



Derecho a la **Consulta Previa**



D O C U M E N T O S

Derechos Colectivos de los

Pueblos Indígenas u Originarios



PERÚ

Ministerio de Cultura



Derecho a la **Consulta Previa**



D O C U M E N T O S

Derechos Colectivos de los

Pueblos Indígenas u Originarios



PERÚ

Ministerio de Cultura



PERÚ

Ministerio de Cultura

Diana Alvarez-Calderón Gallo
Ministra de Cultura

Patricia Balbuena Palacios
Viceministra de Interculturalidad

Angela Acevedo Huertas Huertas
Directora General de Derechos de los Pueblos Indígenas

Juan Francisco Chávez Ramírez
Responsable de la Dirección de Consulta Previa

Derecho a la Consulta Previa

DERECHOS COLECTIVOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS U ORIGINARIOS

Ministerio de Cultura
Av. Javier Prado Este 2465 - San Borja, Lima 41 Perú
www.cultura.gob.pe

Este documento fue elaborado y publicado en el marco de la asistencia técnica que el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) brinda al Viceministerio de Interculturalidad del Ministerio de Cultura del Perú. La elaboración del documento base estuvo a cargo del Dr. César Landa Arroyo (consultor PNUD).

La revisión del documento estuvo a cargo de:

Por el PNUD, a través del Proyecto “Alianzas para el Diálogo. Prevención de conflictos sociales en el uso de recursos naturales”: Luis Francisco Thais Santa Cruz, Alison Hospina Papuico y Manuel García Solaz.

Por el Ministerio de Cultura: Angela Acevedo Huertas y Yohannaliz Vega Auqui.

Diseño y diagramación: Renzo Espinel.

Primera edición, Lima, junio de 2016.

Tiraje: 1000 ejemplares.

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú N° 2016 – 08523

El Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) implementa el proyecto “Alianzas para el Diálogo: Prevención de conflictos sociales en el uso de recursos naturales”, en coordinación con la Presidencia del Consejo de Ministros y con el soporte financiero del Gobierno de Canadá. Las opiniones, análisis y recomendaciones de política no reflejan necesariamente el punto de vista del PNUD, como tampoco de su Junta Ejecutiva ni de sus estados miembros.

Índice

PRESENTACIÓN	5
1. LOS PUEBLOS INDÍGENAS U ORIGINARIOS COMO TITULARES DE DERECHOS COLECTIVOS: IDENTIFICACIÓN Y RECONOCIMIENTO NORMATIVO	7
1.1 Marco normativo sobre el reconocimiento de los pueblos indígenas u originarios como titulares de derechos colectivos	10
1.2 Jurisprudencia del Tribunal Constitucional	15
1.3 Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos	20
1.4 Derechos individuales y derechos colectivos	23
2. LOS DERECHOS COLECTIVOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS U ORIGINARIOS	25
2.1 Características generales de los derechos colectivos de los pueblos indígenas u originarios	25
2.2 Caracterización de los derechos colectivos de los pueblos indígenas u originarios	33
3. CONTENIDO CONSTITUCIONALMENTE PROTEGIDO DE DERECHOS COLECTIVOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS U ORIGINARIOS	39
4. AFECTACIÓN DIRECTA A LOS DERECHOS COLECTIVOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS U ORIGINARIOS: DOGMÁTICA Y CASUÍSTICA JURISPRUDENCIAL	51
4.1 En relación al “acto lesivo” y la “afectación directa”	52
4.2 Análisis jurídico sobre el concepto de afectación directa	54
4.2.1 Derecho fundamental y situación jurídica	55
4.2.2 Cambios en la situación jurídica de los derechos colectivos de los pueblos indígenas u originarios	56
4.2.3 Cambios en el ejercicio de los derechos colectivos de los pueblos indígenas u originarios	57
CONCLUSIONES	59



Presentación

El Estado peruano, en el marco de sus obligaciones internacionales y luego de los luctuosos sucesos de Bagua¹, aprobó y promulgó en el año 2011 la Ley 29785, Ley del derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas u originarios, (en adelante Ley de Consulta Previa) reconocido en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), y mediante Decreto Supremo 001-2012-MC, aprobó también su reglamento. Ambas normas deben interpretarse en concordancia con la Constitución Política de 1993, el Convenio 169 de la OIT, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, así como con los informes de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT.

Desde la aprobación de la Ley de Consulta Previa, existen avances significativos en la implementación de estos procesos. Entre otros, el logro de acuerdos, el fortalecimiento de capacidades a servidoras y servidores públicos y a representantes de pueblos indígenas u originarios, y el afianzamiento de la vocación de diálogo de todos los actores involucrados. Así, a partir de la experiencia de la puesta en práctica del derecho a la consulta previa se ha identificado como uno de los principales retos el análisis de afectación directa a los derechos colectivos, lo cual permite determinar cuándo es obligatorio realizar procesos de consulta previa.

En el marco del Reglamento de la Ley de Consulta Previa, son las entidades públicas o promotoras las encargadas de analizar las medidas legislativas o administrativas que van a implementar, con la finalidad de determinar si las mismas afectan de manera directa los derechos colectivos de los pueblos indígenas u originarios.

Considerando lo anterior, este documento es parte de una serie de publicaciones del Viceministerio de Interculturalidad del Ministerio de Cultura, referidas a la implementación del derecho a la consulta previa en nuestro país. En este caso, se pretende aportar específicamente a la identificación de la medida objeto de

1 Defensoría del Pueblo. *Actuaciones humanitarias realizadas por la Defensoría del Pueblo con ocasión de los hechos ocurridos el 5 de junio de 2009, en las provincias de Utcubamba y Bagua Región Amazonas, en el contexto del paro amazónico. Informe de Adjuntía N^o 006-2009-DP/ADHDP*. Lima –Perú, 2009.

consulta previa, a partir de la reflexión jurídico constitucional sobre los derechos colectivos.

De esta manera, el documento caracteriza los derechos colectivos de los pueblos indígenas u originarios, desarrolla su contenido constitucionalmente protegido, y brinda pautas a tener en cuenta sobre la afectación directa a dichos derechos.

Esta publicación ha sido elaborada en base a la investigación realizada por el Dr. César Landa Arroyo, en el marco del Proyecto *“Alianzas para el Diálogo. Prevención de Conflictos sociales en el uso de recursos naturales”* que implementa el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD).

Finalmente, la elaboración de este documento responde al esfuerzo institucional del Ministerio de Cultura para consolidar la implementación del derecho a la consulta previa.

Patricia Balbuena Palacios
Viceministra de Interculturalidad
Ministerio de Cultura

1. Los pueblos indígenas u originarios como titulares de derechos colectivos: identificación y reconocimiento normativo

Con el surgimiento del Estado liberal en el siglo XVIII y en el contexto de las revoluciones francesa y americana, se emitieron las primeras declaraciones de derechos. Bajo la influencia de una ideología liberal burguesa, caracterizada por una perspectiva que privilegia al individuo², ello supuso la exaltación de la figura del hombre-individuo como titular único y exclusivo de los derechos que el Estado, es decir, la sociedad política jurídicamente organizada, identificaba como digna de reconocimiento y protección.

No obstante, con el devenir de los años y el surgimiento de la cuestión social, el reconocimiento de los derechos ha ido evolucionando, ampliándose de manera notoria, por un lado, los catálogos de derechos -que ahora se reconocen como humanos o fundamentales y que incorporan a los derechos de carácter social como el trabajo, salud, educación y seguridad social-; y por otro lado, el universo de quienes podían ser titulares de derechos.

Entonces, paulatinamente se amplió la titularidad de los derechos de las personas, lo cual brindó reconocimiento y protección a grupos especialmente vulnerables como las mujeres, niños, adultos mayores, personas con discapacidad, reclusos, entre otros.

Si bien los avances en este sentido son significativos, este reconocimiento se ha seguido brindando en clave individual. En efecto, se reconoce la existencia de grupos vulnerables, pero los derechos no se reconocían en clave colectiva o grupal, sino a partir de los individuos con las condiciones y características que los identificaban como miembros de ese colectivo.

2 FIORAVANTI, Mauricio. *Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las Constituciones*. Sexta edición. Madrid: Trotta, 2009, capítulo I.

A pesar de lo dicho, un avance en la ampliación de la titularidad sobre los derechos se ha concretado con el reconocimiento de la diversidad. Es decir, de colectivos que aun formando parte de la sociedad política, son culturalmente diferentes a la mayoría. Es el caso de los pueblos indígenas. Precisamente el reconocimiento de esa diferencia, sustentada en la diversidad de formas de ver y entender el mundo, es lo que justifica su protección jurídica diferenciada.

Un paso significativo en la línea de reconocer derechos colectivos, son los que se atribuyen a los pueblos indígenas que, por su naturaleza, son anteriores a los procesos de colonización de nuestras sociedades actuales. En el tiempo, estos pueblos han sabido conservar y mantener sus tradiciones, usos, costumbres e instituciones de modo tal que hoy reciben reconocimiento y protección jurídica, tanto a nivel internacional como en el derecho interno de los diferentes países.³ Este reconocimiento legal supone el afianzamiento, desde los Estados, de la identidad propia de los pueblos, debido a que se autoidentifican, no como individuos, sino como una colectividad. Se trata de comunidades que construyen su propia identidad cultural.

A nivel internacional, los instrumentos legales de reconocimiento de dichos derechos son el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (en adelante el Convenio), vigente desde 1995 en el Perú, y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas⁴ (en adelante la Declaración), adoptada el año 2007.

En el ámbito nacional, la Constitución Política del año 1993 también otorga a los pueblos indígenas u originarios un estatus jurídico, así como un marco legal propio que les permite gozar de los derechos colectivos reconocidos en el Convenio y la Declaración. El establecimiento de dichos derechos conlleva al reconocimiento de los pueblos indígenas como colectivos. Es decir, “los pueblos en países independientes, considerados indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su

3 URTEAGA, Patricia (coordinadora). *El Derecho a la consulta y al consentimiento previo, libre e informado. Avances, limitaciones y retos. Informe Regional 2012*. Lima: Coordinadora Andina de Organizaciones Indígenas, 2012, pp. 15-32.

4 Debe tenerse presente que la Declaración, aprobada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas en el año 2007, es un instrumento del derecho internacional de los derechos humanos y, como tal, es solo una guía de principios generales que puede ser empleada por el Estado sin que ello signifique que la Declaración tenga fuerza vinculante u obligación jurídica para su aplicación. Es por ello que, en el artículo 1 del Reglamento de la Ley de Consulta, se establece que el “Viceministerio de Interculturalidad, en ejercicio de su función de concertar, articular y coordinar la implementación del derecho de consulta, por parte de las distintas entidades del Estado, toma en consideración la Declaración de las Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas”.

situación jurídica, conservan todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas” (artículo 1.b del Convenio).

Siguiendo esta pauta internacional, el Reglamento de la Ley de Consulta Previa ha establecido lo que debemos entender por pueblo indígena u originario del siguiente modo:

“Pueblo que descende de poblaciones que habitaban en el país en la época de la colonización y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conserven todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas; y que, al mismo tiempo, se auto reconozca como tal. Los criterios establecidos en el artículo 7 de la Ley deben ser interpretados en el marco de lo señalado en artículo 1 del Convenio 169 de la OIT. La población que vive organizada en comunidades campesinas y comunidades nativas podrá ser identificada como pueblos indígenas, o parte de ellos, conforme a dichos criterios. Las denominaciones empleadas para designar a los pueblos indígenas no alteran su naturaleza, ni sus derechos colectivos. En adelante se utilizará la expresión “pueblo indígena” para referirse a “pueblo indígena u originario” (artículo 3.k).

En el Perú, los pueblos indígenas u originarios se han desarrollado en distintas zonas y regiones. Para identificarlos, según lo establecido en el Reglamento, debemos seguir los criterios definidos en el artículo 1 del Convenio. Es decir, i) que descendan de poblaciones que habitaban en el país o una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y ii) que, cualquiera sea su situación jurídica, conserven todas sus instituciones sociales, económicas, culturales y políticas propias, o parte de ellas. En esa medida, es importante tener en cuenta que, a lo largo del tiempo, los pueblos indígenas u originarios se han organizado de diversas formas. Por ello, el Convenio alude a los pueblos de manera independiente respecto a su situación jurídica actual.

Asimismo, la identificación de los pueblos indígenas se funda en el criterio de autoidentificación. Al respecto, el Convenio establece que “La conciencia de su identidad indígena o tribal deberá considerarse [como] un criterio fundamental para determinar los grupos a los que se aplican las disposiciones del presente Convenio” (artículo 1.2).

Debido a ello, cuando la Constitución en sus artículos 88 y 89 menciona a la comunidad campesina o nativa, debe entenderse como una de las manifestaciones organizativas del pueblo indígena u originario en nuestro derecho interno.⁵ Ello en razón de que “si bien una o muchas comunidades pueden ser o formar parte de un pueblo indígena u originario, otras pueden no serlo. Asimismo, existen

5 Declaración de líder de la Confederación Campesina del Perú (CCP) en la entrevista realizada en Lima el 17 de noviembre de 2015.

muchas localidades o colectivos, no organizados en comunidades, que pueden ser o formar parte de un pueblo indígena u originario”.⁶

Las comunidades campesinas o nativas pueden ser parte de un pueblo indígena u originario, sin embargo un pueblo no necesariamente se identifica como una comunidad campesina o nativa. Por esta razón, siempre deberá preferirse el uso del concepto que favorezca, en mayor medida, el ejercicio de los derechos colectivos de los pueblos indígenas u originarios.

En relación a la identificación de pueblos indígenas u originarios, cabe mencionar que el Viceministerio de Interculturalidad del Ministerio de Cultura aprobó, mediante la Resolución Viceministerial 004-2014-VMI-MC, la Directiva 001-2014-VMI/MC titulada “*Lineamientos que establecen instrumentos de recolección de información social y fijan criterios para su aplicación en el marco de la identificación de los pueblos indígenas u originarios*”. A partir de esta norma, el Viceministerio de Interculturalidad ha elaborado la Guía Metodológica para la Etapa de Identificación de los Pueblos Indígenas u Originarios.⁷

1.1 MARCO NORMATIVO SOBRE EL RECONOCIMIENTO DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS U ORIGINARIOS COMO TITULARES DE DERECHOS COLECTIVOS

En nuestro país, los derechos fundamentales se interpretan de conformidad con los tratados de derechos humanos de los cuales el Perú es parte según lo establecido en la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución. Asimismo, según la interpretación que sobre dichos tratados hayan efectuado los órganos de control establecidos en ellos, conforme el artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.⁸

6 MINISTERIO DE CULTURA. *Etapas de identificación de pueblos indígenas u originarios. Guía Metodológica*. Lima: Ministerio de Cultura, 2014, p. 22. Disponible en el portal web institucional del Ministerio de Cultura: <<http://consultaprevia.cultura.gob.pe/material-publicacion/guia-metodologica-etapa-de-identificacion-de-pueblos-indigenas-u-originarios/>>.

7 MINISTERIO DE CULTURA. *Etapas de identificación de pueblos indígenas u originarios. Guía Metodológica*. Lima: Ministerio de Cultura, 2014, p. 22. Disponible en el portal web institucional del Ministerio de Cultura: <<http://consultaprevia.cultura.gob.pe/material-publicacion/guia-metodologica-etapa-de-identificacion-de-pueblos-indigenas-u-originarios/>>.

8 Según la cuarta disposición final y transitoria de la Constitución de 1993, “[l]as normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú. Asimismo, conforme al artículo V del Código Procesal Constitucional sobre la Interpretación de los Derechos Constitucionales, “[e]l contenido y alcances de los derechos constitucionales protegidos por los procesos regulados en el presente Código deben interpretarse de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos, los tratados sobre derechos humanos, así como de las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según tratados de los que el Perú es parte”. En la

En lo que respecta a los derechos colectivos de los pueblos indígenas u originarios, nuestra Constitución en sus artículos 88 y 89 reconoce algunos de ellos bajo el epígrafe de “*Régimen agrario de las comunidades campesinas y nativas*”, entre estos derechos tenemos la propiedad comunal sobre sus tierras (artículo 88), su existencia legal y como personas jurídicas, autonomía organizativa, libre disposición de sus tierras, la imprescriptibilidad de las mismas, salvo abandono; y el respeto de su identidad cultural (artículo 89).

