticas distintivas, o parte de ellas”.

¹²²BARRIO DE MENDOZA, R.; DAMONTE, G. “Los dilemas del Estado Peruano en la implementación y aplicación de la Ley de Consulta Previa en los Andes Peruanos”, *Revista Antropológica*/Año XXXI, N° 31, 2013, pág. 141.

reconocer derechos, registro o titulación a los pueblos que cumplen con los demás criterios de identificación¹²³.

La OIT ha dicho respecto a esta circunstancia “que el establecimiento de los derechos de los pueblos indígenas sobre las tierras se basa en la ocupación y en el uso tradicional, y no en el eventual reconocimiento o registro legal oficial de la propiedad de la tierra por parte de los Estados, en virtud de que la ocupación tradicional confiere el “derecho a la tierra en virtud del Convenio,(...) independientemente de que tal derecho hubiera sido reconocido o no (por el Estado)”¹²⁴.

La omisión de la ley sobre esta nota característica, genera indudablemente problemas en el reconocimiento de muchos pueblos, sobre los que arbitrariamente se les puede estar exigiendo algún documento o título para acreditar su condición. Para impedir este obstáculo, el legislador debe añadir la regulación de este criterio de identificación adaptándose a lo establecido por el Convenio 169.

b.2) La disposición 7.1 de la Resolución Ministerial 002-2012/MC que regula la Directiva 03-2012/MC contraviene el artículo 1 del Convenio 169.

La directiva que regula el funcionamiento de la base de datos oficial de pueblos indígenas u originarios en el marco del proceso a la consulta previa distorsiona los criterios de identificación de los pueblos indígenas establecidos por el derecho internacional. Así pues comete dos desaciertos muy puntuales:

- En su disposición 7.1.3 establece un significado diferente al criterio de continuidad histórica catalogado por el derecho internacional.
- En su disposición 7.1.5 ha añadido nuevos criterios no incluidos por el Convenio 169 OIT.

¹²³ IRIGOYEN FAJARDO, R. “Derechos de Pueblos Indígenas Vinculados a Actividades Extractivas”, *Fundación Canadiense para las Américas FOCAL*, Material de Trabajo, Perú, Abril, 2008, pág.2.

¹²⁴ OIT. “Los derechos de los pueblos indígenas y tribales...op.cit., pág. 94.

A continuación se demuestra cómo estos criterios cambian el alcance y el sentido del Convenio 169.

a) La continuidad histórica como “permanencia en el mismo territorio”.

El cuestionamiento que se hace a esta definición es que presenta una versión distorsionada y confusa del requisito de “continuidad histórica” que describe el Convenio 169.

Mientras la OIT explica que el criterio 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 lo define como una “permanencia en el territorio nacional desde tiempos previos al establecimiento del Estado”.

Este evidente cambio y a la vez contradicción del significado que brinda el Convenio 169 excluye el reconocimiento de pueblos indígenas a aquellos grupos colectivos que no permanecen estables en el área que ocupaban sus ancestros dentro de lo que es hoy el territorio nacional, producto de despojos violentos o forzados, o por otras razones de libre consentimiento¹²⁵.

La exigencia de una 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. La misma OIT ha manifestado que: “Las tierras de los pueblos indígenas pueden incluir en algunos casos aquellas tierras perdidas en forma reciente u ocupada por los pueblos indígenas en una época más reciente (por lo general después de su desplazamiento de las tierras que ocupaban previamente)¹²⁶”.

¹²⁵ Para un mejor estilo de vida por ejemplo.

¹²⁶ RUIZ MOLLEDA, J.C. “El desarrollo jurisprudencial por el Tribunal Constitucional del derecho a la consulta previa: La exigencia judicial de los derechos fundamentales de los pueblos indígenas”. *Revista-documento de Trabajo N° 41*, Instituto de Defensa Legal – Justicia Viva, 2011, pág. 156.

b) Las Tierras Comunales.

El elemento adicional objetivo que añade la directiva para complementar el significado de la “continuidad histórica” son “las tierras comunales” de los pueblos indígenas. Frente a este requisito de “tierras comunales” es necesario precisar que la situación jurídica formal de los territorios no puede considerarse un requisito para que un pueblo sea considerado como indígena y por ende sea incluido en la base de datos oficial.

El término “tierras comunales” puede significar que las comunidades indígenas deben contar con una formalidad que determine el tipo de propiedad comunal sobre sus tierras. Si esto es así, muchas comunidades indígenas no podrían ser reconocidas como tal por no contar con título que los acredite ser titulares de sus tierras.

Hay que tener en cuenta que si bien muchas de las tierras de estos pueblos son usadas colectivamente por ejercicio de un derecho, no quiere decir esto que necesariamente tengan que revestir de alguna formalidad. No se puede exigir a todos los pueblos indígenas un título de propiedad formal, debido a que muchos no lo ostentan. Con la aplicación de este requisito que propone la directiva, se puede llegar al resultado perverso de obstaculizar el reconocimiento a muchos pueblos indígenas, cuyas tierras no son comunales. En ese sentido este elemento debe ser anulado de nuestro ordenamiento jurídico.

c) El requisito de la lengua indígena.

La directiva señala que para la base de datos oficial de los pueblos indígenas se debe tener en cuenta “como elemento objetivo para el reconocimiento de un pueblo como indígena a la lengua, en tanto constituye una de las principales instituciones sociales y culturales de todo pueblo”.