A los señalados y en virtud del principio de unidad de la Constitución,⁹ deben incorporarse los derechos a la identidad étnica y cultural y al uso de su propio idioma (artículo 2.19), a la salud comunal (artículo 7), a la educación bilingüe e intercultural (artículo 17), y a la jurisdicción comunal (artículo 149), entre otros.

El reconocimiento de los derechos colectivos antes señalados debe complementarse con una lectura integradora¹⁰ del texto constitucional con el Convenio 169 de la OIT y la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

Adicionalmente, debe precisarse que la Declaración es un instrumento de derecho internacional que constituye una guía de principios generales que, por vía interpretativa, puede ser adoptada por el Estado para la delimitación del contenido constitucionalmente protegido de los derechos colectivos de los pueblos indígenas. En esa dirección, el Tribunal Constitucional ha señalado que:

“El contenido de la Declaración no es de vinculación obligatoria, lo que no implica que no tenga ningún efecto jurídico. Las declaraciones representan aquellas metas y objetivos a los que la comunidad internacional se impone. Son lo que en el derecho internacional se conoce como *soft law*, esto es, una guía que

doctrina nacional, sobre la aplicación de tratados para la interpretación de los derechos constitucionales puede verse: LANDA ARROYO, César. “Los tratados internacionales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”. Documento disponible en <http://www.coladivrd.org/cms/wp-content/uploads/2008/07/cl_tratados_intl_tribconst_peru170705.pdf>.

- 9 De acuerdo al Tribunal Constitucional el principio de unidad de la Constitución lleva a considerar a esta “como un “todo” armónico y sistemático, a partir del cual se organiza el sistema jurídico en su conjunto” (sentencia del EXP 05854-2005-AA, fundamento 12.a), con lo cual su contenido se optimiza si se tienen en cuenta, a efectos de construir su significado, todos los enunciados vinculados con el tema que convoca al intérprete.
- 10 En virtud al principio de eficacia integradora de la interpretación constitucional “el “producto” de la interpretación solo podrá ser considerado como válido en la medida que contribuya a integrar, pacificar y ordenar las relaciones de los poderes públicos entre sí y las de éstos con la sociedad” (sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el EXP 05854-2005-AA, fundamento 12.d), lo que conlleva a integrar las distintas fuentes del ordenamiento, lo que incluye las normas de derecho internacional, especialmente, las que reconocen derechos humanos, con las normas constitucionales que reconocen derechos y libertades, conforme a la IV Disposición Final y Transitoria de la Constitución.

sin dejar de tener un efecto jurídico, no termina por vincular obligatoriamente a los Estados representando su contenido un código de conducta sin que sean legalmente vinculantes. En tal sentido, la DNUDPI, será considerada por este Tribunal en su calidad de norma de carácter de *soft law*, sin que se genere una obligación convencional por parte del Estado peruano” (sentencia del EXP 00022-2009-PI, fundamento 8).

Debe tenerse presente que la Declaración, aprobada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas en el año 2007, es un instrumento del derecho internacional de los derechos humanos y, como tal, es solo una guía de principios generales que puede ser empleada por el Estado sin que ello signifique que la misma tenga fuerza vinculante u obligación jurídica para su aplicación. Por ello, en el presente documento la Declaración se utilizará en los términos indicados por el Tribunal Constitucional.

En el cuadro siguiente se muestra la base normativa de los derechos colectivos de los pueblos indígenas u originarios,¹¹ según lo establecido por el Convenio 169, la Declaración y la Constitución de 1993.

11 El Reglamento de la Ley de Consulta Previa, en su artículo 3.f) define a los derechos colectivos como los derechos que tienen reconocidos los pueblos indígenas, señalando “entre otros” los siguientes: los derechos a la identidad cultural; a la participación de los pueblos indígenas; a la consulta; a elegir sus prioridades de desarrollo; a conservar sus costumbres, siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos; a la jurisdicción especial; a la tierra y el territorio, es decir al uso de los recursos naturales que se encuentran en su ámbito geográfico y que utilizan tradicionalmente en el marco de la legislación vigente-; a la salud con enfoque intercultural; y a la educación intercultural. La lista de derechos colectivos antes indicada no limita el reconocimiento de otros derechos por la Constitución y los tratados internacionales.

**Cuadro 1: BASE NORMATIVA DE LOS DERECHOS COLECTIVOS DE LOS
PUEBLOS INDÍGENAS U ORIGINARIOS
DERECHO INTERNACIONAL - DERECHO INTERNO**

<i>Derecho colectivo</i>	Derecho Internacional de los Derechos Humanos		Derecho interno
	Convenio 169	Declaración de NN.UU. sobre los Derechos de los PP. II.	Constitución Política del Estado de 1993
<i>Derecho a la libre autodeterminación o autonomía</i>	Art. 7	Arts. 3, 4, 5 y 33	Art. 89
<i>Derecho a la identidad cultural</i>	Art. 5	Arts. 9, 11, 12 y 13	Arts. 2.19 y 89
<i>Derecho a la participación</i>	Arts. 2, 6.1.b y c, 7, 15, 22 y 23	Arts. 18, 23 y 36	Arts. 2.17, 31, 191 y 197
<i>Derecho a la consulta</i>	Arts. 6.1.a, 6.2 y 15.2	Arts. 17.2, 19, 36 y 38	Art. 2.17
<i>Derecho a decidir/elegir sus prioridades de desarrollo</i>	Art. 7	Art. 23	Art. 89
<i>Derecho a conservar sus costumbres e instituciones</i>	Arts. 4, 5, 6 y 8	Arts. 5, 20 y 33	Art. 139.8
<i>Derecho a la jurisdicción especial</i>	Art. 9	Art. 35	Arts. 149 y 139.8
<i>Derecho a la tierra y al territorio</i>	Arts. 13, 14, 17 y 18	Arts. 25, 26, 27, 28, 29, 30, 31 y 32	Arts. 88 y 89
<i>Derecho a los recursos naturales</i>	Art. 15	Arts. 26, 27, 28 y 29	Art. 89
<i>Derecho a la salud intercultural</i>	Art. 25	Art. 24	Arts. 7 y 9
<i>Derecho a la educación intercultural y a la lengua/idioma</i>	Arts. 26 y 27	Arts. 14 y 15	Arts. 13, 14, 17 y 48

En relación al cuadro debemos precisar lo siguiente:

- a) Se ha utilizado la Declaración debido a que contiene disposiciones que reconocen derechos colectivos, las cuales servirán luego para caracterizarlos e interpretar su contenido.
- b) Si bien el derecho a la autodeterminación o autonomía de los pueblos indígenas u originarios no cuenta con un reconocimiento expreso en el Convenio, ello no impide señalar que se desprendería de lo establecido en el artículo 7.1 que establece lo siguiente:

“Los pueblos interesados deberán tener el **derecho a decidir** sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual, y a las tierras

que ocupan o utilizan de alguna manera; y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural”.

En el caso de la Declaración, este derecho se encuentra reconocido en sus artículos 3 y 4. Están nombrados como derecho a la libre determinación, o derecho a la autonomía, o autogobierno con referencia a sus asuntos locales o internos, sin que ello signifique ruptura con los estados nacionales.

De otro lado, nuestro Tribunal Constitucional ha reconocido el derecho a la libre determinación o autonomía, como un derecho colectivo de los pueblos indígenas u originarios a organizarse autónomamente y decidir sus prioridades conforme a sus propias instituciones y procedimientos consuetudinarios de manera libre y sin injerencia externa de ningún tipo. Este ámbito de autonomía, ha señalado el Tribunal, no es absoluto, pues debe entenderse limitado por el ordenamiento constitucional y particularmente por el respeto de los demás derechos fundamentales. Al respecto, las palabras del Tribunal:

“Tal autodeterminación, sin embargo, no debe ser confundida con pretensiones autárquicas, separatistas o antisistémicas, puesto que deben considerarse juntamente con el principio de unidad de gobierno e integridad territorial del Estado (artículos 43 y 54 de la Constitución), sustento material de los derechos y deberes de los ciudadanos en su conjunto. Entonces, la libre autodeterminación es la capacidad [de los] pueblos indígenas de organizarse de manera autónoma, sin intervenciones de índole política o económica por parte de terceros, y la facultad de aplicar su derecho consuetudinario a fin de resolver los conflictos sociales surgidos al interior de la comunidad, siempre que en el ejercicio de tal función no se vulneren derechos fundamentales de terceros, de los cuales el Estado es garante, por ser guardián del interés general y, en particular, de los derechos fundamentales” (sentencia del EXP 3343-2007-PA, fundamento 32). [añadido nuestro].

- c) Si bien el derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas u originarios no cuenta con reconocimiento expreso en la Constitución, el Tribunal Constitucional ha señalado que se concretizaría a partir del derecho a la participación, individual o asociada, en la vida política, económica y cultural de la nación, facultad que es reconocida a todas las personas en el artículo 2.17 de la Constitución, así como en el derecho de los pueblos indígenas u originarios a la libre determinación¹². En dicho sentido, ha manifestado que:

12 Según el párrafo 62 de la sentencia del Tribunal Constitucional N° 05427-2009-AC, “(...) este Tribunal aprecia que, entre el derecho a la consulta previa y el derecho a la participación ciudadana, existen notorias diferencias que no pueden ser soslayadas. Así pues, mientras que el derecho a la consulta garantiza que la opinión de los pueblos indígenas sea tomada en cuenta antes de adoptarse una decisión que pueda afectarles, el derecho a la participación ciudadana hace posible la libre intervención de las personas en el ámbito político, económico, social y cultural de la nación. Es por eso que el propio Convenio 169 regula

“Esta libre determinación, juntamente con la concepción que los pueblos indígenas tienen sobre la tierra, sirve de base para la configuración y sustento del derecho a la consulta previa. Este derecho, que viene a ser una concretización también del artículo 2. 17 de la Constitución, se encuentra explícitamente recogido en los artículos 6 y 7 del Convenio N° 169. El artículo 6, literal a), indica **que cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectar directamente a los pueblos indígenas, el gobierno tendrá que consultar previamente y mediante los procedimientos apropiados e instituciones representativas**. Tales consultas deberán efectuarse de buena fe y de forma apropiada a las circunstancias del caso, con la finalidad de llegar a un acuerdo y lograr el consentimiento de las medidas propuestas” (sentencia del EXP 3343-2007-PA, fundamento 33).

- d) En lo referente al reconocimiento en sede interna del derecho a los recursos naturales de los pueblos indígenas u originarios, debe precisarse que el artículo 89 de la Constitución reconoce el derecho a la tierra y, por extensión, a los recursos naturales que se encuentren en ella y que sean necesarios para su subsistencia.

Lo antes señalado se sustenta en una lectura integral del artículo 15 del Convenio y de los artículos 66 y 89 de la Constitución. Según estas normas, el Estado peruano reconoce el derecho al uso de los recursos naturales de los pueblos indígenas u originarios necesarios para su subsistencia, reservándose su aprovechamiento soberano. Para ello, de conformidad con el artículo 15 del Convenio, el Estado deberá “establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados, y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras”.

1.2 JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

El Tribunal Constitucional, en su condición de supremo intérprete de la Constitución, ha brindado un paulatino reconocimiento a los derechos colectivos de los pueblos indígenas u originarios. Para ello, ha seguido la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en virtud del mandato

por separado este último derecho en sus artículos 6º, inciso b) y 7º (...) debe advertirse que ninguna de las normas señaladas [referidas a participación ciudadana] (...) se refiere específicamente a la problemática de los pueblos indígenas como grupo humano participante en los mencionados talleres, sino que hacen alusión a la intervención de “cualquier” población afectada. Tal situación, a criterio de este Tribunal, no se condice con el espíritu del Convenio 169 de la OIT, el que más bien exige la adopción de normas especiales que tomen en cuenta aquellas particularidades que caracterizan a los pueblos indígenas en tanto grupo humano diferenciado”.

establecido de manera general en la IV Disposición Final y Transitoria, y de manera particular lo prescrito en el artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.

Al respecto, cabe señalar que el Tribunal Constitucional ha reconocido los siguientes derechos colectivos:

- a) **A la autodeterminación**, que debe entenderse como “la capacidad de los pueblos indígenas u originarios de organizarse de manera autónoma, sin intervenciones de índole política o económica por parte de terceros, y la facultad de aplicar su derecho consuetudinario a fin de resolver los conflictos sociales surgidos al interior de la comunidad, siempre que en el ejercicio de tal función no se vulneren derechos fundamentales de terceros, de los cuales el Estado es garante, por ser guardián del interés general y, en particular, de los derechos fundamentales”, agregando que tal autodeterminación no supone amparar pretensiones separatistas (sentencias del EXP 3343-2007-PA fundamento 32 y del EXP 1126-2011-PHC, fundamento 37).

Los pueblos indígenas u originarios gozan de la libre determinación o autonomía en la que se asienta el derecho a su existencia legal, la que es reconocida por artículo 89 de la Constitución. A partir de dicho enunciado, el Tribunal ha señalado que, a efectos del reconocimiento de la personería jurídica de los pueblos indígenas u originarios, la inscripción en un registro de comunidades no tiene efectos constitutivos sino meramente declarativos, a diferencia de las personas jurídicas de derecho privado.

En dicho sentido, se ha señalado que “la Constitución, de forma excepcional, ha otorgado a las comunidades campesinas y nativas existencia legal y personería jurídica *erga omnes* de forma directa, sin necesidad de realizar inscripción previa en algún registro para afirmar su existencia”. Este criterio es de similar naturaleza con el que se conceptúa al ser humano: se es persona por el hecho de existir.¹³ Por supuesto, el ejercicio de tal reconocimiento necesita actos administrativos, entre ellos la inscripción y registro por el Estado.

Por consiguiente, “la inscripción es un acto administrativo declarativo y no constitutivo en el caso de las comunidades campesinas y nativas, a diferencia de lo que ocurre con las personas jurídicas de derecho privado que existen jurídicamente desde el momento de su inscripción. Por tanto, la comunidad nativa no se inhibe por la falta de su inscripción en el registro” (Resolución de fecha 25 de octubre de 2010, recaída en el EXP 00906-2009-PA, fundamento 6).

13 En el mismo sentido: DEFENSORIA DEL PUEBLO. *Informe Defensorial 12: Análisis sobre la existencia legal y personalidad jurídica de las comunidades nativas*, p. 9 y ss. Consulta: 23 de noviembre de 2015. Disponible en: < [http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con3_uibd.nsf/322794FA99997647052579030063289F/\\$FILE/informe_12_Defensor%C3%ADadelPueblo.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con3_uibd.nsf/322794FA99997647052579030063289F/$FILE/informe_12_Defensor%C3%ADadelPueblo.pdf)>.

De otro lado, el derecho a la autonomía supone un derecho de auto-organización por parte del pueblo indígena u originario, conforme a sus propias costumbres (derecho consuetudinario) y tradiciones (identidad cultural), para constituir, regular y modificar sus propias instituciones sociales. Pero, cabe advertir que este derecho de autonomía no es absoluto.

En dicho sentido, no forma parte del contenido protegido por el derecho en mención el pretender, al amparo de la autonomía, un reconocimiento político por parte de otros estados como si se tratara de un nuevo estado. Las pretensiones separatistas no están amparadas por el derecho de autonomía, pues como el Tribunal Constitucional ha señalado, autonomía no es autarquía (sentencias del EXP 1921-2009-PA fundamento 9 y EXP 00019-2011-PI, fundamento 6).

De igual manera, no están protegidas por el derecho de autonomía aquellas prácticas o costumbres que resulten lesivas de los derechos fundamentales (como el aplicar castigos físicos que sean contrarios a la integridad o dignidad de la persona), así como del ordenamiento jurídico en su conjunto. Debemos entender que el derecho consuetudinario de los pueblos indígenas u originarios, si bien se reconoce como autónomo dentro del Estado peruano, no implica que esté desvinculado de su ordenamiento.

Ahora bien, de acuerdo a lo señalado en la Constitución, para el ejercicio de determinados derechos, como el de propiedad o el acceso a servidumbres o compensaciones, la propiedad comunal debe cumplir ciertos trámites y procedimientos (lo que incluiría la inscripción en algún tipo de registro, como el de Comunidades Campesinas y Nativas que administra la SUNARP) o algún tipo de titulación. Como ya se ha indicado, no se puede desconocer el reconocimiento de derechos o su ejercicio a costa del incumplimiento de procedimientos específicos establecidos en la legislación correspondiente. Los derechos de los pueblos indígenas u originarios existen con anterioridad al establecimiento de los Estados. En esa medida, el ejercicio de sus derechos no se puede limitar por el incumplimiento de procedimientos específicos, sino que ellos deberán considerar la especial naturaleza de los pueblos indígenas u originarios para garantizar los mencionados derechos.¹⁴

14 Uno de los principales acuerdos en el marco del proceso de consulta previa del Lote 192 derivó en la aprobación del Decreto Supremo 035-2015-EM que modifica el Reglamento de las Actividades de Exploración y Explotación de Hidrocarburos. La modificación del decreto permite que las comunidades campesinas y nativas en proceso de titulación de sus tierras (o en posesión de ellas) sean compensadas toda vez que una empresa extractiva busque explotar recursos en sus territorios. Esto quiere decir que el procedimiento de servidumbre se aplica también a las comunidades que no se encuentran tituladas. La modificación de dicho decreto se basa en el artículo 14 del Convenio 169 de la OIT que reconoce el derecho a la posesión de las tierras que ocupan los pueblos indígenas.

A pesar de lo dicho, tampoco es posible decir que el reconocimiento de la personería jurídica de las comunidades no es un elemento importante para el pleno goce de derechos. Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos reconoce que “el otorgamiento de personería jurídica sirve para hacer operativos los derechos ya existentes de las comunidades indígenas, que los vienen ejerciendo históricamente y no a partir de su nacimiento como personas jurídicas”.¹⁵

Esto quiere decir que dichos trámites se justifican porque permiten que dichos derechos se efectúen dentro de los cauces del ordenamiento jurídico existente. Por eso mismo, tanto su diseño y duración deberán respetar el contenido esencial de los derechos colectivos. Así, por ejemplo, estos no deberían prolongarse en el tiempo de manera indefinida sin recibir una respuesta o solución por parte del Estado. Como señala la Corte Interamericana de Derechos Humanos, resulta contrario al derecho al plazo razonable, que un procedimiento de reivindicación de tierras por parte de un pueblo indígena dure más de doce años sin un pronunciamiento definitivo por parte del estado.¹⁶

- b) **A la identidad étnica y cultural**, que debe entenderse como “[...] la facultad que tiene la persona que forma parte de un grupo étnico determinado a ser respetada en las costumbres y tradiciones propias a las que pertenece, evitándose con ello la desaparición de la singularidad del mismo. Esto es, el derecho del grupo étnico 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.” (sentencia del EXP 3343-2007-PA, fundamento 29).
- c) **A la tierra y al territorio**, con los cuales los pueblos indígenas u originarios guardan una especial conexión cultural y espiritual, que sustenta su cosmovisión, y que excede y trasciende una mera comprensión patrimonial del derecho de propiedad (sentencia del EXP 3303-2007, fundamento 32). Asimismo, comprendería la facultad de controlar las intromisiones no permitidas en sus tierras, como establecer cercos y casetas de control, ya que los pueblos indígenas “tienen el legítimo derecho de, en virtud del derecho a la propiedad, controlar intrusiones a su propiedad” (sentencia del EXP 1126-2011-PHC, fundamento 25).
- d) **A la consulta previa**, está íntimamente conectado con el respeto de otros derechos colectivos como el derecho a sus territorios y a participar en aquellas decisiones que podrían afectarles, entre otros.

15 Corte IDH, caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay, párrafo 82.

16 Este fue uno de los aspectos en controversia en el caso Yakye Axa vs. Paraguay.

Según el Tribunal Constitucional, “la consulta debe realizarse antes de emprender cualquier proyecto relevante que pudiera afectar la salud de la comunidad nativa o su hábitat natural. Para ello, debe brindársele la información relativa al tipo de recurso a explotar, las áreas de explotación, informes sobre impacto ambiental; además de las posibles empresas que podrían efectuar la explotación del recurso. Estos elementos servirían para que al interior del grupo étnico se inicien las reflexiones y diálogos sobre el plan a desarrollar. Esta información tendrá que entregarse con la debida anticipación para que las reflexiones que puedan surgir sean debidamente ponderadas. Una vez superada esta etapa se podrá dar inicio a la etapa de participación propiamente dicha, en la que se buscará la dinámica propia del diálogo y el debate entre las partes” (sentencia del EXP 3303-2007-PA, fundamento 35).

Cabe agregar que el Tribunal Constitucional ha señalado que la consulta deberá reunir las siguientes características: a) realizarse de buena fe, b) mediante procedimientos flexibles, c) con el objetivo de alcanzar un acuerdo, d) con transparencia; y, e) deberá ser implementada de manera previa (EXP 00022-2009-AI, fundamentos 26-36).

Por otro lado, el contenido constitucionalmente protegido del derecho a la consulta está constituido por: a) el acceso a la consulta; es decir, el derecho colectivo a ser consultados ante medidas estatales que afecten directamente sus derechos e intereses grupales. Y en particular, los vinculados con su existencia física, identidad cultural, calidad de vida o desarrollo colectivo; b) el respeto de las características esenciales del proceso de consulta, es decir, que se realice de manera previa y bajo la observancia de los principios de buena fe, flexibilidad, transparencia, respeto e interculturalidad; y c) la garantía del cumplimiento de los acuerdos alcanzados. Además, se ha señalado que no forma parte del contenido de este derecho el veto a la medida legislativa o administrativa, ni la negativa de los pueblos indígenas a realizar la consulta (sentencias del EXP 00022-2009-PI fundamento 37 y del EXP 00025-2009-AI, fundamento 21).

Cabe añadir que la negativa a realizar la consulta no puede formar parte del contenido del derecho a la consulta, pues ésta garantiza que la misma se realice. Ello se debe a que, como derecho fundamental de los pueblos indígenas, su naturaleza es irrenunciable.

Por ello, frente a escenarios en donde los pueblos indígenas u originarios mediante contrato, actas, acuerdos, etc. con entidades públicas o privadas, aparentemente habrían renunciado a ejercer su derecho a la consulta, el Estado debe desplegar el especial deber de protección que se le impone a partir de la dimensión objetiva de los derechos colectivos.

En todo caso, aun cuando haya un acuerdo mediante el cual una entidad pública o privada ha obtenido una presunta renuncia a ejercer el derecho a la consulta previa, no debe perderse de vista que la obligación de consultar recae en el Estado y no en el agente privado o no privado interesado.

Por lo que, aún con acuerdo de por medio, corresponde al Estado instaurar el proceso de consulta previa. Si al iniciarse el mismo, o en su transcurso, los pueblos indígenas u originarios interesados se pronuncian ratificando que no desean participar del proceso de consulta, dicha decisión, que deberá ser adoptada conforme a los procedimientos internos del pueblo y comunicada a los representantes del Estado a través de sus instituciones representativas, podría considerarse como válida.

El derecho a la consulta es un derecho colectivo que emana de lo establecido en el Convenio 169, así como de los artículos 3, 44, 55 y la IV Disposición Final y Transitoria de la Constitución. Por lo que, si no se ejecuta, el Estado incurriría en un incumplimiento que podría conllevar una responsabilidad internacional frente a los órganos de control del citado Convenio.

1.3 JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Por su parte, si bien la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante la Corte) no ha emitido sentencias en la materia contra el Estado peruano, sí se encuentran en proceso varias peticiones formuladas ante la Comisión Interamericana de Derecho Humanos.¹⁷ Sin perjuicio de las decisiones y/o sentencias en relación al Estado peruano en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, la Corte en su jurisprudencia ha reconocido derechos colectivos que lo vinculan, al estar sometidos no solo a su competencia contenciosa, sino también a su competencia interpretativa.

Al respecto, cabe señalar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha reconocido los siguientes derechos colectivos:

- a) **A la participación**, en el caso *Yatama vs. Nicaragua* se discutió la conformidad a la Convención Americana de Derechos Humanos de la Ley Electoral 331 en enero de 2000, que no contempló la participación de las asociaciones de suscripción popular en las elecciones, y que solo permitía su participación en los procesos electorales a través de la figura jurídica de partidos políticos. Con ese marco legal, el 8 de marzo de 2000, miembros de la organización

17 Declaración de funcionario del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, en la entrevista realizada en Lima el 24 de noviembre de 2015.

indígena Yapti Tasba Masraka Nanih Asla Takanka (YATAMA) intentaron obtener la autorización para ser reconocidos como partido político regional. No obstante, a pesar de los diversos recursos presentados, la solicitud fue denegada. Ello motivó que el grupo YATAMA no participe del proceso electoral del 5 de noviembre de 2000.

En este caso, la Corte señaló que “la restricción de participar a través de un partido político impuso a los candidatos propuestos por YATAMA una forma de organización ajena a sus usos, costumbres y tradiciones, como requisito para ejercer el derecho a la participación política, en contravención de las normas internas (supra párr. 205) que obligan al Estado a respetar las formas de organización de las comunidades de la Costa Atlántica, y afectó en forma negativa la participación electoral de dichos candidatos en las elecciones municipales del año 2000. El Estado no ha justificado que dicha restricción atienda a un propósito útil y oportuno que la torne necesaria para satisfacer un interés público imperativo. Por el contrario, dicha restricción implica un impedimento para el ejercicio pleno del derecho a ser elegido de los miembros de las comunidades indígenas y étnicas que integran YATAMA” (Yatama vs. Nicaragua, párrafo 218).

- b) **A la propiedad sobre la tierra**, en diversos casos la Corte ha señalado que el artículo 21 de la Convención Americana de Derechos Humanos, reconoce y garantiza el derecho de propiedad: “protege la vinculación estrecha que los pueblos indígenas guardan con sus tierras, así como con los recursos naturales de los territorios ancestrales y los elementos incorporales que se desprendan de ellos. Entre los pueblos indígenas u originarios existe una forma comunal de propiedad colectiva de la tierra, en el sentido de que la pertenencia de ésta no se centra en un individuo sino en el grupo y su comunidad. Estas nociones del dominio y de la posesión sobre las tierras no necesariamente corresponden a la concepción clásica de propiedad, pero merecen igual protección del artículo 21 de la Convención Americana. Desconocer las versiones específicas del derecho al uso y goce de los bienes, dadas por la cultura, usos, costumbres y creencias de cada pueblo, equivaldría a sostener que solo existe una forma de usar y disponer de los bienes, lo que a su vez significaría hacer ilusoria la protección de tal disposición para millones de personas” (Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua, párrafos 148 y 149; Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay, párrafo 85 a 87; Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay, párrafo 120 y, Kichwa de Sarayacu Vs. Ecuador, párrafo 145).
- c) **A la consulta previa**, que debe realizarse con carácter previo, procedimientos adecuados, accesibles y flexibles, bajo un marco de buena fe y con la finalidad de llegar a un acuerdo.

En palabras de la Corte, “el Estado tiene el deber de consultar, activamente y de manera informada, con dicha comunidad, según sus costumbres

y tradiciones, en el marco de una comunicación constante entre las partes. Además, las consultas deben realizarse de buena fe, a través de procedimientos culturalmente adecuados y deben tener como fin llegar a un acuerdo. Asimismo, se debe consultar con el pueblo o la comunidad, de conformidad con sus propias tradiciones, en las primeras etapas del plan de desarrollo o inversión y no únicamente cuando surja la necesidad de obtener la aprobación de la comunidad, si éste fuera el caso. Asimismo, el Estado debe asegurarse que los miembros del pueblo o de la comunidad tengan conocimiento de los posibles beneficios y riesgos, para que puedan evaluar si aceptan el plan de desarrollo o inversión propuesto. Por último, la consulta debe tener en cuenta los métodos tradicionales del pueblo o comunidad para la toma de decisiones. El incumplimiento de esta obligación, o la realización de la consulta sin observar sus características esenciales, comprometen la responsabilidad internacional de los Estados” (Kichwa de Sarayacu Vs. Ecuador, párrafo 177; también en Pueblo Saramaka Vs. Surinam, párrafo 134).

- d) **A la identidad cultural**, relacionado con el territorio, pues la Corte “ha reconocido la estrecha vinculación del territorio con las tradiciones, costumbres, lenguas, artes, rituales, conocimientos y otros aspectos de la identidad de los pueblos indígenas, señalando que en función de su entorno, su integración con la naturaleza y su historia, los miembros de las comunidades indígenas transmiten de generación en generación este patrimonio cultural inmaterial, que es recreado constantemente por los miembros de las comunidades y grupos indígenas” (Kichwa de Sarayacu Vs. Ecuador, párrafo 212, también en Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay, párrafo 154)

En relación al reconocimiento de los derechos antes enunciados, debe entenderse que tal reconocimiento jurisprudencial no es limitativo, en tanto los derechos colectivos de los pueblos indígenas u originarios tienen su fuente en el Convenio 169. Los derechos antes enunciados han sido recogidos en la jurisprudencia constitucional e interamericana citada, debido a la recurrencia de su tratamiento en casos concretos.

Por ello, la comprensión jurisprudencial de los derechos enunciados deberá servir de criterio interpretativo del contenido constitucionalmente protegido de los derechos colectivos de los pueblos indígenas u originarios de cara a su aplicación práctica. Ello, evidentemente, no restringe la labor interpretativa sobre los otros derechos colectivos que reconoce el Convenio 169 que no han recibido atención jurisprudencial.

1.4 DERECHOS INDIVIDUALES Y DERECHOS COLECTIVOS

El reconocimiento de los derechos colectivos de los pueblos indígenas u originarios no significa que estos no ejerzan los demás derechos fundamentales. Si bien los derechos colectivos son derechos esenciales para dichos pueblos, sus miembros también son titulares de derechos fundamentales a título individual.¹⁸

En dicho sentido, los integrantes de pueblos indígenas gozarán, en principio, de todos los derechos fundamentales y de carácter individual que la Constitución les reconoce y garantiza. Entre otros, el respeto a la vida, dignidad, libertad personal, igualdad, acceso a la información pública, autodeterminación informativa, secreto bancario, libertad de contratación, integridad, salud, educación, seguridad social, pensión, trabajo (acceso y protección frente al despido), libertad de empresa, comercio e industria, protección de sus derechos e intereses como consumidores y usuarios, protección judicial de sus derechos.

Estos derechos se verán complementados y ampliados en virtud del reconocimiento y desarrollo que sobre los mismos exista en el Derecho internacional, en el marco de las normas sobre derechos humanos, particularmente las del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

18 Declaración de representante de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) en la entrevista realizada en Lima el 20 de noviembre de 2015.



2. Los derechos colectivos de los pueblos indígenas u originarios

Al igual que todos los derechos fundamentales, los derechos colectivos de los pueblos indígenas u originarios gozan de las mismas características que los derechos fundamentales individuales, lo que no niega que como categoría tengan características propias y particulares ya sea desde el enfoque de la ciudadanía, del pluralismo legal y de las ciencias políticas y ambientales.¹⁹

2.1 CARACTERÍSTICAS GENERALES DE LOS DERECHOS COLECTIVOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS U ORIGINARIOS

Los derechos colectivos de los pueblos indígenas u originarios presentan las siguientes características:

- a) **Los derechos fundamentales tienen fuerza normativa y son de aplicación inmediata.** El reconocimiento constitucional de los derechos conlleva la misma fuerza jurídica de la Constitución en virtud al artículo 51 de la misma. Esta es la norma suprema del ordenamiento jurídico y por ende los derechos fundamentales son normas constitucionales con la categoría de supremas. Esto quiere decir que, al ser reconocidas como normas, son también aplicables de manera directa e inmediata para solucionar casos ante la administración y/o la jurisdicción.

Este carácter normativo se deriva también por lo dispuesto en los artículos 51, 38 y 44 de la Constitución. El primer artículo indica que la ciudadanía tiene el deber de defender y cumplir la Constitución. El segundo artículo mencionado supone que sea el Estado el que garantice la plena vigencia y eficacia de los derechos humanos frente al poder público (eficacia vertical) y frente a los privados (eficacia horizontal).

En esa dirección, el Tribunal Constitucional ha señalado que el efecto normativo vinculante de los derechos fundamentales:

¹⁹ Urteaga, Patricia – Rutgerd Boelens (editores). *Derechos colectivos y políticas hídricas en la Región Andina*. Lima: IEP – WALIR, pp. 114-128.

“(…) deriva, por un lado, del artículo 38° de la Constitución, en cuanto establece que todos los peruanos tienen el deber de “respetar” y “cumplir” la Constitución y, por otro, del principio de dignidad (arts. 1 y 3 de la Constitución), en cuanto el valor central de la persona impone que sus derechos fundamentales proyecten también su efecto regulador al ámbito de la sociedad y de la propia autonomía privada. La dignidad de la persona trae así consigo la proyección universal, frente a todo tipo de destinatario, de los derechos fundamentales, de modo que no hay ámbito social que se exima de su efecto normativo y regulador, pues de haber alguno, por excepcional que fuese, significaría negar el valor normativo del mismo principio de dignidad” (sentencia del EXP 06730-2006-PA, fundamento 9).