No cabe duda, que la lengua ancestral es una de las instituciones históricas y culturales más importantes que tienen los pueblos indígenas y que su mantenimiento y uso pueden ser pruebas objetivas que

demuestren su tipo de identidad étnica. En ese sentido, si un grupo colectivo actualmente conserva una lengua autóctona, esta sirve como prueba objetiva para el reconocimiento del pueblo como indígena, por el “mantenimiento de una de sus instituciones sociales y culturales”, de acuerdo a lo que establece el Convenio 169.

Sin embargo, la realidad demuestra que no en todos los casos encontramos pueblos indígenas que conserven su lengua originaria. Precisamente, ¿qué sucedería en los casos donde los miembros de una comunidad indígena ya no mantienen o usan su lengua ancestral?¹²⁷. La cuestión o problema surge en torno a estos, donde el elemento de la lengua no favorece a la identificación de los pueblos indígenas.

La realidad actual de muchas comunidades que no están siendo reconocidas como indígenas hace suponer que una de las razones es que este elemento viene siendo aplicado en los procesos de identificación a los pueblos indígenas en nuestro país. En ese sentido, de la misma forma que las tierras comunales, debe ser suprimido de nuestro sistema legal.

Como puede observarse, los criterios de identificación de la ley y la directiva analizados reflejan un desconocimiento de las normas del Convenio 169. El defecto en la implementación del tratado ha consistido en que las normas internas de los criterios de identificación no han usado referencias directas a la disposición de los criterios de identificación de los pueblos indígenas del Convenio 169. La adopción defectuosa de la disposición de los criterios de identificación del orden interno ha significado una incorrecta adecuación del derecho interno a los estándares internacionales.

En relación a la práctica del ejercicio de la consulta previa, con la aplicación de los elementos restrictivos e inadecuados de las normas internas en la etapa de identificación de los pueblos indígenas, no se lograría el ejercicio del derecho a la consulta, pues el reconocimiento de muchos pueblos sería controvertido (si un pueblo no es indígena no se le

¹²⁷Es posible que por los procesos de colonización y larga tradición del mestizaje, algunos pueblos hayan perdido el idioma indígena.

hace la consulta previa). Actualmente parece ser que las entidades promotoras, órganos encargado de la etapa de identificación de los pueblos indígenas en el proceso de consulta previa vienen aplicando los criterios de identificación de la ley (suponiéndose que tienen el mismo revestimiento que los establecidos por Convenio 169), pues existen muchos pueblos indígenas que no vienen siendo reconocidos y por ende negados a ejercer su derecho a la consulta previa a pesar de cumplir cabalmente con los elementos de identificación coberturados por el tratado. Un ejemplo a esta deducción, es que existen como antecedentes, estudios que han descifrado cómo en nuestro país no se han reconocido por ejemplo a los pueblos asentados en la parte andina¹²⁸.

El Estado Peruano no cumple pues con lo que el propio Convenio 169 estipula respecto a que “la naturaleza y el alcance de las medidas que se adopten para dar efectos a sus mandatos deberán determinarse con flexibilidad, teniendo en cuenta las condiciones propias de cada país”. Ni siquiera con la premisa que la “consulta debe desarrollarse (...) tomando en cuenta las circunstancias y características especiales de los pueblos indígenas u originarios involucrados, determinado por la misma ley. El Estado Peruano no puede regular criterios “cerrados”. Si estas irresponsabilidades se siguen perpetuando, quizá en un futuro podría

¹²⁸ En el trabajo de CÁRDENAS, V., FERNANDO, A., JOUANNET, A., PADILLA, G., MALDONADO, L., JIRÓN, V., SOBERANIS, C., REYES F., OSPINA, J Y SALMON, E. (2011). “Participación Política Indígena y Políticas Públicas para Pueblos Indígenas en América Latina”, *Programa Regional de Participación Política Indígena*, Fundación Konrad Adenauer (KAS), se determinó que: “El censo poblacional del año 2007 no buscó identificar con precisión a los pueblos indígenas existentes en la costa o la sierra peruanas. A diferencia de las poblaciones amazónicas, estas poblaciones no son claramente diferenciadas de los no indígenas, por ejemplo, por la lengua materna, debido a que varios de sus miembros se han trasladado al sector urbano y han dejado de aprender las lenguas maternas quechuas o aymaras (...) Asimismo el censo no consideró el criterio de “la conciencia de la identidad indígena”, que resulta importante para determinar quiénes son pueblos indígenas, tal como señala el Convenio Constitutivo del Fondo para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas de América Latina y el Caribe (Convenio Constitutivo del Fondo Indígena), principal tratado internacional de la región donde se define a los pueblos indígenas.

hablarse de pueblos indígenas invisibles como categoría, lo que dejaría como inoperante derechos fundamentales reconocidos internacionalmente, como lo es la consulta previa¹²⁹.

Una reformulación al contenido de las normas internas de los criterios de identificación de los pueblos indígenas corregiría la indebida implementación del Convenio 169, restablecería su aplicación en el orden interno, y en esa medida habría un mayor reconocimiento a los derechos de los pueblos indígenas en nuestro país. En cuanto a la consulta previa el órgano encargado de la función de identificación de los pueblos evitaría efectuar de manera descontextualizada, delimitada de forma estrecha o rígida, el reconocimiento a los pueblos indígenas.

Respecto a la Resolución Ministerial 202-2012/MC, es de aclarar que si bien ha sido objeto de cuestionamiento en el presente trabajo, existe ya una acción popular pendiente a resolver en su contra por lo que no ha sido necesario plantear la vía de solución.

¹²⁹ BEGAGLIO, R., OLIVERA, J Y OCAMPO DIEGO (2012, Agosto). “La consulta previa, libre e informada en el Perú: hacia la inclusión del interés indígena en el mundo de los derechos humanos”, primera edición, *Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú*, Fundación Konrad Adenauer / Konrad Adenauer Stiftung, pág. 91.

CAPITULO VI

PROPUESTAS DE REVISIÓN

1. Reforma legislativa del artículo 7 de la ley de consulta previa: Debida adaptación al artículo 1 del Convenio 169 de la OIT y fórmula legal.

Es necesario que en nuestro ordenamiento jurídico el artículo 7 de la ley se corrija y acomode perfectamente a la norma 1 del Convenio 169. Para ello, es conveniente que la propuesta de revisión sea una reforma legislativa que permita adecuar el artículo 7 de la ley al Convenio 169 OIT.

El legislador peruano al corregir y adecuar el artículo 7 de la ley deberá tener en cuenta a fin de conseguir una armonía entre el derecho interno y el internacional lo siguiente:

a) La utilización de la jurisprudencia de la Corte IDH, que ha desarrollado la importancia de los criterios de identificación de los pueblos indígenas establecidos en el Convenio 169.

b) La utilización de la jurisprudencia del TC que ha desarrollado el derecho de identidad étnica y cultural.

c) La consideración del rango constitucional y fuerza normativa del Convenio 169.

d) La consideración de los artículos 51¹³⁰ y 138¹³¹ de nuestra vigente CP.

¹³⁰ Artículo 51 de la Constitución: “La Constitución prevalece sobre toda norma legal; la ley, sobre las normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente. La publicidad es esencial para la vigencia de toda norma del Estado”.

¹³¹ Artículo 138 de la Constitución: “La potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos

Este gran desafío de adaptar el ordenamiento jurídico nacional al internacional, ya ha sido un pedido formulado incluso por el Comité de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT (CEACR) en el Informe 2010. En él se ha instado al Gobierno Peruano “a que adopte las medidas necesarias para poner la legislación y la práctica nacional de conformidad con los artículos 2º, 6º, 7º y 15º del Convenio, teniendo en cuenta el derecho de los pueblos cubiertos por el Convenio a establecer sus propias prioridades y participar en los planes y programas de desarrollo nacional y regional”¹³².

En definitiva, la fórmula legal deberá quedar redactada de la siguiente manera: *“Para identificar a los pueblos indígenas u originarios como sujetos colectivos, se toman en cuenta criterios objetivos y subjetivos. Los criterios objetivos son los siguientes:*

a) Descendencia de las poblaciones anteriores a la conquista o colonización, cuyos ancestros habitaban el país o una región del Estado Peruano al cual pertenecen.

b) Conservación total o parcial de Instituciones políticas, culturales, económicas y sociales distintivas.

Para la aplicación de estos criterios objetivos no debe ser prescindible su situación jurídica.

c) El criterio subjetivo de auto-identificación o conciencia de identidad indígena es fundamental en la determinación de la identidad de los pueblos y debe complementarse con los criterios objetivos”.

Se sugiere complementariamente a esta propuesta, que se deba mejorar y priorizar mecanismos de reconocimiento indígena basados en indicadores sociológicos y antropológicos siguiendo la tendencia internacional, a fin de fortalecer la identidad de los pueblos indígenas, entre ellos, los que se encuentran asentados en la zona andina del país.

con arreglo a la Constitución y a las leyes. En todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera. Igualmente, prefieren la norma legal sobre toda otra norma de rango inferior”.

¹³²RUIZ MOLLEDA, J.C. (2011). “El desarrollo jurisprudencial por el Tribunal Constitucional...”, op.cit., pág. 63.

Para ello, deberá considerarse que el concepto de pueblo indígena responda a circunstancias de su entorno y a la valoración dinámica del propio concepto, puesto que no se les puede entender como pueblos “atrapados en el tiempo”.

2. Otros mecanismos jurídicos de solución:

Otros mecanismos legales que pueden ser utilizados por los pueblos indígenas para cuestionar el artículo 7 de la ley son los siguientes:

a) A nivel nacional ante Tribunal Constitucional:

En el ámbito nacional un mecanismo es la acción de inconstitucionalidad. Esta acción se encuentra establecida en el artículo 200.4 de la Constitución Política¹³³ y 77 del Código Procesal Constitucional¹³⁴. El propósito será dejar sin efecto o derogar el artículo 7 de la ley de consulta previa por alterar el artículo 51 de la Constitución Política, es decir; por controvertir la supremacía y rango constitucional del Convenio 169 al desnaturalizar su contenido y por obstaculizar la vigencia de derechos indígenas como la consulta previa e identidad étnica.

b) A nivel internacional ante la OIT.

¹³³ Artículo 200.4 de la Constitución: “La Acción de Inconstitucionalidad, que procede contra las normas que tienen rango de ley: leyes, decretos legislativos, decretos de urgencia, tratados, reglamentos del Congreso, normas regionales de carácter general y ordenanzas municipales que contravengan la Constitución en la forma o en el fondo”.

¹³⁴ Artículo 77 del Código Procesal Constitucional: “La demanda de inconstitucionalidad procede contra las normas que tienen rango de ley: leyes, decretos legislativos, decretos de urgencia, tratados que hayan requerido o no la aprobación del Congreso conforme a los artículos 56 y 57 de la Constitución, Reglamento del Congreso, normas regionales de carácter general y ordenanzas municipales”.