Esta fuerza normativa se predica de todos los derechos fundamentales que la Constitución reconoce de manera expresa o implícita, lo que incluye a los derechos colectivos de los pueblos indígenas.

Por otro lado y en virtud a lo indicado, la falta de regulación (legal o reglamentaria) no debe ser impedimento para la aplicación de las normas constitucionales que reconocen los derechos colectivos de los pueblos indígenas u originarios. En tanto, el ocio legislativo y reglamentario, no puede condicionar la vigencia y eficacia de la Constitución y los derechos que ella reconoce y garantiza.

El convencimiento en torno a la aplicación inmediata de los derechos colectivos de los pueblos indígenas u originarios, encuentra su ejemplo paradigmático en el caso del derecho a la consulta previa.

Mediante resolución aclaratoria de fecha 24 de agosto de 2010, recaída en el EXP 06316-2008-PA, se resolvió “Establecer la obligatoriedad de la consulta desde la publicación de la STC 0022-2009-PI/TC, sujetándose a las consideraciones vertidas en tal pronunciamiento” (punto resolutivo 2 de la citada resolución), aun cuando el Convenio 169 fue ratificado en 1994 mediante Resolución Legislativa N° 26253 y entró en vigencia doce meses después.

El Tribunal enmendó esta cuestionable decisión mediante sentencia recaída en el EXP 00025-2009-AI, en cuyo fundamento 23 *in fine* se señala claramente que “desde el 2 de febrero de 1995, el Convenio 169 de la OIT es de cumplimiento obligatorio en nuestro ordenamiento” (fundamento 23).

Luego de tan categórica afirmación, el Tribunal señala que:

“Tal regla no ha sido desconocida por nuestra jurisprudencia. De ella nos servimos para declarar que el transcurso de más de 3 lustros sin que se reglamentase la consulta previa [...] propiciaba un supuesto de inconstitucionalidad por omisión [STC 5427-2009-PC/TC]. Tampoco fue abandonada ni puesta en

entredicho por la RTC 6316-2008-PA/TC. No podría haberlo hecho, pues como se dejó entrever en la STC 0022-2009-PI/TC, el *dies aequo* de las obligaciones internacionales contraídas tras la ratificación de un tratado internacional, como el Convenio 169, esencialmente se determinan a partir de las reglas del Derecho Internacional Público, y no mediante decisiones de los tribunales internos. Aquella, pues, solo se limitó a establecer que desde que se expidió la STC 0022-2009-PI/TC existen criterios para resolver casos que involucren al derecho a la consulta. Y ello pese a la omisión legislativa que la acompaña” (sentencia del EXP 00025-2009-AI, fundamento 24)

Lo indicado demostraría que, si bien para el ejercicio de ciertos derechos quizás sea necesaria una regulación legal y reglamentaria. La ausencia de ésta o el ocio normativo no deben servir como pretexto para no garantizar ni hacer efectivo el contenido constitucionalmente protegido de los derechos colectivos de los pueblos indígenas u originarios.

Este contenido, que se desprendería de lo reconocido por la Constitución y el Convenio 169 (a lo que habría que sumar interpretativamente las disposiciones de la Declaración), resulta plenamente exigible, aunque haya ausencia de regulación legal y reglamentaria.

En estos casos, corresponderá a los servidores de la administración pública que hagan posible el ejercicio del contenido constitucionalmente protegido de los derechos colectivos de los pueblos indígenas u originarios que resulten de aplicación inmediata. Líneas más adelante detallaremos el contenido protegido de algunos derechos colectivos, lo que puede servir para estos fines.

- b) **Los derechos fundamentales tienen eficacia vertical y horizontal.** Dada la fuerza jurídica normativa antes indicada, los derechos fundamentales resultan ser derechos oponibles y exigibles tanto al Estado, entendido como legislador, administrador y autoridad jurisdiccional (eficacia vertical), como frente a los particulares (eficacia horizontal).²⁰

Ello supone que, en nuestro ámbito interno, incurre en responsabilidad jurídica quien lesione un derecho fundamental, ya sea una entidad, órgano u organismo, autoridad, funcionario o servidor público, así como un sujeto privado (persona natural o jurídica).

Esta fuerza vinculante, coloca al Estado y sus instituciones, servidores y funcionarios, pero también a los agentes privados, en posición de responsabilidad frente a posibles vulneraciones a los derechos colectivos de los pueblos indígenas u originarios.

²⁰ Esta doble eficacia de los derechos fundamentales se sustenta en los artículos 51 (principio de supremacía constitucional) y 200 de la Constitución, que establece que los procesos constitucionales proceden frente a actos de privados que lesionan los derechos fundamentales.

- c) **La regulación del ejercicio de los derechos fundamentales está sometida a reserva de ley y cuenta con la garantía del contenido esencial.** Los derechos fundamentales son exigibles en su cumplimiento y ello supone que tienen un contenido mínimo o esencial que es de aplicación inmediata, lo que no niega que por vía legislativa se proceda a ampliar, desarrollar, precisar, complementar o regular ese contenido esencial.²¹

Por vía legislativa, se establecen las condiciones y procedimientos por los que dichos derechos pueden ser ejercitados. No obstante, tal desarrollo legislativo no supone, en modo alguno, que ese contenido esencial pueda ser desconocido o limitado hasta su reglamentación. Precisamente, el contenido mencionado se constituye en límite de la actividad legislativa.

Los pueblos indígenas u originarios gozan de un conjunto de derechos colectivos reconocidos, con un contenido mínimo o esencial; es decir, aquellas facultades que caracterizan al derecho y lo hacen reconocible y diferenciable de otros. Este contenido puede ser regulado por el legislador para ampliarlo, precisarlo, complementarlo y desarrollarlo. Pero ello, en modo alguno supone su desconocimiento para otros efectos.

Cabe agregar que la garantía del contenido esencial resulta, en principio, aplicable y oponible al propio legislador (eficacia vertical). De la misma manera, también resulta oponible a los sujetos privados (eficacia horizontal).

- d) **Los derechos fundamentales no son derechos absolutos, pueden ser limitados.** Los derechos fundamentales gozan de la máxima jerarquía dentro del sistema de fuentes del derecho en tanto son normas constitucionales. Además, ya que no existen jerarquías internas entre los derechos, no hay derechos superiores a otros porque todos están en pie de igualdad. Por esta razón, en casos de conflicto entre derechos, estos deberían compatibilizarse entre sí.

Sin embargo, los derechos fundamentales, incluyendo los derechos colectivos de los pueblos indígenas u originarios, pueden ser limitados solo cuando ello es necesario para lograr otro fin constitucionalmente legítimo.²²

21 La Octava Disposición Final y Transitoria de la Constitución establece que “Las disposiciones de la Constitución que lo requieran son materia de leyes de desarrollo constitucional”, con lo cual se puede sustentar una reserva de ley para el desarrollo de las disposiciones constitucionales que reconocen derechos fundamentales.

22 Sobre el test de proporcionalidad puede verse BERNAL PULIDO, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Tercera edición. Madrid: CEPC, 2007.

Al respecto, debe tenerse presente que las medidas legislativas y administrativas que potencialmente pueden intervenir en el ámbito protegido de los derechos fundamentales, siempre deberían tener como justificación la realización -o protección- de otro derecho fundamental (como la protección del medioambiente, la libertad de expresión, la tutela judicial, y otros).

Pero la Constitución no solo reconoce derechos, también impone obligaciones (combatir y sancionar el tráfico ilícito de drogas, según el artículo 8), deberes (proteger a la población de las amenazas contra su seguridad; y promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral de la nación conforme al artículo 44), o reconoce otros bienes o principios constitucionales (como la protección de la familia o del trabajo en todas sus formas, artículos 4 y 23). Estos también pueden justificar tales medidas.

Trasladando estas ideas al campo de los derechos colectivos de los pueblos indígenas u originarios, el derecho a la tierra y al territorio, por ejemplo, podría verse limitado por el deber del Estado de promover el bienestar general de la nación, a través de la promoción de actividades que afectan dichos territorios.

En casos como este, habría que determinar si la medida es idónea, necesaria y proporcional. Así, si supera el test de proporcionalidad, puede limitar válidamente el derecho a la tierra y al territorio de los pueblos indígenas u originarios, por lo cual tendría que ser objeto de una consulta previa.

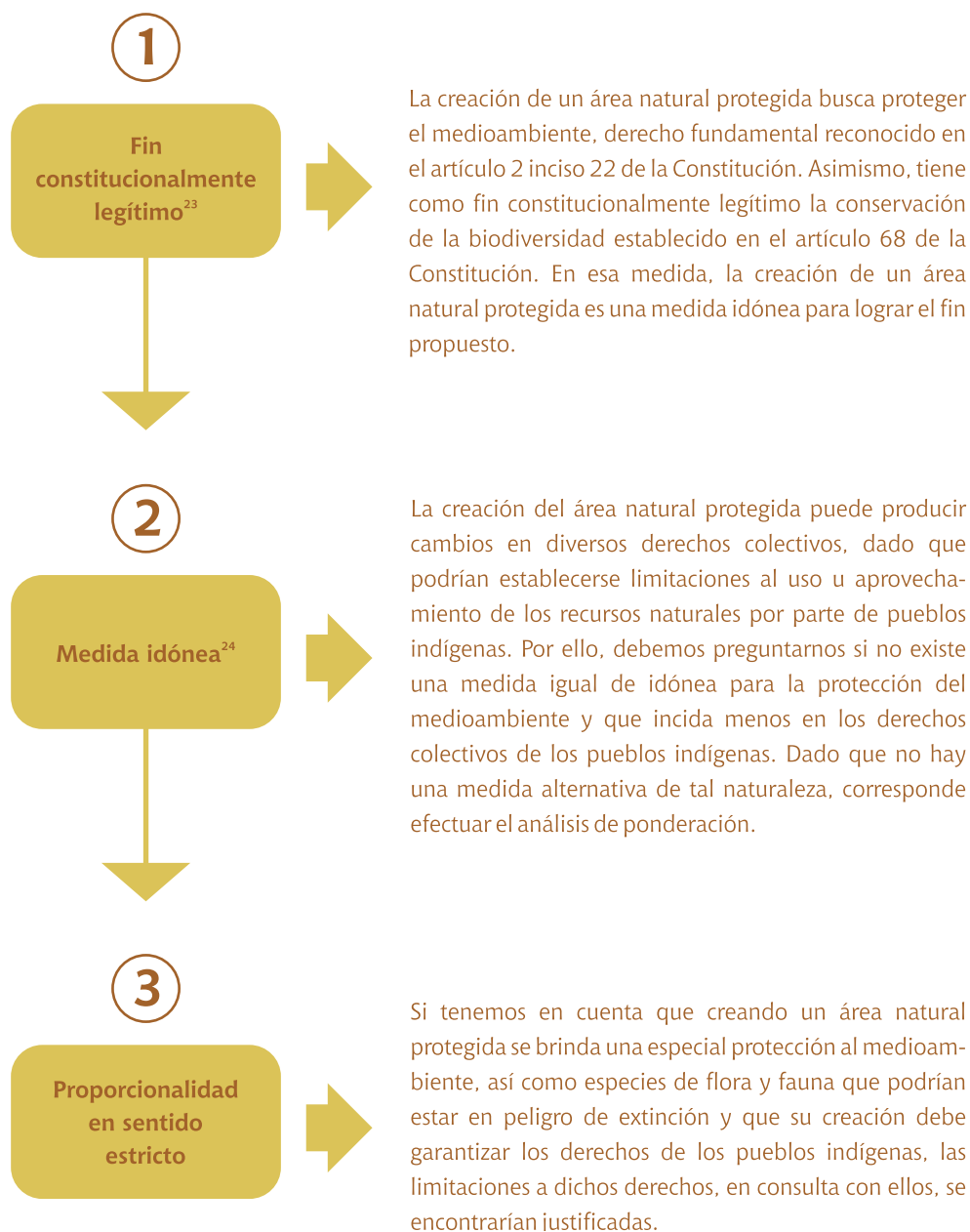
En cambio, si la medida no supera el mencionado test, deviene inconstitucional *per se* y no debería ejecutarse, porque la vulneración de los derechos de los pueblos indígenas u originarios sería inconstitucional.

No debe perderse de vista que el análisis de proporcionalidad se realiza en función de las circunstancias específicas de cada caso concreto; es decir, del contexto en el cual surge la medida legislativa o administrativa que podría afectar directamente los derechos colectivos de los pueblos indígenas u originarios.

Ahora bien, en circunstancias específicas, los derechos colectivos de los pueblos indígenas u originarios podrían ser legítimamente limitados, a condición de que la medida limitadora supere el denominado test de proporcionalidad. Sin embargo, aun así, si la medida supera dicho test y podría afectar directamente los derechos colectivos de dichos pueblos, entonces también deberá efectuarse el proceso de consulta previa.

Al respecto, podemos mencionar como ejemplo que supera el test de proporcionalidad la creación de un área natural protegida, mediante la aprobación de un decreto supremo, en donde el área total o parte de ella estaría ubicada en tierras o territorios de pueblos indígenas u originarios.

Gráfico 1: DESARROLLO DEL TEST DE PROPORCIONALIDAD



23 Conforme el Tribunal Constitucional, el sub principio de necesidad busca examinar si existen otros medios alternativos al optado que no sean gravosos o, al menos, que lo sean en menor intensidad. Se trata del análisis de una relación medio-medio, esto es, de una comparación entre medios; el optado y el o los hipotéticos que hubiera podido adoptarse para alcanzar el mismo fin. (STC N° 0045-2004-AI).

24 Según el Tribunal Constitucional, la idoneidad consiste en la relación de causalidad, entre el medio adoptado y el fin propuesto. Es decir, se trata del análisis de una relación medio-fin (STC N° 0045-2004-AI).

e) **Derechos fundamentales: dimensión subjetiva y objetiva.** En el ámbito de los derechos fundamentales el titular es una persona, natural o jurídica, individual o en forma de grupo o asociación. Por su parte, en el ámbito de los derechos colectivos,²⁵ los titulares son los pueblos indígenas u originarios. Este hecho los convierte en sujetos de derechos colectivos.

De otro lado, también se predica acerca de los derechos fundamentales una dimensión objetiva, según la cual los derechos se constituyen en valores o principios que sustentan el ordenamiento jurídico y la actuación del Estado. Así, se constituyen en límites efectivos para el legislador, que debe respetar su contenido esencial, mientras que para la administración supone mandatos de actuación positiva, a fin de garantizar su goce y ejercicio en la práctica.

Cabe precisar que estos deberes positivos se establecen con independencia de que, en un determinado caso, el titular ejerza o no su derecho fundamental. Debemos decir que los mandatos de actuación se establecen no a partir de la dimensión subjetiva del derecho, sino de su consideración como principios objetivos que informan el ordenamiento y la actuación del Estado. Por su parte, desde la perspectiva de la gestión pública, supondría una actuación administrativa basada en derechos como el reconocimiento, promoción, respeto y garantía.

En dicho sentido, los derechos colectivos de los pueblos indígenas u originarios no solo son derechos subjetivos, sino también principios que informan toda la acción del Estado. Por ello, desde el derecho internacional de los derechos humanos, dichos derechos imponen al Estado peruano (en todos sus niveles y estamentos) obligaciones de reconocimiento, promoción, respeto y garantía.

- f) **Los catálogos de derechos fundamentales no son listas cerradas.** Habitualmente, los derechos fundamentales se reconocen mediante listados que no son cerrados, dado que su enunciación no niega otros derechos que puedan ir reconociéndose e incorporándose, progresivamente, en dichos catálogos.

25 Con particularidades y diferencias, el derecho al medioambiente adecuado para la salud y la vida de las personas es un típico derecho colectivo, en tanto y en cuanto es un derecho que puede ser titularizado por todos los miembros de una colectividad determinada. No obstante, presenta ciertas diferencias con los derechos de los pueblos indígenas, tales como que el medio ambiente puede ser ejercido por cualquier miembro de la comunidad afectada, en cambio los derechos de los pueblos indígenas solo pueden ser ejercidos por el propio pueblo.

Al respecto, el artículo 3 de la Constitución Política de 1993 establece lo siguiente: “La enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y la forma republicana de gobierno”.