En el plano internacional, las organizaciones de pueblos indígenas no forman parte de los mandantes tripartitos de la OIT como es el caso de los gobiernos y de las organizaciones de trabajadores y de empleadores¹³⁵. En ese sentido, no pueden hacer reclamos individuales. Sin embargo pueden optar por llevar a cabo ciertas estrategias para llegar a los mecanismos de cumplimiento del Convenio 169. Entre ellas se pueden mencionar las siguientes:

1) Camino de Organización Nacional Sindical: Los pueblos indígenas tienen que buscar una organización sindical (sindicato o gremio) o una asociación de empleadores (empresarios) que hagan el reclamo en nombre de los indígenas.

2) Camino de Organización Sindical Internacional: En el caso de las organizaciones sindicales del país no quieran defender el reclamo de los pueblos indígenas, ellos pueden pedir apoyo a una organización sindical internacional, para hacer la presentación de una queja¹³⁶.

3) Camino a través de la Asistencia del Programa PRO 169: Los pueblos indígenas pueden hacer sus peticiones a través el programa PRO 169. Este programa global y único proporciona apoyo a los mandantes tripartitos de la OIT y a los pueblos indígenas y tribales en más de 25 países de África, América Latina y Asia. Se trata de un sistema de asistencia técnica para crear conciencia, así como para promover la aplicación efectiva del Convenio.

¹³⁵ El acceso a los mecanismos de control en virtud de los convenios ratificados, incluyendo el Convenio 169 queda restringido a los mandantes tripartitos.

¹³⁶ La queja es un procedimiento sumamente formal que puede presentar ante la OIT un miembro o Estado en contra de otro, por incumplimiento del Convenio. También cabe que sea presentada por un delegado de la Conferencia General del Trabajo. Véase el Artículo 26 del Estatuto de Constitución de la OIT.

3. Propuesta adicional: El Vice ministerio de Interculturalidad debe ser el órgano encargado de identificar a los pueblos indígenas en la etapa de identificación del proceso de consulta previa.

De acuerdo a la ley, las entidades promotoras dentro de la etapa de identificación del proceso de consulta previa son las que se encargan de identificar a los pueblos indígenas en base a los criterios de identificación.

Esta función que tiene un rol determinante en la continuidad del proceso de consulta previa como ya se ha dicho anteriormente, hoy en día no viene siendo cumplida en la práctica adecuadamente. Existen motivos que justifican que esta función no debe ser de competencia de las entidades promotoras. Entre ellas, se pueden mencionar las siguientes:

- Desde el plano institucional, muchas entidades estatales promotoras no cuentan con unidades especializadas en pueblos indígenas, lo que determina un bajo desarrollo en los trabajos de identificación en los pueblos indígenas.
- Las entidades promotoras, no tienen atribuidas por sus normas de creación, funciones estrictas sobre la protección de los pueblos indígenas. Un ejemplo es el caso del Ministerio de Energía y Minas, órgano estatal promotor que más participación tiene dentro del proceso de consulta previa y cuyas funciones están basados en la promoción del inicio y desarrollo de actividades energéticas y mineras de inversión para el país. Precisamente este órgano es el que más medidas administrativas ha aprobado para iniciar proyectos o actividades en tierras de pueblos indígenas desacreditando reclamos y oposiciones.

En nuestro ordenamiento jurídico, el único órgano rector en los derechos de los pueblos indígenas es el Vice ministerio de

Interculturalidad. La ley, lo define como “órgano técnico especializado en materia indígena del Poder Ejecutivo”¹³⁷.

A mayor abundamiento, el Vice-ministerio de Interculturalidad es una institución desconcentrada de Alta Dirección del Ministerio de Cultura que se encarga exclusivamente de promover y proteger los derechos de los pueblos indígenas a través de la práctica intercultural e inclusión social. Esta entidad tiene como objetivo primordial formular y realizar políticas, acciones, programas o proyectos que permitan reconocer e interactuar a todos los pueblos étnicos y culturales que integran la sociedad nacional, evitando cualquier forma de exclusión o discriminación. Su función está asociada a una de las 4 áreas programáticas de acción¹³⁸ bajo la competencia del Ministerio de Cultura, la cual viene a ser la pluralidad étnica y cultural. Según su norma de creación tiene como funciones las siguientes:

- a) Promover y garantizar el sentido de la igualdad social y el respeto a los derechos de los pueblos del país, en conformidad con el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.
- b) Formular políticas de inclusión de las diversas expresiones culturales de nuestros pueblos y generar mecanismos para difundir una práctica intercultural integrando a la sociedad peruana y sustentada en una cultura de paz y solidaridad.

¹³⁷ De acuerdo a la Primera Disposición Complementaria Final de la Ley de consulta previa 29785, se considera al Vice ministerio de Interculturalidad del Ministerio de Cultura como el órgano técnico especializado en materia indígena del Poder Ejecutivo.

¹³⁸ El Artículo 4 de la Ley N° 29565 de creación del Ministerio de Cultura establece cuatro áreas programáticas de acción bajo la competencia del Ministerio de Cultura: “ Las áreas programáticas de acción sobre las cuales el Ministerio de Cultura ejerce sus competencias, funciones y atribuciones para el logro de los objetivos y metas del Estado son los siguientes:

- a) Patrimonio cultural de la Nación, Material e Inmaterial.
- b) Creación cultural contemporánea y artes vivas.
- c) Gestión cultural e industrias culturales.
- d) Pluralidad étnica y cultural de la nación.