Por su lado, el artículo 35 del Convenio 169 de la OIT establece que: “La aplicación de las disposiciones del presente Convenio no deberá menoscabar los derechos y las ventajas garantizados a los pueblos interesados en virtud de otros convenios y recomendaciones, instrumentos internacionales, tratados, o leyes, laudos, costumbres o acuerdos nacionales”.

En esa misma dirección, el artículo 45 de la Declaración señala que: “Nada de lo contenido en la presente Declaración se interpretará en el sentido de que menoscaba o suprime los derechos que los pueblos indígenas tienen en la actualidad o puedan adquirir en el futuro”.

De las disposiciones citadas, se concluye que los derechos colectivos reconocidos a los pueblos indígenas u originarios por la Constitución y el Convenio 169, pueden ser ampliados de manera progresiva, a través de la incorporación legislativa o reconocimiento jurisprudencial.

- g) **Los derechos fundamentales gozan de una protección jurídica reforzada.** El artículo 200 de la Constitución Política de 1993, ha establecido una serie de mecanismos judiciales y procesos constitucionales, para salvaguardar su posición jerárquica dentro del sistema de fuentes del ordenamiento.

En ese sentido, procesos como el amparo, hábeas corpus, hábeas data, acciones de inconstitucionalidad de las leyes y acción popular, se constituyen como procesos judiciales diseñados para la protección directa y/o indirecta de los derechos que la Constitución les encomienda.

Para el caso de los derechos colectivos de los pueblos indígenas u originarios, se puede recurrir a procesos de amparo para buscar tutela judicial en caso de lesión o vulneración de su contenido constitucionalmente protegido. Ello en virtud de que tanto el hábeas corpus como el hábeas data tienen un ámbito de tutela determinado, el cual no incluye a los derechos colectivos de los pueblos indígenas.

2.2 CARACTERIZACIÓN DE LOS DERECHOS COLECTIVOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS U ORIGINARIOS

Los derechos colectivos de los pueblos indígenas u originarios ostentan dos características propias que devienen de su particular naturaleza. En primer lugar, son derechos de un grupo o colectivo de personas como sujeto titular del derecho. En segundo lugar, en razón de la primera característica, solo el colectivo a través de sus miembros y representantes elegidos conforme a sus propios procedimientos, es el único que puede ejercerlos frente a terceros, Estado y particulares.

Para ello, quien asuma la representación del pueblo indígena u originario deberá acreditar que cuenta con su mandato, conforme a las tradiciones, costumbres e instituciones del propio pueblo indígena u originario.

Todos los derechos colectivos de los pueblos indígenas u originarios cuentan con las características generales y particulares antes anotadas. Sin embargo, debido a que cada derecho supone una serie de facultades identificables y distinguibles entre sí, –con lo cual el ejercicio de uno de ellos puede diferenciarse de otros– estos poseen también características propias conectadas con su contenido constitucionalmente protegido.

En el siguiente cuadro se presenta una lista de los derechos colectivos reconocidos en el ordenamiento jurídico nacional con una breve caracterización de cada uno de ellos:

© Fotografía: Yohannaliz Vega Auqui



Cuadro 2: CARACTERIZACIÓN DE DERECHOS COLECTIVOS DE PUEBLOS INDÍGENAS U ORIGINARIOS

Derechos colectivos	Caracterización
<p><i>Derecho a la libre autodeterminación o autonomía</i></p>	<p>Este derecho supone el reconocimiento de la existencia legal de los pueblos indígenas u originarios, así como de un ámbito de autonomía que se ejerce dentro del marco de lo establecido por la Constitución y las leyes. La Constitución reconoce a los pueblos indígenas un ámbito de autonomía organizativa, económica y administrativa, así como el respeto a sus formas de trabajo comunal y de su capacidad para decidir sobre el uso y la disposición de sus territorios.</p> <p>Este derecho, al igual que el de consulta previa, tiene la particularidad de ser transversal, pues la libre determinación o autonomía presenta otras manifestaciones que identifican a otros derechos. En dicho sentido, se garantiza la libre autodeterminación o autogobierno para establecer sus propias instituciones, mecanismos y procedimientos de elección de sus representantes y toma de decisiones, lo que está conectado con el derecho a conservar sus costumbres e instituciones. Asimismo, tienen derecho a disponer de los medios para financiar sus funciones autónomas.</p> <p>A pesar de estas conexiones necesarias con otros derechos colectivos, el derecho a la libre autodeterminación tiene un contenido propio, distinguible y diferenciable de otros, tal como se verá en el numeral 3 del presente documento.</p> <p>La autonomía supone el reconocimiento del autogobierno a través de sus instituciones, tradiciones y procedimientos.</p> <p>Este autogobierno de los pueblos indígenas u originarios se traduce en el respeto hacia la forma como se organizan y adoptan sus decisiones.</p> <p>No obstante, como todo derecho, el derecho de autonomía también tiene límites. Así, este no les otorga la facultad de desligarse del Estado, ni de los mandatos constitucionales, en especial aquellos que reconocen derechos fundamentales, los que actúan como límites al autogobierno.</p>

Derechos colectivos	Caracterización
<i>Derecho a la identidad cultural</i>	<p>Este derecho busca que se reconozca y garantice la existencia del pueblo indígena u originario como tal. Los pueblos indígenas u originarios tienen derecho a determinar su propia identidad o pertenencia conforme a sus costumbres y tradiciones. Ello no menoscaba el derecho de las personas indígenas u originarias a obtener la ciudadanía de los Estados en que viven.</p> <p>En razón de ello, los Estados deben respetar la integridad de sus valores, prácticas e instituciones, para lo cual además deberá reconocerse y protegerse los valores y prácticas sociales, culturales, religiosas y espirituales que les son propias, siempre que no vulneren ni contravengan otros derechos fundamentales, como señala el artículo 139 <i>in fine</i> de la Constitución.</p>
<i>Derecho a la participación</i>	<p>Este derecho busca asegurar la incorporación de las prioridades de los pueblos indígenas u originarios en las políticas, planes y programas del Estado. A través de la participación, se les reconoce a los pueblos indígenas u originarios la capacidad política y jurídica de actuar activamente en los diversos procesos de desarrollo en los que se vean involucrados, desde su elaboración hasta su ejecución. Es decir, la construcción del proceso será conjunta entre el Estado y los pueblos indígenas u originarios.</p> <p>Esta participación no se restringe a la participación política, sino que es mucho más amplia, dado que al igual que el derecho a la consulta, se constituye en un derecho transversal que permite el ejercicio de otros derechos colectivos reconocidos en el Convenio 169, tales como la educación (participación en la gestión y desarrollo de programas de educación intercultural) y la salud (participación en la gestión, desarrollo y ejecución de programas de salud intercultural), entre otros.</p> <p>El derecho a la participación requiere instituciones y mecanismos apropiados para los pueblos interesados y también que dichas instituciones cuenten con los medios necesarios para el cabal desempeño de sus funciones.</p> <p>Estos programas deberán incluir por ejemplo: a) planificación, coordinación, ejecución y evaluación, en cooperación con los pueblos interesados, de las medidas previstas en el Convenio; b) proposición de medidas legislativas y de otra índole a las autoridades competentes y el control de la aplicación de las medidas adoptadas, en cooperación con los pueblos interesados.</p>

Derechos colectivos	Caracterización
<i>Derecho a la consulta previa</i>	<p>Implica el reconocimiento de su capacidad a decidir respecto de aquellas afectaciones ocasionadas por medidas estatales (legislativas o administrativas) que puedan tener incidencia, positiva o negativa, en sus derechos colectivos, lo que conlleva a la búsqueda de un acuerdo o consentimiento sobre la concreción de esas medidas.</p> <p>Implica que la consulta se efectúe con procedimientos apropiados, a través de sus instituciones representativas, de manera libre, informada, de buena fe y con la finalidad de llegar un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas para gestionar las posibles afectaciones a sus derechos colectivos.</p> <p>Cabe agregar que el derecho a la consulta previa no incluye un derecho a veto sobre las medidas administrativas o legislativas que el Estado decida implementar.</p>
<i>Derecho a decidir/elegir sus prioridades de desarrollo</i>	<p>Este derecho permite a los pueblos indígenas u originarios participar e incidir en las decisiones estatales, así como en la formulación, aplicación y evaluación de estrategias, planes y programas de desarrollo nacional y regional, con la finalidad que se respeten sus cosmovisiones, planes, prioridades sustentado en el derecho que tienen de controlar su propio.</p>
<i>Derecho a conservar sus costumbres e instituciones</i>	<p>Este derecho consiste en retener y desarrollar sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, incluyendo sus prácticas, costumbres, derecho consuetudinario y sistemas legales; siempre que estas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el ordenamiento jurídico nacional, ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos.</p>
<i>Derecho a la jurisdicción especial</i>	<p>Es el derecho a administrar justicia en el ámbito de su jurisdicción y de acuerdo a sus usos y costumbres, siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico, ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Es una obligación del Estado establecer mecanismos de coordinación entre la jurisdicción ordinaria y la indígena.</p> <p>Incluye el respeto a los métodos que emplean para reprimir los delitos cometidos por sus miembros, en la medida que sean compatibles con el sistema jurídico nacional y los derechos humanos reconocidos.</p>

Derechos colectivos	Caracterización
<i>Derecho a la tierra y al territorio</i>	<p>Este derecho comprende la conservación y protección de sus tierras y territorios, con los que guardan una estrecha relación de índole espiritual, cultural y económica.</p> <p>El territorio incluye el concepto de tierra y comprende la totalidad del hábitat que los pueblos indígenas ocupan o utilizan de alguna manera.</p> <p>Supone el reconocimiento y protección efectiva de los derechos de propiedad y posesión sobre las tierras que tradicionalmente usan para sus actividades de subsistencia.</p> <p>Incluye la protección de tierras desocupadas que tradicionalmente son utilizadas en actividades tradicionales, temporales y de subsistencia.</p>
<i>Derecho a los recursos naturales</i>	<p>Comprende el uso, administración y conservación de los recursos naturales que se encuentren en su ámbito geográfico y que tradicionalmente utilizan para su subsistencia, así como participar, siempre que sea posible, de los beneficios de su explotación, en el marco de la legislación vigente. Del mismo modo, supone recibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades.</p> <p>En el caso que los recursos del subsuelo pertenezcan al Estado, los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de los pueblos serían perjudicados, y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus territorios.</p>
<i>Derecho a la salud intercultural</i>	<p>Este derecho consiste en que los servicios de salud, en territorios habitados por pueblos indígenas u originarios, deben organizarse a nivel comunitario y tomar en consideración los métodos de prevención, prácticas curativas y medicamentos tradicionales. Esta disposición constituye un reconocimiento del valor de la medicina tradicional y la necesidad de preservarla, aprender de ella y, ulteriormente, enriquecerla.</p> <p>Los servicios de salud deberán ser adecuados y se proporcionará a los pueblos indígenas los medios que les permitan organizar y prestar tales servicios bajo su propia responsabilidad y control, con el propósito que puedan gozar del máximo nivel posible de salud física y mental.</p> <p>El sistema de asistencia sanitaria deberá dar preferencia a la formación y empleo de personal sanitario de la comunidad local y centrarse en los cuidados primarios de salud, manteniendo al mismo tiempo estrechos vínculos con los demás niveles de asistencia sanitaria.</p>

Derechos colectivos	Caracterización
<p><i>Derecho a la educación intercultural y a la lengua/idioma</i></p>	<p>Este derecho consiste en recibir educación teniendo en cuenta las necesidades especiales de los pueblos indígenas u originarios. Los programas y servicios de educación deben adaptarse con el objetivo de responder a sus necesidades y deberán abarcar su historia, conocimientos y técnicas, sistemas de valores y aspiraciones sociales, económicas y culturales.</p> <p>Incluye el reconocimiento del derecho de los pueblos a crear sus propias instituciones y medios de educación, siempre que tales instituciones satisfagan las normas mínimas establecidas por la autoridad competente en consulta con esos pueblos. Asimismo, siempre que sea viable, incluye el deber de enseñar a los niños de los pueblos interesados a leer y escribir en su propia lengua o en aquella que más comúnmente se hable en el grupo al que pertenezcan. Y cuando ello no sea viable, las autoridades competentes deberán celebrar consultas con esos pueblos con miras a la adopción de medidas que permitan alcanzar este objetivo.</p>

Si bien los derechos colectivos mencionados tienen un valor complementario entre todos ellos, es el derecho al territorio el que ostenta una posición preferente en razón de que sobre él se asientan los demás derechos, sobre todo aquellos vinculados al desarrollo, identidad, derecho consuetudinario y participación.²⁶ Adicionalmente, cabe indicar que al interior de los pueblos indígenas u originarios, existen también algunos actores clave que necesitarían una mayor promoción de sus derechos colectivos e individuales. Por ejemplo, las mujeres indígenas tienen una participación asentada en sus roles tradicionales ligados al cuidado de la familia y el hogar. Esta realidad, en muchas ocasiones limita su participación política y hasta la invisibiliza en los espacios de toma de decisión o de elaboración de propuestas. Es necesario poner atención también sobre este grupo prioritario.²⁷

26 Declaración de líder del pueblo awajún en la entrevista realizada en Lima el 23 de noviembre de 2015.

27 Declaración de asesora de la Organización Nacional de Mujeres Indígenas Andinas y Amazónicas del Perú (ONAMIAP) en la entrevista realizada en Lima el 25 de noviembre de 2015.

3. Contenido constitucionalmente protegido de los derechos colectivos de los pueblos indígenas u originarios

Según el Tribunal Constitucional, el contenido constitucionalmente protegido de un derecho se reconduce, en mayor o menor medida, a su contenido esencial (sentencia del EXP 1417-2005-PA, fundamento 21). Ello significa que entre ambos existe identidad conceptual.

El contenido constitucionalmente protegido está constituido por todas las situaciones jurídicas²⁸ que pueden considerarse dentro del ámbito de aplicación de una norma constitucional que reconoce un derecho fundamental. Estas situaciones jurídicas están íntimamente vinculadas con la idea de relación jurídica²⁹.

Por su parte, el Tribunal Constitucional ha precisado que determinar el contenido constitucionalmente protegido de un derecho fundamental, individual o colectivo, no puede efectuarse *a priori*, sino que debe realizarse, a partir del texto constitucional, atendiendo a todo el conjunto de valores y principios constitucionales, especialmente el de dignidad humana previsto en el artículo 1 de la Constitución, y a la luz del caso concreto. Para ello, debe tenerse presente la estructura de todo derecho fundamental.³⁰

28 En la doctrina se entiende por situación jurídica al “haz de atribuciones, derechos, deberes, obligaciones y calificaciones jurídicas que recibe una persona al adoptar un status determinado frente al derecho. Así, serán situaciones jurídicas las de padre, esposo, profesor, ministro, abogado, etc. En cada una de ellas, la persona involucrada se convierte en el eje al que asignan y a partir de cual emanan todo ese conjunto de imputaciones jurídicas”. En RUBIO CORREA, Marcial. *Título Preliminar*. Lima: Fondo Editorial de la PUCP, 2001, p. 56.

29 En tanto que por relación jurídica se entiende a “las diversas vinculaciones jurídicas que existen entre dos –o más– situaciones jurídicas interrelacionadas. Así, son relaciones jurídicas las de los co-contratantes, las de los cónyuges, las de padres e hijos, las de acreedor y deudor, las de empleador y trabajador, las del presidente y sus ministros de estado, etc.” *Ibidem*.

30 Sentencia del EXP 01417-2005-PA, fundamentos 21 y 22.

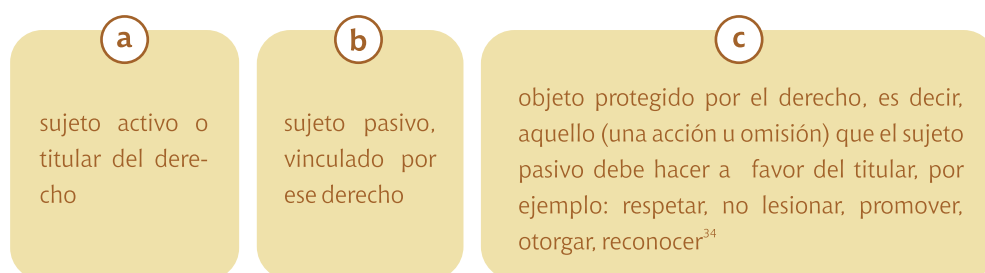
En dicho sentido, el Tribunal Constitucional, asumiendo la tesis de la mejor doctrina³¹, señala que en todo derecho fundamental pueden distinguirse tres elementos interrelacionados: la disposición, la norma y la posición de derecho fundamental.³²

Disposición, norma y posición de derecho fundamental

Disposición: enunciado lingüístico contenido en la Constitución que reconoce un derecho fundamental.