- c) Proponer mecanismos para evitar cualquier tipo de exclusión o discriminación de los diferentes pueblos del país, asegurando la construcción y el fortalecimiento de una identidad nacional.
- d) Coordinar, orientar y supervisar las actividades que cumplen los órganos del Ministerio de Cultura, los organismos públicos y demás entidades correspondientes al sector, para promover la construcción de políticas que permitan conocernos mejor y que reconozcamos las diversas culturas que existen en nuestro país y que su respeto y valoración permitan construir una ciudadanía intercultural.
- e) Formular, ejecutar y supervisar políticas y normas que promuevan prácticas vigilantes para evitar expresiones de discriminación contra los ciudadanos y pueblos del país¹³⁹.

Lo ideal es que el Vice-ministerio de interculturalidad sea el único órgano encargado de la etapa identificación de los pueblos indígenas y no ser un simple órgano de acompañamiento o de apoyo en el proceso de consulta previa, como lo demuestra la misma ley en las funciones que le ha atribuido:

“Son funciones del Vice-ministerio de Interculturalidad:

1. Concertar, articular y coordinar la política estatal de implementación del derecho a la consulta. Asimismo, brinda opinión previa sobre procedimientos para aplicar el derecho a la consulta.
2. Brindar asistencia técnica y capacitación previa a las entidades promotoras y a las organizaciones representativas y a sus representantes, del o de los pueblos indígenas, así como atender las dudas que surjan en cada proceso en particular, en coordinación con las entidades promotoras.
3. Emitir opinión, de oficio o a pedido de cualquiera de las entidades promotoras, sobre la calificación de las medidas legislativas o administrativas proyectadas por dichas entidades, sobre el ámbito de la consulta y la determinación del o de los pueblos indígenas a ser consultados, así como sobre el Plan de Consulta.
4. Asesorar a la entidad responsable de ejecutar la consulta y al o los pueblos indígenas que son consultados en la definición del ámbito y características de la misma.

¹³⁹ Véase el artículo 15 de la Ley 29565 de creación del Ministerio de Cultura.

5. Elaborar, consolidar y actualizar la Base de Datos Oficial relativa a los pueblos indígenas, en donde también se registrarán sus organizaciones representativas.

6. Registrar los resultados de las consultas realizadas. Para tal fin, las entidades promotoras deben remitirle en formato electrónico, los Informes de Consulta. La información debe servir de base para el seguimiento del cumplimiento de los acuerdos adoptados en los procesos de consulta”¹⁴⁰.

El propósito es que los pueblos indígenas tengan una mayor y mejor participación en el proceso de consulta previa y cuenten con un representante estatal que los pueda auxiliar y amparar ante las arbitrariedades u obstáculos ocasionados por el mismo Estado, empresas privadas o particulares que puedan poner en riesgo la vigencia de sus derechos fundamentales.

En ese sentido propongo a través de una reforma legislativa al artículo 10 de la Ley disponer la función de llevar a cabo la identificación de los pueblos indígenas dentro del proceso a la consulta previa al Vice-ministerio de Interculturalidad de la siguiente manera: *“La identificación de los pueblos indígenas u originarios a ser consultados debe ser efectuada por el Vice-ministerio de Interculturalidad, órgano especializado en materia indígena del Poder Ejecutivo, teniendo en cuenta la base del contenido de la medida legislativa o reglamentaria propuesta y su grado de relación directa con el pueblo indígena y su ámbito territorial”*.

¹⁴⁰ Véase el artículo 28 del reglamento de la ley de consulta previa.

CONCLUSIONES

1. A través de una efectiva implementación de los tratados internacionales, se guía a los Estados miembros a una correcta adaptación de las normas de orden interno a las normas internacionales. La implementación normativa forma parte de las obligaciones internacionales que todo Estado debe cumplir cuando incorpora un tratado internacional a su ordenamiento interno. En el contenido de muchos tratados de derechos humanos incorporados a nuestro ordenamiento jurídico, esta obligación es interpretada a partir de la autorización de establecer medidas para garantizar una protección de los derechos de los instrumentos internacionales en los sistemas jurídicos internos. En el caso del Convenio 169 de la OIT (ratificado y aprobado por el Perú) esa obligación se puede observar en la disposición 4, que exige la adopción de medidas especiales para salvaguardar las personas, las instituciones, los bienes, el trabajo, las culturas y el medio ambiente de los pueblos interesados o en el artículo 6 respecto al derecho a la consulta previa, que exige a los gobiernos los medios y procedimientos apropiados para consultar a los pueblos indígenas.

2. En el Perú, en materia de derechos indígenas, la implementación del Convenio 169 no ha sido cumplida efectivamente. La implementación del derecho de consulta previa del Convenio 169 a través de la ley de consulta previa a los Pueblos Indígenas u Originarios ha sido deficiente debido a ciertas trasgresiones formales de la norma interna respecto de los estándares mínimos fijados por el derecho internacional de los pueblos indígenas. Precisamente este panorama, es el que se ha intentado ilustrar en este estudio tomando como referencia la defectuosa regulación de los criterios de identificación de los pueblos indígenas del tratado internacional en el orden interno.