Norma: sentido o sentidos interpretativos (significados) atribuidos a la disposición de derecho fundamental.

Posición: derechos fundamentales en sentido estricto, pues son los concretos atributos que la persona ostenta al amparo de las normas (sentidos interpretativos) válidas derivadas directamente de las disposiciones contenidas en la Constitución.³³ En ese sentido, son relaciones jurídicas que presentan una estructura con tres elementos:



Entonces, los derechos colectivos de los pueblos indígenas u originarios están constituidos por una serie de situaciones y relaciones jurídicas en las que es posible identificar un titular del derecho, los pueblos indígenas; un sujeto obligado por el derecho, el Estado y los agentes privados; y un objeto determinado, es decir la específica conducta que el sujeto obligado debe realizar a favor de los pueblos indígenas.

31 Se refiere a la mejor doctrina en la materia de Carlos Bernal Pulido, quien desarrolla las ideas de Robert Alexy.

32 BERNAL PULIDO, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003, p. 76.

33 Sentencia del EXP 01417-2005-PA, fundamento 25.

34 Carlos Bernal señala que "el objeto de las posiciones de derecho fundamental es siempre una conducta de acción o de omisión, prescrita por una norma que el sujeto pasivo debe desarrollar en favor del sujeto activo, y sobre cuya ejecución el sujeto activo tiene un derecho, susceptible de ser ejercido sobre el sujeto pasivo". *Op. cit.*, p. 80.

Por lo tanto, siguiendo lo expresado por el supremo intérprete de la Constitución, en relación con los derechos colectivos de los pueblos indígenas u originarios, a modo de ejemplo, pueden distinguirse:

Cuadro 3: EJEMPLO DE DISPOSICIÓN, NORMA Y POSICIÓN DE DERECHO FUNDAMENTAL

Elemento	Derecho colectivo
Disposición de derecho fundamental	Constitución de 1993, artículo 89. “[Las comunidades campesinas y nativas] Son autónomas en su organización, en el trabajo comunal y en el uso y la libre disposición de sus tierras, así como en lo económico y administrativo, dentro del marco que la ley establece”.
Norma de derecho fundamental	Las comunidades campesinas y nativas tienen derecho a que se respete su autonomía organizativa, administrativa y económica, así como el trabajo comunal y el uso y libre disposición de sus tierras.
Posición de derecho fundamental	El Estado debe respetar la autonomía organizativa, administrativa y económica de las comunidades campesinas y nativas, así como el trabajo comunal y el uso y libre disposición de sus tierras.

Entre las específicas conductas que un sujeto obligado puede realizar a favor de un pueblo indígena u originario, tenemos: reconocer su identidad cultural; consultar cada vez que se prevean medidas que podrían afectar sus derechos colectivos; brindar servicios educativos en su lengua; desarrollar programas de salud que respeten su cultura, entre otros.

A partir de lo antes indicado, procederemos a detallar el contenido constitucionalmente protegido de los derechos colectivos de los pueblos indígenas u originarios. Para ello partiremos de los siguientes presupuestos: por un lado, los titulares de estos derechos son los pueblos indígenas u originarios; por otro lado, el sujeto obligado por los derechos es el Estado peruano.

En el cuadro siguiente se precisará, según los enunciados lingüísticos contenidos en la Constitución, el Convenio 169 de la OIT, la jurisprudencia nacional e internacional y, de ser el caso, la Declaración, las conductas que el Estado debe desarrollar a favor de los pueblos indígenas u originarios, en vista que estas constituyen, en estricto, el objeto de protección o contenido constitucionalmente protegido de los derechos colectivos enunciados.

Cuadro 4: CONTENIDO CONSTITUCIONALMENTE PROTEGIDO DE DERECHOS COLECTIVOS DE PUEBLOS INDÍGENAS U ORIGINARIOS

Derecho Colectivo	Contenido constitucionalmente protegido <i>Los pueblos indígenas u originarios tienen derecho a:</i>
<i>Derecho a la libre autodeterminación o autonomía</i>	<ul style="list-style-type: none"> - Que se reconozca su existencia legal y su personería jurídica (artículo 89 de la Constitución). - Su autonomía organizativa, económica y administrativa (artículo 89 de la Constitución). - El uso y libre disposición de sus tierras (artículo 89 de la Constitución). - Que se reconozca y proteja los valores y prácticas sociales, culturales, religiosos y espirituales propias de dichos pueblos (artículo 5 del Convenio). - Que toda medida que pueda afectarles sea debidamente consultada (artículo 6 del Convenio). - Decidir su determinación política y buscar su desarrollo económico, social y cultural (artículo 3 de la Declaración). - El autogobierno en sus asuntos internos o locales (artículo 4 de la Declaración). - Determinar su propia identidad o pertenencia conforme a sus costumbres y tradiciones (artículo 33 de la Declaración). - Aplicar su derecho consuetudinario a fin de resolver los conflictos sociales surgidos al interior de la comunidad, siempre que en el ejercicio de tal función no se vulneren derechos fundamentales de terceros, de los cuales el Estado es garante, por ser guardián del interés general y, en particular, de los derechos fundamentales (sentencia del Tribunal Constitucional, EXP 03343-2007-PA, fundamentos 32-33). - Organizarse de manera autónoma, sin intervenciones de índole política o económica por parte de terceros (Tribunal Constitucional, EXP 1126-2011-HC/TC, fundamento 23). - Autoidentificar su pertenencia étnica o el nombre de su comunidad (sentencia de la Corte IDH, caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay, párrafo 37).
<i>Derecho a la identidad cultural</i>	<ul style="list-style-type: none"> - Que se reconozca y proteja su identidad étnica y cultural (artículos 2.19 y 89 de la Constitución) - Que sus integrantes utilicen su lengua ante cualquier autoridad mediante un intérprete (artículo 2.19 de la Constitución). - Que se reconozca su idioma nativo (artículo 48 de la Constitución). - El respeto y protección de los valores, conocimientos ancestrales y prácticas sociales, culturales, religiosos y espirituales propios de dichos pueblos (artículo 5 del Convenio). - Conservar sus prácticas, tradiciones y costumbres pasadas, presentes y futuras propias de sus culturas, tales como lugares arqueológicos e históricos, objetos, diseños, ceremonias, tecnologías, artes visuales e interpretativas y literaturas (artículo 11 de la Declaración).

Derecho Colectivo	Contenido constitucionalmente protegido <i>Los pueblos indígenas u originarios tienen derecho a:</i>
<i>Derecho a la identidad cultural</i>	<ul style="list-style-type: none"> - Manifestar, practicar, desarrollar y enseñar sus tradiciones, costumbres y ceremonias espirituales y religiosas; a mantener y proteger sus lugares religiosos y culturales y acceder a ellos privadamente; a utilizar y controlar sus objetos de culto, y a obtener la repatriación de sus restos humanos (artículo 12 de la Declaración). - Revitalizar, utilizar, fomentar y transmitir a las generaciones futuras sus historias, idiomas, tradiciones orales, filosofías, sistemas de escritura y literatura y atribuir nombres a sus comunidades, lugares y personas, así como a mantenerlos (artículo 13 de la Declaración). - Reconocer la especial vinculación que existe entre la tierra y los territorios de los pueblos indígenas y sus tradiciones y prácticas culturales (sentencia de la Corte IDH, caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay, párrafo 154). - Garantizar que los pueblos indígenas 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 (sentencia de la Corte IDH, caso Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador, párrafo 217).
<i>Derecho a la participación³⁵</i>	<ul style="list-style-type: none"> - Participar de manera colectiva en la vida política, económica, social y cultural de la nación (artículo 2.17 de la Constitución). - Hacer uso de forma colectiva de los mecanismos de participación política (artículo 31 de la Constitución). - Tener un porcentaje (cuota electoral) para participar en los consejos regionales y municipales (artículo 191 de la Constitución). - Que las medidas de los gobiernos para proteger sus derechos colectivos sean adoptados y desarrollados con su participación (artículo 2 del Convenio, artículo 18 de la Declaración). - Participar libremente, en la misma medida que otros sectores de la población, y a todos los niveles, en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole, responsables de políticas y programas que les conciernan (artículo 6.b del Convenio) - Participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente (artículo 7.1 del Convenio).

35 Según la quinta disposición complementaria, transitoria y final, “conforme lo señalado en el Convenio 169 de la OIT [artículos 6 y 7] corresponde a las distintas entidades públicas, según corresponda, desarrollar los mecanismos de participación dispuestos de la legislación vigente, los cuales serán adicionales o complementarios a los establecidos para el proceso de consulta.

Derecho Colectivo	Contenido constitucionalmente protegido <i>Los pueblos indígenas u originarios tienen derecho a:</i>
<i>Derecho a la participación</i>	<ul style="list-style-type: none"> - Participar en la utilización, administración y conservación de los recursos naturales que se encuentren en sus territorios (artículo 15.1 del Convenio). - Promover la participación de los pueblos interesados en los programas de formación profesional (artículo 22 del Convenio). Que el gobierno en conjunto fortalezca y promueva las actividades de caza, pesca, caza con trampas y la recolección (artículo 23 Convenio). - Que la autoridad competente asegure la participación de los pueblos interesados en la formulación y ejecución de programas de educación, con miras a transferir progresivamente a dichos pueblos la responsabilidad de la realización de esos programas, cuando haya lugar (artículo 27.2 del Convenio). - Participar en la planificación y administración de los servicios de salud comunitarios para que se tengan en cuenta sus condiciones económicas, geográficas sociales y culturales, así como sus métodos de prevención, prácticas curativas y medicamentos tradicionales (artículo 25.2 del Convenio). - Que se adopten medidas para facilitar el ejercicio de la cooperación entre pueblos ubicados en zonas de frontera (artículo 36 de la Declaración).
<i>Derecho a la consulta previa</i>	<ul style="list-style-type: none"> - Que se les consulte sobre las medidas legislativas o administrativas que puedan afectarles directamente (artículo 6.1 del Convenio y 19 de la Declaración). - Que los procedimientos de consulta sean apropiados (artículo 6.1 del Convenio). - Que las consultas se realicen a través de sus instituciones representativas (artículo 6.1 del Convenio). - Que las consultas se efectúen de buena fe y de manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas (artículo 6.2 del Convenio). - Que el consentimiento que se busca mediante la consulta previa se otorgue para hacer frente a las afectaciones a los derechos colectivos por las medidas legislativas o administrativas que el Estado quiere implementar (artículo 6 del Convenio). - Que se cumplan los acuerdos adoptados en el proceso de consulta previa (artículo 15 de la Ley de Consulta Previa). - Que se consulte a los pueblos interesados para determinar si sus intereses se verían perjudicados con la explotación de los recursos naturales del subsuelo u otros que se hallen en sus tierras, cuya propiedad se encuentra reservada al Estado por mandato constitucional (artículo 15 del Convenio). - Que la consulta busque lograr el consentimiento cuando se trate de medidas que excepcional y necesariamente conlleven a traslado y reubicación de los pueblos interesados (artículo 16 del Convenio).

Derecho Colectivo	Contenido constitucionalmente protegido <i>Los pueblos indígenas u originarios tienen derecho a:</i>
<i>Derecho a la consulta previa</i>	<ul style="list-style-type: none"> - Que la consulta se realice de manera libre, previa e informada (artículo 19 de la Declaración). - Que se les consulte sobre las normas mínimas para la creación de sus propias instituciones y medios de educación (artículo 27.3 del Convenio). - Que la consulta se efectúe conforme a los principios de: buena fe y flexibilidad del procedimiento, con la finalidad de alcanzar un acuerdo o el consentimiento de los pueblos indígenas, debidamente informados con transparencia y de manera previa (sentencia del Tribunal Constitucional del EXP 00022-2009-PI, fundamentos 26-36). - Acceso al proceso de consulta por parte de los pueblos indígenas. Que se respeten los principios y características del proceso de consulta y que se garantice la implementación de los acuerdos adoptados (sentencia del Tribunal Constitucional del EXP 00022-2009-PI, fundamentos 26-37). - Que la consulta se realice de manera previa, desde las primeras etapas del plan de desarrollo o inversión y, no únicamente cuando surja la necesidad de obtener la aprobación de la comunidad (sentencia de la Corte IDH, caso Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador, párrafo 180). - Que la consulta se realice de buena fe, dentro de un clima de respeto y mutua confianza, por lo que resultan incompatibles conductas de otro tipo, reñidas con la buena fe y la estimulación de la confianza, Asimismo, es el Estado quien tiene la obligación de consultar, por lo que la planificación y realización del proceso de consulta no es un deber que pueda eludirse delegándolo a una empresa privada o a terceros; mucho menos a empresas interesadas en el proyecto de explotación de recursos que será objeto de la consulta previa (sentencia de la Corte IDH, caso Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador, párrafos 186 y 187). - Que el procedimiento de consulta sea culturalmente adecuado, es decir deberá adaptarse a las específicas circunstancias nacionales y al tipo de medida a consultar, respetando los mecanismos de adopción de decisiones tradicionales de los pueblos indígenas (sentencia de la Corte IDH, caso Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador, párrafos 201 y 202). - Que se garantice que no se emitirá ninguna concesión dentro del territorio de una comunidad indígena a menos y hasta que entidades independientes, pero sobre todo técnicamente capaces, bajo la supervisión del Estado, realicen un estudio previo de impacto social y ambiental (sentencia de la Corte IDH, caso Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador, párrafo 205).

Derecho Colectivo	Contenido constitucionalmente protegido <i>Los pueblos indígenas u originarios tienen derecho a:</i>
<i>Derecho a la consulta previa</i>	<ul style="list-style-type: none"> - Que los estudios de impacto social y ambiental se realicen conforme a los estándares internacionales y buenas prácticas, respetando las tradiciones y cultura de los pueblos indígenas; y ser concluidos de manera previa al otorgamiento de la concesión, ya que uno de los objetivos de la exigencia de dichos estudios es garantizar el derecho del pueblo indígena a ser informado acerca de todos los proyectos propuestos en su territorio (sentencia de la Corte IDH, caso Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador, párrafo 206).³⁶ - Que la consulta sea informada; es decir, que los pueblos indígenas tengan conocimiento de los posibles riesgos del plan de desarrollo o inversión propuesto, incluidos los ambientales y de salubridad. En ese sentido, la consulta previa requiere que el Estado acepte y brinde información lo cual implica una comunicación constante entre las partes (sentencia de la Corte IDH, caso Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador, párrafo 208).
<i>Derecho a decidir/elegir sus prioridades de desarrollo</i>	<ul style="list-style-type: none"> - Decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, en la medida que este afecte sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera; y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural (artículo 7 del Convenio y 23 de la Declaración; sentencia de la Corte IDH, caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay, párrafo 121 y sentencia del Tribunal Constitucional del EXP 3303-2007-PA, fundamento 30). - Acceso al proceso de consulta por parte de los pueblos. (sentencia del Tribunal Constitucional del EXP 00022-2009-PI, fundamento 37).
<i>Derecho a conservar sus costumbres e instituciones</i>	<ul style="list-style-type: none"> - Que los jueces apliquen el derecho consuetudinario en caso de vacío o deficiencia de la ley (artículo 139.8 de la Constitución y artículo 8 del Convenio; sentencia del Tribunal Constitucional del EXP 00220-2012-AA/TC, fundamento 5). - Que se adopten medidas especiales para conservar sus instituciones y prácticas sociales (artículos 4 y 5 del Convenio, artículo 20 de la Declaración; sentencia de la Corte IDH, caso Yatama vs. Nicaragua, párrafos 218, 225, 227 y 228). - Que se respete la forma de adopción de acuerdos de los pueblos indígenas en el marco de la consulta previa (artículo 6 del Convenio). - Establecer procedimientos para solucionar conflictos emanados de sus costumbres e instituciones propias (artículo 8 del Convenio).

36 En el caso peruano la realización de actividades de hidrocarburos solo podrá realizarse de forma efectiva luego de la elaboración y aprobación del instrumento de impacto ambiental.

Derecho Colectivo	Contenido constitucionalmente protegido <i>Los pueblos indígenas u originarios tienen derecho a:</i>
<i>Derecho a la jurisdicción especial</i>	<ul style="list-style-type: none"> - Que las autoridades de las comunidades apliquen el derecho consuetudinario dentro del territorio de la comunidad, siempre que no lesione derechos fundamentales (artículo 149 de la Constitución y sentencia del Tribunal Constitucional del EXP 01126-2011-PHC/TC, fundamento 41). - Que se permita el uso de los métodos tradicionales para reprimir los delitos cometidos por sus miembros, siempre que sea compatible con los derechos humanos internacionalmente reconocidos (artículo 9 del Convenio). - Que cuando los jueces impongan sanciones penales a los miembros de los pueblos indígenas tengan en cuenta sus características sociales, económicas y culturales (artículo 10.1 del Convenio). - Que se prefiera la imposición de sanciones diferentes a la pena privativa de la libertad a miembros de los pueblos indígenas (artículo 10.2 del Convenio).
<i>Derecho a la tierra y al territorio</i>	<ul style="list-style-type: none"> - Que se reconozca la propiedad comunal sobre sus tierras (artículo 88 de la Constitución). - La libre disposición de sus tierras (artículo 89 Constitución). - A la imprescriptibilidad sobre sus tierras, salvo en caso de abandono, según lo establecido en la ley (artículo 89 de la Constitución). - Que se reconozca su vinculación especial con sus tierras o territorios (artículo 13 del Convenio). - Que se les reconozca su derecho de propiedad y posesión sobre las tierras que tradicionalmente han usado (artículo 14 del Convenio). - Que se salvaguarde las tierras que si bien no ocupan tradicionalmente, hayan sido utilizadas para sus actividades tradicionales y de subsistencia (artículo 14 del Convenio). - No ser trasladados de los territorios que ocupan, salvo que se cuente con su consentimiento expreso, dado libremente y con pleno conocimiento de causa (artículo 16 del Convenio). - A regresar a sus tierras tradicionales, siempre que sea posible, cuando deje de existir la causa que motivó su traslado y reubicación (artículo 16 del Convenio). - Cuando el retorno no sea posible, sea por acuerdo o en ausencia de tal, dichos pueblos deberán recibir, en todos los casos, tierras cuya calidad y estatuto jurídico sean iguales a los de aquellas que ocupaban anteriormente y que les permitan cubrir sus necesidades y garantizar su desarrollo futuro. Cuando los pueblos interesados prefieran recibir una indemnización en dinero o en especie, deberá concedérseles dicha indemnización, con las garantías apropiadas (artículo 16 del Convenio). - Que se respete las modalidades de transmisión de tierras entre sus miembros (artículo 17 del Convenio). - Proteger a los territorios, mediante sanciones apropiadas, contra la intrusión (artículo 18 del Convenio)

Derecho Colectivo	Contenido constitucionalmente protegido <i>Los pueblos indígenas u originarios tienen derecho a:</i>
<i>Derecho a la tierra y al territorio</i>	<ul style="list-style-type: none"> - Al control sobre el ingreso a sus tierras y territorios (sentencia del Tribunal Constitucional del EXP 1126-2011-PHC). - A reivindicar sus tierras y territorios en tanto se mantenga la especial vinculación de los pueblos con sus tierras y territorios (Sentencia de la Corte IDH, caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay, párrafo 131). - A que el Estado implemente tres garantías específicas para salvaguardar la propiedad sobre sus tierras y territorios frente al otorgamiento de concesiones para la exploración y explotación de recursos naturales que se encuentren en ellos: a) asegurar la participación efectiva de los miembros del pueblo, de conformidad con sus costumbres y tradiciones, en relación con todo plan de desarrollo, inversión, exploración o extracción que se lleve a cabo dentro del territorio; b) garantizar que los miembros del pueblo se beneficien razonablemente del plan que se lleve a cabo dentro de su territorio; y c) garantizar que no se emitirá ninguna concesión dentro del territorio a menos y hasta que entidades independientes y técnicamente capaces, bajo la supervisión del Estado, realicen un estudio previo de impacto social y ambiental (sentencia de la Corte IDH, caso Saramaka vs. Surinam, párrafo 129).³⁷ - A la protección de los recursos naturales que se encuentran en sus territorios (sentencia de la Corte IDH en el caso Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador, párrafo 146).
<i>Derecho a los recursos naturales</i>	<ul style="list-style-type: none"> - Los recursos naturales que existan en sus territorios (artículo 15 del Convenio). - Participar en la utilización, administración y conservación de los recursos naturales que se encuentren en sus territorios (artículo 15.1 del Convenio). - Que se les consulte con la finalidad de determinar si sus intereses serían perjudicados y en qué medida antes que el Estado emprenda o autorice cualquier programa de prospección o explotación de los recursos naturales existentes en sus tierras (artículo 15 del Convenio). - Participar siempre que sea posible en los beneficios que reporten las actividades de prospección y explotación de recursos naturales existentes en sus tierras, y percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de ellas (artículo 15 del Convenio).

37 En el caso peruano la realización de actividades de hidrocarburos solo podrá realizarse de forma efectiva luego de la elaboración y aprobación del instrumento de impacto ambiental.

Derecho Colectivo	Contenido constitucionalmente protegido Los pueblos indígenas u originarios tienen derecho a:
<i>Derecho a los recursos naturales</i>	<ul style="list-style-type: none"> - Que se les garantice la seguridad y la permanencia del control y uso de los recursos naturales que existen en sus tierras y territorios, para mantener su modo de vida y supervivencia física y cultural (sentencia de la Corte IDH, caso Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador, párrafo 146).
<i>Derecho a la salud intercultural</i>	<ul style="list-style-type: none"> - La protección de la salud comunitaria (artículo 7 de la Constitución). - Una política de salud plural que favorezca el acceso equitativo a los servicios de salud (artículo 9 de la Constitución). - Que los servicios de salud sean adecuados o se les proporcione los medios que les permitan organizar y prestar tales servicios, y gocen del más alto nivel posible de salud física y mental (artículo 25 del Convenio). - Que los servicios de salud se organicen, en la medida de lo posible, de manera comunitaria, teniendo en cuenta sus condiciones económicas, geográficas, sociales y culturales, así como sus métodos de prevención, prácticas curativas y medicamentos tradicionales (artículo 25 del Convenio y artículo 24 de la Declaración).
<i>Derecho a la educación intercultural y a la lengua/idioma</i>	<ul style="list-style-type: none"> - A la educación bilingüe en su propio idioma (artículos 13, 14 y 17 de la Constitución y artículo 14 de la Declaración). - Usar su propio idioma (artículo 2.19 y 48 de la Constitución). - A adoptar medidas que les garanticen una educación en todos los niveles (artículo 26 del Convenio). - Que los programas educativos respondan a sus necesidades particulares, y abarquen su historia, conocimientos y técnicas, sus sistemas de valores y todas sus demás aspiraciones sociales, económicas y culturales (artículo 27 del Convenio y artículo 15 de la Declaración). - Crear instituciones educativas en el marco de la ley respectiva (artículo 27 del Convenio).



4. Afectación directa a los derechos colectivos de los pueblos indígenas u originarios: dogmática y casuística jurisprudencial

Como consideraciones iniciales es bueno recordar que toda intervención a un derecho fundamental, que incluye los derechos de carácter colectivo, se produce por un acto lesivo. En dicho sentido, nuestro texto constitucional, en su artículo 200, al establecer los procesos constitucionales de tutela de derechos fundamentales, establece que proceden frente al “hecho u omisión” que vulnera o amenaza un derecho fundamental. Estos actos pueden ser realizados por “cualquier autoridad, funcionario o persona” con lo que se reconoce que las lesiones pueden provenir tanto del aparato estatal como de agentes privados.

El acto lesivo incide en la situación jurídica del sujeto titular de un derecho fundamental. Así, una ley expropiatoria de un predio modifica la situación jurídica del propietario de ese predio, en tanto que su entrada en vigencia, anula su situación de propietario, otorgándosela a otra persona.

En esa misma dirección, el acto lesivo impide el ejercicio de un derecho fundamental. Es decir, se convierte en un obstáculo para el goce efectivo del derecho. En esa medida, si todos tenemos, de acuerdo al artículo 2.5 de la Constitución, el derecho de acceder a la información pública en el plazo de ley, y la entidad o autoridad requerida no la entrega en dicho plazo, está impidiendo que accedamos a esa información y, por tanto, está obstaculizando que se ejerza el derecho de acceso a la información pública.

Para el análisis de la materia en cuestión debemos tener en cuenta la definición de “afectación directa” contenida en el Reglamento de la Ley de Consulta Previa. Según el artículo 3.b del mencionado reglamento “se considera que una medida legislativa o administrativa afecta directamente a los pueblos indígenas cuando contiene aspectos que pueden producir cambios en la situación jurídica o en el ejercicio de los derechos colectivos de tales pueblos”.

A partir de la definición transcrita debe llamarse la atención sobre la relación de “acto lesivo” y “afectación directa”, así como el análisis jurídico sobre dicha afectación.

4.1 EN RELACIÓN AL “ACTO LESIVO” Y LA “AFECTACIÓN DIRECTA”

- a) El concepto de acto lesivo alude a la idea de lesión efectiva en el ámbito constitucionalmente protegido de un derecho fundamental. Por ello, frente a esa lesión, se instaura el proceso constitucional de amparo como mecanismo de defensa del derecho para reponer las cosas al estado anterior a la violación o lesión.³⁸
- b) En cambio, la noción de afectación directa alude a la idea de posibilidad o probabilidad, pues, según la normativa vigente, las medidas legislativas o administrativas “pueden producir cambios en la situación jurídica o en el ejercicio de los derechos colectivos de tales pueblos”. En esta medida la idea de afectación directa estaría conectada con un acto que potencial o probablemente podría afectar positiva o negativamente la situación o cómo el pueblo ejerce actualmente un derecho colectivo.

Por ello, consideramos que una medida legislativa y administrativa que podría “producir cambios en la situación jurídica o en el ejercicio de los derechos colectivos de pueblos indígenas” se asemejaría, según el criterio de temporalidad³⁹, a un acto futuro o de amenaza cierta e inminente de afectación en los derechos colectivos de los pueblos indígenas u originarios. Es en este caso en que debería realizarse la consulta previa.

Por otro lado, frente a las lesiones a los derechos colectivos producidos por actos pasados o presentes, corresponderá, en cambio, la puesta en

38 Al respecto, el Código Procesal Constitucional (Ley 28237) establece en su artículo 1 que: “Los procesos a los que se refiere el presente título tienen por finalidad proteger los derechos constitucionales, reponiendo las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación de un derecho constitucional, o disponiendo el cumplimiento de un mandato legal o de un acto administrativo.”

39 La jurisprudencia constitucional contenida en la sentencia del EXP 3283-2003-AA (fundamentos 6-12) y El proceso constitucional de amparo, su aporte a la tutela de los derechos constitucionales de Samuel Abad Yupanqui y la jurisprudencia constitucional contenida en la sentencia del exp. 3283-2003-AA (fundamentos 6 - 12) señalan una serie de criterios para analizar debidamente el acto lesivo. Se habla de cuatro (4) criterios: temporalidad, modo de afectación, evidencia del agravio, posibilidad de reparación del daño causado a un derecho. Los actos futuros del criterio de temporalidad están constituidos por las amenazas de que se produzca, de manera cierta e inminente, un hecho o acontecimiento que lesionará el derecho fundamental.

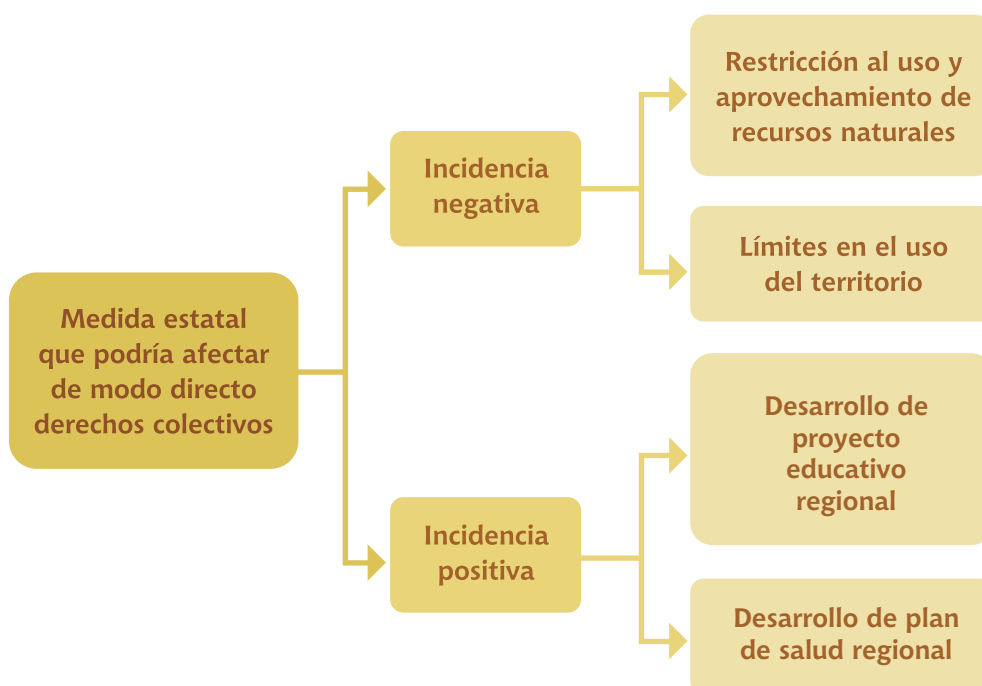
La afectación directa de un derecho colectivo no necesariamente se identifica con un acto lesivo.

marcha de otro tipo de medidas, tales como las sanciones, compensaciones o indemnizaciones, conforme a las previsiones del ordenamiento jurídico vigente.

- c) Cabe añadir que las medidas legislativas y administrativas, si bien afectan directamente los derechos colectivos de los pueblos indígenas, esta afectación no solo podría ser negativa, sino que también podrían significar algún tipo de incidencia positiva, en el sentido de optimizar el ejercicio de los derechos colectivos de los pueblos indígenas.

En la experiencia jurisprudencial peruana y en la interamericana siempre se han resuelto casos vinculados con vulneraciones o presuntas lesiones a derechos colectivos de los pueblos indígenas; es decir medidas con una incidencia negativa en los derechos colectivos. Sin embargo, el Estado también puede aprobar medidas legislativas y administrativas que impliquen el desarrollo de actividades que ejerzan una incidencia positiva en el goce y ejercicio de los derechos colectivos de los pueblos indígenas.

Gráfico 2: EJEMPLOS DE INCIDENCIA NEGATIVA O POSITIVA DE UNA MEDIDA



- d) La medida legislativa o administrativa siempre supondrá la realización de algún tipo de actividad. En dicho sentido, tratándose de medidas legislativas se deberá elaborar el proyecto de ley, se debatirá en las comisiones del Parlamento y se aprobará en el pleno. En cambio, en el ámbito de las medidas administrativas, se procederá a elaborar el proyecto de medida administrativa (elaboración de estudios, informes y consultorías), reuniones internas para elaborar y discutir los anteproyectos y proyectos, conformación del expediente técnico (cuando corresponda), pre-publicación de los proyectos normativos, entre otras acciones, dependiendo de la específica medida administrativa a implementar.
- e) Como señalamos, la medida legislativa o administrativa a ser aprobada o implementada que pueda afectar derechos colectivos de los pueblos indígenas u originarios, debe sustentarse en el cumplimiento o satisfacción de otro derecho fundamental, bien o principio constitucional (ver numeral 2, subnumeral 2.1, literal b del presente documento). Asimismo, solo si la medida supera el test de proporcionalidad debería ser objeto de consulta previa, en tanto estaría limitando de manera legítima derechos colectivos de los pueblos indígenas.

4.2 ANÁLISIS JURÍDICO SOBRE EL CONCEPTO DE AFECTACIÓN DIRECTA

El Tribunal Constitucional ha señalado que “(...) Puede resultar bastante sencillo determinar que una norma como la Ley de la Inversión Privada en el Desarrollo de las Actividades Económicas en las Tierras del Territorio Nacional y de las Comunidades Campesinas y Nativas (Ley N° 26505), es susceptible de afectar directamente a los pueblos indígenas, ya que implica cambios relevantes y directos en su situación jurídica. Sin embargo, hay otro tipo de normas cuyo análisis no resulta tan sencillo” (sentencia del EXP 00022-2009-PI, fundamento 19).