3. Se ha observado así que los criterios de identificación de los pueblos indígenas del Convenio 169 han sido regulados con un contenido distinto en el derecho interno. En el marco del ordenamiento jurídico internacional, los criterios de identificación de los pueblos indígenas regulados en la disposición 1 del Convenio 169 son: la continuidad histórica, la conexión territorial, las instituciones políticas, culturales, económicas y sociales distintivas, cualquiera que sea su situación jurídica de los pueblos, y la auto-identificación o conciencia de identidad indígena. Mientras que en el derecho peruano, después de la incorporación el Convenio 169, los criterios que aparecen recogidos en la ley de consulta previa en su disposición 7 y en la Resolución Ministerial 202-2012/MC en su disposición 7.1 son: la descendencia directa, los estilos de vida y vínculos espirituales e históricos con el territorio que tradicionalmente usan u ocupan, las instituciones sociales y costumbres propias, la lengua, las tierras comunales, etc.

4. El desconocimiento e inobservancia de las disposiciones del derecho internacional como defecto de implementación normativa se traduce en una minimización del impacto del Convenio 169 y sus derechos en el orden interno. En razón a ello, ha sido necesario proponer una reforma legislativa y modificar las disposiciones internas para adaptar correctamente el sistema jurídico nacional a las exigencias emanadas de los estándares internacionales de los derechos de los pueblos indígenas, es decir, al Convenio 169.

5. Para dar sustento a esta revisión normativa ha sido indispensable presentar una visión integral del proceso de utilización de estándares internacionales. Por un lado, estudiar en ese sentido el tratamiento del Convenio 169, su rango constitucional, el bloque de constitucionalidad, su fuerza normativa, y el deber de su implementación ha sido un paso previo indispensable. Tanto la jerarquía constitucional, como la fuerza normativa y el bloque de constitucionalidad del Convenio 169, sustentados en la cobertura e interpretación sistemática de los artículos 55 de la Constitución, cuarta DFT de la Constitución, artículo 79 del CPC y V del Título Preliminar del CPC, son fundamentos determinantes que coadyuvan a la armonización de los derechos prescritos en los tratados con los del derecho interno. En ese sentido, permiten ampliar las

posibilidades de actuación del Estado en el derecho interno incorporando normas de derecho internacional. Respecto a la implementación del tratado, la buena fe y el control de la aplicación de cualquier tratado internacional relativo a derechos humanos es logra una protección efectiva de los derechos humanos en el ámbito jurídico interno, en armonía con los estándares universales y regionales.

6. Por otro lado, también ha sido necesario comparar los criterios de identificación de los pueblos indígenas de ambos sistemas jurídicos. Dentro de ese análisis, se concluyó ciertos efectos respecto a los criterios de identificación de los pueblos indígenas tratados por el legislador peruano: a) criterios con carácter restrictivo o limitado y por ende distintos a los recogidos por el Convenio 169 OIT; b) criterios distantes a la identidad multiétnica y pluricultural de muchos pueblos indígenas asentados en territorio nacional; c) criterios que recortan el acceso al derecho a la consulta de los pueblos indígenas al ser aplicados en la etapa de identificación de los pueblos indígenas del procedimiento de consulta previa. Para este punto sirvió de mucho la jurisprudencia internacional de la Corte IDH y nacional del TC estudiada respecto a la importancia de la identificación de los pueblos indígenas en el marco de derechos fundamentales de primer orden de los pueblos indígenas, como la identidad étnica, personalidad jurídica y consulta previa, así como, la jurisprudencia internacional que desarrolla la obligación estatal de adaptar la normativa interna a la normativa internacional.

7. La reformulación al contenido de las normas internas de los criterios de identificación de los pueblos indígenas corregiría la indebida implementación del Convenio 169 y restablecería su aplicación en el orden interno. Esto ayudaría mucho a que el tratado tenga un gran impacto y repercusión en la identificación de los pueblos indígenas para el ejercicio del derecho a la consulta previa en nuestro país.

8. Es el legislador interno quien tiene la obligación de utilizar el desarrollo normativo debido, a fin de formular la correcta adaptación de las normas internas de los criterios de identificación de los pueblos indígenas a la norma internacional. Finalmente, esto dará cuenta de un

paulatino avance hacia un sistema integral de protección de los derechos humanos, que alcance la normativa nacional respecto a la internacional.

BIBLIOGRAFÍA

ANAYA, J. “*Los Pueblos Indígenas en el Derecho Internacional*”, Editorial Trotta, traducción de la segunda edición, Universidad Internacional de Andalucía, Madrid, 2005.

BARRIO DE MENDOZA, R; DAMONTE ,G. “Los dilemas del Estado Peruano en la implementación y aplicación de la Ley de Consulta Previa en los Andes Peruanos”, *Revista Antropológica/Año XXXI*, N° 31, 2013.

BEGAGLIO, R, OLIVERA, J y OCAMPO, D. “La consulta previa, libre e informada en el Perú: hacia la inclusión del interés indígena en el mundo de los derechos humanos, primera edición, *Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú*, Fundación Konrad Adenauer / Konrad Adenauer Stiftung, Agosto 2012.

CÁRDENAS, V., FERNANDO, A., JOUANNET, A., PADILLA, G., MALDONADO, L., JIRÓN, V., SOBERANIS, C., REYES F., OSPINA, J Y SALMON, E. “Participación Política Indígena y Políticas Públicas para Pueblos Indígenas en América Latina”, *Programa Regional de Participación Política Indígena*, Fundación Konrad Adenauer (KAS), 2011.

CASTILLO CÓRDOVA, L. ¿En qué casos el Estado está obligado a consultar a las comunidades indígenas, nativas o pueblos originarios? A propósito del Convenio N° 169 de la OIT. *Actualidad Jurídica N°189*, Agosto de 2009 (pp. 181-187).