En efecto, señala el Tribunal: “una ley de alcance general que pretende regular la conducta de todos los ciudadanos peruanos, y no particularmente la conducta de los miembros de los pueblos indígenas no implicaría una afectación directa a estos. Si bien, podría generar una modificación en la situación jurídica de los pueblos indígenas, esto sería como consecuencia o efecto indirecto de la norma. Por ejemplo, la emisión de un Código Civil o un Código Procesal Penal si bien puede llegar a afectar a los pueblos indígenas, en principio, debe considerarse que se trata de normas que solo provocarían una afectación indirecta, por consiguiente, estarían eximidas del proceso de consulta a los pueblos indígenas” (sentencia del EXP 00022-2009-PI, fundamento 20).

Por ello, el Tribunal señala que habría tres tipos de medidas legislativas que podrían afectar los derechos colectivos. Primero, aquellas dirigidas exclusivamente a regular aspectos relevantes de los pueblos indígenas, en los

que la consulta será obligatoria, por afectarles directamente. De otro lado, según el Tribunal tendríamos a las normas de alcance general, que podrían implicar una afectación indirecta a los pueblos indígenas, que no pasarían por consulta previa. En tercer lugar, medidas legislativas de alcance general que requieran establecer en algunos puntos referencias específicas a los pueblos indígenas y que, por ende, tales referencias tendrán que ser materia de una consulta (sentencia del EXP 00022-2009-PI, fundamento 21).

Consideramos que es apropiado revisar los conceptos de situación jurídica y derecho fundamental para, a partir de ello, identificar los cambios en las situaciones jurídicas y el ejercicio de los derechos colectivos.

4.2.1 Derecho fundamental y situación jurídica

Como se ha señalado, un derecho fundamental implica la interrelación de tres elementos: sujeto titular, sujeto pasivo del derecho y el objeto de protección.

En el caso de los derechos colectivos de los pueblos indígenas u originarios el titular del derecho es el pueblo indígena *per se*, no sus miembros individuales. El sujeto pasivo, es el Estado, mientras que el objeto de protección es el contenido constitucionalmente protegido del derecho. Es decir, las acciones que el Estado debe desarrollar a favor de los pueblos indígenas u originarios que están detallados anteriormente en el presente documento. Por ello, el objeto de la consulta previa son las posibles afectaciones sobre los derechos colectivos reconocidos y garantizados por el Convenio 169 de la OIT en el ordenamiento jurídico peruano.

En cambio, la situación jurídica es el estatus frente al ordenamiento jurídico que, como tal, supone las atribuciones de una serie de derechos, deberes, obligaciones, facultades y atribuciones.

Siendo así, la situación jurídica de los pueblos indígenas u originarios será precisamente ser pueblos indígenas, dado que su estatus supone que el ordenamiento jurídico les reconoce una serie de derechos colectivos, así como deberes y obligaciones frente al Estado, tal como participar en los procesos de consulta que se promuevan desde el sector estatal; y cumplir los acuerdos que se adopten en el marco de los procesos de consulta; respetar la Constitución y los derechos fundamentales de sus miembros, entre otros.

Entonces, los pueblos indígenas u originarios tienen dicha situación jurídica y el ordenamiento jurídico los reconoce como tales, por ejemplo en el artículo 89 de la Constitución.

Ahora bien, los derechos colectivos son una serie de relaciones jurídicas que los pueblos indígenas u originarios, en virtud del reconocimiento por la Constitución

y el Convenio 169, mantienen con y frente al Estado, que debe respetarlos, reconocerlos, promoverlos y garantizarlos (eficacia vertical).

De este modo, los derechos colectivos, como relaciones jurídicas, presuponen la situación jurídica de los pueblos indígenas u originarios. Con lo que este estatus es requisito *sine qua non* para el ejercicio de los mismos.

4.2.2 Cambios en la situación jurídica de los derechos colectivos de los pueblos indígenas u originarios

Teniendo en cuenta lo señalado, un cambio en la situación jurídica de los pueblos indígenas u originarios supondría, primero, la supresión de su condición de pueblos indígenas.

Este supuesto, ciertamente extremo, no es imposible, pues puede darse el caso del aniquilamiento de todos o la mayoría de los miembros de un pueblo, como sucedió en nuestro país durante el conflicto armado interno que se vivió en la década de los 80 y parte de los 90. Sobre todo en el departamento de Ayacucho, en la sierra peruana. Producto del conflicto muchas personas miembros de comunidades campesinas quechuahablantes fueron asesinadas y otros, hostigados por la violencia, se desplazaron desde sus zonas de origen hacia los centros urbanos en la costa. En tanto que en la zona amazónica, tenemos el caso del pueblo Ashaninka que sufrió pérdidas de muchas vidas y territorios durante el conflicto armado interno.⁴⁰

Dichas comunidades, en la práctica, desaparecieron y no pudieron volver a ejercer sus derechos colectivos como pueblos indígenas u originarios. Lo que no resultó un impedimento para que de manera individual sus miembros puedan ejercer los demás derechos fundamentales que como tales tienen reconocidos.

Hoy en día, no es razonable pensar en la posibilidad de aprobar medidas legislativas o administrativas que tengan por finalidad “asimilar” o “integrar” a los pueblos indígenas u originarios a un solo ordenamiento jurídico y de derechos; sin embargo, es posible que se emitan medidas legislativas y/o administrativas que afecten su situación jurídica en distintos grados de intensidad.

En dicho sentido, las medidas serían de intensidad diversa pues también podrían desarrollarse otras que tiendan a su reconocimiento formal como pueblos indígenas u originarios o sobre sus derechos, como podrían ser la titulación de sus tierras o el reconocimiento de la posesión que ejercen sobre ellas, lo cual

40 MINISTERIO DE CULTURA. *Base de datos de pueblos indígenas u originarios*. Consulta: 22 de diciembre de 2015, <<http://bdpi.cultura.gob.pe/pueblo/ashaninka>>.

optimizaría el reconocimiento y posterior ejercicio del derecho a sus tierras y territorios que deberían recibir una protección especial por parte del Estado (artículo 14.2 del Convenio).

Asimismo, podrían emitirse normas legales o administrativas (reglamentos) que desarrollen las condiciones de ejercicio de sus diferentes derechos colectivos (como por ejemplo la propia Ley de Consulta Previa y su Reglamento).

Una situación jurídica como la de los pueblos indígenas u originarios supone el reconocimiento de una serie de derechos colectivos. Un cambio o modificación en dicha situación jurídica podría darse cuando por vía legal se afectan los referidos derechos. Frente a estos casos, cobran particular relevancia los mecanismos preventivos y reparadores de protección de los derechos violados, tanto administrativos como jurisdiccionales.

Por lo tanto, un cambio en la situación jurídica de los derechos colectivos de los pueblos indígenas u originarios, relevante para efectos del presente documento, estaría constituido por aquellas medidas legislativas o administrativas que tengan por finalidad desarrollar, reconocer, o modificar de manera directa los derechos colectivos que se les reconocen.

4.2.3 Cambios en el ejercicio de los derechos colectivos de los pueblos indígenas u originarios

Los derechos colectivos suponen relaciones jurídicas cuyo objeto está definido por su contenido constitucionalmente protegido.

La dinámica de una relación jurídica supone el ejercicio del contenido u objeto protegido; es decir, que se exija al sujeto pasivo el cumplimiento de aquello a que se encuentra obligado por el derecho.

En el caso de los derechos colectivos, su ejercicio significa que los pueblos indígenas pueden exigir al Estado el cumplimiento de sus obligaciones por mandato de los derechos: a) reconocer su existencia legal y su personería jurídica; b) no interferir en su autonomía organizativa, económica y administrativa; c) no impedir el uso y libre disposición de sus tierras; d) reconocer y respetar su identidad étnica y cultural; f) reconocer y respetar el uso de su idioma nativo; g) respetar sus valores y prácticas sociales, culturales, religiosos y espirituales; h) adoptar medidas gubernamentales con su participación para proteger sus derechos colectivos; i) a ser consultados de manera previa, informada y de buena fe sobre las medidas administrativas y legislativas que podrían afectar de manera directa sus derechos colectivos; entre otros (revisar numeral 3 del presente documento).

En relación con estos derechos colectivos, las medidas legislativas y administrativas podrían tener, como en el caso de áreas naturales protegidas, una incidencia positiva o negativa en su ejercicio.

Así, los pueblos indígenas u originarios podrían ver limitada la caza de especies de fauna en peligro de extinción (incidencia negativa de la medida sobre el derecho al uso de los recursos), pero ello no impide que puedan cazar otras especies que no estén en riesgo. De igual manera, establecer dentro de un área natural protegida zonas de uso turístico y recreación podría conllevar a que los pueblos indígenas u originarios puedan desarrollar actividades económicas vinculadas al turismo ecológico, siempre que así lo decidan (incidencia positiva en el derecho a decidir/elegir sus prioridades de desarrollo).

En uno y otro caso, la medida legislativa o administrativa deberá ser objeto de un proceso de consulta previa puesto que afectaría o modificaría el ejercicio de derechos de los pueblos indígenas u originarios que viven cerca o en el área natural protegida.

Conclusiones

A partir de lo desarrollado en el presente documento se puede arribar a las siguientes conclusiones:

- a) Los derechos colectivos de los pueblos indígenas u originarios reconocidos por la Constitución de 1993, el Convenio 169 y la Declaración de Naciones Unidas, entre otros, son: 1) derecho a la libre autodeterminación, 2) derecho a la identidad cultural; 3) derecho de participación; 4) derecho a la consulta previa; 5) derecho a decidir y elegir sus prioridades de desarrollo; 6) derecho a conservar sus costumbres e instituciones; 7) derecho a la jurisdicción especial; 8) derecho sobre sus tierras y territorios; 9) derecho a los recursos naturales; 10) derecho a la salud intercultural; 11) derecho a la educación intercultural y a la lengua/idioma.
- b) En la jurisprudencia constitucional e interamericana han recibido especial atención el derecho a la identidad cultural, a la propiedad comunal, a la tierra y el territorio, y a la consulta previa.
- c) Los derechos colectivos de los pueblos indígenas u originarios cuentan con una serie de características generales y particulares. Las características generales son aquellas que se predicen por su condición de ser derechos fundamentales. En dicho sentido, tienen fuerza normativa y son de aplicación inmediata. Además, tienen eficacia vertical -pues vinculan al poder público- y horizontal -vinculan también a los agentes privados-. Su regulación está sometida a reserva de ley y cuentan con la garantía del contenido esencial; por ello, no son derechos absolutos, sino que pueden ser limitados siempre que se respete ese contenido esencial y el principio de proporcionalidad. Asimismo, tienen una doble dimensión, pues son derechos subjetivos cuyo titular es el pueblo indígena y son principios objetivos que informan el ordenamiento jurídico. Su reconocimiento se efectúa a través de un catálogo abierto de derechos y cuentan con una protección judicial reforzada mediante los procesos constitucionales.

Sus características particulares derivan de su propia naturaleza, pues son derechos de una colectividad identificada como pueblo indígena u originario. Por dicha razón solo el pueblo, a través de sus instituciones y organizaciones representativas, y no sus miembros, está legitimado para ejercerlos. Asimismo, cada derecho colectivo presenta una serie de características que permiten distinguirlos y diferenciarlos entre sí. Estas características determinan que cada derecho tenga un contenido constitucionalmente protegido específico,

constituido por una serie de facultades exigibles al Estado (ver el numeral 3 del presente documento).

- d) En el ámbito de la dogmática y la casuística jurisprudencial se ha señalado que toda acción que lesiona un derecho fundamental se considera como un acto lesivo del derecho. El acto lesivo es aquel hecho o acción u omisión que dificulta o impide el ejercicio o goce de un derecho fundamental.

No obstante, en el caso del derecho a la consulta previa, no se aplica el criterio de acto lesivo, sino de afectación directa utilizado por la ley y su reglamento. Entonces, tomando el criterio de la posible afectación directa puede decirse que toda medida legislativa o administrativa objeto de consulta previa se constituye como un acto futuro, próximo a realizarse en el tiempo; que podría incidir de manera positiva o negativa en el goce o ejercicio de los derechos colectivos reconocidos a los pueblos indígenas u originarios.

- e) Para ser consultada, una medida legislativa o administrativa tiene que superar el test de proporcionalidad (fin constitucionalmente legítimo, medida idónea, proporcionalidad en sentido estricto).
- f) A efecto de establecer qué debe entenderse por afectación directa de un derecho colectivo, debe responderse qué es un derecho fundamental y qué es una situación jurídica.

Un derecho fundamental es una relación jurídica que interrelaciona tres elementos: un sujeto titular, un sujeto pasivo y un objeto de protección (su contenido constitucionalmente protegido).

El sujeto titular, en el caso de los derechos colectivos objeto de estudio, siempre serán los pueblos indígenas u originarios. El sujeto pasivo será el Estado y los agentes privados. Y el objeto de protección será el contenido de los derechos establecidos en el numeral 3 del presente documento.

De otro lado, la situación jurídica viene a ser el estatus que se adquiere frente al ordenamiento, lo cual posibilita el reconocimiento de derechos, deberes y obligaciones.

La situación jurídica de los pueblos indígenas u originarios será precisamente la de ser pueblos indígenas. Este estatus supone que el ordenamiento jurídico les reconozca una serie de derechos colectivos, así como deberes y obligaciones frente al Estado y de éste frente a aquellos.

Los derechos colectivos son una serie de relaciones jurídicas que los pueblos indígenas u originarios, en virtud al reconocimiento por la Constitución y el Convenio 169, tienen con y frente al Estado, el que tiene el deber de respetarlos, reconocerlos, promoverlos y garantizarlos (eficacia vertical).

De este modo, los derechos colectivos, como relaciones jurídicas, presuponen la situación jurídica de los pueblos indígenas u originarios⁴¹. Con lo que este estatus es requisito *sine qua non* para su ejercicio.

- g) Los derechos colectivos suponen relaciones jurídicas cuyo objeto está definido por su contenido constitucionalmente protegido. La dinámica de una relación jurídica supone el ejercicio del contenido u objeto protegido; es decir, que se exija al sujeto pasivo el cumplimiento de aquello a que se encuentra obligado por el derecho.

El ejercicio de los derechos colectivos significa que los pueblos indígenas u originarios puedan exigir al Estado el cumplimiento de aquello a lo que se encuentra vinculado por mandato de los derechos reconocidos: (a) reconocer su existencia legal y su personalidad jurídica; b) no interferir en su autonomía organizativa, económica y administrativa; c) no impedir el uso y libre disposición de sus tierras; d) reconocer y respetar su identidad étnica y cultural; f) reconocer y respetar el uso de su idioma nativo; g) respetar sus valores, y prácticas sociales, culturales, religiosos y espirituales; entre otros.

- h) En relación con estos derechos colectivos, las medidas legislativas y administrativas podrían tener una incidencia positiva o negativa, de modo tal que repercutan en su ejercicio. En uno y otro caso, la medida legislativa o administrativa deberá ser objeto de un proceso de consulta previa.
- i) La legitimidad de la representación de los pueblos indígenas u originarios no solo se funda en el respeto a la decisión de sus formas de organización, deliberación y representación, sino que el Estado en el marco de sus obligaciones normativas internacionales, constitucionales y legales, debería fortalecer las capacidades, participación y liderazgo de las mujeres indígenas en la dirección, deliberaciones y negociaciones con el Estado.
- j) Es necesario fortalecer el enfoque de interculturalidad en la institucionalidad estatal, no solo en los planes y políticas nacionales y sectoriales de desarrollo, sino también en la selección y asignación de responsabilidades de quienes asumen la conducción del diálogo intercultural. Lo propio corresponde al Estado en relación a los líderes y lideresas de los pueblos indígenas u originarios, fortaleciendo su participación con una perspectiva de derechos fundamentales en espacios de toma de decisiones que les atañen a los ámbitos público y privado.

41 Siguiendo el espíritu del Convenio 169 son pueblos indígenas todas aquellas comunidades nativas o campesinas que más allá de su denominación cumplen con los criterios de identificación objetivos y subjetivos establecidos en el artículo 1 del mencionado Convenio.



Se terminó de imprimir en los talleres gráficos de
Tarea Asociación Gráfica Educativa
Pasaje María Auxiliadora 156 - Breña
Correo e.: tareagrafica@tareagrafica.com
Página web: www.tareagrafica.com
Teléf. 332-3229 Fax: 424-1582
Lima - Perú



www.cultura.gob.pe

Av. Javier Prado Este 2465, San Borja
Lima 41 - Perú



Global Affairs
Canada

Affaires mondiales
Canada

Canada



*Al servicio
de las personas
y las naciones*