COMISEDH. “La ley de Consulta Previa y su Reglamento en el Perú, Análisis desde la perspectiva del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, *documento de trabajo*, 2012.

CEACR. Observación general del Convenio 169 de la OIT, *Informe 2011*.

CIDH. “*Quinto Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Guatemala*”. Doc.OEA/Ser.L/V/II.111, Doc. 21 Capítulo XI, Rev., 6 de abril de 2001.

CIDH. Acceso a la Justicia e Inclusión Social: “*El camino hacia el fortalecimiento de la Democracia en Bolivia*”. Doc. OEA/Ser.L/V/II, Doc. 34, 28 de junio de 2007.

CIDH. “Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales”. *Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, Doc.OEA/Ser.L/V/II, Doc.34, 30 de diciembre de 2009.

CORTEIDH, Opinión Consultiva OC-13/93, Ciertas atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (artículos 41, 42, 46, 47, 50 y 51 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), 16 de julio de 1993.

CORTEIDH. Caso La Última Tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otros). Sentencia de 5 de febrero de 2001. Fondo, reparaciones .Serie C No. 73.

CORTEIDH. “Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay”. Sentencia 17 de junio de 2005. Fondo Reparaciones y Costas, serie C No. 125.

CORTEIDH. Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay. Sentencia 29 de marzo de 2006. Fondo, Reparaciones y Costas, serie C No. 146.

CORTEIDH. Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam. Sentencia 28 de noviembre de 2007. Excepciones Preliminares. Fondo, Reparaciones y Costas, serie C No. 172.

CORTEIDH. Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek. Vs. Paraguay. Sentencia 24 de agosto de 2010. Fondo, Reparaciones y Costas, serie C No. 214.

FIGUERA VARGAS, S. (2010). “Los Pueblos Indígenas: Libre Determinación y Subjetividad Internacional”. *Rev. Jurídica*. Facultad de Derecho de la Universidad de Autónoma de Madrid (RJUAM), nº 22, pp. 105-123.

GOMEZ FERNANDEZ, I (2006). “Redefinir el Bloque de Constitucionalidad 25 años después”, *Revista Estudios de Deusto*, Universidad Carlos III de Madrid, vol.nº54/1.

GONZALES FELDMANN C, “La implementación de los tratados internacionales de derechos humanos por el Paraguay. *El Paraguay frente al sistema internacional de los derechos humanos Análisis sobre la implementación de tratados y mecanismos de protección de los derechos humanos en Paraguay*, Ministerio de Relaciones Exteriores, Programa Estado de Derecho para Sudamérica Konrad- Adenauer-Stiftung, Montevideo, 2004.

HAKANSSON NIETO, C. “El contenido de los Derechos Fundamentales, como un concepto abierto en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional”. *Revista de Jurisprudencia y Doctrina. Justicia Constitucional*, Año I - N.º 2 - Agosto - Diciembre, Lima, 2005.

HAKANSSON NIETO, C. “Posición constitucional de los tratados de derechos humanos en la carta de 1993”. *Cuartas Jornadas sobre derechos humanos: La constitucionalización de los tratados de derechos humanos en el Perú*, ed. Primera, Universidad de Piura, mayo, 2015.

HENDERSON H. “Los Tratados Internacionales de Derechos Humanos en el orden interno: la importancia del principio Pro Homine”. *Revista Instituto Interamericano de derechos humanos*. Facultad de Derecho de la Universidad de la República en Montevideo.. Vol 39, 2004.

IGLESIAS VELASCO, A, “Reflexiones sobre la implementación de los tratados internacionales por los tribunales domésticos: Especial referencia a España, *Anuario Español de Derecho Internacional* / Vol. 29 / 2013, Universidad Autónoma de Madrid.

IRIGOYEN FAJARDO R. “Derechos de Pueblos Indígenas Vinculados a Actividades Extractivas”, *Fundación Canadiense para las Américas FOCAL*, Material de Trabajo, Abril, 2008, Perú, pág.2.

IRIGOYEN FAJARDO, R. “*El Convenio núm. 169 de la OIT y su aplicación en Perú*”. Instituto Internacional de Derecho y Sociedad-IIDS, enero 2009.

KELSEN, HANS, “*Teoría general del derecho y del Estado*”, 3era. Ed., Universidad Nacional Autónoma de México, Ciudad de México, 1969.

LANDA ARROYO, C. “*Los tratados Internacionales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional del Perú*”, Comisión Andina de Juristas, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, Enero de 2000.

MARTINEZ COBO, J. “Estudio del Problema de la discriminación contra las poblaciones indígenas”. Subcomisión de Discriminaciones y Protección de las Minorías, *Documento de las Naciones Unidas E/CN.4/Sub.2/1986/7*, pp. 379-382.

MEDINACHELLI ROJAS, G. “Criterios de interpretación en la nueva Constitución de Bolivia”. *Anuario de Derecho Constitucional latinoamericano*. Fundación Konrad Adenauer Stiftung, Colombia, 2012.

MEREMINSKAYA, E. “El Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales Derecho internacional y experiencias comparadas”.

Estudios Públicos, 121. Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Santiago, 2011.

MOSQUERA MONELOS, S: “El Perú y la recepción de los Tratados de Derechos Humanos”. *Cuartas Jornadas sobre derechos humanos: La constitucionalización de los tratados de derechos humanos en el Perú*, ed. Primera, Universidad de Piura, mayo, 2015.

NIKKEN, P. “El artículo 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos como Fundamento de la Obligación de Ejecutar en el orden interno las decisiones de los órganos del sistema interamericano de derechos humanos”, *Working Session on the Implementation of International Human Rights Obligations and Standards in the Inter-American System*, Washington, D.C.

ORDOÑEZ CIFUENTES, J.“Conceptualizaciones jurídicas en el Derecho Internacional Público moderno y la Sociología del Derecho: “Indio”, “Pueblo” y “Minorías”, *Cuadernos del Instituto de Investigaciones Jurídicas*, num.3, Antropología Jurídica, 1995.

ONU, Departamento de Asuntos Económicos y Sociales, División de Política Social y Desarrollo, Secretaría del Foro Permanente para las cuestiones indígenas, “*El concepto de pueblos indígenas*”, *Seminario sobre Recopilación y Desglose de datos relativos a los pueblos indígenas* (Nueva York, 19 a 21 de enero de 2004), PFII/2004/ws.1/3 original: English, fundamento 3.

OIT. “*Los derechos de los pueblos indígenas y tribales en la práctica, una guía sobre el Convenio 169 de la OIT*”, primera edición, Vol. 1 Ginebra, 2009.

OIT. “Poblaciones indígenas Condiciones de vida y de trabajo de los pueblos autóctonos de los países independientes, *Estudios y documentos*, nueva serie N° 35 Ginebra, 1953.

RUIZ MOLLEDA, J.C. “El desarrollo jurisprudencial por el Tribunal Constitucional del derecho a la consulta previa: La exigencia judicial de

los derechos fundamentales de los pueblos indígenas”. *Revista-documento de Trabajo N° 41*, Instituto de Defensa Legal – Justicia Viva, Lima, 2011.

RUIZ MOLLEDA, J.C. “La Consulta Previa de los Pueblos Indígenas en el Perú: Análisis y comentarios de cada artículo de la Ley de Consulta Previa y su Reglamento”, primera edición, *Instituto de Defensa Legal, área de pueblos indígenas*, Lima, 2011.

REATEGUI APAZA, F. “El derecho fundamental a la Identidad étnica de los pueblos indígenas”. Análisis Constitucional y Procesal Constitucional, *En Gaceta Constitucional y Procesal Constitucional N° 73*, Tomo 73, Lima, Enero, 2014.

REISMAN MICHAEL, W. “*Protecting Indigenous Rights in International Adjudication*”, Yale Law School, 1995.

RODRIGUEZ PIÑERO ROYO, L: “Pueblos indígenas y derecho internacional: una historia incómoda”, *en Ciudadanía y derechos indígenas en América Latina: Poblaciones, Estados y Orden Internacional*, Laura Giraudó (ed.), Centro de estudios políticos y constitucionales, Madrid, 2007.

RUIZ CHIRIBOGA, O y DONOSO, G. “*Pueblos Indígenas y la Corte Interamericana: Fondo y reparaciones*”, Bélgica, 2010.

STAVENHAGEN, R. “Los derechos indígenas: Nuevo enfoque del sistema internacional.”, *en Instituto Interamericano de Derechos Humanos (ed.): Curso interdisciplinario en Derechos Humanos*. Manual de conferencias, San José de Costa Rica: IIDH/ CEPAL, 1990, pp. 221-258.

SEVILLANO AREVALO, M. “*El Derecho a la Consulta Previa de los Pueblos Indígenas en el Perú*”. Primera Edición, Lima, Mayo, 2010.

SWEPSTON LEE. “Poblaciones indígenas y tribales: Vuelta al primer plano. *Revista Internacional de Trabajo*, vol. 106 N° 3, julio-setiembre de 1987, Oficina Internacional de Trabajo, Ginebra, pp. 423-431.

TOMEI, M; SWEPSTON, LEE, “*Pueblos indígenas y tribales: Guía para la aplicación del Convenio núm. 169 de la OIT*”, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra.

TORRECUADRADA GARCÍA LOZANO S. “*Identidad Indígena*”. Universidad Autónoma de Madrid. Departamento de Derecho Público y Filosofía Jurídica, AFDUAM 17, 2013.

ANEXOS

Sentencias del Tribunal Constitucional citadas.

EXP N° 1124-2001-AA/TC, de 11 de julio de 2002

EXP. N° 0042-2004-AI/TC, de 13 de abril de 2005.

EXP. N.° 5854-2005-PA/TC, de 8 de noviembre de 2005.

EXP. N° 3741–2004–AA/TC, de 14 de noviembre de 2005.

EXP. N° 0047-2004-AI/TC, de 24 de abril de 2006.

EXP. N° 00025-2005-PI/TC y N° 00026-2005-PI/TC acumulados, de 25 de abril de 2006.

EXP. N° 2730-2006-PA/TC, de 21 de Julio de 2006.

EXP. N° 0006-2008-AI/TC, de 11 de junio de 2008.

EXP. N°00005-2007-PI/TC, de 26 de agosto de 2008.

EXP. N° 00015-2008-PI/TC, de 6 de enero de 2010.

EXP. N° 00022-2009-AI/TC, de 9 de junio de 2010.

EXP. N° 05427-2009-PC/TC, de 30 de junio de 2010.

EXP. N° 00025-2009PI/TC, de 17 de marzo de 2011.

Sentencias de Tribunales internacionales.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-049/13

Suprema Corte de Justicia de la Nación de Mexico, “Tesis aislada ccxxxiv/2013 (10ª)”.